



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2010, Vol. 4, Part 2

2010, Vol. 4, 2^e fascicule

Cited as [2010] 4 F.C.R., {¹⁴⁹⁻³⁹⁴_{D-3-D-5}

Renvoi [2010] 4 R.C.F., {¹⁴⁹⁻³⁹⁴_{F-5-F-8}

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.SOC.SC., LL.B./B.SC.SOC., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP/S.E.N.C.R.L., s.r.l.
DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP
SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL
LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.
NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager
LINDA BRUNET

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 Canada.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2011.

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 Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.
NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.
CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

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'arrêtiſte en chef et le comité consultatif ſont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2011.

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiſte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Commissariat à la magistrature fédérale Canada, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-947-8491.

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: Linda Brunet, Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3.

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l'arrê-tiste 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 : Linda Brunet, Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, 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-cmf.gc.ca>

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-fja.gc.ca>

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	149–394
Digests	D-3–D-5

Canada (Attorney General) v. Amnesty International Canada (F.C.) 182

Armed Forces—Judicial review of Military Police Complaints Commission decision pursuant to *National Defence Act*, s. 250.38 to investigate complaints alleging military police allowed transfer of Afghan detainees despite evidence of torture, failed to investigate officers responsible for transfers—Commission claiming jurisdiction on basis custody, arrest of person policing duty under *Complaints about the Conduct of Members of the Military Police Regulations*, s. 2(1)—Applicant stating capture, detention, transfer of detainees military operation resulting from established military custom, practice, thus not policing duty, function pursuant to Regulations, s. 2(2)—Whether Commission having jurisdiction to investigate complaints—Unreasonable for Commission to find that Governor in Council intending to change meaning of “established military custom or practice” set out in Somalia, Special Advisory Group Inquiry reports—While possible

Continued on next page

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	149–394
Fiches analytiques	F-5–F-8

Canada (Procureur général) c. Amnesty International Canada (C.F.) 182

Forces armées—Contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire d'instituer une enquête en application de l'art. 250.38 de la *Loi sur la défense nationale* relativement à des plaintes alléguant que la police militaire avait permis le transfert de détenus afghans malgré la preuve faisant état de torture et que la police militaire avait omis d'enquêter sur les officiers responsables des transferts—La Commission a affirmé avoir compétence au motif que la garde et l'arrestation de personnes sont des fonctions de nature policière en vertu de l'art. 2(1) du *Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires*—Le demandeur soutenait que la capture, la détention et le transfert de détenus se rapportent à une opération d'ordre militaire découlant de coutumes ou pratiques militaires établies et qu'il ne s'agit donc pas de fonctions de nature policière au sens de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to construe capture, detention, transfer of insurgents as policing duty, function if carried out by military police, Regulations, s. 2(1) having to be read down to exclude such duties, functions as they arise from established military custom, practice—Commission lacking jurisdiction to investigate complaints—Applications allowed.

Construction of Statutes—Military Police Complaints Commission investigating allegations military police allowed transfer of Afghan detainees despite evidence of torture, failed to investigate officers responsible for transfers—Commission wrongly interpreting “[f]or greater certainty” in *Complaints about the Conduct of Members of the Military Police Regulations*, s. 2(2) as clarification not detracting from scope of enumerated police duties, functions set out in Regulations, s. 2(1)—Regulations, s. 2(1), (2) not watertight compartments—Without term “[f]or greater certainty”, scope of “policing duties or functions”, including “arrest or custody of a person”, uncertain—While possible to construe capture, detention, transfer of insurgents as policing duty, function if carried out by military police, Regulations, s. 2(1) having to be read down to exclude such duties, functions as they arise from established military custom, practice.

Harkat (Re) (F.C.) 149

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Security Certificate—Review of circumstances leading to Ministers’ failure to disclose information concerning reliability of human source—Statements by Canadian Security Intelligence Services (CSIS) witnesses with respect to human source matrix incomplete—CSIS witnesses not all to blame for this failure—CSIS having to ensure witnesses called

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l’art. 2(2) du Règlement—Il s’agissait de savoir si la Commission avait compétence pour enquêter sur les plaintes—Il était déraisonnable pour la Commission de conclure que le gouverneur en conseil avait l’intention de modifier le sens de l’expression « coutumes ou pratiques militaires établies » énoncée dans le rapport sur la Somalie et le rapport du Groupe consultatif spécial—Bien que la capture, la détention et le transfert d’insurgés puissent être présentés comme des fonctions de nature policière s’ils sont accomplis par des policiers militaires, l’art. 2(1) du Règlement doit recevoir une interprétation atténuante pour soustraire ces fonctions parce qu’elles découlent de coutumes ou pratiques militaires établies—La Commission n’avait pas la compétence pour enquêter sur les plaintes—Demandes accueillies.

Interprétation des lois—La Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire a enquêté sur des allégations selon lesquelles la police militaire avait permis le transfert de détenus afghans malgré la preuve faisant état de torture et avait omis d’enquêter sur les officiers responsables des transferts—La Commission a interprété à tort l’expression « [i]l est entendu » (« [f]or greater certainty ») qui figure à l’art. 2(2) du Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires comme étant une clarification qui ne diminue pas la portée des fonctions de nature policière énumérées à l’art. 2(1) du Règlement—Les art. 2(1) et (2) du Règlement ne sont pas des compartiments étanches—Sans l’expression « [i]l est entendu » (« [f]or greater certainty »), la portée des « fonctions de nature policière », notamment « l’arrestation ou la garde d’une personne », serait incertaine—Bien que la capture, la détention et le transfert d’insurgés puissent être présentés comme des fonctions de nature policière s’ils sont accomplis par des policiers militaires, l’art. 2(1) du Règlement doit recevoir une interprétation atténuante pour soustraire ces fonctions parce qu’elles découlent de coutumes ou pratiques militaires établies.

Harkat (Re) (C.F.) 149

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Certificat de sécurité—Examen des circonstances menant au défaut des ministres de divulguer des renseignements concernant la fiabilité d’une source humaine—Des déclarations faites par des témoins du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) relativement à la matrice sur la source étaient incomplètes—Les témoins du SCRS ne devaient

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to testify are educated about what they are being asked to undertake—Such witnesses should have consent, backing of CSIS when asked to make important decisions about proceeding—CSIS, Ministers under obligation to give Court all information necessary to test source’s credibility—Ministers’ non-disclosure not breaching Mr. Harkat’s rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, therefore s. 24(1) not engaged—However, Ministers’ failure undermining integrity of Court’s process—Evidence presented leading to conclusion information filed in support of security certificate “filtered”, undertakings to Court not fulfilled—In such exceptional circumstances, production of files of another human source relied on by Ministers ordered.

Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc. (F.C.A.) . . . 243

Trade-Marks—Expungement—Appeal from Federal Court decision dismissing appellant’s application for expungement of respondent’s registered trade-mark “Masterpiece Living”—Appellant, respondent operating in retirement residence industry—Appellant apparently using series of unregistered trade-marks since 2001—Began using mark “Masterpiece Living” in December 2005 or February 2006—On December 1, 2005, respondent applying to register trade-mark “Masterpiece Living”, application granted in March 2007—Appellant applying in 2006 to register mark “Masterpiece Living” but application denied—In March 2007, appellant applying unsuccessfully to expunge respondent’s trade-mark on ground confusing as of date of registration—Federal Court not erring by considering confusion only as of date of registration, refusing to consider possibility of future confusion—Present case hinging on *Trade-marks Act*, s. 16(3), which authorizes registration of proposed trade-mark unless confusing with another mark at date of filing of application—Act, ss. 6(2), 6(3) defining test to determine whether proposed mark confusing—Thus, confusion test for such mark must operate within limits of s. 16(3)—Act, s. 16(3)(a) clearly confining confusion test to “date of filing of the application”—Therefore, in application for expungement grounded on s. 16(3)(a), relevant time to test for confusion is date of filing of application for trade-mark for which expungement sought—

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pas être les seuls blâmés pour cette défaillance—Le SCRS doit veiller à ce que les témoins soient renseignés sur le rôle dont on leur demande de s’acquitter—Ces témoins devraient disposer de l’assentiment et du soutien du SCRS lorsqu’il leur est demandé de prendre d’importantes décisions relativement à l’instance—Le SCRS et les ministres devaient transmettre à la Cour tous les renseignements requis pour vérifier la crédibilité de la source—La non-divulgaration des ministres n’avait pas porté atteinte aux droits de M. Harkat garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*; l’art. 24(1) n’a donc pas reçu application—Toutefois, le défaut des ministres a porté atteinte à l’intégrité de la procédure de la Cour—La preuve présentée a conduit à la conclusion que l’information produite à l’appui du certificat avait été « filtrée » et que les engagements pris envers la Cour n’avaient pas été respectés—Dans cette situation exceptionnelle, la production de dossiers d’une autre source humaine sur laquelle les ministres se sont fondés a été ordonnée.

Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc. (C.A.F.) . . . 243

Marques de commerce—Radiation—Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de radiation, présentée par l’appelante, de la marque de commerce déposée « Masterpiece Living » de l’intimée—L’appelante et l’intimée exercent leurs activités dans le domaine des résidences pour personnes âgées—L’appelante utilisait censément une série de marques de commerce non enregistrées depuis 2001—Elle a commencé à employer la marque « Masterpiece Living » soit en décembre 2005 soit en février 2006—Le 1^{er} décembre 2005, l’intimée a produit une demande d’enregistrement de la marque de commerce « Masterpiece Living »; la demande a été accueillie en mars 2007—En 2006, l’appelante a produit une demande d’enregistrement de la marque « Masterpiece Living », mais la demande a été repoussée—En mars 2007, l’appelante a demandé en vain la radiation de la marque de commerce de l’intimée au motif qu’elle créait de la confusion à la date de l’enregistrement—La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en examinant la confusion uniquement à compter de la date de l’enregistrement et en refusant de prendre en compte le risque de confusion à l’avenir—L’affaire en l’espèce était liée à l’art. 16(3) de la *Loi sur les marques de commerce*, qui autorise l’enregistrement d’une marque de commerce projetée, à moins que celle-ci ne crée de la confusion avec une autre marque à la date de production de la demande—Les art. 6(2) et (3) de la Loi définissent le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Although Act, ss. 6(2), 6(3) using expression “would be likely to lead to the inference”, Federal Court, Federal Court of Appeal case law explicitly defining confusion test in present tense by using expression “is likely to lead”—Therefore, Act, s. 6 constituting hypothetical, not forward-thinking test—French version of Act, s. 6(1) useful with respect to limiting scope of test, using present tense of verb “to cause” (cause de la confusion) rather than conditional tense (causerait de la confusion) as is the case in English version—Two linguistic versions of s. 6(1) having common meaning, are reconcilable—Federal Court thus correct in its interpretation of phrase “would be likely”—Appellant failing to demonstrate Federal Court’s analytical approach flawed—Federal Court also not making palpable, overriding error in considering evidence, in reaching conclusion on confusion—Appeal dismissed.

Qureshi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 256

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Appeal from Citizenship Judge’s decision denying applicant’s citizenship application—Citizenship Judge expressing concerns regarding veracity of applicant’s residency in Canada—Applicant contending Citizenship Judge breaching rule of natural justice by not disclosing anonymous letter relied upon in decision—Issues: (1) whether Citizenship Judge failing to observe principles of procedural fairness, (2) whether Citizenship Judge erring in finding applicant not meeting residency requirements—Case law showing applicant must be given opportunity to respond to matters raised in extrinsic evidence, such as anonymous letters—

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

test pour établir si la marque projetée crée de la confusion ou non—En conséquence, l’application du test en matière de confusion à la marque doit s’effectuer dans le cadre de l’art. 16(3)—L’art. 16(3)a) de la Loi restreint clairement l’application du test en matière de confusion à la « date de production de la demande d’enregistrement »—Par conséquent, dans le cadre d’une demande de radiation fondée sur l’art. 16(3)a), la date pertinente d’application du test en matière de confusion est la date de production de la demande d’enregistrement de la marque de commerce visée par la radiation—Même si les art. 6(2) et (3) de la Loi emploient l’expression « serait susceptible de faire conclure [...] », la jurisprudence de la Cour fédérale et de la Cour d’appel fédérale a expressément énoncé le test en matière de confusion au temps présent : « est susceptible de faire conclure [...] »—Par conséquent, l’art. 6 de la Loi est un critère fondé sur des hypothèses plutôt que sur une approche prospective—Le libellé français de l’art. 6(1) de la Loi est utile pour délimiter l’étendue du critère, employant le verbe « causer » au temps présent « cause de la confusion » et non le conditionnel « causerait de la confusion » (*would cause confusion*) comme le fait la version anglaise—Les deux versions de l’art. 6(1) ont d’un point de vue linguistique la même signification et elles sont conciliables—L’interprétation par la Cour fédérale de l’expression « serait susceptible » était la bonne—L’appelante n’a pas réussi à démontrer que la démarche analytique de la Cour fédérale était fautive—De même, la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la preuve ou dans ses conclusions sur la confusion—Appel rejeté.

Qureshi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 256

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Appel de la décision par laquelle la juge de la citoyenneté a refusé la demande de citoyenneté canadienne du demandeur—La juge de la citoyenneté a exprimé des réserves au sujet de l’authenticité de la résidence du demandeur au Canada—Le demandeur prétendait que la juge de la citoyenneté a manqué à un principe de justice naturelle en ne divulguant pas la lettre anonyme qu’elle a invoquée à l’appui de sa décision—Les questions à trancher étaient celles de savoir si la juge de la citoyenneté : 1) avait manqué aux règles d’équité procédurale, et 2) avait commis une erreur en concluant que le demandeur ne

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Non-disclosure of anonymous communications prejudicial to applicant in immigration context generally considered breach of procedural fairness, particularly when relied upon in decision-making process—Citizenship Judge disclosing contents of anonymous letter, giving applicant opportunity to address allegations contained in it—Applicant thus not entitled to receive copy of actual letter—Disclosure requirements fulfilled, procedural fairness not breached—Open to Citizenship Judge to find applicant not credible in fulfilling onus of showing his presence in Canada for required period of time—Based on evidence, Citizenship Judge’s conclusion reasonable—Appeal dismissed.

Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Hospira Healthcare Corp. (F.C.) 316

Patents—Infringement—Application pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, s. 6 for order prohibiting Minister from issuing NOC to respondent with respect to docetaxel until after expiration of Canadian Patent No. 2102778 ('778 patent)—Respondent Hospira Healthcare Corporation’s notice of allegation (NOA) alleging non-infringement, invalidity against '778 patent—Applicant disclaiming claims of '778 patent—Application proceeding until prior to hearing on disclaimed claims—Respondent submitting that patent should be considered as it read on date NOA served, relying on three Federal Court decisions—Issue whether justification of allegations determined with reference to '778 patent claims as they read when NOA served or as they read at date of hearing—*Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193, binding—Supreme Court finding therein date of hearing relevant date for assessing justification for NOA, allegations of non-infringement to be determined as of that date—Accordingly, decisions relied on by respondent wrongly decided, not followed—However, respondent not estopped from arguing disclaimer invalid—Disclaimer not meeting requirements of the *Patent Act*, s. 48(6)—Disclaimer therefore invalid—Application dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

remplissait pas les conditions de résidence—Il ressort de la jurisprudence qu’il faut donner au demandeur la possibilité de répondre aux questions soulevées par des éléments de preuve extrinsèques comme les lettres anonymes—La non-divulgence de communications anonymes qui sont préjudiciables au demandeur dans un contexte d’immigration est généralement considérée comme un manquement à l’équité procédurale, surtout lorsque les agents se fondent sur ces éléments pour rendre leur décision—Le juge de la citoyenneté avait divulgué la teneur de la lettre anonyme et avait donné au demandeur la possibilité de discuter des allégations relevées dans la lettre—Le demandeur n’avait donc pas le droit de recevoir une copie de la lettre elle-même—Les exigences en matière de divulgation avaient été remplies et il n’y avait pas eu atteinte à l’équité procédurale—Il était loisible à la juge de la citoyenneté de conclure que le demandeur n’était pas crédible en ce qui concerne le fardeau qui lui incombait de démontrer qu’il avait été présent au Canada pour la durée de temps requise—La décision de la juge de la citoyenneté était raisonnable vu la preuve—Appel rejeté.

Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Corporation de soins de la santé Hospira (C.F.) 316

Brevets—Contrefaçon—Demande présentée en vertu de l’art. 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* en vue d’obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à la défenderesse à l’égard du docetaxel avant l’expiration du brevet canadien n° 2102778 (le brevet '778)—Dans son avis d’allégation, la défenderesse Corporation de soins de la santé Hospira alléguait la non-contrefaçon et l’invalidité du brevet '778—La demanderesse a renoncé aux revendications du brevet '778—La demande a suivi son cours jusqu’ avant l’audience sur les revendications après renonciation—La défenderesse affirmait que le brevet devait être examiné selon son libellé au moment de la signification de l’avis d’allégation et invoquait trois décisions de la Cour fédérale—La question en litige était celle de savoir si le bien-fondé des allégations devait être décidé en tenant compte du libellé des revendications du brevet '778 à la date de la signification de l’avis d’allégation ou de leur libellé à la date de l’audience—L’arrêt *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193, liait la Cour—Dans cet arrêt, la Cour suprême a conclu que la date pertinente pour évaluer si un avis d’allégation est fondé est la date de l’audience et qu’il fallait qu’elle détermine si l’allégation de

Suite à la page suivante

Saputo Inc. v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . 274

Food and Drugs—Judicial review challenging constitutionality, validity under *Food and Drugs Act* (FDA), *Canada Agricultural Products Act* (CAPA) of amendments to *Food and Drug Regulations*, ss. B.08.033, B.08.034, *Dairy Products Regulations*, ss. 6, 28 by *Regulations Amending the Food and Drug Regulations and the Dairy Products Regulations* (new Regulations)—Applicants alleging purpose of new Regulations ultra vires Governor in Council’s regulation-making authority under FDA, CAPA—Impugned provisions harmonizing definitions for milk products, revising identity, national compositional standards for cheese destined for interprovincial, international trade—Issues whether new Regulations valid exercise of federal trade, commerce power under *Constitution Act, 1867*, s. 91(2), of regulation-making authority granted to Governor in Council by FDA, CAPA—New Regulations integral part of legislative scheme established by FDA, CAPA to regulate import, export, interprovincial trade—Applying to cheese sold, marketed interprovincially by virtue of FDA, s. 6(1), CAPA, s. 17—Dairy producers having to meet national compositional standards to market cheese interprovincially, internationally—New Regulations, including impugned provisions, proper exercise of regulation-making authority vested in Governor in Council—Such authority expressed in broad terms in FDA, s. 30(1), CAPA, s. 32—Regulatory Impact Analysis Statement providing conclusive evidence new Regulations passed by Governor in Council to carry out purposes of CAPA, FDA—Application dismissed.

Continued on next page

Saputo Inc. c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . 274

non-contrefaçon était fondée à cette date—En conséquence, les décisions invoquées par la défenderesse étaient erronées et elles n’ont pas été suivies—Cependant, la défenderesse n’était pas empêchée par préclusion d’alléguer l’invalidité de la renonciation—La renonciation ne respectait pas les conditions de l’art. 48(6) de la *Loi sur les brevets*—La renonciation n’était donc pas valide—Demande rejetée.

Aliments et Drogues—Contrôle judiciaire contestant la constitutionnalité et la validité sous le régime de la *Loi sur les aliments et drogues* (la LAD) et de la *Loi sur les produits agricoles au Canada* (la LPAC) des modifications apportées aux art. B.08.033 et B.08.034 du *Règlement sur les aliments et drogues* et aux art. 6 et 28 du *Règlement sur les produits laitiers par le Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues et le Règlement sur les produits laitiers* (le nouveau Règlement)—Les demanderesse soutenaient que l’objet du nouveau Règlement outrepassait le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil par la LPAC et la LAD—Les dispositions contestées harmonisaient les définitions des produits du lait et révisaient les normes nationales relatives à l’identité et à la composition des fromages destinés au commerce interprovincial ou international—Il s’agissait de savoir si l’adoption du nouveau Règlement était un exercice légitime du pouvoir fédéral de réglementation des échanges et du commerce prévu à l’art. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et du pouvoir de réglementation que la LAD et la LPAC confèrent au gouverneur en conseil—Le nouveau Règlement fait partie intégrante des dispositifs législatifs établis par la LAD et la LPAC pour régler l’importation, l’exportation et le commerce interprovincial—Il s’applique aux fromages qui font l’objet de vente ou de commercialisation interprovinciales en vertu de l’art. 6(1) de la LAD et de l’art. 17 de la LPAC—Les producteurs laitiers doivent se conformer à une norme nationale de composition pour les fromages destinés au commerce interprovincial ou international—Le nouveau Règlement, y compris les dispositions contestées, constitue un exercice légitime du pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil—Ce pouvoir est défini de manière large à l’art. 30(1) de la LAD et à l’art. 32 de la LPAC—Le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation établit de manière concluante que le gouverneur en conseil a pris le nouveau Règlement afin de remplir les objets de la LPAC et de la LAD—Demande rejetée.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Constitutional Law—Distribution of Powers—Whether *Regulations Amending the Food and Drug Regulations and the Dairy Products Regulations* (new Regulations) valid exercise of federal trade, commerce power under *Constitution Act, 1867*, s. 91(2)—Prior to *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, regulations enacted under *Food and Drugs Act* (FDA) could not be upheld under federal trade, commerce power as FDA, s. 6 not directed in pith, substance at inter-provincial, international trade—FDA subsequently amended to ensure regulatory scheme, related regulations falling within scope of federal powers—Pith, substance of new Regulations to establish compositional standards for cheese marketed interprovincially, internationally—New Regulations thus valid exercise of federal trade, commerce power under *Constitution Act*, s. 91(2).

Statham v. Canadian Broadcasting Corporation (F.C.) 216

Access to Information—Application pursuant to *Access to Information Act*, s. 41 for order enjoining Canadian Broadcasting Corporation (CBC) President to disclose outstanding documents within set deadline—Applicant submitting approximately 400 access to information (ATI) requests to CBC—Complaining to Office of Information Commissioner (OIC) after CBC failing to acknowledge receipt of requests within statutory time limit, failing to claim extension of time—OIC conducting investigation, setting time limit for CBC to respond to outstanding ATI requests—At time of hearing of application, CBC had responded to all of applicant's ATI requests—Judicial review thus moot, but discretion exercised to hear application since issues raised of interest to other potential litigants, never addressed by courts before—Applicant could not apply to Court to review matter while CBC within time frame set by Information Commissioner, as it could not be said CBC had refused access to records until expiry of that delay—Court thus not having jurisdiction to entertain application—As to request for declaration reprimanding CBC for acting unreasonably, while government institution's

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Droit constitutionnel—Partage des pouvoirs—Il s'agissait de savoir si l'adoption du *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues et le Règlement sur les produits laitiers* (le nouveau Règlement) était un exercice légitime du pouvoir fédéral de réglementation des échanges et du commerce prévu à l'art. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*—Avant l'arrêt *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, les règlements pris sous le régime de la *Loi sur les aliments et drogues* (la LAD) ne pouvaient être confirmés dans le cadre du pouvoir fédéral de réglementation des échanges et du commerce parce que l'art. 6 de la LAD ne pouvait, de par son caractère véritable, être conçu pour viser le commerce inter-provincial et international—La LAD a été modifiée par la suite de manière à faire en sorte que le dispositif réglementaire et les règlements apparentés entrent dans le champ d'application bien établi des pouvoirs attribués au fédéral—Le caractère véritable du nouveau Règlement est de fixer des normes de composition pour les fromages destinés au commerce interprovincial ou international—L'adoption du nouveau Règlement était donc un exercice légitime du pouvoir fédéral de réglementation des échanges et du commerce prévu à l'art. 91(2) de la *Loi constitutionnelle*.

Statham c. Société Radio-Canada (C.F.) 216

Accès à l'information—Demande en application de l'art. 41 de la *Loi sur l'accès à l'information* en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au président de la Société Radio-Canada (la SRC) de communiquer des documents non encore fournis dans un délai précis—Le demandeur avait présenté à la SRC quelque 400 demandes d'accès à l'information (demandes d'AAI)—Le demandeur avait porté plainte devant le Commissariat à l'information du Canada (le CIC) après que la SRC n'a pas accusé réception de ces demandes dans le délai prévu dans la Loi et n'a pas demandé la prorogation du délai—Le CIC a mené une enquête et a fixé une échéance pour que la SRC réponde aux demandes d'AAI en suspens—À la date de l'audition de la demande, la SRC avait répondu à toutes les demandes d'AAI du demandeur—Le contrôle judiciaire était donc dénué d'objet, mais il s'agissait d'un cas où la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'instruire la demande parce que les questions soulevées étaient susceptibles d'intéresser d'autres plaideurs éventuels et elles n'avaient jamais auparavant fait l'objet d'un examen judiciaire—Il n'était pas permis au demandeur de

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

systemic deficiencies in complying with Act not to be taken lightly, Court only to intervene where genuine, continuing refusal of access demonstrated—Application dismissed.

Federal Court Jurisdiction—Applicant submitting approximately 400 access to information (ATI) requests to Canadian Broadcasting Corporation (CBC)—Complaining to Office of Information Commissioner (OIC) after CBC failing to acknowledge receipt of requests within statutory time limit, failing to claim extension of time—OIC conducting investigation, setting time limit for CBC to respond to outstanding ATI requests—Applicant could not apply to Court to review matter while CBC within time frame set by Information Commissioner, as it could not be said CBC had refused access to records until expiry of that delay—Court thus not having jurisdiction to entertain application.

Practice—Mootness—Applicant submitting approximately 400 access to information (ATI) requests to Canadian Broadcasting Corporation (CBC)—Complaining to Office of Information Commissioner (OIC) after CBC failing to acknowledge receipt of requests within statutory time limit, failing to claim extension of time—OIC conducting investigation, setting time limit for CBC to respond to outstanding ATI requests—At time of hearing of application, CBC had responded to all of applicant's ATI requests—Judicial review thus moot, but discretion exercised to hear application since issues raised of interest to other potential litigants, never addressed by courts before.

SOMMAIRE (Fin)

présenter une demande de contrôle judiciaire devant la Cour pendant que la SRC respectait le délai fixé par le Commissaire à l'information puisqu'on ne pouvait dire avant l'expiration du délai que la SRC avait refusé communication des documents en cause—La Cour n'avait donc pas compétence pour instruire la demande—S'agissant de la demande sollicitant un jugement déclaratoire blâmant la conduite déraisonnable de la SRC, bien que les défauts systémiques qui empêchent une institution fédérale de se conformer à la Loi ne devraient pas être pris à la légère, la Cour n'intervient que dans les cas où est établi un refus de communication réel et continu—Demande rejetée.

Compétence de la Cour fédérale—Le demandeur avait présenté à la Société Radio-Canada (la SRC) quelque 400 demandes d'accès à l'information (demandes d'AAI)—Il avait porté plainte devant le Commissariat à l'information du Canada (le CIC) après que la SRC n'a pas accusé réception des demandes dans le délai prévu dans la Loi et n'a pas demandé la prorogation du délai—Le CIC a mené une enquête et a fixé une échéance pour que la SRC réponde aux demandes d'AAI en suspens—Il n'était pas permis au demandeur de présenter une demande de contrôle judiciaire devant la Cour pendant que la SRC respectait le délai fixé par le Commissaire à l'information puisqu'on ne pouvait dire avant l'expiration du délai que la SRC avait refusé communication des documents en cause—La Cour n'avait donc pas compétence pour instruire la demande.

Pratique—Caractère théorique—Le demandeur avait présenté à la Société Radio-Canada (la SRC) quelque 400 demandes d'accès à l'information (demandes d'AAI)—Il avait porté plainte devant le Commissariat à l'information du Canada (le CIC) après que la SRC n'a pas accusé réception des demandes dans le délai prévu dans la Loi et n'a pas demandé la prorogation du délai—Le CIC a mené une enquête et a fixé une échéance pour que la SRC réponde aux demandes d'AAI en suspens—À la date de l'audition de la demande, la SRC avait répondu à toutes les demandes d'AAI du demandeur—Le contrôle judiciaire était donc dénué d'objet, mais il s'agissait d'un cas où la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'instruire la demande parce que les questions soulevées étaient susceptibles d'intéresser d'autres plaideurs éventuels et elles n'avaient jamais auparavant fait l'objet d'un examen judiciaire.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Chrétien v. Canada (Ex-Commissioner, Commission of Inquiry into the Sponsorship Program and Advertising Activities), 2008 FC 802, [2009] 2 F.C.R. 417, has been affirmed on appeal (A-46-08, 2010 FCA 283), reasons for judgment handed down October 26, 2010.

Statham v. Canadian Broadcasting Corporation, 2009 FC 1028, [2010] 4 F.C.R. 216 has been varied in part on appeal (A-458-09, 2010 FCA 315). The reasons for judgment, handed down November 22, 2010, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Native Child and Family Services of Toronto v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada (A-583-07, 2008 FCA 338) has been affirmed on appeal (2010 SCC 46). The reasons for judgment, handed down November 4, 2010, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Collins v. Canada, A-90-10, 2010 FCA 128, Sharlow J.A., judgment dated May 19, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused November 4, 2010.

Lehigh Cement Limited v. Canada, A-218-09, 2010 FCA 124, Sharlow J.A., judgment dated May 17, 2010, leave to appeal to S.C.C. refused November 4, 2010.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Chrétien c. Canada (Ex-commissaire, Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires)*, 2008 CF 802, [2009] 2 R.C.F. 417, a été confirmée en appel (A-46-08, 2010 CAF 283), les motifs du jugement ayant été prononcés le 26 octobre 2010.

La décision *Statham c. Société Radio-Canada*, 2009 CF 1028, [2010] 4 R.C.F. 216 a été modifiée en partie en appel (A-458-09, 2010 CAF 315). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 22 novembre 2010, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Native Child and Family Services of Toronto c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier*, (A-583-07, 2008 CAF 338) a été confirmé en appel (2010 CSC 46). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 4 novembre 2010, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Collins c. Canada, A-90-10, 2010 CAF 128, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 19 mai 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 novembre 2010.

Lehigh Cement Limited c. Canada, A-218-09, 2010 CAF 124, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 17 mai 2010, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 novembre 2010.

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2010, Vol. 4, Part 2

2010, Vol. 4, 2^e fascicule

DES-5-08
2009 FC 1050

DES-5-08
2009 CF 1050

IN THE MATTER OF a certificate signed pursuant to subsection 77(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act);

AFFAIRE INTÉRESSANT un certificat signé en vertu du paragraphe 77(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi);

IN THE MATTER OF the referral of that certificate to the Federal Court of Canada pursuant to subsection 77(1), section 83(1) of the Act;

ET le dépôt de ce certificat devant la Cour fédérale du Canada en vertu des paragraphes 77(1) et 83(1) de la Loi;

AND IN THE MATTER OF Mohamed HARKAT

ET Mohamed HARKAT

INDEXED AS: HARKAT (RE)

RÉPERTORIÉ : HARKAT (RE)

Federal Court, Noël J.—Ottawa, June 26, 30, July 2, 3, September 10 and October 15, 2009.

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, 26 et 30 juin, 2 et 3 juillet, 10 septembre et 15 octobre 2009.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Security Certificate — Review of circumstances leading to Ministers' failure to disclose information concerning reliability of human source — Statements by Canadian Security Intelligence Service (CSIS) witnesses with respect to human source matrix incomplete — CSIS witnesses not all to blame for this failure — CSIS having to ensure witnesses called to testify are educated about what they are being asked to undertake — Such witnesses should have consent, backing of CSIS when asked to make important decisions about proceeding — CSIS, Ministers under obligation to give Court all information necessary to test source's credibility — Ministers non-disclosure not breaching Mr. Harkat's rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms, therefore s. 24(1) not engaged — However, Ministers' failure undermining integrity of Court's process — Evidence presented leading to conclusion information filed in support of security certificate "filtered", undertakings to Court not fulfilled — In such exceptional circumstances, production of files of another human source relied on by Ministers ordered.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Certificat de sécurité — Examen des circonstances menant au défaut des ministres de divulguer des renseignements concernant la fiabilité d'une source humaine — Des déclarations faites par des témoins du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) relativement à la matrice sur la source étaient incomplètes — Les témoins du SCRS ne devaient pas être les seuls blâmés pour cette défaillance — Le SCRS doit veiller à ce que les témoins soient renseignés sur le rôle dont on leur demande de s'acquitter — Ces témoins devraient disposer de l'assentiment et du soutien du SCRS lorsqu'il leur est demandé de prendre d'importantes décisions relativement à l'instance — Le SCRS et les ministres devaient transmettre à la Cour tous les renseignements requis pour vérifier la crédibilité de la source — La non-divulgaration des ministres n'avait pas porté atteinte aux droits de M. Harkat garantis par la Charte canadienne des droits et libertés; l'art. 24(1) n'a donc pas reçu application — Toutefois, le défaut des ministres a porté atteinte à l'intégrité de la procédure de la Cour — La preuve présentée a conduit à la conclusion que l'information produite à l'appui du certificat avait été « filtrée » et que les engagements pris envers la Cour n'avaient pas été respectés — Dans cette situation exceptionnelle, la production de dossiers d'une autre source humaine sur laquelle les ministres se sont fondés a été ordonnée.

This was a review, at the initiative of the Court, of the circumstances leading to a failure by the Ministers to disclose information concerning the reliability of a human source (the polygraph information) to the Court and to the special advocates. On being made aware of this failure, the Court issued an order dated May 27, 2009, giving the special advocates access to one of the human source files. The Court then issued a public

Il s'agissait d'un examen, institué à l'initiative de la Cour, des circonstances qui ont conduit au défaut des ministres de divulguer à la Cour et aux avocats spéciaux des renseignements concernant la fiabilité d'une source humaine (les renseignements liés au test polygraphique). Lorsqu'elle a eu connaissance de ce défaut, la Cour a délivré une ordonnance datée du 27 mai 2009 accordant aux avocats spéciaux l'accès à un des dossiers de

direction offering three Canadian Security Intelligence Service (CSIS) witnesses the opportunity to explain their previous testimony and their failure to provide important information to the Court.

The present reasons addressed concerns in relation to each witness and included some comments on the role played by CSIS as an institution. They also dealt with a request by the special advocates for the exclusion of all information provided by the human source in question as a remedy under subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Held, the production of the files of another covert human intelligence source relied on by the Ministers to support the allegations made against Mr. Harkat is ordered.

The purpose of the source matrix is to provide the Court, and special advocates, with the tools to enable them to test the reliability of the information provided by the source in an effective way. All relevant information regarding the source's credibility and reliability including the source's motivation, evaluation, payment and background should be included in the source matrix. Statements by the three witnesses with respect to the source matrix at issue herein were incomplete. However, it was clear from the evidence that the three witnesses should not bear all the blame for what appeared to be, in part, an institutional failure of CSIS. CSIS must ensure that the witnesses they call to testify are properly educated about the function they are being asked to undertake; they must be thoroughly prepared by counsel; they, and their counsel, must have all the necessary factual information available to them; and, they must have the consent and backing of CSIS when they are asked to make important decisions about the proceeding.

This lack of support and the institutional concern over releasing human source information, even to its legal counsel and persons asked to testify in support of certificate proceedings, led, in part, to the non-disclosure of information that goes to the reliability of a human source relied on by CSIS to support its case against Mr. Harkat. To conform to the law, CSIS and the Ministers must give the Court all the information necessary to test the credibility of the source and not just the information that a witness, trained as an intelligence officer, considers operationally necessary. CSIS must also ensure that nothing prevents its legal counsel from fulfilling his role as legal advisor to CSIS or his ability to act as officer of the Court. Adequate administrative and legal resources must be dedicated to these complex and time-consuming files.

sources humaines. La Cour a ensuite donné une directive publique par laquelle elle offrait aux trois témoins du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) l'occasion d'expliquer leurs dépositions ainsi que leur défaut de lui avoir fourni d'importants renseignements.

Les motifs en l'espèce abordaient les sujets d'inquiétudes qu'occasionnait chaque témoin et contenaient des commentaires sur le rôle qu'a joué le SCRS en tant qu'institution. Ils portaient aussi sur une demande présentée par les avocats spéciaux pour que soient exclus tous les renseignements fournis par la source humaine en cause à titre de réparation en application du paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Jugement : la production des dossiers d'une autre source humaine secrète sur lesquels les ministres se sont fondés pour étayer les allégations portées contre M. Harkat a été ordonnée.

L'objet de la matrice sur la source est de fournir à la Cour, ainsi qu'aux avocats spéciaux, les outils leur permettant de bien vérifier la fiabilité des renseignements fournis par la source. Tous les renseignements utiles concernant la crédibilité et la fiabilité de la source, y compris les motifs de celle-ci, son évaluation, sa rémunération et ses antécédents, doivent être inclus dans la matrice. Des déclarations faites par les trois témoins relativement à la matrice sur la source en cause en l'espèce étaient incomplètes. Cependant, il ressortait manifestement des dépositions que les trois témoins ne devraient pas être les seuls blâmés pour ce qui semblait relever en partie d'une défaillance en tant qu'institution du SCRS. Le SCRS doit s'assurer que les témoins qu'il appelle à déposer sont convenablement renseignés sur le rôle dont on leur demande de s'acquitter. Des avocats doivent les préparer minutieusement, et leurs avocats et eux-mêmes doivent avoir accès à toutes les données factuelles dont ils ont besoin. Ces témoins, en outre, doivent disposer de l'assentiment et du soutien du SCRS lorsqu'il leur est demandé de prendre d'importantes décisions relativement à l'instance.

Cette absence de soutien, ainsi que la crainte du SCRS en tant qu'institution de divulguer des renseignements sur des sources humaines, même à ses propres avocats et aux personnes appelées à témoigner à l'appui du caractère raisonnable du certificat, ont été la cause, en partie du moins, de la non-divulgaration de renseignements concernant la fiabilité d'une source humaine sur laquelle le SCRS s'est appuyé pour établir le bien-fondé de ses prétentions contre M. Harkat. Pour se conformer à la loi, le SCRS et les ministres doivent transmettre à la Cour tous les renseignements requis pour vérifier la crédibilité de la source, et pas seulement l'information qu'un témoin, ayant une formation d'agent de renseignements, juge nécessaire de divulguer sur le plan opérationnel. Le SCRS doit également s'assurer que rien n'empêche son avocat de bien s'acquitter auprès de lui de son rôle de conseiller juridique, et

Given the evolution of the security certificate proceeding, counsel for the Ministers must thoroughly understand the evolving case law and law and be able to adequately prepare CSIS employees who have been asked to appear as witnesses before the Court. The rule of law cannot be set aside because of a lack of time, resources or institutional resistance to the evolving context of security certificate proceedings. The Ministers' decision in relation to what evidence must be adduced should not be left in the hands of a legally inexperienced witness. A process must be in place to ensure that decisions are made after a proper consultation with all stakeholders and upon receipt of legal advice.

With regard to subsection 24(1) of the Charter and the special advocates' request to exclude any information provided by the human source that was subject to the polygraph, there was insufficient evidence to find that Mr. Harkat's Charter rights had been violated. Consequently, subsection 24(1) was not engaged. However, the failure of CSIS, and of its witnesses, to act in accordance with the obligation of utmost good faith recognized in *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, undermined the integrity of the Court's process.

The law requires that CSIS reconcile its obligation to disclose all relevant information, frankly and fully, with its legitimate operational requirement to protect the confidentiality of its human sources. Although the Ministers and CSIS intelligence officers may have their own views as to the reliability of the human source information, they may not impose that view by limiting the information provided to the Court and the special advocates. The evidence before the Court led to the conclusion that the information filed in support of the certificate by the Ministers has been "filtered" and that undertakings made to the Court have not been fulfilled. Filtering evidence, even with the best of intentions, is unacceptable. Failing to properly fulfil undertakings made to a court of law is equally unacceptable. Had the polygraph information never come to the attention of the Court, there was a real risk that Mr. Harkat would have suffered a flagrant denial of procedural justice. The Ministers' acknowledgement that they failed to disclose information met the threshold for setting aside the covert human intelligence source relied on by the Ministers. Consequently, in these exceptional circumstances, it was necessary to order the production of the files of another human source relied on by the Ministers. Such an order would ensure that there was no further

de bien agir comme auxiliaire de la Cour. Des ressources administratives et juridiques suffisantes doivent être mises à contribution pour pareil dossier qui est si complexe et qui requiert tant de temps.

Au vu de l'évolution de la procédure pour les certificats de sécurité, l'avocat qui représente les ministres doit connaître parfaitement la jurisprudence et la loi en évolution constante, et pouvoir bien préparer les employés du SCRS appelés à témoigner devant la Cour. La primauté du droit ne peut être écartée en raison d'un manque de temps ou de ressources, ou parce qu'une institution offre de la résistance face à l'évolution de la procédure applicable aux certificats de sécurité. La décision incombant aux ministres quant au choix des éléments de preuve à produire ne doit pas être laissée entre les mains d'un témoin sans formation juridique. Une procédure doit être instaurée pour s'assurer que les décisions sont prises après que tous les intéressés ont été convenablement consultés et que des conseils juridiques ont été dûment obtenus.

S'agissant du paragraphe 24(1) de la Charte et de la demande présentée par les avocats spéciaux pour que soit exclu tout renseignement fourni par la source humaine qui a été soumise au test polygraphique, la preuve ne suffisait pas pour conclure que les droits garantis à M. Harkat par la Charte avaient été violés. Par conséquent, le paragraphe 24(1) n'a pas reçu application. Toutefois, le défaut du SCRS, et de ses témoins, de se conformer à l'obligation d'agir avec la bonne foi la plus absolue reconnue dans l'arrêt *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299, a porté atteinte à l'intégrité de la procédure de la Cour.

Le droit requiert que le SCRS concilie son obligation de divulguer tous les renseignements utiles, de manière complète et fidèle, avec le besoin légitime au plan opérationnel de protéger la confidentialité de ses sources humaines. Bien que les ministres et les agents de renseignements du SCRS puissent très bien avoir leur propre opinion sur la fiabilité des renseignements de la source humaine, ils ne peuvent imposer cette opinion en restreignant les renseignements fournis à la Cour et aux avocats spéciaux. La preuve présentée à la Cour a mené à la conclusion que l'information produite par les ministres à l'appui du certificat avait été « filtrée » et que les engagements pris envers la Cour n'avaient pas été respectés. Filtrer la preuve, même en étant animé des meilleures intentions, n'est pas acceptable. Ne pas respecter comme il convient les engagements pris envers une cour, cela n'est pas davantage acceptable. Si les renseignements liés au test polygraphique n'avaient pas été portés à l'attention de la Cour, il y avait un fort risque qu'une atteinte flagrante à l'équité procédurale aurait été commise à l'endroit de M. Harkat. La reconnaissance par les ministres de leur défaut de divulgation de renseignements satisfaisait au critère permettant d'écartier la source humaine secrète de renseignements sur laquelle les ministres se sont fondés. En

concern in relation to the special advocates' ability to fully test the evidence; it was necessary to repair the damage done to the administration of justice and to re-establish the necessary climate of trust and confidence which must be present in such an exceptional legal procedure. However, the file was to be provided only to the Court and to the special advocates. In no circumstances was this file to be given to Mr. Harkat, his counsel, or to the public.

conséquence, dans cette situation exceptionnelle, il était nécessaire d'ordonner la production de dossiers d'une autre source humaine sur laquelle les ministres se sont fondés. Une telle ordonnance dissiperait toute inquiétude quant à la capacité des avocats spéciaux de vérifier pleinement la preuve. Elle est également essentielle pour réparer l'atteinte portée à la bonne administration de la justice, et pour rétablir le climat de confiance qui doit régner dans le cadre d'une procédure judiciaire aussi exceptionnelle. Toutefois, le dossier ne devait être remis qu'à la Cour et aux avocats spéciaux. En aucune circonstance le dossier ne devra-t-il être divulgué à M. Harkat, à son avocat non plus qu'au public.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

An act to amend the Immigration and Refugee Protection Act (certificate and special advocate) and to make a consequential amendment to another Act, S.C. 2008, c. 3. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 24(1).
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 78 (as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4), 83(1)(a),(h) (as am. *idem*).

CASES CITED

APPLIED:

Charkaoui (Re), 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 126 C.R.R. (2d) 298; *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, (1995), 130 D.L.R. (4th) 385, [1996] 2 W.W.R. 1; *Cook v. Ip et al.* (1985), 52 O.R. (2d) 289, 22 D.L.R. (4th) 1, 5 C.P.C. (2d) 81 (C.A.); *Harkat (Re)*, 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370, 306 D.L.R. (4th) 269, 78 Imm. L.R. (3d) 303.

CONSIDERED:

Harkat (Re), 2009 FC 553, 80 Imm. L.R. (3d) 252, 345 F.T.R. 143.

REFERRED TO:

Ruby v. Canada (Solicitor General), 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, 219 D.L.R. (4th) 385, 49 Admin. L.R. (3d) 1; *Harkat (Re)*, 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65; *Harkat (Re)*, 2009 FC 203, 339 F.T.R. 60; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, 294 D.L.R. (4th) 478, 58 C.R. (6th) 45.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 24(1).
Loi modifiant la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (certificat et avocat spécial) et une autre loi en conséquence, L.C. 2008, ch. 3.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 78 (mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4), 83(1)(a),(h) (mod., *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Charkaoui (Re), 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299; *MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725; *Cook v. Ip et al.* (1985), 52 O.R. (2d) 289, 22 D.L.R. (4th) 1, 5 C.P.C. (2d) 81 (C.A.); *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370.

DÉCISION EXAMINÉE :

Harkat (Re), 2009 CF 553.

DÉCISIONS CITÉES :

Ruby c. Canada (Solliciteur général), 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Harkat (Re)*, 2005 CF 393; *Harkat (Re)*, 2009 CF 203; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326.

REVIEW of the circumstances leading to a failure by the Ministers to disclose information concerning the reliability of a human source to the Court and to the special advocates. Production of the files of another human source ordered.

APPEARANCES

Simon Fothergill for Attorney General of Canada.

Leonard M. Shore, Q.C. for witness C.

Patrick F. D. McCann for witness R.

Jean G. Legault for witness A.

Paul D. Copeland and *Paul J. J. Cavalluzzo* as special advocates.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for Attorney General of Canada.

Shore Davis Hale, Ottawa, for witness C.

McCann Law Offices, Ottawa, for witness R.

Burke-Robertson LLP, Ottawa, for witness A.

Paul D. Copeland, Toronto, and *Paul J. J. Cavalluzzo*, Toronto, as special advocates.

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

NOËL J.:

Introduction

[1] This is an order and reasons for order in relation to a proceeding which took place at the initiative of the Court to review the circumstances that led to a failure by the Ministers to disclose information concerning the reliability of a human source to the Court and to the special advocates (the polygraph information). On being made aware of the failure to disclose the polygraph information by way of letter dated May 26, 2009 (public version attached to these reasons as Appendix 1), this Court issued an order and reasons for order dated May 27, 2009 disposing of a motion, brought previously in this proceeding by the special advocates, seeking access to human source files. In the May 27, 2009 order, this Court granted the special advocates' motion, in part, and

EXAMEN des circonstances qui ont mené au défaut des ministres de divulguer à la Cour et aux avocats spéciaux des renseignements concernant la fiabilité d'une source humaine. La production des dossiers d'une autre source humaine a été ordonnée.

ONT COMPARU

Simon Fothergill pour le procureur général du Canada.

Leonard M. Shore, c.r. pour le témoin C.

Patrick F. D. McCann pour le témoin R.

Jean G. Legault pour le témoin A.

Paul D. Copeland et *Paul J. J. Cavalluzzo* à titre d'avocats spéciaux.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le procureur général du Canada.

Shore Davis Hale, Ottawa, pour le témoin C.

McCann Law Offices, Ottawa, pour le témoin R.

Burke-Robertson LLP, Ottawa, pour le témoin A.

Paul D. Copeland, Toronto, et *Paul J. J. Cavalluzzo*, Toronto, à titre d'avocats spéciaux.

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

LE JUGE NOËL :

Introduction

[1] Il s'agit d'une ordonnance et de motifs d'ordonnance se rapportant à une procédure instituée à l'initiative de la Cour pour examiner les circonstances qui ont conduit au défaut des ministres de divulguer à la Cour et aux avocats spéciaux des renseignements concernant la fiabilité d'une source humaine (les renseignements liés au test polygraphique). Lorsqu'elle a eu connaissance du défaut de divulgation des renseignements liés au test polygraphique au moyen d'une lettre datée du 26 mai 2009 (la version publique est jointe aux présents motifs à titre d'annexe 1), la Cour a délivré une ordonnance et des motifs d'ordonnance datés du 27 mai 2009 et disposant d'une requête, présentée précédemment par les avocats spéciaux dans le cadre de la présente instance, sollicitant

gave them access to one of the human source files (see *Harkat (Re)*, 2009 FC 553, 80 Imm. L.R. (3d) 252).

[2] On June 4, 2009, Senior General Counsel for CSIS [Canadian Security Intelligence Service] wrote to the Chief Justice of the Federal Court acknowledging that “[t]he failure to include relevant information in the source matrix was inexcusable and is a matter of profound concern to the Service” (see letter of June 4, 2009, attached as Appendix 2).

[3] On June 5, 2009, the Court issued a communication to the parties informing them that it had held a closed hearing in the presence of the special advocates and counsel for the Ministers. At that hearing the Court was informed that members of the CSIS executive had asked a senior CSIS employee to conduct an investigation into the circumstances surrounding the non-disclosure of the polygraph information. The Court also informed counsel for the Ministers that it intended to recall the three witnesses who had testified and that it reserved the right to call further witnesses.

[4] On June 15, 2009, the Court held a closed hearing to discuss the manner in which the Court should proceed in relation to this matter. The special advocates and counsel for the Attorney General were present.

[5] On June 16, 2009, this Court issued a public Direction which offered the three CSIS witnesses the opportunity to explain their testimony and their failure to provide important information to the Court. An opportunity was also given to the Attorney General and the special advocates to address the following matters:

(a) the compliance of CSIS with orders of the Court, in particular the orders of September 24 and November 28, 2008;

(b) possible prevarication by CSIS witnesses called to testify concerning the reliability of the information provided by a human source; and

l'accès à des dossiers de sources humaines. Dans l'ordonnance du 27 mai 2009, la Cour a accueilli en partie la requête des avocats spéciaux, et leur a accordé l'accès à un des dossiers de sources humaines (se reporter à *Harkat (Re)*, 2009 CF 553).

[2] Le 4 juin 2009, l'avocat général principal du SCRS [Service canadien du renseignement de sécurité] a reconnu dans une lettre adressée au juge en chef de la Cour fédérale que [TRADUCTION] « [l]e défaut d'inclure des renseignements utiles dans la matrice sur la source était inexcusable, et c'est là un sujet de grave inquiétude pour le Service » (se reporter à la lettre du 4 juin 2009 ci-jointe à titre d'annexe 2).

[3] Le 5 juin 2009, la Cour a transmis aux parties une communication par laquelle elle les informait qu'elle avait tenu une audience à huis clos en présence des avocats spéciaux et de l'avocat des ministres. La Cour a appris à cette audience que des membres de la haute direction du SCRS avaient demandé à un gestionnaire du Service de mener une enquête sur les circonstances ayant entouré la non-divulgence des renseignements liés au test polygraphique. La Cour a également informé l'avocat des ministres qu'elle comptait rappeler les trois témoins qui avaient déposé et qu'elle se réservait le droit d'assigner d'autres témoins.

[4] Le 15 juin 2009, la Cour a tenu une audience à huis clos où l'on a traité de la manière dont elle devrait procéder à l'égard de cette question. Les avocats spéciaux et l'avocat du procureur général étaient présents.

[5] Le 16 juin 2009, la Cour a donné des directives publiques par laquelle elle offrait aux trois témoins du SCRS l'occasion d'expliquer leurs dépositions ainsi que leur défaut de lui avoir fourni d'importants renseignements. La Cour a également donné au procureur général et aux avocats spéciaux l'occasion d'aborder les questions suivantes :

a) l'observation par le SCRS des ordonnances de la Cour, en particulier les ordonnances du 24 septembre et du 28 novembre 2008;

b) l'éventuelle prévarication de témoins du SCRS appelés à témoigner au sujet de la fiabilité des renseignements fournis par une source humaine;

(c) CSIS' compliance with the obligation of utmost good faith required by the jurisprudence in the context of *ex parte* proceedings. See *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraph 27; and *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, at paragraphs 153 and 154.

[6] The three witnesses chose to attend before the Court to explain their actions. They were represented by independent lawyers who were given access to all relevant information. The three witnesses were examined by their counsel and cross-examined by counsel for the Attorney General and by Mr. Cavalluzzo, a special advocate. Independent counsel were also given an opportunity to re-examine their clients.

[7] One of the three witnesses sought, and was granted, leave to call a polygraphist to testify as a witness in this proceeding.

[8] Because of the sensitivity of the information at issue, namely information relating to a human source, closed hearings were held over three days in June 2009.

[9] Documents were filed by the three witnesses and by the Attorney General. One of these documents was a CSIS report dated June 2009 (the internal report) prepared by a senior member of CSIS at the request of the CSIS executive. This report was characterized by CSIS as one of the measures taken to deal with the failure to provide full disclosure of the polygraph information to the Court (see CSIS' senior general counsel letter dated June 4, 2009, to the Chief Justice, Appendix 2).

[10] The internal report contains information in relation to the non-disclosure of the polygraph information and is based on interviews with CSIS employees. However, the investigator did not interview any person who might be called to testify during this proceeding. Thus, the internal report does not benefit from the perspective of a number of persons directly involved in the events leading up to, and resulting in, the non-disclosure of the information concerning the reliability of the human source. As such the internal report, which was filed as an exhibit pursuant to paragraph 83(1)(h) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] of

c) le respect par le SCRS de l'obligation que lui impose la jurisprudence de faire preuve *ex parte* de la bonne foi la plus absolue (se reporter à *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, au paragraphe 27; et à *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299, aux paragraphes 153 et 154).

[6] Les trois témoins ont choisi de se présenter devant la Cour pour expliquer leurs actes. Ils étaient représentés par des avocats indépendants à qui on avait accordé l'accès à tous les renseignements utiles. Chacun des trois témoins a été interrogé par son avocat et contre-interrogé par l'avocat du procureur général et par M. Cavalluzzo, un avocat spécial. Les avocats indépendants ont également eu l'occasion d'interroger de nouveau leur client.

[7] L'un des trois témoins a demandé, et obtenu, l'autorisation d'appeler un polygraphiste à témoigner dans le cadre de la présente instance.

[8] Une audience à huis clos d'une durée de trois jours a été tenue en juin 2009, en raison de la nature délicate des renseignements en cause, à savoir des renseignements relatifs à une source humaine.

[9] Les trois témoins ainsi que le procureur général ont déposé des documents. L'un de ces documents était un rapport en date de juin 2009 du SCRS (le rapport interne) établi par un haut gestionnaire à la demande de la haute direction du SCRS. Le SCRS a décrit ce document comme l'une des mesures prises pour remédier au défaut de divulgation complète à la Cour des renseignements liés au test polygraphique (se reporter à la lettre en date du 4 juin 2009 adressée au juge en chef par l'avocat général principal du SCRS — annexe 2).

[10] Le rapport interne, fondé sur des entrevues menées auprès d'employés du SCRS, renferme de l'information relative à la non-divulgation des renseignements liés au test polygraphique. L'enquêteur n'a toutefois fait passer d'entrevue à aucune personne pouvant être appelée à témoigner dans la présente instance. Le rapport ne bénéficie donc pas de l'éclairage de diverses personnes ayant participé directement aux événements qui ont été à l'origine ou ont été la cause de la non-divulgation de renseignements concernant la fiabilité de la source humaine. À ce titre, le rapport interne, déposé comme

the *Immigration and Refugee Protection Act* [S.C. 2001, c. 27] (IRPA) has been received into evidence but has not been given any weight in assessing the evidence of the witnesses in this proceeding. The internal report was used by counsel as a starting place from which to question the witnesses.

[11] Finally, written submissions were filed by counsel in August 2009.

[12] In their submissions dated August 27, 2009, the special advocates sought, for the first time, the exclusion of all information provided by the human source in question as a remedy pursuant to subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter).

[13] The Attorney General was granted leave to file submissions in reply to the Charter issues raised by the special advocates. Those responding submissions were filed on September 10, 2009.

[14] Throughout this process, the Court has been mindful of: the overriding importance of ensuring fairness to Mr. Harkat; the reputations of the three CSIS employees who appeared as witnesses; the reputation of other CSIS employees who are referred to in the internal report but did not testify; the reputation of those who did not testify and were not interviewed for the purposes of the internal report; the ongoing security certificate proceeding; paragraphs 83(1)(a) [as am. by S.C. 2008, c. 3, s. 4] and (h) of the IRPA; the requirements of the rule of law; the proper and effective administration of justice; and, the national security of Canada.

[15] I note that this proceeding, which was commenced upon the initiative of the Court, is not a complete and exhaustive review of the events leading up to the non-disclosure of the polygraph information. Only the CSIS employees who appeared before the Court as witnesses in the underlying certificate proceeding were asked to explain their actions. To engage in a more detailed inquiry

pièce en application de l'alinéa 83(1)h) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* [L.C. 2001, ch. 27] (la LIPR), a été admis en preuve mais on ne lui a accordé aucun poids dans l'appréciation de la déposition des témoins dans la présente instance. Le rapport interne a servi aux avocats pour démarrer l'interrogatoire des témoins.

[11] En août 2009, finalement, les avocats ont présenté des observations écrites.

[12] Dans leurs observations datées du 27 août 2009, les avocats spéciaux ont demandé, pour la première fois, que soient exclus tous les renseignements fournis par la source humaine en cause à titre de réparation, en application du paragraphe 24(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).

[13] Le procureur général a été autorisé à soumettre des observations en réponse aux questions liées à la Charte soulevées par les avocats spéciaux. Ces observations en réponse ont été déposées le 10 septembre 2009.

[14] Tout au long du processus, la Cour a pris en compte les éléments suivants : l'importance capitale qu'il y a à assurer un traitement équitable à M. Harkat; la réputation des trois employés du SCRS qui ont comparu comme témoins; la réputation des autres employés du SCRS qui ont été mentionnés dans le rapport interne mais qui n'ont pas témoigné; la réputation des personnes qui n'ont pas témoigné ni n'ont subi une entrevue pour les besoins du rapport interne; la procédure en cours relative au certificat de sécurité; les alinéas 83(1)a) [mod. par L.C. 2008, ch. 3, art. 4] et h) de la LIPR; les impératifs de la primauté du droit; la bonne administration de la justice; la sécurité nationale du Canada.

[15] Je désire souligner que la présente procédure, instituée à l'initiative de la Cour, ne consiste pas en un examen complet et exhaustif des événements qui ont conduit à la non-divulgence des renseignements liés au test polygraphique. Seuls les employés du SCRS ayant comparu comme témoins devant la Cour dans l'instance sous-jacente relative au certificat se sont vu demander

would have further delayed the determination of the reasonableness of the certificate and would not have been in the interests of justice at this time. The findings of fact made in this decision must be read in the context of this narrow proceeding and should not limit or preclude any future fact-finding inquiries that may be deemed appropriate. The issue arising from the first certificate proceeding (see *Harkat (Re)*, 2009 FC 553, at paragraph 16) could not be dealt with fully. Therefore, the Court will not deal with this matter at this time.

The failure to disclose

[16] It is the objective of these reasons to address the concerns that the Court has in relation to each witness, and to include some comment on the role played by CSIS as an institution. Because of the importance of the issues raised in this proceeding, these reasons have been written without reference to any sensitive information. The three witnesses who testified in June 2009 will remain anonymous and will be referred to as witnesses A, C and R. The positions held by A, C and R in CSIS will not be disclosed. The polygraphist, called to testify by counsel for witness C will be referred to as such.

[17] The following paragraphs are a review of the events leading up to the issuance of the May 27, 2009 order in which the Court reserved its right to recall the three witnesses in relation to the issue of non-disclosure of the polygraph information.

[18] On May 15, 2009, the Court received an email from CSIS' counsel in which he stated that he would be providing further information to the Court which may have a bearing on the Court's decision in relation to the special advocates' motion seeking access to the human source file.

[19] In a confidential letter forwarded to the Court on May 26, 2009 (which was later redacted and made public, see Appendix 1), counsel for the Ministers referred to inaccuracies in the "source matrix" which was filed, in

d'expliquer leurs actes. Procéder à un examen plus détaillé aurait retardé encore davantage la décision à rendre quant au caractère raisonnable du certificat et n'aurait pas été, au stade actuel, dans l'intérêt de la justice. Les conclusions de fait tirées dans la présente décision ne valent que dans le contexte étroit de la procédure qui nous occupe, et ne devraient pas empêcher la tenue de toute enquête d'établissement des faits jugée nécessaire ni en restreindre la portée. La question soulevée dans la première instance relative au certificat (se reporter à *Harkat (Re)*, 2009 CF 553, au paragraphe 16) n'a pu être entièrement réglée. Par conséquent, la Cour ne traitera pas maintenant de cette question.

Défaut de divulguer

[16] L'objet des présents motifs est d'aborder les sujets d'inquiétude qu'occasionne chaque témoin à la Cour, et de faire des commentaires sur le rôle qu'a joué le SCRS en tant qu'institution. Vu l'importance des questions soulevées dans la présente procédure, il ne sera fait mention dans les présents motifs d'aucun renseignement de nature délicate. Les trois témoins qui ont déposé en juin 2009 demeureront anonymes et seront désignés en tant que témoins A, C et R. Les postes occupés par A, C et R au sein du SCRS ne seront pas divulgués. Le polygraphiste appelé à témoigner par l'avocat du témoin C sera désigné par sa seule fonction.

[17] On passera en revue, dans les paragraphes qui suivent, les événements ayant mené à la délivrance de l'ordonnance du 27 mai 2009, par laquelle la Cour se réservait le droit de rappeler les trois témoins quant à la question de la non-divulgence des renseignements liés au test polygraphique.

[18] Le 15 mai 2009, la Cour a reçu un courriel dans lequel l'avocat du SCRS déclarait qu'il lui communiquerait d'autres renseignements susceptibles de l'aider à trancher la requête présentée par les avocats spéciaux pour obtenir l'accès au dossier de la source humaine.

[19] Dans une lettre confidentielle transmise à la Cour le 26 mai 2009 (par la suite expurgée et rendue publique — se reporter à l'annexe 1), l'avocat des ministres a fait allusion à des inexactitudes dans la [TRADUCTION]

September 2008, as part of Exhibit A to the closed portion of these proceedings.

[20] The purpose of the source matrix is to provide the Court, and special advocates, with the tools to enable them to test the reliability of the information provided by the source in an effective way. All relevant information regarding the source's credibility and reliability including the source's motivation, evaluation, payment and background should be included in the matrix (see *Harkat (Re)*, 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52, at paragraphs 93, 94 and 98 *per* Dawson J.).

[21] In the source matrix found in Exhibit A to the closed portion of this proceeding, there is a section entitled "polygraph testing" which discusses the administration of a polygraph to one of the human sources relied on by CSIS. In the September 2008 version of the matrix, the polygraph section stated:

These issues cast suspicion on ██████████ loyalty to the service and raised questions as to ██████████ activities and associations, ██████████. As a result, in 2002, the service conducted a polygraph examination of the source.

The polygraph charts were reviewed by an independent ██████████ resource who determined that 22 22 was truthful when stating that he ██████████ was not involved with other agencies and militant organizations.

[22] This statement is incomplete and, as acknowledged by CSIS (see letter dated May 26, 2009, Appendix 1), should at a minimum have included the following information:

- in 2002, a polygraph was conducted on the human source and he was found to be untruthful on all relevant questions;
- in 2008, prior to the beginning of the closed hearing in early September 2008, at the initiative of witness C, the polygraph results were sent for a quality control assess-

« matrice sur la source » qui avait été déposée, en septembre 2008, comme élément de la pièce A versée dans le cadre de la partie à huis clos de la présente instance.

[20] L'objet de la matrice sur la source est de fournir à la Cour, ainsi qu'aux avocats spéciaux, les outils leur permettant de bien vérifier la fiabilité des renseignements fournis par la source. Tous les renseignements utiles concernant la crédibilité et la fiabilité de la source, y compris les motifs de celle-ci, son évaluation, sa rémunération et ses antécédents, doivent être inclus dans la matrice (se reporter à *Harkat (Re)*, 2005 CF 393, aux paragraphes 93, 94 et 98, la juge Dawson).

[21] Dans la matrice sur la source figurant dans la pièce A versée dans le cadre de la partie à huis clos de la présente instance, il y a une section intitulée [TRADUCTION] « test polygraphique » où l'on traite de l'administration d'un tel test à l'une des sources humaines sur lesquelles s'est fondé le SCRS. Dans la version 2008 de la matrice, on déclarait ce qui suit dans la section sur le test polygraphique :

[TRADUCTION]

Ces éléments font douter de la loyauté de ██████████ envers le Service et nous ont fait nous interroger sur les activités et les fréquentations de ██████████, ██████████. En 2002, par conséquent, le Service a fait passer un test polygraphique à la source.

Un spécialiste indépendant ██████████ a analysé les graphiques et établi que ██████████ s'exprimait avec franchise lorsqu'il a déclaré ne pas être membre d'autres agences non plus que d'organisations militantes.

[22] Cette déclaration était incomplète et, comme l'a reconnu le SCRS (se reporter à la lettre du 26 mai 2009 — annexe 1), on aurait dû y faire état, à tout le moins, des renseignements qui suivent :

- En 2002, la source humaine a subi un test polygraphique et on a conclu qu'elle n'avait répondu avec franchise à aucune des questions pertinentes.
- En 2008, avant que ne débute l'audience à huis clos au début du mois de septembre, les résultats du test polygraphique ont été transmis, à la demande du témoin C, pour

ment. The quality control assessment concluded that the human source was truthful on half of the relevant questions and that the results of the answers to all other relevant questions should have been found to be “inconclusive”.

[23] In the course of their evidence in the underlying certificate proceeding, and in response to any undertakings arising out of their testimony, each witness was given an opportunity to disclose the polygraph information. I will now review the actions of, and assess the explanations given by, each witness in the chronological order in which they appeared before the Court.

Witness C

[24] Witness C testified before the Court in September 2008. He was the sole witness produced by the Ministers in the closed hearings in support of the reasonableness of the certificate. In his effort to prepare himself, witness C reviewed the Harkat file, the confidential Security Intelligence Report (SIR) and the draft Exhibit A which included the source matrix. After repeated requests, witness C obtained access to the human source files of those sources that had provided information about Mr. Harkat to CSIS. As a result of his background knowledge, witness C had a concern about the polygraph information he read in one of the human source files. Acting upon this concern, he sought approval to request a quality control of that human source’s polygraph result. The approval was granted but not through the ordinary channels.

[25] The quality control report was provided to witness C on September 5, 2008. As a result of the conclusions made in that document, witness C made changes to the polygraph section of the source matrix in Exhibit A. More specifically, witness C replaced the 2002 finding that the source was untruthful in his answers to several relevant questions with the results of the 2008 quality control assessment, which found that the source had been truthful in relation to two of the relevant questions (see paragraphs 21 and 22). Moreover, no mention was made of the six-year gap between the time the polygraph was

vérification de la qualité. On a conclu, après avoir procédé à cette vérification, que la source humaine avait répondu avec franchise à la moitié des questions pertinentes et, quant à l’autre moitié, que les résultats obtenus auraient dû être jugés « non concluants ».

[23] Dans le cadre de sa déposition dans l’instance sous-jacente relative au certificat, et du suivi donné à tout engagement qui a pu être pris pendant cette déposition, chaque témoin a eu l’occasion de divulguer les renseignements liés au test polygraphique. Je vais maintenant passer en revue les actes de chaque témoin, et évaluer les explications données par chaque témoin, selon l’ordre chronologique des comparutions devant la Cour.

Témoin C

[24] Le témoin C a déposé devant la Cour en septembre 2008. C’était le seul témoin appelé par les ministres, lors de l’audience à huis clos, à l’appui du caractère raisonnable du certificat. Pour se préparer, le témoin C avait passé en revue le dossier de M. Harkat, le Rapport sur les renseignements de sécurité (le RRS) confidentiel et l’ébauche de la pièce A où figurait la matrice sur la source. Après l’avoir demandé à plusieurs reprises, le témoin C a obtenu l’accès aux dossiers des diverses sources humaines qui avaient fourni au SCRS des renseignements sur M. Harkat. Étant donné ses connaissances préalables, le témoin a eu des inquiétudes à l’égard des renseignements liés au test polygraphique qu’il a lus dans le dossier d’une source humaine, et par suite, il a sollicité l’autorisation de demander que les résultats du test polygraphique de la source humaine soient soumis à un contrôle de la qualité. L’autorisation a été accordée, mais pas selon la voie habituelle.

[25] Le 5 septembre 2008, le rapport de contrôle de la qualité a été remis au témoin C. Compte tenu des conclusions énoncées dans ce document, le témoin C a apporté des modifications à la section sur le test polygraphique de la matrice sur la source figurant à la pièce A. Plus particulièrement, le témoin C a remplacé la conclusion de 2002, selon laquelle la source n’avait pas répondu avec franchise à plusieurs questions pertinentes, par les résultats de la vérification de la qualité de 2008, selon lesquels la source avait répondu avec franchise à deux des questions pertinentes posées (se reporter aux

administered and the time at which the quality control results were received.

[26] Witness C explained that, for an intelligence officer, the quality control report was the governing result. In essence, the result of a quality control assessment overtook any earlier assessment. As such, the quality control is the only result that he would have provided to his superiors at CSIS. It was based on this assumption that witness C chose to amend the source matrix on September 5, 2008.

[27] The evidence of witness C may explain (but not justify) his decision to alter the polygraph information in the source matrix prior to the hearings held in September 2008. His evidence does not, however, explain his failure to answer questions put to him by the Court in closed hearings about whether there was anything unusual in the file relating to the human sources. The Court gave witness C several opportunities, during his testimony in September 2008, to disclose the polygraph information and he did not do so. His explanation that “it was not in mind” is not satisfactory.

[28] The Court has noted that witness C saw his role as limited. He was clearly influenced by his training as an intelligence officer. This should not have been the case. The objective of witness C should have been the disclosure of all information required by the Court to evaluate the reliability of the information supplied by the human source. Had he done so, both the Court and the special advocates would have been in a position to fulfill their respective statutory mandates. As witness C told the Court, “knowing what I know now, the information should have been disclosed”.

[29] From an institutional perspective, CSIS should have given witness C more support and education in relation to his role as one of the primary witnesses in support of the certificate’s reasonableness. He should

paragraphes 21 et 22). Aucune allusion n’était faite, en outre, à l’intervalle de six ans séparant le moment de l’administration du test polygraphique et le moment de la réception des résultats du contrôle de la qualité.

[26] Le témoin C a donné comme explication que, pour un agent de renseignements, les résultats figurant dans le rapport de contrôle de la qualité était ceux ayant un caractère déterminant. Les résultats tirés de l’évaluation de la qualité l’emportaient essentiellement sur ceux de toute évaluation antérieure, et c’étaient donc les seuls qu’il aurait transmis à ses supérieurs du SCRS. C’est pour cette raison que le témoin C a choisi de modifier, le 5 septembre 2008, la matrice sur la source.

[27] La déposition du témoin C pourrait toujours expliquer (mais non pas justifier) sa décision de modifier, avant que ne soit tenue l’audience de septembre 2008, les renseignements liés au test polygraphique. Sa déposition n’explique pas pourquoi, toutefois, il n’a pas répondu aux questions que la Cour lui a posées à l’audience à huis clos quant à savoir s’il y avait quoi que ce soit d’inhabituel concernant les sources humaines dans le dossier. La Cour a fourni plusieurs fois au témoin C l’occasion, pendant sa déposition en septembre 2008, de divulguer les renseignements liés au test polygraphique, mais il ne l’a pas fait. Son explication selon laquelle [TRADUCTION] « il n’avait pas cela présent à l’esprit » n’est pas satisfaisante.

[28] La Cour a remarqué que le témoin C considérait son rôle comme étant limité. Sa formation d’agent de renseignements influait manifestement sur le témoin C; or, tel n’aurait pas dû être le cas. Le témoin C aurait dû avoir pour objectif de divulguer à la Cour toute l’information dont elle avait besoin pour évaluer la fiabilité des renseignements fournis par la source humaine. Si le témoin C avait agi en ce sens, tant la Cour que les avocats spéciaux auraient été en mesure de s’acquitter du mandat respectif que la loi leur confère. Tel que le témoin C l’a dit à la Cour, [TRADUCTION] « l’information, je le sais maintenant, aurait dû être divulguée ».

[29] À titre d’institution, cette fois, le SCRS aurait dû davantage soutenir et informer le témoin C quant à son rôle de témoin essentiel appelé à l’appui du caractère raisonnable du certificat. Le SCRS aurait dû donner au

have been properly trained and advised by CSIS. Moreover, the decision about what human source information should be included or excluded from the human sources matrix should not have been left to him. All amendments to the source matrix should have been approved by individuals with access to the human source file and by the litigation management branch before the matrix was included as part of Exhibit A.

[30] Witness C acknowledged in retrospect that he should have included all of the polygraph information in the source matrix and that he should have disclosed it when questioned by the Court in September 2008. However, the explanation given by witness C in June 2009 does not lead me to conclude that witness C deliberately excluded the information or intentionally omitted to disclose it.

[31] The Court reserves its judgment on the weight to be given to witness C's testimony in support of the allegations made by the Ministers in the SIR including the weight to be given to his evidence in relation to the reliability of the information provided by the human sources for the purpose of determining the reasonableness of the certificate.

Witness A

[32] Witness A was called to testify about the necessity of maintaining redactions to certain investigative reports which indirectly concerned human sources as a result of this Court's order of November 28, 2008 (see *Harkat (Re)*, 2009 FC 203, 339 F.T.R. 60). He testified on three occasions: February 3, 2009, April 14, 2009 and May 13, 2009.

[33] During the course of his testimony on February 3, 2009, witness A was asked to provide the Court with information relating to a recommendation in one of the reports that a human source be subjected to a polygraph examination. Witness A undertook to do so. He determined that a polygraph was administered in 2002 and communicated that information to his counsel. He did not review the results of the polygraph and no written response to his undertakings was filed.

témoin C une formation adéquate et lui prodiguer les conseils appropriés. En outre, ce n'est pas au témoin C qu'il aurait dû incomber de décider quels renseignements sur la source humaine auraient dû être inclus ou non dans la matrice. Toutes les modifications apportées à la matrice sur la source humaine auraient dû être approuvées par des personnes ayant accès au dossier de celle-ci et par la direction de gestion des litiges avant que la matrice ne soit intégrée à la pièce A.

[30] Le témoin C a reconnu après coup qu'il aurait dû inclure tous les renseignements liés au test polygraphique dans la matrice sur la source, et qu'il aurait dû divulguer ces renseignements lorsque la Cour l'a interrogé en septembre 2008. Étant donné l'explication donnée par le témoin C en juin 2009, je n'en viens toutefois pas à la conclusion que celui-ci a délibérément exclu des renseignements ou omis d'en divulguer.

[31] La Cour met en délibéré la question de la valeur à accorder à la déposition du témoin C à l'appui des allégations formulées par les ministres dans le RRS, y compris celles concernant la fiabilité des renseignements fournis par les sources humaines pour établir le caractère raisonnable du certificat.

Témoin A

[32] Le témoin A a été appelé pour témoigner sur la nécessité de maintenir expurgés certains rapports d'enquête liés indirectement aux sources humaines, par suite de l'ordonnance du 28 novembre 2008 de la Cour (se reporter à *Harkat (Re)*, 2009 CF 203). Le témoin A a déposé à trois reprises, soit le 3 février 2009, le 14 avril 2009 et le 13 mai 2009.

[33] La Cour a demandé au témoin A, lors de sa déposition le 3 février 2009, de lui fournir de l'information quant à une recommandation faite dans un des rapports selon laquelle il faudrait faire subir un test polygraphique à une source humaine. Le témoin A s'est engagé à fournir cette information. Il a établi qu'un tel test avait été administré en 2002, puis a transmis cette information à son avocat. Il n'a pas passé en revue les résultats du test polygraphique, et aucun suivi écrit donné à ses engagements n'a été déposé.

[34] On March 25, 2009, witness A received an email from legal counsel asking him to review the human source file for further information regarding the results of the polygraph.

[35] On March 26, 2009, the discrepancy in the source matrix came to the attention of witness A by way of an email sent to him by one of his staff members which specifically highlighted the difference between the information in the source matrix and that found in the polygraph file.

[36] On March 26, 2009, witness A referred the whole matter to the litigation management branch instead of bringing the polygraph information to legal counsel's attention. He did so because this was the bureaucratic path to be followed. Legal counsel was to refer all requests for information via that branch and not make them directly to witness A's branch. The direction from the litigation management branch was to "hold off" on any further action, which witness A did.

[37] Witness A also relied on a note to file made on September 19, 2008, which indicated that all of the relevant polygraph information had been provided to the Court by witness C. He assumed that the litigation management branch knew what information had been passed on to the Court and that they would handle the further request for information by legal counsel appropriately.

[38] I find that witness A did not fulfill his undertakings to the Court. He did not properly follow up on his undertakings of February 3, 2009, nor did he verify what "relevant" information had been provided to the Court by witness C. This is particularly problematic given the concerns expressed by his employee. That said, after reviewing the evidence before me, I find that witness A did not intend to hide information from the Court; however, considering the seriousness of making undertakings in the context of a Court proceeding, witness A should have put more effort into ensuring that the response to his undertakings was made and was complete. Relying on others to follow up on undertakings made is not sufficient. Witnesses who make undertakings to a Court

[34] Le 25 mars 2009, le témoin A a reçu un courriel dans lequel un avocat lui demandait de vérifier si le dossier de la source humaine renfermait d'autres renseignements concernant les résultats du test polygraphique.

[35] Le 26 mars 2009, un subalterne a porté à l'attention du témoin A par courriel les inexactitudes dans la matrice sur la source, en faisant ressortir particulièrement la différence entre les renseignements figurant dans la matrice et ceux versés au dossier sur le test polygraphique.

[36] Le 26 mars 2009, le témoin A a renvoyé toute l'affaire à la direction de la gestion des litiges, plutôt que de porter à l'attention de l'avocat les renseignements liés au test polygraphique. Il a agi ainsi parce que c'était là la voie hiérarchique à suivre. L'avocat devait adresser à cette direction, et non pas à la direction dont était membre le témoin A, toute demande de renseignements. Et les hauts gestionnaires de la direction de la gestion des litiges devaient « remettre à plus tard » la prise de toute nouvelle mesure, ce qu'a fait le témoin A.

[37] Le témoin A s'est également fondé sur une note au dossier du 19 septembre 2008 où l'on indiquait que tous les renseignements utiles liés au test polygraphique avaient été fournis par le témoin C à la Cour. Le témoin A a ainsi présumé que la direction de la gestion des litiges savait quels renseignements avaient été communiqués à la Cour, et traiterait de la façon voulue la demande de renseignements additionnels présentée par l'avocat.

[38] Je conclus que le témoin A n'a pas respecté ses engagements envers la Cour. Il n'a pas donné suite convenablement à ses engagements du 3 février 2009, ni n'a vérifié quels renseignements « utiles » le témoin C avait fournis à la Cour. Cela constitue particulièrement un problème compte tenu des inquiétudes que lui avait exprimées son subalterne. Cela dit, je conclus, après examen de la preuve dont je suis saisi, que le témoin A n'avait pas l'intention de cacher des renseignements à la Cour. Toutefois, comme il faut prendre bien au sérieux les engagements pris dans le cadre d'une instance judiciaire, le témoin A aurait dû consentir davantage d'efforts pour s'assurer qu'un suivi était bel et bien donné à ses engagements, de manière exhaustive. Se fier que d'autres

are responsible for the adequacy of the responses that are filed with the Court through counsel.

Witness R

[39] On April 16, 2009, the Court asked the Ministers to recall witness R to answer any questions the special advocates might have concerning, among other things, human source management, evaluation of human sources and payments made to the human source. Witness R undertook to familiarize himself with the human source file so that he could be examined and cross-examined on its contents. More specifically, he was asked to review the file and be prepared to answer questions concerning the remuneration of the source and the reliability to be given to the information provided by that source. His recent experience within CSIS and his knowledge of the intelligence world qualified him to testify in relation to these issues.

[40] Witness R testified before the Court on May 6, 2009. During his evidence, he was asked about the polygraph section of the source matrix; he answered that he had not fully focused on that part of the human source file. He undertook to respond to the questions posed by the Court and did so on May 13, 2009, in the Ministers' Response to undertakings (Exhibit M-32 to the closed proceeding) which can only be described as incomplete and inaccurate.

[41] Witness R reappeared on June 25, 2009, to explain his previous evidence and the May 13, 2009 response to his undertakings. In his evidence witness R stated that he did not have time to fully prepare for his court appearance. He had recently changed positions and was fully occupied with his day-to-day tasks which left him without time to thoroughly prepare for his testimony. Witness R stated that he had not focussed on the section concerning the polygraph as it had not been identified to him as an issue of particular interest to the Court. He also explained that his opinion about the value of polygraph information when assessing the reliability of a human

donneraient un suivi à ses engagements ne suffisait pas. C'est aux témoins qui prennent des engagements envers la Cour qu'il incombe de s'assurer du caractère adéquat du suivi présenté à la Cour par l'entremise de leur avocat.

Témoin R

[39] Le 16 avril 2009, la Cour a demandé aux ministres de rappeler le témoin R pour qu'il réponde aux questions que pourraient vouloir lui poser les avocats spéciaux au sujet, notamment, de la gestion et de l'évaluation des sources humaines et de la rémunération de la source humaine. Le témoin R s'est engagé à prendre connaissance du dossier de la source humaine, de manière à pouvoir être interrogé et contre-interrogé sur sa teneur. Il s'est vu demander, plus particulièrement, d'étudier le dossier et de se préparer à répondre à des questions concernant la rémunération de la source et la fiabilité de ses renseignements. L'expérience récemment acquise par lui au sein du SCRS et sa connaissance du milieu du renseignement rendaient le témoin R apte à déposer sur ces questions.

[40] Le témoin R a déposé devant la Cour le 6 mai 2009. Au cours de sa déposition, on l'a interrogé au sujet de la section sur le test polygraphique de la matrice sur la source; il a répondu qu'il ne s'était guère attardé à cette partie du dossier de la source humaine. Le témoin R s'est engagé à répondre aux questions posées par la Cour, ce qu'il a fait le 13 mai 2009 dans le suivi donné aux engagements des ministres (pièce M-32 versée dans l'instance tenue à huis clos); ce suivi ne peut toutefois être considéré qu'incomplet et inexact.

[41] Le témoin R a comparu de nouveau le 25 juin 2009 pour fournir des explications sur sa déposition antérieure et sur le suivi du 13 mai 2009 donné à ses engagements. Le témoin R a déclaré dans sa déposition qu'il n'avait pas eu pleinement le temps de se préparer pour sa comparution. Il avait récemment changé de poste et ses tâches quotidiennes l'occupaient à plein temps, de telle sorte qu'il n'avait pas eu le temps de se préparer méticuleusement pour sa déposition. Le témoin R a déclaré qu'il ne s'était pas attardé à la section sur le test polygraphique, comme on ne lui avait pas signalé qu'il s'agissait là d'une question d'intérêt particulier pour la Cour. Il a également

source would not have led him to focus on that part of the file.

[42] Witness R testified that he did not prepare or review the responses to his undertakings before they were filed in Court. It is enough to say that he should have done so.

[43] Again, I do not find a deliberate attempt to hide the information on the part of witness R. However, the Court considers that witness R should have realized the importance of his testimony and should have taken the time to properly prepare and to follow up personally on the undertakings he made to the Court. This would have likely resulted in further disclosure being made to the Court.

The role of CSIS in the non-disclosure

[44] What is clear from the evidence of the three witnesses and from the documents filed as exhibits to this hearing is that witnesses A, C and R should not bear all of the blame for what appears to be, on the facts before me, in part, an institutional failure of CSIS. Individuals asked to testify on behalf of CSIS in support of the reasonableness of the certificate must continue to cope with their daily workload. They are not accustomed to testifying as witnesses and they come to the Court with all of their professional baggage. Most importantly, their counsel was not given access to information which would have enabled him to provide them with appropriate legal advice.

[45] This situation is unacceptable. CSIS must ensure that the witnesses they call to testify are properly educated about the function they are being asked to undertake; they must be thoroughly prepared by legal counsel; they, and their counsel, must have all the necessary factual information available to them; and, they must have the consent and backing of CSIS when

expliqué que sa propre opinion sur la valeur des renseignements obtenus à l'aide d'un polygraphe aux fins de l'évaluation de la fiabilité d'une source humaine l'aurait aussi conduit à ne pas fixer son attention sur cette partie du dossier.

[42] Le témoin R a déclaré qu'il n'avait ni établi ni révisé le suivi donné à ses engagements avant qu'il ne soit déposé devant la Cour. Qu'il suffise de dire qu'il aurait dû le faire.

[43] Encore une fois, je ne conclus pas qu'il y a eu tentative délibérée de la part du témoin R de dissimuler de l'information. La Cour estime toutefois que le témoin R aurait dû comprendre l'importance de son témoignage, et prendre le temps de se préparer adéquatement et de surveiller en personne le suivi donné à ses engagements envers la Cour. S'il en avait été ainsi, davantage de renseignements auraient vraisemblablement été divulgués à la Cour.

Rôle joué par le SCRS dans la non-divulgence

[44] Ce qui ressort manifestement des dépositions des trois témoins et des documents déposés comme pièces à la présente audience, c'est que les témoins A, C et R ne devraient pas être les seuls blâmés pour ce qui semble relever en partie, d'après les faits dont je suis saisi, d'une défaillance en tant qu'institution du SCRS. Les personnes à qui le SCRS demande de témoigner à l'appui du caractère raisonnable d'un certificat doivent continuer de s'acquitter de leur charge quotidienne de travail. Elles ne sont pas habituées à témoigner et elles se présentent devant la Cour avec tout leur acquis professionnel. Plus important encore, en l'espèce, les avocats des témoins n'ont pas eu accès à des renseignements qui leur auraient permis de donner à leurs clients des conseils juridiques adéquats.

[45] Cette situation est inacceptable. Le SCRS doit s'assurer que les témoins qu'il appelle à déposer sont convenablement renseignés sur le rôle dont on leur demande de s'acquitter. Des avocats doivent les préparer minutieusement, et leurs avocats et eux-mêmes doivent avoir accès à toutes les données factuelles dont ils ont besoin. Ces témoins, en outre, doivent disposer de

they are asked to make important decisions about the proceeding.

[46] From the evidence presented to this Court in June and July 2009, it appears that a handful of CSIS employees were asked to make important decisions for the purposes of this proceeding (such as deciding on the content of a human source matrix) without proper advice or support.

[47] This lack of support and the institutional concern over releasing human source information, even to its legal counsel and persons asked to testify in support of certificate proceedings, led, in part, to the non-disclosure of information that goes to the reliability of a human source relied on by CSIS to support its case against Mr. Harkat.

[48] This Court has, in an earlier order, recognized the importance of human source information to Canada's national security and the need to protect the identity of sources (see *Harkat (Re)*, 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370, at paragraph 24). The importance of human sources to intelligence gathering is not in question. However, when human source information is used to support serious allegations against an individual, the Court and the special advocates must be able to effectively test the credibility and reliability of that information. This is consistent with the decision of the Supreme Court of Canada in the *Charkaoui* decisions (see: *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350 (*Charkaoui* 1); and *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326 (*Charkaoui* 2)) and with the legislative purpose underpinning the amendments providing for the appointment of special advocates. To conform to the law, CSIS and the Ministers must give the Court all of the information necessary to test the credibility of the source and not just the information that a witness, trained as an intelligence officer, considers operationally necessary.

l'assentiment et du soutien du SCRS lorsqu'il leur est demandé de prendre d'importantes décisions relativement à l'instance.

[46] Il semble, d'après la preuve présentée à la Cour en juin et juillet 2009, qu'un petit nombre d'employés du SCRS ont eu à prendre d'importantes décisions pour les besoins de la présente instance (notamment quant à la teneur de la matrice sur la source humaine), sans bénéficier des conseils ou d'un appui adéquats.

[47] Cette absence de soutien, ainsi que la crainte du SCRS en tant qu'institution de divulguer des renseignements sur des sources humaines, même à ses propres avocats et aux personnes appelées à témoigner à l'appui du caractère raisonnable du certificat, ont été la cause, en partie du moins, de la non-divulgaration de renseignements concernant la fiabilité d'une source humaine sur laquelle le SCRS s'est appuyé pour établir le bien-fondé de ses prétentions contre M. Harkat.

[48] Dans une ordonnance antérieure (*Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370, au paragraphe 24), la Cour a reconnu l'importance pour la sécurité nationale du Canada des renseignements provenant de sources humaines, ainsi que la nécessité de protéger l'identité de ces sources. L'importance des sources humaines pour l'obtention de renseignements n'est pas mise en cause. Toutefois, lorsqu'on invoque des renseignements provenant de sources humaines à l'appui de graves allégations portées contre une personne, la Cour et les avocats spéciaux doivent être en mesure de bien vérifier la crédibilité et la fiabilité de ces renseignements. Cela est conforme à ce qu'a décidé la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Charkaoui* (*Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350 (*Charkaoui* 1); et *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326 (*Charkaoui* 2)), ainsi qu'à l'objectif législatif visé par les modifications prévoyant la nomination d'avocats spéciaux. Pour se conformer à la loi, le SCRS et les ministres doivent transmettre à la Cour tous les renseignements requis pour vérifier la crédibilité de la source, et pas seulement l'information qu'un témoin, ayant une formation d'agent de renseignements, juge nécessaire de divulguer sur le plan opérationnel.

[49] CSIS must also ensure that nothing prevents its legal counsel from fulfilling his role as legal advisor to CSIS or his ability to act as officer of the Court. A lawyer has an obligation to represent his client to the utmost subject to an overriding duty to the Court and to the administration of justice. Without access to all the information available, counsel is unable to effectively advise his or her client and is unable to ensure that the administration of justice is being served. It is also clear that despite his best efforts, counsel for CSIS has been overwhelmed by the magnitude of this file. Adequate administrative and legal resources must be dedicated to these complex and time-consuming files.

[50] The evolution of the security certificate proceeding post *Charkaoui 1* and *Charkaoui 2* requires the Ministers to adapt to the requirements of the law as propounded by the Supreme Court of Canada and as set out by Parliament. Counsel representing the Ministers must thoroughly understand the evolving jurisprudence and law and be able to adequately prepare CSIS employees who have been asked to appear as witnesses before the Court. The rule of law cannot be set aside because of a lack of time, resources or institutional resistance to the evolving context of security certificate proceedings. CSIS employees must now testify in Court in the presence of special advocates. This is the new reality. The evidence of these witnesses must be given keeping in mind the rule of law, the judicial process, the role of special advocates and the obligation to ensure that their testimony is frank and transparent.

[51] The Ministers' decision in relation to what evidence must be adduced should not be left in the hands of a legally inexperienced witness. A process must be put in place to ensure that decisions are made after a proper consultation with all stakeholders and upon receipt of legal advice. Such a process must be followed by the institution and its employees.

[49] Le SCRS doit également s'assurer que rien n'empêche son avocat de bien s'acquitter auprès de lui de son rôle de conseiller juridique, et de bien agir comme auxiliaire de la Cour. Un avocat a l'obligation de faire tout en son pouvoir pour représenter au mieux son client, sous réserve toutefois de son devoir prédominant envers la Cour et la bonne administration de la justice. Faute d'avoir accès à toute l'information disponible, un avocat ne peut conseiller judicieusement son client, ni s'assurer d'agir dans l'intérêt de l'administration de la justice. Il est également manifeste que, même s'il a fait de son mieux, l'avocat du SCRS a été dépassé par l'ampleur du présent dossier. Des ressources administratives et juridiques suffisantes doivent être mises à contribution pour pareil dossier qui est si complexe et qui requiert tant de temps.

[50] Au vu de l'évolution de la procédure pour les certificats de sécurité qui a suivi les arrêts *Charkaoui 1* et *Charkaoui 2*, les ministres doivent s'adapter aux exigences du droit que la Cour suprême du Canada a proposées et que le législateur a énoncées. L'avocat qui représente les ministres doit connaître parfaitement la jurisprudence et la loi en évolution constante, et pouvoir bien préparer les employés du SCRS appelés à témoigner devant la Cour. La primauté du droit ne peut être écartée en raison d'un manque de temps ou de ressources, ou parce qu'une institution offre de la résistance face à l'évolution de la procédure applicable aux certificats de sécurité. Des employés du SCRS doivent désormais témoigner devant la Cour en présence d'avocats spéciaux. Telle est la réalité nouvelle. Lorsque ces témoins déposent, il faut que soient pris en compte la primauté du droit, les impératifs du processus judiciaire, le rôle qu'ont à jouer les avocats spéciaux et la nécessité de s'assurer que les dépositions sont empreintes de franchise et de transparence.

[51] La décision incombant aux ministres quant au choix des éléments de preuve à produire ne doit pas être laissée entre les mains d'un témoin sans formation juridique. Une procédure devra être instaurée pour s'assurer que les décisions sont prises après que tous les intéressés ont été convenablement consultés et que des conseils juridiques ont été dûment obtenus. Cette procédure devra être suivie tant par l'institution que par ses employés.

Remedy

[52] On May 27, 2009, the Court ordered the Ministers to file, on a confidential basis, the human source file of the individual to whom the polygraph was administered. This was done as a result of the Ministers' acknowledgement that they had failed to provide relevant information about the human source to the Court and the special advocates. The files of the other human source(s) who provided information relied on by the Ministers in support of the certificate were not covered by the May 27, 2009 order.

[53] In this proceeding, which was commenced at the initiative of the Court, the special advocates are seeking a remedy under subsection 24(1) of the Charter. Subsection 24(1) provides:

Enforcement
of guaranteed
rights and
freedoms

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

[54] More specifically, the special advocates seek the exclusion of any information provided by the human source who was subjected to the polygraph. It is the opinion of the special advocates that this remedy is necessary given the damage to the integrity of the justice system that has resulted from the failure of CSIS to disclose relevant information to the Court and to the special advocates.

[55] The Attorney General of Canada opposes the remedy sought by the special advocates since, in his submission, the evidence does not support a conclusion that damage has been done to the integrity of the justice system. He also notes that a remedy was given when the Court ordered the disclosure of one human source file to the special advocates on May 27, 2009. For the Attorney General, such an order is a "severe sanction".

[56] The special advocates summarized their position at paragraph 26 of their written submissions filed August 27, 2009:

Réparation

[52] Le 27 mai 2009, la Cour a ordonné aux ministres de déposer le dossier de la source humaine, sous le sceau de la confidentialité, concernant la personne qui avait subi le test polygraphique. Cette ordonnance faisait suite à la reconnaissance par les ministres de leur omission de fournir à la Cour et aux avocats spéciaux des renseignements utiles relatifs à la source humaine. Les dossiers des autres sources humaines ayant fourni des renseignements invoqués par les ministres à l'appui du certificat n'étaient pas visés par l'ordonnance du 27 mai 2009.

[53] Dans la présente procédure, instituée à l'initiative de la Cour, les avocats spéciaux cherchent à obtenir réparation en application du paragraphe 24(1) de la Charte qui prévoit :

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Recours en cas
d'atteinte aux
droits et libertés

[54] Plus particulièrement, les avocats spéciaux demandent que soit exclu tout renseignement fourni par la source humaine qui a été soumise au test polygraphique. Cette réparation est nécessaire, selon eux, vu l'atteinte à l'intégrité du système judiciaire qu'a entraîné le défaut du SCRS de leur divulguer ainsi qu'à la Cour des renseignements utiles.

[55] Le procureur général du Canada s'oppose à ce que soit accordée la réparation demandée par les avocats spéciaux, en faisant valoir que la preuve ne permet pas de conclure que l'intégrité du système judiciaire a subi une atteinte. Il fait également remarquer qu'une réparation a déjà été accordée lorsque, le 27 mai 2009, la Cour a ordonné la communication aux avocats spéciaux du dossier d'une source humaine. Selon le procureur général, une telle ordonnance constitue une « grave sanction ».

[56] Les avocats spéciaux ont résumé leur position, comme suit, au paragraphe 26 de leurs observations écrites déposées le 27 août 2009 :

The primary position of the special advocates is that the failure to disclose all of the information about the human source to the Court and Special Advocates has had a profound effect on the integrity of the justice system.... It is submitted that the failure to disclose in this proceeding should result in the Court's refusal to admit and/or rely upon any information given by the human source in question whether the failure to disclose results from systemic or individual error or whether the failure to disclose was intentional or not. No other remedy will repair the damage done to the integrity of the justice system.

[57] The special advocates assert that Mr. Harkat's section 7 of the Charter rights have been infringed by the Ministers' failure to disclose the polygraph information. They submit, after referring to the requirements of procedural justice as set out in the decision of the Supreme Court of Canada in *Charkaoui 1* that: "Within one year of the decision, the State again violated Mr. Harkat's s. 7 rights by its failure to disclose all of the information about the human source" (see paragraph 22 of the submissions of special advocates, August 27, 2009). No further evidence was submitted to support this allegation.

[58] I find that this assertion is insufficient to find that Mr. Harkat's rights as guaranteed by the Charter have been violated and, that consequently, subsection 24(1) is not engaged. I also note that the polygraph information was disclosed to the Court prior to the commencement of Mr. Harkat's public evidence on the reasonableness of the certificate and prior to the special advocates' cross-examination of any witnesses in relation to the reasonableness in closed proceedings.

[59] That said, I find that the failure of CSIS, and of its witnesses, to act in accordance with the obligation of utmost good faith recognized in *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, at paragraphs 153–154 has undermined the integrity of this Court's process.

[60] Even more damaging to the integrity of this Court's process is the failure to observe the principle of utmost good faith where CSIS has invoked the covert intelligence human source privilege recognized in *Harkat (Re)*, 2009

[TRANSLATION] La position des avocats spéciaux, essentiellement, c'est que le défaut de leur avoir divulgué, ainsi qu'à la Cour, tous les renseignements concernant la source humaine a eu d'importantes répercussions sur l'intégrité du système judiciaire [...] Selon nous, le défaut de divulgation en l'instance devrait entraîner le refus par la Cour d'admettre tout renseignement fourni par la source humaine en cause, ou de se fonder sur tout pareil renseignement, que le défaut ait résulté d'une erreur systémique ou individuelle, et qu'il ait ou non été intentionnel. Aucune autre réparation ne saurait corriger l'atteinte portée à l'intégrité du système judiciaire.

[57] Les avocats spéciaux affirment que le défaut des ministres de divulguer les renseignements liés au test polygraphique ont enfreint les droits garantis à M. Harkat par l'article 7 de la Charte. Ils soutiennent, en faisant valoir les exigences de la justice procédurale énoncées dans l'arrêt *Charkaoui 1* de la Cour suprême du Canada, que [TRANSLATION] « [d]ans l'année qui a suivi cet arrêt, l'État a de nouveau violé les droits garantis par l'article 7 à M. Harkat en omettant de divulguer tous les renseignements concernant la source humaine » (se reporter au paragraphe 22 des observations du 27 août 2009 des avocats spéciaux). Aucun autre élément de preuve n'a été présenté à l'appui de cette allégation.

[58] À mon avis, cette seule affirmation ne suffit pas pour conclure que les droits garantis à M. Harkat par la Charte ont été violés, et par conséquent, le paragraphe 24(1) ne reçoit pas application. Je désire aussi souligner que les renseignements liés au test polygraphique ont été divulgués à la Cour avant que ne débute la présentation de la preuve publique de M. Harkat quant au caractère raisonnable du certificat, et que les avocats spéciaux n'ont pas encore contre-interrogé des témoins à huis clos quant à la question du caractère raisonnable.

[59] Cela dit, je conclus que le défaut du SCRS, et de ses témoins, de se conformer à l'obligation d'agir avec la bonne foi la plus absolue reconnue dans l'arrêt *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, aux paragraphes 153 et 154, a porté atteinte à l'intégrité de la procédure de la Cour.

[60] Ce qui a porté encore davantage atteinte à l'intégrité de la procédure de la Cour, c'est le défaut du SCRS d'avoir agi avec la bonne foi la plus absolue lorsqu'il a fait valoir le privilège relatif aux sources

FC 204, to protect the identity of a human source [at paragraph 31]:

Covert human intelligence sources are given absolute promises that their identity will be protected. These assurances not only foster long-term, effective relationships with the sources themselves, but increase, exponentially, the chances for success of future intelligence investigations. Confidentiality guarantees are essential to the Service's ability to fulfill its legislative mandate to protect the national security of Canada while protecting the source from retribution. It also encourages others to come forward with essential information that would not otherwise be available to the Service. The relationship between the Service and the source as well as the identity of the source is protected by a covert human intelligence source privilege.

[61] This covert human intelligence source privilege goes to the heart of our national security apparatus. However, the law requires that CSIS reconcile its obligation to disclose all relevant information, frankly and fully, with its legitimate operational requirement to protect the confidentiality of its human sources. By failing to make full and frank disclosure, CSIS and the Ministers do not protect the confidentiality of their human sources: they put it at risk.

[62] The failure of CSIS and its witnesses to disclose the polygraph information has seriously damaged confidence in the current system. A judge, not the Ministers, is charged with determining the reasonableness of a security certificate pursuant to section 78 of the IRPA. With the coming into force of 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*, S.C. 2008, c. 3], special advocates are appointed by the Court to protect Mr. Harkat's interests by among other things, testing the reliability of the information that is heard in closed proceedings. That is the law as set out in Division 9 [of Part 1] of the IRPA. The Ministers and CSIS intelligence officers may have their own views as to the reliability of the human source information but they may not impose

humaines secrètes de renseignement reconnu dans la décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, pour protéger l'identité d'une source humaine [au paragraphe 31] :

Les sources humaines secrètes de renseignement reçoivent la garantie absolue que leur identité sera protégée. Cette garantie non seulement favorise la collaboration efficace à long terme avec les sources en cause, mais aussi augmente d'une façon exponentielle les chances de succès des enquêtes ultérieures en matière de renseignement. Les garanties de confidentialité sont essentielles pour que le Service soit en mesure de s'acquitter de son mandat législatif de protéger la sécurité nationale du Canada tout en protégeant la source contre les représailles. La protection offerte encourage également d'autres personnes à divulguer des renseignements décisifs qui seraient autrement inaccessibles au Service. La collaboration entre le Service et la source ainsi que l'identité de cette dernière sont donc protégées par un privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement.

[61] Ce privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement est un élément essentiel de notre système de sécurité nationale. Le droit requiert toutefois que le SCRS concilie son obligation de divulguer tous les renseignements utiles, de manière complète et fidèle, avec le besoin légitime au plan opérationnel de protéger la confidentialité de ses sources humaines. Or, en ne procédant pas à une divulgation complète et fidèle, le SCRS et les ministres ne protègent pas la confidentialité de leurs sources humaines; ils mettent plutôt celle-ci en danger.

[62] Le défaut du SCRS et de ses témoins de divulguer les renseignements liés au test polygraphique a gravement miné la confiance dans le système actuel. En vertu de l'article 78 de la LIPR, c'est à un juge qu'il incombe, et non aux ministres, de décider du caractère raisonnable d'un certificat de sécurité. Depuis l'entrée en vigueur du 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*, L.C. 2008, ch. 3], des avocats spéciaux ont été nommés par la Cour pour défendre les intérêts de M. Harkat, notamment en vérifiant la fiabilité des renseignements entendus à huis clos. C'est là la règle de droit établie à la section 9 [de la Partie 1] de la LIPR. Les ministres et les agents de renseignements du SCRS peuvent très bien avoir leur propre opinion sur la fiabilité des renseignements de la source humaine,

that view by limiting the information provided to the Court and the special advocates.

[63] How can this damage be repaired? Is there an appropriate remedy? In the opinion of the Court, there is such a remedy which may be granted in addition to the measures that have already been taken by the Court (*Harkat (Re)*, 2009 FC 204; and *Harkat (Re)*, 2009 FC 553) and those taken by the Attorney General and CSIS to insure that such a situation will not happen again (see letters dated May 26 and June 4, 2009).

[64] Notwithstanding all of this, the Court must still determine whether the certificate naming Mr. Harkat is reasonable or not. To reach such a decision, this Court must, among other things, determine the credibility to be given to witnesses, the weight to be given to the evidence presented by all parties, the importance or not of expert evidence. The Court must have all of the relevant information to adjudicate the reasonableness of the certificate.

[65] To proceed as though this situation had not occurred is impossible. Evidence of a failure to disclose relevant evidence which may negatively affect the Court's determination of the reliability of a human source has been put before the Court. The explanations provided by the three witnesses have not convinced the Court that all of the relevant evidence is before it. Indeed, the evidence before the Court leads to the conclusion that the information filed in support of the certificate by the Ministers has been "filtered" and that undertakings made to the Court have not been fulfilled.

[66] Filtering evidence, even with the best of intentions, is unacceptable. Failing to properly fulfill undertakings made to a court of law is equally unacceptable.

[67] And so, the Court is currently faced with a situation in which the integrity of its processes has been undermined.

[68] Had the polygraph information never come to the attention of the Court, there is a real risk that Mr. Harkat would have suffered a flagrant denial of procedural

mais ils ne peuvent imposer cette opinion en restreignant les renseignements fournis à la Cour et aux avocats spéciaux.

[63] Comment le dommage causé peut-il être réparé? Existe-t-il une réparation appropriée? Selon la Cour, il existe une telle réparation, qui peut être accordée en sus des mesures qu'elle a déjà prises (*Harkat (Re)*, 2009 CF 204; *Harkat (Re)*, 2009 CF 553) et des mesures prises par le procureur général et le SCRS pour s'assurer que pareille situation ne se reproduise pas (se reporter aux lettres du 26 mai et du 4 juin 2009).

[64] Malgré tout, la Cour doit toujours établir si le certificat désignant M. Harkat est raisonnable ou non. Pour en arriver à une telle décision, la Cour doit, notamment, décider de la crédibilité des témoins, de la force à attribuer à la preuve présentée par chacune des parties et de l'importance relative de la preuve d'expert. La Cour doit disposer de tous les renseignements utiles pour décider du caractère raisonnable du certificat.

[65] Procéder comme si la situation en cause ne s'était pas produite s'avère impossible. La Cour est saisie de la preuve d'un défaut de divulgation d'éléments de preuve pertinents pouvant influencer défavorablement sur sa décision quant à la fiabilité d'une source humaine. Les explications avancées par les trois témoins n'ont pas convaincu la Cour qu'elle était saisie de toute la preuve pertinente. En effet, la preuve présentée à la Cour conduit à conclure que l'information produite par les ministres à l'appui du certificat a été « filtrée » et que les engagements pris envers la Cour n'ont pas été respectés.

[66] Filtrer la preuve, même en étant animé des meilleures intentions, n'est pas acceptable. Ne pas respecter comme il convient les engagements pris envers une cour, cela n'est pas davantage acceptable.

[67] Ainsi, la Cour se trouve confrontée à une situation d'atteinte portée à l'intégrité de sa procédure.

[68] Si les renseignements liés au test polygraphique n'avaient pas été portés à l'attention de la Cour, il y a un fort risque, en outre, qu'une atteinte flagrante à l'équité

justice. In the May 27, 2009 order (*Harkat (Re)*, 2009 FC 553) the acknowledgment that the Ministers failed to disclose the information was found to meet the threshold for setting aside the human source privilege as set out in *Harkat (Re)*, 2009 FC 204. I find that, on the facts before me now, a similar justification exists for setting aside that privilege as it relates to another covert human intelligence source relied on by the Ministers in the exceptional circumstances of this proceeding.

[69] Consequently, in these exceptional circumstances, the Court has determined that it is necessary to order the production of the files of another human source relied on by the Ministers in this proceeding. This order is made as a result of the evidence heard in this collateral proceeding, and pursuant to the Court's inherent power to ensure the integrity of its processes: *MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson*, [1995] 4 S.C.R. 725, at paragraphs 78, 79, 80 and 88. More specifically, it is being made pursuant to this Court's residual power to compel the production of all relevant documents: *Cook v. Ip et al.* (1985), 52 O.R. (2d) 289 (C.A.), at paragraph 14.

[70] Such an order will ensure that there is no further concern in relation to the special advocates' ability to fully test the evidence; it is necessary to repair the damage done to the administration of justice and to reestablish the necessary climate of trust and confidence which must be present in such an exceptional legal procedure. I note however, that production of the human source file remains subject to the strict limits recognized in *Harkat (Re)*, 2009 FC 204. More specifically, the file is to be provided only to the Court and to the special advocates. In no circumstances will this file be given to Mr. Harkat, his counsel, or to the public.

[71] At the risk of being repetitive, the non-disclosure of the polygraph information created exceptional circumstances in this proceeding. There are several important steps remaining before a judgment on the reasonableness of the certificate can be made. Mr. Harkat

procédurale aurait été commise à l'endroit de M. Harkat. Dans l'ordonnance du 27 mai 2009 (*Harkat (Re)*, 2009 CF 553), on a conclu que la reconnaissance par les ministres de leur défaut de divulgation de renseignements satisfaisait au critère, énoncé dans la décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, permettant d'écarter le privilège relatif aux sources humaines. Je conclus qu'il est de même justifié, au vu des faits dont je suis saisi, d'écarter ce privilège relativement à une autre source humaine secrète de renseignements sur laquelle les ministres se sont fondés dans la situation exceptionnelle qui nous occupe en l'instance.

[69] La Cour a donc conclu que, dans cette situation exceptionnelle, il était nécessaire d'ordonner la production des dossiers d'une autre source humaine sur laquelle les ministres se sont fondés en l'instance. La présente ordonnance est rendue sur la foi de la preuve entendue dans la présente instance accessoire, et du pouvoir inhérent dont dispose la Cour de préserver l'intégrité de sa procédure (*MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson*, [1995] 4 R.C.S. 725, aux paragraphes 78, 79, 80 et 88). Plus particulièrement, l'ordonnance se fonde sur le pouvoir résiduel de la Cour de contraindre la production de tous les documents pertinents (*Cook v. Ip et al.* (1985), 52 O.R. (2d) 289 (C.A.), au paragraphe 14).

[70] Une telle ordonnance dissipera toute inquiétude quant à la capacité des avocats spéciaux de vérifier pleinement la preuve. Elle est également essentielle pour réparer l'atteinte portée à la bonne administration de la justice, et pour rétablir le climat de confiance qui doit régner dans le cadre d'une procédure judiciaire aussi exceptionnelle. Je désire souligner, toutefois, que les strictes limites reconnues dans la décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, demeurent applicables à la production du dossier de la source humaine. Pour être plus précis, le dossier ne devra être remis qu'à la Cour et aux avocats spéciaux. En aucune circonstance le dossier ne devra-t-il être divulgué à M. Harkat, à son avocat, non plus qu'au public.

[71] Au risque de me répéter, la non-divulgation des renseignements liés au test polygraphique a donné lieu, en l'instance, à une situation exceptionnelle. Plusieurs étapes importantes demeurent à franchir avant que jugement puisse être rendu quant au caractère raisonnable du

has yet to lead evidence in support of his position, nor have the special advocates commenced their cross-examination of the Ministers' confidential witnesses.

[72] This remedy is designed to restore trust and confidence in this process but should not in any way undermine the covert human source intelligence privilege. Access is granted in the exceptional circumstances of this file which include an acknowledgement by CSIS that it has failed to meet its obligations of utmost good faith, and evidence that evidence has been filtered and undertakings left unfulfilled. To avoid similar orders being issued in the future, the Ministers must ensure that the source matrices they provide to the Court include all information, supportive or not, related to the reliability of human sources. The circumstances of this proceeding are exceptional and hopefully will never recur. If proper care is taken in the preparation of the source matrix, the instances in which this Court will find it necessary to give access to a human source file in the future will be greatly limited.

[73] As a final matter, the evidence of the polygraphist provided the Court with a significant amount of information concerning the methodology and evaluation of polygraph information. Given the negative conclusions drawn by the witness concerning the manner in which the polygraph was administered and assessed, the Court has determined that none of the information concerning the polygraph administered to the human source will be given weight in this proceeding. This finding does not foreclose the special advocates from using the information for the purposes of their cross-examination.

[74] With the resolution of this issue the Court may now continue with its primary function, namely, the determination of the reasonableness of the security certificate. Closed hearings into the reasonableness will begin in mid-November 2009; the public portion of these proceedings will be held in January and February 2010. It is in the interests of justice and in the interests of Mr. Harkat that the reasonableness of the certificate be

certificat. Il reste toujours à M. Harkat à présenter une preuve à l'appui de sa thèse, et les avocats spéciaux n'ont pas encore commencé à contre-interroger les témoins secrets des ministres.

[72] La réparation accordée vise à rétablir la confiance dans le processus, mais elle ne doit d'aucune manière porter atteinte au privilège relatif aux sources humaines secrètes de renseignement. L'accès au dossier est accordé en raison d'une situation exceptionnelle, où notamment le SCRS a reconnu ne pas s'être acquitté de son obligation d'agir avec la bonne foi la plus absolue, et une preuve a montré que des éléments de preuve avaient été filtrés et que des engagements n'avaient pas été respectés. Pour que pareilles ordonnances ne soient pas délivrées à l'avenir, les ministres devront s'assurer que les matrices sur les sources qu'ils fournissent à la Cour renferment tous les renseignements, qui leur sont ou non favorables, se rapportant à la fiabilité des sources humaines. La situation est exceptionnelle en l'instance et, on l'espère, ne se reproduira jamais. Si l'on fait preuve de vigilance en établissant les matrices sur les sources, il y aura très peu de cas dans l'avenir où la Cour estimera nécessaire de donner accès au dossier d'une source humaine.

[73] Pour finir, la déposition du polygraphiste a fourni à la Cour beaucoup d'information sur la méthode utilisée à l'égard des renseignements liés au test polygraphique et sur leur évaluation. Étant donné les conclusions défavorables tirées par le témoin quant au mode d'administration et d'évaluation du test polygraphique, la Cour a établi qu'aucune valeur probante ne devra être reconnue en l'instance aux renseignements concernant le test polygraphique administré à la source humaine. Cette conclusion ne doit toutefois pas empêcher les avocats spéciaux d'utiliser ces renseignements aux fins de leurs contre-interrogatoires.

[74] La question à l'étude étant réglée, la Cour peut maintenant continuer de s'acquitter de sa tâche première, à savoir décider du caractère raisonnable du certificat de sécurité. L'audience à huis clos portant sur le caractère raisonnable du certificat débutera à la mi-novembre 2009; la partie publique de l'instance se déroulera en janvier et février 2010. Il est dans l'intérêt de la justice et dans l'intérêt de M. Harkat qu'il soit statué de la

determined as expeditiously as possible subject only to the overarching requirements of fairness.

manière la plus expéditive possible sur le caractère raisonnable du certificat, sous réserve uniquement du respect des exigences fondamentales de l'équité.

ORDER

ORDONNANCE

THEREFORE, THIS COURT ORDERS:

PAR CONSÉQUENT, LA COUR ORDONNE :

- The human source file concerning another covert human intelligence source whose information is relied on to support the allegations made against Mr. Harkat will be filed with the designated proceedings Registry within five days from the date of this order, in three unredacted copies so that it can be reviewed by the Court and by the special advocates.

- Le dossier concernant une autre source humaine secrète de renseignements dont les renseignements étayent les allégations portées contre M. Harkat sera déposé dans les cinq jours de la date de la présente ordonnance au greffe des instances désignées, en trois copies non expurgées, de manière à ce que la Cour et les avocats spéciaux puissent les examiner.

APPENDIX 1

ANNEXE 1

[TRANSLATION]



Department of Justice
Canada

Ministère de la Justice
Canada

Department of Justice
Canada

Ministère de la Justice
Canada

Legal Services
Canadian Security
Intelligence Service
P.O. Box 9732
Station T
Ottawa, ON
K1G 4G4
Facsimile: (613)
842-1345

Services juridiques
Service canadien du
renseignement de sécurité
C.P. 9732,
Succursale T
Ottawa, On
K1G 4G4
Télécopieur : (613)
842-1345

Legal Services
Canadian Security
Intelligence Service
P.O. Box 9732
Station T
Ottawa, ON
K1G 4G4
Facsimile: (613)
842-1345

Services juridiques
Service canadien du
renseignement de sécurité
C.P. 9732,
Succursale T
Ottawa, On
K1G 4G4
Télécopieur : (613)
842-134

May 26, 2009

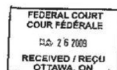
Le 26 mai 2009

BY HAND

TOP SECRET

EN MAINS PROPRES

Ms. Nancy Allen
Registrar
Designated Proceedings
Federal Court



Mme Nancy Allen
Greffière
Instances désignées
Cour fédérale

[Redacted signature area]

[Redacted signature area]

Dear Ms. Allen:

RE: Mohamed HARKAT, Court File No: DES-5-08

Please bring this letter to the attention of Justice Noël.

I am writing to advise the Court of three matters: first, that the Ministers have important information to provide concerning a polygraph test that was done on Human Source [REDACTED]; second, to provide a confirmation that the Minister of Public Safety was informed of the foreign agency position; and third, to provide a response to the Court's request that the CSIS executive reconsider the position of not returning to foreign agencies to lift their caveats.

[REDACTED] Polygraph Information

On September 10, 2008 the Ministers filed the Security Intelligence Report (SIR) concerning Mohamed Harkat at the closed hearings. The SIR was supported by four volumes of reference material as well as a separate document on human sources used in the SIR. This document, referred to as the source matrix, was filed on the Court's record as Ministers' Exhibit "A" during the closed proceedings on September 10, 2008.

The source matrix contains a description and history of the human sources used in the Harkat SIR. The source matrix is designed to provide a frank view of the human source,

Canada 

-2-

~~TOP SECRET~~

with both positive and negative information included, in order to assist the Court in making a fair assessment of the source's credibility and the reliability of the information they have provided. The source matrix is also provided to the Special Advocates to allow them to fulfill their duties in challenging the Ministers' case against Mr. Harkat. Furthermore, the

OBJET : Mohamed HARKAT, Dossier de la Cour DES-5-08

M^{me} Allen,

Veillez porter la présente lettre à l'attention du juge Noël.

Je vous écris pour informer la Cour de trois questions : premièrement, pour l'aviser que les ministres ont d'importants renseignements à transmettre au sujet d'un test polygraphique qui a été administré à la source humaine [REDACTED]; deuxièmement, pour confirmer que le ministre de la Sécurité publique a été informé de la position de l'agence étrangère; troisièmement, pour répondre à la demande faite par la Cour à la haute direction du SCRS de réexaminer leur volonté de ne pas communiquer avec les agences étrangères pour écarter leurs motifs d'opposition.

Renseignements liés au test polygraphique administré à [REDACTED]

Le 10 septembre 2008, les ministres ont déposé à l'audience à huis clos le Rapport sur les renseignements de sécurité (le RRS) concernant Mohamed Harkat. Le RRS était étayé de quatre volumes de documentation ainsi que d'un document distinct traitant des sources humaines ayant servi à établir le RRS. Le 10 septembre 2008, ce document, désigné la matrice sur les sources, a été versé au dossier de la Cour, à titre de pièce A à l'appui, par les ministres dans le cadre de l'instance à huis clos.

La matrice sur les sources renferme une description des sources humaines ayant servi à établir le RRS de M. Harkat et de l'historique de cette question. L'objet de la matrice est de donner une image fidèle de la source humaine en cause, en présentant tant les renseignements favorables que défavorables, afin d'aider la Cour à évaluer équitablement la crédibilité de la source et la fiabilité de ses renseignements. La matrice est également transmise aux avocats spéciaux pour les aider à s'acquitter de leur obligation de contester la thèse des ministres contre M. Harkat. Il incombe en outre aux ministres de s'assurer du caractère complet et équitable de la matrice sur les sources; cette obligation est énoncée comme suit par la Cour suprême dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] A.C.S. n° 73 (au paragraphe 27) :

Ministers are under an obligation to ensure that the source matrix is fair and complete and the observation of the Supreme Court on this obligation in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] S.C.J. No. 73, at paragraph 27, is apposite:

In all cases where a party is before the court on an *ex parte* basis, the party is under a duty of utmost good faith in the representation that it makes to the court. The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse interest of that party may be withheld...

In the Harkat case, there is a section in the source matrix that evaluates [REDACTED] and is based on information from CSIS. In particular, the section [REDACTED] contains a description of a polygraph examination that was conducted on [REDACTED] in 2002 and the results of that examination. This information is at page 16 of Exhibit “A” and reads as follows:

POLYGRAPH TESTING

These issues cast suspicion on [REDACTED] loyalty to the Service and raised questions as to [REDACTED] activities and associations, [REDACTED]. As a result, in 2002, the Service conducted a polygraph examination of the source

The polygraph charts were reviewed by an independent [REDACTED] resource who determined that [REDACTED] was truthful when stating that he was not involved with other agencies and militant organizations.

The Service has recently become aware that important information regarding [REDACTED] polygraph results were not provided to the Court and the Special Advocates. That information regarding the results of the polygraph was incomplete and should have contained the following:

1. In 2002, a polygraph was conducted on [REDACTED] was asked [REDACTED] relevant questions and the polygraph examiner determined that [REDACTED] had been untruthful on these questions. A copy of this report

La partie qui plaide *ex parte* devant un tribunal a l’obligation de présenter ses arguments avec la bonne foi la plus absolue. Elle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n’omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt.

Dans l’affaire Harkat, on évalue [REDACTED] dans une partie de la matrice en se fondant sur des renseignements provenant du SCRS. La section [REDACTED] renferme plus particulièrement la description d’un test polygraphique qu’on a fait subir à [REDACTED] en 2002 ainsi que les résultats de ce test. L’information à ce sujet figure, comme suit, à la page 16 de la pièce A :

[TRADUCTION]

TEST POLYGRAPHIQUE

Ces éléments font douter de la loyauté de [REDACTED] envers le Service et nous ont fait nous interroger sur les activités et les fréquentations de [REDACTED]. En 2002, par conséquent, le Service a fait passer un test polygraphique à la source.

Un spécialiste indépendant [REDACTED] a analysé les graphiques et établi que [REDACTED] s’exprimait avec franchise lorsqu’il a déclaré ne pas être membre d’autres agences non plus que d’organisations militantes.

Le Service s’est récemment rendu compte que d’importants renseignements concernant les résultats du test polygraphique de [REDACTED] n’avaient pas été transmis à la Cour ni aux avocats spéciaux. Les renseignements communiqués au sujet du test étaient incomplets; on aurait dû y divulguer ce qui suit :

1. En 2002, [REDACTED] a subi un test polygraphique et s’est fait poser des questions pertinentes [REDACTED]; l’examineur a conclu que [REDACTED] n’avait pas répondu avec franchise à ces questions. Une copie de ce

is enclosed. One copy had been prepared in order for the Court and one for the Special Advocates. The Special Advocates' copy has a short redaction to protect the identity of [REDACTED].

rapport est jointe aux présentes. On a préparé une copie pour la Cour et une pour les avocats spéciaux, la copie des avocats spéciaux étant légèrement expurgée de manière à protéger l'identité de [REDACTED].

-3-

~~TOP SECRET~~

2. In 2008, the polygraph results were sent for an independent [REDACTED] assessment to a different polygraph examiner. (This independent assessment is what is referred to in the current source matrix noted above.) The examiner in 2008 reviewed the polygraph results only and determined that [REDACTED] had been truthful on [REDACTED] of the relevant questions and the results were inconclusive on the [REDACTED] relevant questions. A copy of this report (Court and Special Advocate copy) is enclosed.

2. En 2008, les résultats du test polygraphique ont été transmis à un nouvel examinateur en vue d'une évaluation indépendante de [REDACTED]. (Cette évaluation indépendante est celle dont il est question dans l'actuelle matrice sur les sources susmentionnée.) L'examineur de 2008 a uniquement passé en revue les résultats du test polygraphique, et il a conclu que [REDACTED] avait répondu avec franchise à [REDACTED] questions pertinentes et que les résultats n'étaient pas concluants quant à [REDACTED] questions pertinentes. Copie de ce rapport (la copie de la Cour et des avocats spéciaux) est jointe aux présentes.

It is clear that the Court and Special Advocate should have been made aware of the complete results of the polygraph examinations and the failure to do so is a serious matter. The Service is investigating why this information was not provided and will report to the Court as soon as the investigation is complete. A Service witness at the senior management level is available to answer any questions the Court may have in regards to this omission of information. In addition, the Service has reviewed [REDACTED] human source files and will make them available to the Court, and if the Court so directs, to the Special Advocates.

Il est clair que la Cour et les avocats spéciaux auraient dû être informés des résultats complets des examens polygraphiques et l'omission de les informer est un problème grave. Le Service enquête pour savoir pourquoi ces renseignements n'ont pas été fournis et fera rapport à la Cour dès que l'enquête sera terminée. Un témoin, haut gestionnaire du Service, pourra répondre à toute question que la Cour voudra bien poser au sujet de cette non-divulgaration de renseignements. En outre, le Service a passé en revue les dossiers des sources humaines [REDACTED], qu'il mettra à la disposition de la Cour et, si celle-ci l'ordonne, aux avocats spéciaux.

Foreign Agency Issue

On May 21, 2009, the Court directed that it receive written confirmation that the Minister of Public Safety was consulted on the issue of returning to foreign agencies to lift their caveats. In addition, the Court requested that the CSIS executive reconsider the position that CSIS would not be returning to the foreign agencies in light of a change in circumstances. The Court observed that foreign agency position was predicated on a blanket request to return to all foreign agencies to release all their information. The Court pointed out that the facts were now different as the Special Advocates had tailored their request to specific pieces of information [REDACTED]. In addition, the Special Advocates were not seeking attribution of the particular agencies and the information could be provided

Question des agences étrangères

Le 21 mai 2009, la Cour a ordonné qu'on lui confirme par écrit que le ministre de la Sécurité publique avait été consulté quant à la question de savoir si on allait communiquer avec les agences étrangères pour écarter leurs motifs d'opposition. La Cour a en outre demandé à la haute direction du SCRS de réexaminer sa volonté, vu un changement de situation, de ne pas communiquer avec les agences étrangères. La Cour a fait remarquer que la position adoptée par les agences étrangères venait de ce qu'une demande générale avait été faite qu'on les contacte pour qu'elles divulguent tous les renseignements à leur disposition. La Cour a souligné que la situation était maintenant différente, les avocats spéciaux ayant désormais ciblé dans leur demande des éléments d'information particuliers

in summary form. Given this change of circumstances, the Court asked that the CSIS executive reconsider its position on this issue on an urgent basis.

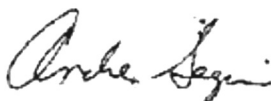
I can confirm that the issue of returning to foreign agencies was previously discussed with the Minister of Public Safety. I can also advise that the Service has given careful consideration to the request to seek consent of [REDACTED] agencies to the public disclosure of some of their information. Given the new facts in the Harkat case, and in light of the Court's comments, however, the Service is seeking instructions from both Ministers personally. It is hoped that the Ministers will provide instructions by the end of

-4-

TOU SECRET

the week. The Minister of Public Safety is out of the country, however, and it may not be possible to secure his instructions until his return.

Yours truly,



André Séguin
Counsel

Enclosure

cc: Paul Cavaluzzo, Special Advocate

Paul Copeland, Special Advocate

[REDACTED]

[REDACTED]. En outre, les avocats spéciaux ne demandaient plus qu'il soit précisé de quelle agence particulière provenaient les divers renseignements, et les renseignements pouvaient désormais être transmis sous forme de résumés. La Cour a donc demandé à la haute direction du SCRS de réexaminer sa position instamment sur cette question, compte tenu de ce changement de situation.

Je peux confirmer que la question de la communication avec les agences étrangères a déjà été abordée avec le ministre de la Sécurité publique. Je peux également vous informer que le Service a examiné avec attention la demande faite de solliciter le consentement des agences [REDACTED] en vue de la divulgation publique de certains de leurs renseignements. Étant donné les nouveaux faits survenus dans le dossier Harkat ainsi que les commentaires de la Cour, toutefois, le Service a demandé aux deux ministres qu'ils lui donnent leurs directives personnellement. On espère que les ministres auront donné leurs directives d'ici la fin de la présente semaine. Le ministre de la Sécurité publique se trouve toutefois hors du pays, et il se peut que ses directives ne puissent être obtenues avant son retour.

Veuillez agréer, Madame Allen, mes salutations distinguées.

« André Séguin »

André Séguin
Avocat

pièce jointe

c.c. : Paul Cavaluzzo, avocat spécial

Paul Copeland, avocat spécial

[REDACTED]

APPENDIX 2

ANNEXE 2

[TRADUCTION]



Department of Justice
Canada

Ministère de la Justice
Canada

Legal Services
Canadian Security
Intelligence Service
P.O. Box 9732
Station T
Ottawa, ON
K1G 4G4
Facsimile: (613)
842-1345

Services juridiques
Service canadien du
renseignement de sécurité
C.P. 9732,
Succursale T
Ottawa, On
K1G 4G4
Télécopieur : (613)
842-1345

June 4, 2009

The Honourable Allan Lutfy
Chief Justice of the Federal Court
Federal Court
90 Sparks Street
Ottawa, Ontario
K1A 0H9

Dear Chief Justice:

RE: Source Matrices

On May 27, 2009, Justice Noël issued Reasons for Order in the matter of DES-5-08, in response to a letter from counsel providing new information concerning the reliability of a human source.

The information, which was significant and went to the weight to be given to the evidence of the source, was omitted from the source matrix provided to the Court and Special Advocates. Justice Noël found “this troubling situation” raised questions concerning the Service’s compliance with orders of the Court, possible prevarication by Service witnesses, and the Service’s compliance with the obligation of utmost good faith required in the context of *ex parte* proceedings.

Department of Justice
Canada

Ministère de la Justice
Canada

Legal Services
Canadian Security
Intelligence Service
P.O. Box 9732
Station T
Ottawa, ON
K1G 4G4
Facsimile: (613)
842-1345

Services juridiques
Service canadien du
renseignement de sécurité
C.P. 9732,
Succursale T
Ottawa, On
K1G 4G4
Télécopieur : (613)
842-134

Le 4 juin 2009

L’honorable Allan Lutfy
Juge en chef de la Cour fédérale
Cour fédérale
90, rue Sparks
Ottawa (Ontario)
K1A 0H9

OBJET : Matrices sur les sources

Monsieur le juge en chef,

Le 27 mai 2009, le juge Noël a énoncé ses motifs d’ordonnance dans l’affaire DES-5-08, en réponse à une lettre de l’avocat des ministres faisant état de nouveaux renseignements à propos de la fiabilité d’une source humaine.

On avait omis d’inclure ces renseignements, de nature importante et ayant une incidence sur la force probante à reconnaître à la preuve provenant de la source, dans la matrice sur la source transmise à la Cour et aux avocats spéciaux. Le juge Noël a conclu que cette « situation inquiétante » soulevait des questions quant au respect par le Service des ordonnances de la Cour ainsi qu’à son obligation d’agir avec la bonne foi la plus absolue dans le cadre d’une instance *ex parte*, et quant à l’éventuelle prévarication de témoins du Service.

The failure to include relevant information in the source matrix was inexcusable and is a matter of profound concern to the Service. It belies the commitment of the Service and its employees to the judicial process and their respect for the fundamental legal principles referred to in Justice Noël's Reasons for Order. To the extent "this troubling situation" has given the Court any cause to doubt the integrity of the Service's evidence and question the credibility of its employees, the Service is resolute in its determination to restore judicial confidence in that integrity and credibility.

Canada

-2-

On becoming aware of the omission of relevant information from the source matrix, counsel for the Ministers took immediate steps to advise the Court of the omission. Since then, the Service has assigned a senior Service manager to undertake a fact finding review of the circumstances surrounding the preparation of this particular source matrix, to determine how information of obvious relevance to the Court's inquiry could have been omitted from it. The Service will advise the Court of the results of the review, including any changes made to the Service's practices or policies as a result of the review.

While the issue considered by Justice Noël related to a single source matrix, the Service recognizes the omission of relevant information from this matrix may give rise to concern about the integrity of other source matrices filed in the security certificate cases currently before the Court. To address this concern, the Service is undertaking an exhaustive review of all security certificate-related human source matrices and the supporting human source files. Each matrix and its associated human source file will be reviewed by at least two experienced intelligence officers who have been charged to confirm that the matrix discloses all relevant information and that the information is presented in an accurate and balanced manner. Following this review, each source matrix will be challenged by a three-person team consisting of two senior managers, at the level of Director General or Deputy Director General, and a Department of Justice counsel.

Source matrices also figure prominently in the warrant application process, where they appear in an exhibit to the affidavit filed in support of a warrant application. Effective

Le défaut d'inclure des renseignements utiles dans la matrice sur la source était inexcusable, et c'est là un sujet de grave inquiétude pour le Service. Cela porte atteinte à l'engagement du Service et de ses employés à respecter l'intégrité du processus judiciaire, et à l'observation par eux des principes juridiques fondamentaux auxquels le juge Noël a fait allusion dans les motifs de son ordonnance. Dans la mesure où cette « situation inquiétante » a pu faire douter le moins du monde la Cour de l'intégrité de la preuve du Service ou de la crédibilité de ses employés, le Service est fermement déterminé à rétablir la confiance en cette intégrité et en cette crédibilité.

Lorsqu'il s'est rendu compte de l'omission de renseignements utiles dans la matrice sur les sources, l'avocat des ministres a veillé sans délai à en informer la Cour. Depuis lors, le Service a demandé à un de ses hauts gestionnaires de procéder à un examen des faits ayant entouré l'établissement de la matrice sur la source en cause, en vue de savoir comment avaient pu en être omis des renseignements manifestement utiles à l'examen de la Cour. Le Service fera part à la Cour des résultats de son enquête, notamment des modifications à ses pratiques ou à ses politiques qui pourront en résulter.

Alors que la question examinée par le juge Noël concernait une seule matrice sur une source, le Service sait que l'omission d'inclure dans celle-ci des renseignements utiles pourrait faire douter de l'intégrité d'autres matrices sur les sources produites dans les affaires de certificats de sécurité dont la Cour est actuellement saisie. Pour dissiper pareil doute, le Service va procéder à un examen exhaustif de toutes les matrices sur des sources humaines liées à des certificats de sécurité ainsi que des dossiers des sources humaines en cause. Les matrices et les dossiers connexes seront examinés par au moins deux agents de renseignements chevronnés, qui devront confirmer que dans chaque matrice figurent tous les renseignements utiles, et que l'information est présentée de manière exacte et impartiale. Cet examen terminé, chaque matrice sera mise à l'épreuve par une équipe de trois personnes, soit deux hauts gestionnaires du niveau d'un directeur général ou d'un directeur général adjoint, ainsi qu'un avocat du ministère de la Justice.

Les matrices sur les sources sont également d'une grande importance dans le processus de demande de mandats de perquisition, où elles figurent comme pièces jointes aux affi-

immediately, the human source matrices used on all warrant application will be challenged by Department of Justice counsel assigned to the National Security Group, the same counsel who currently challenges the factual accuracy of affidavits filed in support of warrant applications.

In addition to these immediate steps, the Service is engaged in a broader review of its practices concerning the presentation of evidence in legal proceedings generally. The omission or relevant information from the source matrix referred to by Justice Noël justifies a critical assessment of current practices and the taking of such steps as may be necessary to prevent similar occurrences, not just in relation to human source matrices but in relation to all information placed before the Court. In this regard, the Service is studying a number of options, including the need for more robust internal checks and balances as well as the possibility of employing a check and balance mechanism external to the Service. The Service will advise the Court of the steps taken as a result of this broader process review.

The Court will recall that, in relation in the warrant application process, the Director imposed what was referred to as a “moratorium” in response to a case in which the Court found the Service had failed to make full disclosure of all relevant information. Under the terms of the moratorium, an application for a warrant could only be filed where the Director was personally satisfied the proposed application fully disclosed all relevant facts. The Director, in consultation with the Deputy Attorney General and other officials, is considering the advisability of imposing a similar moratorium in relation to the filing of human source matrices. Pending the outcome of ongoing discussions and completion of the various reviews to which I have referred, the Director believes it would be premature to impose such a moratorium at this time. However, the Service will advise the Court as soon as a decision is taken on the matter.

As I indicated, the incident brought to Justice Noël’s attention is a matter of profound concern to the Service. It is one the Service is determined to address in a way that will assure the Court, Special Advocates, public counsel, parties and the public of the Service’s respect for the judicial process and its commitment to the rule of law. The Service is confident that the

davits déposés à l’appui de demandes. À compter de ce jour, les matrices sur les sources humaines utilisées pour les demandes de mandats de perquisition seront mises à l’épreuve par l’avocat du ministère de la Justice affecté auprès du Groupe de la sécurité nationale, le même avocat qui vérifie actuellement l’exactitude des faits énoncés dans les affidavits déposés à l’appui des demandes de mandats.

En plus d’avoir pris ces mesures immédiates, le Service est en train de procéder à un examen plus large de ses pratiques en matière de présentation de la preuve dans les actions en justice en général. L’omission de renseignements utiles dans la matrice sur une source dont le juge Noël a fait état justifie qu’on procède à une évaluation critique des pratiques courantes, et que soient prises les mesures nécessaires pour éviter de nouvelles omissions semblables, non seulement en ce qui concerne les matrices sur les sources humaines mais en ce qui touche tous les renseignements dont la Cour est saisie. Le Service étudie diverses options à cet égard, comme l’éventuel recours à un système de contrôle interne plus rigoureux, ou même à un système externe. Le Service tiendra la Cour informée des mesures prises par suite de ce large examen.

La Cour se rappellera qu’à l’égard du processus de demande de mandats de perquisition, le directeur a imposé ce qu’on a désigné un « moratoire » par suite d’une affaire où la Cour avait conclu que le Service avait omis de divulguer pleinement tous les renseignements pertinents. Compte tenu de ce moratoire, une demande de mandat ne pouvait être présentée que si le directeur était lui-même d’avis qu’on divulguait dans l’éventuelle demande la totalité des faits pertinents. Le directeur, en collaboration avec le sous-procureur général et d’autres fonctionnaires, est en train d’examiner s’il serait judicieux d’imposer un moratoire semblable à l’égard du dépôt de matrices sur les sources humaines. En attendant l’issue des discussions en cours et l’achèvement des divers examens que j’ai mentionnés, le directeur est d’avis qu’il serait prématuré d’imposer pour l’heure pareil moratoire. Le Service informera toutefois la Cour dès qu’une décision sera prise sur cette question.

Comme je l’ai dit, l’incident porté à l’attention du juge Noël est un grave sujet d’inquiétude pour le Service. Le Service est déterminé à s’attaquer à la question d’une manière qui assurera à la Cour, aux avocats spéciaux, aux avocats publics, aux parties et au public que le Service respecte l’intégrité du système judiciaire et son engagement envers la primauté du

steps outlined in this letter, together with those that will be taken in the coming weeks, will provide that level of assurance.

Sincerely,



Michael W. Duffy
Senior General Counsel

Id/ 53000-72-5

droit. Le Service est persuadé que les mesures ici décrites, et celles qui seront prises dans les semaines à venir, permettront d'atteindre un tel degré d'assurance.

Veillez agréer, Monsieur le juge en chef, mes salutations distinguées.

« Michael W. Duffy »

Michael W. Duffy
Avocat général principal

Id/ 53000-72-5

T-1685-08
2009 FC 918

T-1685-08
2009 CF 918

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association (*Respondents*)

Amnesty International Canada et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (*défenderesses*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. AMNESTY INTERNATIONAL CANADA

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. AMNESTY INTERNATIONAL CANADA

Federal Court, Harrington J.—Ottawa, August 25 and 26; Toronto, September 16, 2009.

Cour fédérale, juge Harrington—Ottawa, 25 et 26 août; Toronto, 16 septembre 2009.

Armed Forces — Judicial review of Military Police Complaints Commission decision pursuant to National Defence Act, s. 250.38 to investigate complaints alleging military police allowed transfer of Afghan detainees despite evidence of torture, failed to investigate officers responsible for transfers — Commission claiming jurisdiction on basis custody, arrest of person policing duty under Complaints about the Conduct of Members of the Military Police Regulations, s. 2(1) — Applicant stating capture, detention, transfer of detainees military operation resulting from established military custom, practice, thus not policing duty, function pursuant to Regulations, s. 2(2) — Whether Commission having jurisdiction to investigate complaints — Unreasonable for Commission to find that Governor in Council intending to change meaning of “established military custom or practice” set out in Somalia, Special Advisory Group Inquiry reports — While possible to construe capture, detention, transfer of insurgents as policing duty, function if carried out by military police, Regulations, s. 2(1) having to be read down to exclude such duties, functions as they arise from established military custom, practice — Commission lacking jurisdiction to investigate complaints — Applications allowed.

Forces armées — Contrôle judiciaire de la décision de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire d'instituer une enquête en application de l'art. 250.38 de la Loi sur la défense nationale relativement à des plaintes alléguant que la police militaire avait permis le transfert de détenus afghans malgré la preuve faisant état de torture et que la police militaire avait omis d'enquêter sur les officiers responsables des transferts — La Commission a affirmé avoir compétence au motif que la garde et l'arrestation de personnes sont des fonctions de nature policière en vertu de l'art. 2(1) du Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires — Le demandeur soutenait que la capture, la détention et le transfert de détenus se rapportent à une opération d'ordre militaire découlant de coutumes ou pratiques militaires établies et qu'il ne s'agit donc pas de fonctions de nature policière au sens de l'art. 2(2) du Règlement — Il s'agissait de savoir si la Commission avait compétence pour enquêter sur les plaintes — Il était déraisonnable pour la Commission de conclure que le gouverneur en conseil avait l'intention de modifier le sens de l'expression « coutumes ou pratiques militaires établies » énoncée dans le rapport sur la Somalie et le rapport du Groupe consultatif spécial — Bien que la capture, la détention et le transfert d'insurgés puissent être présentés comme des fonctions de nature policière s'ils sont accomplis par des policiers militaires, l'art. 2(1) du Règlement doit recevoir une interprétation atténuante pour soustraire ces fonctions parce qu'elles découlent de coutumes ou pratiques militaires établies — La Commission n'avait pas la compétence pour enquêter sur les plaintes — Demandes accueillies.

Construction of Statutes — Military Police Complaints Commission investigating allegations military police allowed transfer of Afghan detainees despite evidence of torture, failed to investigate officers responsible for transfers — Commission

Interprétation des lois — La Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire a enquêté sur des allégations selon lesquelles la police militaire avait permis le transfert de détenus afghans malgré la preuve faisant état de

wrongly interpreting “[f]or greater certainty” in Complaints about the Conduct of Members of the Military Police Regulations, s. 2(2) as clarification not detracting from scope of enumerated police duties, functions set out in Regulations, s. 2(1) — Regulations, s. 2(1), (2) not watertight compartments — Without term “[f]or greater certainty”, scope of “policing duties or functions”, including “arrest or custody of a person”, uncertain — While possible to construe capture, detention, transfer of insurgents as policing duty, function if carried out by military police, Regulations, s. 2(1) having to be read down to exclude such duties, functions as they arise from established military custom, practice.

These were consolidated applications for judicial review of the Military Police Complaints Commission’s decision to initiate an investigation pursuant to section 250.38 of the *National Defence Act* in relation to two complaints filed by the respondents. In the first complaint, the respondents alleged that the military police allowed the transfer of Afghan detainees despite the lack of safeguards against torture and evidence that Afghan authorities were torturing detainees. In the second complaint, the respondents alleged that the military police failed to investigate officers responsible for the transfer of detainees in the face of a known risk of torture.

The Commission stated that it was within its jurisdiction to investigate the respondents’ first complaint as the arrest or custody of a person by a member of the military police is one of the policing duties or functions enumerated in subsection 2(1) of the *Complaints about the Conduct of Members of the Military Police Regulations* (Regulations). It decided to conduct a public interest hearing in light of the Government’s refusal to provide the Commission with full access to relevant documents and information. In a subsequent decision relating to the second complaint, the Commission re-affirmed its jurisdiction arising from the arrest or custody of a person, and considered in depth subsection 2(2) of the Regulations and the principles of statutory interpretation.

The applicant’s position was that the capture, detention and transfer of Afghan detainees is related to a military operation resulting from established military custom or practice, and that the Commission therefore exceeded its jurisdiction as pursuant to subsection 2(2) of the Regulations, such operations are not a policing duty or function related to the arrest or custody of persons.

torture et avait omis d’enquêter sur les officiers responsables des transferts — La Commission a interprété à tort l’expression « [i]l est entendu » (« [f]or greater certainty ») qui figure à l’art. 2(2) du Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires comme étant une clarification qui ne diminue pas la portée des fonctions de nature policière énumérées à l’art. 2(1) du Règlement — Les art. 2(1) et (2) du Règlement ne sont pas des compartiments étanches — Sans l’expression « [i]l est entendu » (« [f]or greater certainty »), la portée des « fonctions de nature policière », notamment « l’arrestation ou la garde d’une personne », serait incertaine — Bien que la capture, la détention et le transfert d’insurgés puissent être présentés comme des fonctions de nature policière s’ils sont accomplis par des policiers militaires, l’art. 2(1) du Règlement doit recevoir une interprétation atténuante pour soustraire ces fonctions parce qu’elles découlent de coutumes ou pratiques militaires établies.

Il s’agissait de demandes réunies de contrôle judiciaire de la décision de la Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire d’instituer une enquête en application de l’article 250.38 de la *Loi sur la défense nationale* relativement à deux plaintes déposées par les défenderesses. Dans la première plainte, les défenderesses ont allégué que la police militaire avait permis que soient transférés des détenus afghans malgré l’absence de mesures de protection contre la torture et l’existence de preuves démontrant que les autorités afghanes torturaient des détenus. Dans la seconde plainte, les défenderesses ont allégué que la police militaire avait omis d’enquêter sur des officiers chargés du transfert de détenus malgré l’existence d’un risque connu de torture.

La Commission a déclaré qu’elle avait compétence pour enquêter sur la première plainte des défenderesses parce que l’arrestation ou la garde de personnes par un policier militaire est l’une des fonctions de nature policière énumérées au paragraphe 2(1) du *Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires* (le Règlement). Elle a décidé de faire tenir une enquête d’intérêt public à la lumière du refus du gouvernement de lui donner plein accès aux documents et renseignements pertinents. Dans une décision ultérieure relative à la seconde plainte, la Commission a réaffirmé sa compétence découlant de l’arrestation ou de la garde de personnes, et a examiné en profondeur le paragraphe 2(2) du Règlement et les principes d’interprétation des lois.

Selon le demandeur, la capture, la détention et le transfert de détenus afghans se rapportent à une opération d’ordre militaire découlant de coutumes ou pratiques militaires établies, et la Commission avait donc outrepassé sa compétence suivant le paragraphe 2(2) du Règlement, ces opérations n’étant pas des fonctions de nature policière liées à l’arrestation ou la détention de personnes.

The main issue was whether the Commission had jurisdiction to investigate the respondents' complaints.

Held, the applications should be allowed.

While the capture, detention and transfer of insurgents in Afghanistan may possibly be described as policing duties or functions performed by members of the military police pertaining to the arrest or custody of persons, those duties or functions relate to military operations that resulted from established military custom or practice and were beyond the Commission's jurisdiction pursuant to subsection 2(2) of the Regulations. The Commission erred when it said that the term "[f]or greater certainty" found in subsection 2(2) is a clarification that does not detract from the scope of enumerated police duties and functions set out in subsection 2(1). Subsections 2(1) and 2(2) are not watertight compartments. Without the term "[f]or greater certainty", the scope of "policing duties or functions", including "the arrest or detention of a person" would be uncertain. Read out of context, the custody of a detainee could be construed as the custody of a person, which is not a policing duty or function. Military police are assigned this duty because of their special training in processing and interrogating persons and in the application of Canadian and international law. Reports by the Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia and the Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services both concluded that the custody of prisoners of war was an operational function notwithstanding that military police are peace officers and that the Regulations include the arrest or custody of persons within the duties of a peace officer. It was unreasonable for the Commission to find that the Governor in Council intended to give new meaning to "established military custom or practice" as set out in those reports. Subsection 2(1) of the Regulations has to be read down to exclude such duties and functions because they arise from established military custom or practice. The Commission's decision to investigate the first complaint was therefore quashed and set aside for lack of jurisdiction.

With respect to the second complaint (the failure to investigate), the core jurisdiction of the Commission was not at issue. However, the Commission sought the production of documents from other departments without establishing if copies were available to the military police. The Commission does not have jurisdiction to investigate complaints about government officials, whether or not they are carrying out policing functions. The presence of Canadian Forces in

La principale question litigieuse était celle de savoir si la Commission avait compétence pour enquêter sur les plaintes des défenderesses.

Arrêt : les demandes doivent être accueillies.

Bien que la capture, la détention et le transfert d'insurgés en Afghanistan puissent être présentés comme des fonctions de nature policière accomplies par des policiers militaires se rapportant à l'arrestation ou la détention de personnes, ces fonctions se rapportent à des opérations d'ordre militaire qui découlent de coutumes ou pratiques militaires établies et ne relevaient pas de la compétence de la Commission en vertu du paragraphe 2(2) du Règlement. La Commission a commis une erreur lorsqu'elle a déclaré que l'expression « [il] est entendu » (« [f]or greater certainty ») qui figure au paragraphe 2(2) est une clarification qui ne diminue pas la portée des fonctions de nature policière énumérées au paragraphe 2(1). Les paragraphes 2(1) et (2) ne sont pas des compartiments étanches. Sans l'expression « [i] est entendu » (« [f]or greater certainty »), la portée des « fonctions de nature policière », notamment « l'arrestation ou la garde d'une personne » serait incertaine. Hors contexte, la garde d'un détenu pourrait être interprétée comme la garde d'une personne, ce qui n'est pas une fonction de nature policière. Les policiers militaires se voient confier cette tâche parce qu'ils ont reçu une formation spéciale pour s'occuper des personnes et les interroger, ainsi que pour appliquer le droit canadien et international. Les rapports de la Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie et du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire ont tous deux conclu que la garde de prisonniers de guerre était une fonction opérationnelle même si les policiers militaires sont des agents de paix et que le Règlement indique que l'arrestation et la garde de personnes sont des fonctions d'un agent de la paix. Il était déraisonnable pour la Commission de conclure que le gouverneur en conseil avait l'intention de donner un sens nouveau aux « coutumes ou pratiques militaires établies » comme il est énoncé dans ces rapports. Le paragraphe 2(1) du Règlement doit recevoir une interprétation atténuante pour soustraire ces fonctions parce qu'elles découlent de coutumes ou pratiques militaires établies. La décision de la Commission d'enquêter sur la première plainte a donc été annulée pour défaut de compétence.

S'agissant de la seconde plainte (l'omission d'enquêter), la compétence fondamentale de la Commission n'était pas en cause. Cependant, la Commission a sollicité la production de documents émanant d'autres ministères sans prouver que la police militaire y avait accès. La Commission n'a pas compétence pour enquêter sur des plaintes visant des fonctionnaires, qu'ils exercent ou non des fonctions de nature policière. La présence des Forces canadiennes en Afghanistan est une politique

Afghanistan is a government policy whose justification is beyond the reach of the Commission.

gouvernementale dont la justification échappe au contrôle de la Commission.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- 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].
- Complaints About the Conduct of Members of the Military Police Regulations*, P.C. 1999-2065, s. 2.
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91, 92.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46.
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Suppl.), c. 10, s. 22(2)(r).
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1(3)(b) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5), (4) (as enacted *idem*; 2002, c. 8, s. 27), 22(2)(r).
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 400 (as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)).
- Geneva Conventions Act*, R.S.C., 1985, c. G-3.
- National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5, Part III (as am. by S.C. 1998, c. 35, s. 18), Part IV (as enacted *idem*, s. 82).
- Queen's Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O)*, online: <<http://www.admfincs-smafinsm.forces.gc.ca/qro-orf/index-eng.asp>>.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949*, R.S.C., 1985, G-3, Sch. III.

CASES CITED

APPLIED:

- Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 327 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.); *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) v. Terrasses Jewellers Inc. et al.*, [1983] 1 S.C.R. 283, [1983] I.L.R. 6243, (1983), 54 N.R. 321.

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].
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91, 92.
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, art. 22(2)r).
- Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5, partie III (mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 18), partie IV (éditée, *idem*, art. 82).
- Loi sur les Conventions de Genève*, L.R.C. (1985), ch. G-3.
- 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(3)b) (édité par L.C. 1990, ch. 8, art. 5), (4) (édité, *idem*; 2002, ch. 8, art. 27), 22(2)r).
- Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC)*, en ligne : <<http://www.admfincs-sma-finsm.forces.gc.ca/qro-orf/index-fra.asp>>.
- Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires*, C.P. 1999-2065, art. 2.
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 400 (mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949*, L.R.C. (1985), ch. G-3, ann. III.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.S.C. 190, 327 R.N.-B. (2^e) 1; *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96 (P.C.); *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) c. Terrasses Jewellers Inc. et autre*, [1983] 1 R.C.S. 283.

CONSIDERED:

Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff), 2008 FC 336, [2008] 4 F.C.R. 546, 292 D.L.R. (4th) 127, 81 Admin. L.R. (4th) 189, aff'd 2008 FCA 401, [2009] 4 F.C.R. 149, 305 D.L.R. (4th) 741, 182 C.R.R. (2d) 203, leave to appeal to S.C.C. refused [2009] 1 S.C.R. v; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, 2004 SCC 23, [2004] 1 S.C.R. 609, 346 A.R. 201, 238 D.L.R. (4th) 217; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756, (1971), 18 D.L.R. (3d) 1; *Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn.*, 2009 FCA 223, [2010] 3 F.C.R. 219, 98 Admin. L.R. (4th) 25, 81 C.C.E.L. (3d) 207; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745, 50 C.C.C. (2d) 495.

REFERRED TO:

Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et al., [1981] 1 S.C.R. 363, (1981), 121 D.L.R. (3d) 517, 35 N.R. 288; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, 309 D.L.R. (4th) 513, 92 Admin. L.R. (4th) 203; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, (1979), 25 N.B.R. (2d) 237, 97 D.L.R. (3d) 417; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, 212 D.L.R. (4th) 1, [2002] 5 W.W.R. 1; *Glykis v. Hydro-Québec*, 2004 SCC 60, [2004] 3 S.C.R. 285, 244 D.L.R. (4th) 277, 325 N.R. 369; *R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, 211 Nfld. & P.E.I.R. 50, 210 D.L.R. (4th) 608; *North v. West Region Child and Family Services Inc.*, 2007 FCA 96, 362 N.R. 83; *Hochster v. de la Tour (1853)*, 118 E.R. 922 (Q.B.); *Pompeani v. Bonik Inc.* (1997), 35 O.R. (3d) 417, 104 O.A.C. 149, 13 R.P.R. (3d) 1 (C.A.).

AUTHORS CITED

- Brown, Donald M. J. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf. Toronto: Canvasback, 1998.
- Canada. Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia. *Report of the Somalia Commission of Inquiry*, July 2, 1997, online: <<http://www.forces.gc.ca/somalia/somaliae.htm>>.
- Canada. Military Police Complaints Commission. "Commission Chair's Decision to Hold a Public Interest Hearing on Detainee Treatment in Afghanistan", March 12, 2008, online: <<http://www.mpcc-cppm.gc.ca/300/afghan/2008-03-12-eng.aspx>>.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense), 2008 CF 336, [2008] 4 R.C.F. 546, conf. par 2008 CAF 401, [2009] 4 R.C.S. 149, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2009] 1 R.C.S. v; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, 2004 CSC 23, [2004] 1 R.C.S. 609; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756; *Alliance de la fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada*, 2009 CAF 223, [2010] 3 R.C.F. 219; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821.

DÉCISIONS CITÉES :

Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et autres, [1981] 1 R.C.S. 363; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, (1979), 25 R.N.-B. (2^e) 237; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Glykis c. Hydro-Québec*, 2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285; *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *North c. West Region Child and Family Services Inc.*, 2007 CAF 96; *Hochster v. de la Tour (1853)*, 118 E.R. 922 (Q.B.); *Pompeani v. Bonik Inc.* (1997), 35 O.R. (3d) 417, 104 O.A.C. 149, 13 R.P.R. (3d) 1 (C.A.).

DOCTRINE CITÉE

- Brown, Donald M. J. et John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles. Toronto : Canvasback, 1998.
- Canada. Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie. *Rapport de la Commission d'enquête sur la Somalie*, 2 juillet 1977, en ligne : <<http://www.forces.gc.ca/somalia/somaliaf.htm>>.
- Canada. Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire. « Décision du président de la Commission pour la tenue d'une audience d'intérêt public concernant le traitement des détenus en Afghanistan », 12 mars 2008,

Canada. Military Police Complaints Commission. “Full Decision to Launch Probe into Second Afghanistan Complaint”, online: <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/Afghanistan/2007-02-26-2-eng.pdf>.

Canada. Military Police Complaints Commission. *Special Report: Interference with Military Police Investigations: What is it About?*, December 2002, online: <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/315-eng.pdf>.

Canada. Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services. *Report of the Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services*. Ottawa: Department of National Defence, 1997 (Chair: Rt. Hon. Brian Dickson).

APPLICATIONS for judicial review of the Military Police Complaints Commission’s decision (*Decision (s. 250.38 NDA) Regarding a Complaint by Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association in June 2008*, MPCC 2008-024 and MPCC 2008-042, September 30, 2008) to investigate complaints regarding the transfer of Afghan detainees and the failure by the military police to investigate officers responsible for the transfers in the face of a known risk of torture. Applications allowed.

APPEARANCES

Alain Préfontaine and *Zoe A. Oxaal* for applicant.
Paul Champ for respondents.
Freya J. Kristjanson and *Nigel Marshman* for interveners Military Police Complaints Commission.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l., Ottawa, for respondents.
Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish LLP, Toronto, for interveners Military Police Complaints Commission.

en ligne : <<http://www.mpcc-cppm.gc.ca/300/afghan/2008-03-12-fra.aspx>>.

Canada. Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire. « Décision intégrale sur l’enquête sur une plainte relative à l’Afghanistan », en ligne : <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/Afghanistan/2007-02-26-2-fra.pdf>.

Canada. Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire. *Rapport spécial : L’ingérence dans les enquêtes de la police militaire : de quoi s’agit-il?*, décembre 2002, en ligne : <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/315-fra.pdf>.

Canada. Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d’enquête de la police militaire. *Rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d’enquête de la police militaire*, Ottawa, Ministère de la Défense nationale, 1997 (président : très honorable Brian Dickson).

DEMANDES de contrôle judiciaire de la décision (*Décision (s. 250.38 LDA) concernant une plainte d’Amnesty International (section canadienne) et l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique soumise le 12 juin 2008*, CPPM 2008-024 et CPPM 2008-042, en date du 30 septembre 2008) de la Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire d’enquêter sur des plaintes concernant le transfert de détenus afghans et l’omission de la police militaire d’enquêter sur les officiers chargés du transfert de détenus malgré l’existence d’un risque connu de torture. Demandes accueillies.

ONT COMPARU

Alain Préfontaine et *Zoe A. Oxaal* pour le demandeur.
Paul Champ pour les défenderesses.
Freya J. Kristjanson et *Nigel Marshman* pour l’intervenant Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.
Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck LLP/s.r.l., Ottawa, pour les défenderesses.
Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish LLP, Toronto, pour l’intervenant Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire.

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

[1] HARRINGTON J.: Among the men and women serving in our Canadian Armed Forces is a group known as the military police. Unlike civilian police forces, their members are entrusted with both police and military duties. It is this distinction which serves as the backdrop to two judicial reviews launched by the Attorney General against decisions of the Military Police Complaints Commission to consider two complaints filed by Amnesty International Canada and the British Columbia Civil Liberties Association (to whom I shall refer collectively as Amnesty International). The complaints are about the conduct of the Provost Marshal who is the head of the military police, and others in the performance of their policing duties or functions in respect of the treatment of detainees in Afghanistan.

[2] The Military Police Complaints Commission was established in 1999 [being Part IV, ss. 250 to 250.53 (as enacted by S.C. 1998, c. 35, s. 82) of the *National Defence Act*, R.S.C., 1985, c. N-5] as one of the corrective measures taken in light of misconduct by some members of the Canadian Forces in Somalia. It is an independent commission which has oversight over the conduct of the military police in their policing role. However it does not have jurisdiction to investigate complaints against members of the military police that relate to military operations resulting from “established military custom or practice”.

[3] In the first complaint (the detainee complaint), Amnesty International alleged that the Provost Marshal and others “transferred and/or allowed to be transferred detainees” to the authorities in Afghanistan notwithstanding that the transfer system lacked effective safeguards against torture and that there was evidence that the Afghan authorities were routinely torturing detainees.

[4] In its second complaint, Amnesty International sought an extension of the time frame of its first complaint, and as a distinct issue, alleged that the military police failed to investigate officers “having command

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

[1] LE JUGE HARRINGTON : Au sein des Forces canadiennes se trouve un groupe connu sous le nom de police militaire. Contrairement aux services de police civile, les policiers militaires exercent à la fois des fonctions militaires et policières. Cette distinction est la toile de fond de deux demandes de contrôle judiciaire introduites par le procureur général du Canada à l’encontre des décisions de la Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire, laquelle devait examiner deux plaintes déposées par Amnesty International Canada et l’Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique (ci-après appelées Amnesty International). Les plaintes portent sur la conduite du Grand prévôt responsable de la police militaire et sur celle d’autres policiers dans l’exercice de leurs fonctions de nature policière en ce qui concerne le traitement réservé aux détenus en Afghanistan.

[2] La Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire a été créée en 1999 [qui constitue la partie IV, art. 250 à 250.53 (édictees par L.C. 1998, ch. 35, art. 82) de la *Loi sur la défense nationale*, L.R.C. (1985), ch. N-5] comme mesure corrective pour remédier à la mauvaise conduite de certains membres des Forces canadiennes en Somalie. Il s’agit d’une commission indépendante chargée de surveiller la conduite des policiers militaires dans leurs fonctions de nature policière. Toutefois, elle n’a pas compétence pour enquêter sur des plaintes déposées contre des policiers militaires au sujet d’opérations d’ordre militaire découlant « de coutumes ou pratiques militaires établies ».

[3] Dans la première plainte (la plainte relative aux détenus), Amnesty International a allégué que le Grand prévôt et certains policiers militaires « ont transféré ou permis que soient transférés des détenus » aux autorités afghanes même si le système de transfert n’offrait pas de mesures de protection efficaces contre la torture et qu’il existait des preuves selon lesquelles les autorités afghanes torturaient régulièrement des détenus.

[4] Dans la seconde plainte, Amnesty International a demandé une prorogation de délai pour déposer sa première plainte, et a allégué, à titre de question distincte, que la police militaire a omis d’enquêter sur certains

responsibility for directing the transfer of detainees to the Afghan authorities, in the face of a known risk of torture”. Such officers, it was alleged, may be in breach of the Code of Service Discipline [being Part III (as am. by S.C. 1998, c. 35, s. 18) of the *National Defence Act*], the *Geneva Conventions Act* [R.S.C., 1985, c. G-3] and other Canadian and international laws.

[5] On receipt of the detainee complaint, the Commission, through its Chair, stated it would conduct a public interest investigation on the grounds that one of the policing duties or functions specifically enumerated in the *Complaints About the Conduct of Members of the Military Police Regulations*, P.C. 1999-2065 [the Regulations], is the “arrest or custody of a person” [at paragraph 2(1)(i)] if performed by a member of the military police.

[6] With respect to the first component of the second complaint, the expansion of the time frame of the detainee complaint, the extension was granted. That extension shall be considered as forming part of the overall detainee complaint. The Commission also agreed to consider the second aspect of this complaint, the alleged failure of the military police to investigate the conduct of those who made the decisions to transfer detainees to the Afghan authorities (the investigation complaint). The Commission also decided to call a public interest hearing with respect to both complaints.

[7] The decision to investigate the initial detainee complaint was made without seeking comments from the military police. This led to protracted correspondence between the Commission and the Office of the Judge Advocate General, and the Attorney General, and finally to this application for judicial review. The position of the Attorney General is that the capture, detention and transfer of insurgents, and others, in Afghanistan is not a policing duty or function relating to the arrest or custody of persons, but rather is excluded therefrom as relating to a military operation that results from established military custom or practice. It is common ground that decisions to turn detainees over to the Afghan authorities are made by the Task Force Commander, and not by any member of the military police.

officiers [TRADUCTION] « qui ont ordonné le transfert de détenus aux autorités afghanes malgré l’existence d’un risque connu de torture ». Ces officiers, a-t-on prétendu, peuvent avoir enfreint le Code de discipline militaire [qui constitue la partie III (mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 18) de la *Loi sur la défense nationale*], la *Loi sur les Conventions de Genève* [L.R.C. (1985), ch. G-3] et d’autres lois canadiennes et internationales.

[5] Dès réception de la plainte relative aux détenus, la Commission, par l’entremise de son président, a annoncé la tenue d’une enquête d’intérêt public au motif que « arrêter ou détenir des personnes » [à l’alinéa 2(1)(i)] est l’une des fonctions de nature policière expressément énumérées dans le *Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires*, C.P. 1999-2065 [le Règlement], lorsqu’elle est accomplie par un policier militaire.

[6] En ce qui concerne la première partie de la seconde plainte, la prorogation du délai de la plainte relative aux détenus a été accordée. Cette prorogation devra être considérée comme faisant partie de la première plainte. La Commission a aussi convenu d’examiner le second aspect de la plainte, c’est-à-dire le fait que la police militaire aurait omis d’enquêter sur la conduite des personnes qui ont décidé de transférer les détenus aux autorités afghanes (la plainte relative à l’enquête). La Commission a aussi décidé de tenir une audience d’intérêt public relativement à ces deux plaintes.

[7] La décision de faire enquête sur la plainte relative aux détenus a été prise sans que ne soient sollicités les commentaires de la police militaire. Cela a entraîné une longue correspondance entre la Commission, le Cabinet du juge-avocat général et le procureur général, puis la présente demande de contrôle judiciaire. Selon le procureur général, la capture, la détention et le transfert des insurgés, et des autres personnes, en Afghanistan ne sont pas des fonctions de nature policière liées à l’arrestation ou à la détention de personnes, mais plutôt des fonctions qui se rapportent à une opération d’ordre militaire découlant de coutumes ou pratiques militaires établies. Il est d’ailleurs admis que c’est le commandant de la force opérationnelle, et non un policier militaire, qui prend la décision de transférer les détenus aux autorités afghanes.

[8] The Attorney General has a more nuanced approach to the second complaint which alleges that the military police failed to investigate crimes or potential crimes committed by senior officers who may have been aware that detainees released to the Afghan authorities were likely to be tortured. He acknowledges that an investigation as to whether members of the Canadian Forces were in breach of the Code of Service Discipline, and other Canadian law as well as international law, is a policing duty or function normally carried out by the military police. However, his position is that the Commission has given every indication that it intends to exceed its jurisdiction by investigating government policy at large. Government policy falls outside the confines of the Commission's mandate and involves persons who are not members of the military police acting within the scope of their policing duties or functions.

[9] The notices of application are somewhat broader than that which I have just outlined. However, over time, some of the bases for judicial review have fallen by the wayside. The Attorney General no longer seeks to quash the Commission's decision to expand the temporal framework of the detainee complaint on the ground that there was no reason why it could not have been made within the normal delays. The expanded detainee complaint will stand or fall on the question of jurisdiction. If there is jurisdiction, he no longer takes the point that the Commission improperly exercised its discretion in deciding to hold a public inquiry with respect to both the detention and failure to investigate complaints.

[10] Amnesty International has long been critical of Canadian treatment of Afghan detainees. In its unsuccessful attempt to seek a ruling that 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]] applied to Afghans held by Canadian military forces (*Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, 2008 FC 336, [2008] 4 F.C.R. 546), it was given public interest standing. In this case section 250.18 [as enacted by S.C. 1998, c. 35, s. 82] of the *National Defence Act* provides that "any person" may complain. The status

[8] Le procureur général adopte une position plus nuancée à l'égard de la seconde plainte selon laquelle la police militaire n'a pas enquêté sur des crimes qu'ont commis ou qu'auraient commis des officiers supérieurs, lesquels étaient possiblement au courant que les détenus transférés aux autorités afghanes risquaient d'être torturés. Il reconnaît qu'une enquête visant à déterminer si des membres des Forces canadiennes ont enfreint le Code de discipline militaire et d'autres lois canadiennes et internationales constitue une fonction de nature policière habituellement accomplie par la police militaire. Toutefois, il soutient que la Commission a clairement indiqué qu'elle prévoyait outrepasser sa compétence en menant une enquête sur la politique gouvernementale. Cette politique ne s'inscrit pas dans les limites du mandat conféré à la Commission et fait intervenir des personnes qui ne sont pas des policiers militaires agissant dans le cadre de leurs fonctions de nature policière.

[9] Les avis de demande ont une portée un peu plus large que celle que je viens tout juste d'exposer. Cependant, au fil du temps, certains fondements du contrôle judiciaire ont été abandonnés. Le procureur général ne cherche plus à faire annuler la décision de la Commission de proroger le délai pour déposer la plainte relative aux détenus au motif qu'il n'y avait aucune raison de ne pas respecter les délais habituels. La plainte, dont le délai a été prorogé, reposera sur la question de la compétence. Si la Commission a compétence, le procureur général reconnaît qu'elle n'a pas mal exercé son pouvoir discrétionnaire en décidant de tenir une enquête publique sur la plainte relative aux détenus et sur celle relative à l'enquête.

[10] Amnesty International dénonce depuis longtemps le traitement que réservent les Canadiens aux détenus afghans. Lorsqu'elle a sollicité, sans succès, un jugement déclaratoire selon lequel 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]] s'applique aux personnes détenues par les forces militaires canadiennes en Afghanistan (*Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, 2008 CF 336, [2008] 4 R.C.F. 546), Amnesty International s'est vue accorder la qualité pour agir dans l'intérêt

of the complainants before the Commission is therefore not in issue.

[11] Another non-issue is the timing of the Attorney General's application for judicial review of the Commission's initial decision to investigate the detainee complaint. That decision was made in February 2007. The application for judicial review was only filed in April 2008. Normally, an application for judicial review is to be taken within 30 days. However, for reasons which follow, the Attorney General is not out of time.

DECISION

[12] Although the Attorney General's position may be somewhat overstated, and although the detention of insurgents in Afghanistan and their subsequent release to the Afghan authorities may possibly be described as policing duties or functions which were performed by members of the military police in Afghanistan pertaining to the arrest or custody of persons, those duties or functions, policing or not, relate to military operations that resulted from established military custom or practice and, therefore, are beyond the jurisdiction of the Commission.

[13] With respect to the second complaint, the "failure to investigate" complaint, I am satisfied that this is a policing duty or function in that the conduct of an investigation within the meaning of the Regulations includes a failure to investigate. However, as the *National Defence Act* makes clear, the Commission is limited to considering the conduct of members of the military police in the performance of their policing duties or functions. It has no jurisdiction to inquire into the conduct of the military at large, much less the conduct of persons who are not members of the military. Thus, while the Commission may legitimately inquire as to what any member of the military police knew, or had the means of knowing, it would be an excess of jurisdiction to investigate government policy and to inquire as to the state of

public. Dans cette décision, l'article 250.18 [édicte par L.C. 1998, ch. 35, art. 82] de la *Loi sur la défense nationale* dispose que « quiconque » peut déposer une plainte. Le statut des plaignantes devant la Commission n'est donc pas en cause.

[11] Le moment auquel le procureur général a déposé sa demande de contrôle judiciaire de la décision initiale de la Commission de mener une enquête sur la plainte relative aux détenus n'est pas non plus en litige. Cette décision a été rendue en février 2007 et la demande de contrôle judiciaire n'a été déposée qu'en avril 2008. Normalement, une demande de contrôle judiciaire doit être faite dans les 30 jours. Toutefois, pour les motifs exposés ci-dessous, la demande de contrôle judiciaire du procureur général n'est pas prescrite.

DÉCISION

[12] Bien que la position du procureur général puisse paraître quelque peu exagérée et que la détention des insurgés en Afghanistan ainsi que leur transfert subséquent aux autorités afghanes peuvent être présentés comme des fonctions de nature policière accomplies par des policiers militaires en Afghanistan se rapportant à l'arrestation ou la détention de personnes, ces fonctions, qu'elles soient de nature policière ou non, se rapportent à des opérations d'ordre militaire qui découlent de coutumes ou pratiques militaires établies et ne relèvent donc pas de la compétence de la Commission.

[13] En ce qui concerne la seconde plainte, je suis d'avis que l'omission d'enquêter sur une plainte est une fonction de nature policière puisque la conduite d'une enquête au sens du Règlement comporte l'omission d'enquêter. Toutefois, comme il ressort clairement de la *Loi sur la défense nationale*, la Commission ne peut examiner que la conduite des policiers militaires dans l'exercice des fonctions de nature policière. Elle n'a pas compétence pour mener une enquête sur la conduite des militaires en général, encore moins celle des personnes qui ne sont pas des militaires. Par conséquent, bien que la Commission puisse légitimement s'enquérir de ce que savaient les policiers militaires, ou pouvaient savoir, ce serait outrepasser sa compétence que d'enquêter sur la politique gouvernementale et de chercher à connaître

knowledge of the Government of Canada at large, and more particularly the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT), and to the extent, if any, it had relevant information to question why that information was not shared with the military police.

ISSUES

[14] The first of three issues is whether the applications for judicial review are premature. They are in respect of interlocutory decisions. Courts are loath to engage in judicial review before a final decision is rendered. The second issue is whether I should take into account evidence pertaining to military practice which is before me, but which was not before the Commission. Judicial review is normally based on the material which was before the underlying federal board, tribunal or commission. An exception lies if the review pertains to jurisdiction. However, that exception is not hard and fast, and is subject to discretion. It is not necessary for me to rule on this point, as I have not taken into account evidence which was not before the Commission.

[15] The third issue is the standard of review. My method of approach is to give the background to Part IV of the *National Defence Act* and the Regulations thereunder, set out the law itself, followed by a brief summary of Canada's role in Afghanistan, the timetable leading to these judicial reviews, the decisions under review and, finally, an analysis of the issues themselves.

THE LAW

[16] Beginning in 1992, members of the Canadian Forces were deployed to Somalia as part of an international mission to facilitate humanitarian relief efforts in the midst of civil strife and ineffective state authority. Members of the Canadian Airborne Regiment Battle Group were involved in incidents which resulted in the death of Somali civilians. A commission of inquiry, headed by Mr. Justice Gilles Létourneau of the Federal

l'état des connaissances du gouvernement du Canada en général, plus précisément du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (MAECI), et dans la mesure où le Ministère disposait de renseignements pertinents, que de se demander pourquoi les renseignements n'ont pas été communiqués à la police militaire.

QUESTIONS EN LITIGE

[14] Il y a trois questions. La première consiste à déterminer si les demandes de contrôle judiciaire sont prématurées. Ces demandes concernent les décisions interlocutoires et les tribunaux sont peu enclins à procéder à un contrôle judiciaire avant que la décision finale ne soit rendue. La deuxième question est de savoir si je devrais tenir compte de la preuve se rapportant à la pratique militaire dont je dispose, mais dont ne disposait pas la Commission. Le contrôle judiciaire repose habituellement sur les éléments de preuve présentés à l'office fédéral sous-jacent. Cependant, il y a exception lorsque le contrôle judiciaire porte sur la compétence. Cette exception n'est toutefois pas absolue et elle est assujettie au pouvoir discrétionnaire. Il n'est donc pas nécessaire de me prononcer sur ce point puisque je n'ai pas tenu compte de la preuve dont ne disposait pas la Commission.

[15] La troisième question est celle de la norme de contrôle applicable. Je vais donc préciser le contexte de la partie IV de la *Loi sur la défense nationale* et son Règlement, énoncer le droit applicable, résumer brièvement le rôle du Canada en Afghanistan ainsi que la chronologie des événements qui ont conduit aux présents contrôles judiciaires, présenter les décisions contestées et faire une analyse des questions en soi.

LE DROIT

[16] En 1992, des membres des Forces canadiennes ont été déployés en Somalie dans le cadre d'une mission internationale destinée à favoriser les efforts de secours humanitaire au milieu d'un conflit civil et de l'effondrement des autorités gouvernementales. Des membres du groupement tactique du Régiment aéroporté du Canada ont été impliqués dans des incidents qui ont entraîné la mort de civils somaliens. Une commission

Court of Appeal, was established [Commission of Inquiry into the Deployment of Canadian Forces to Somalia]. A number of recommendations were made with respect to military policing, the need for some independence from the military chain of command and independent oversight.

[17] Shortly before that report was issued in 1997 [*Report of the Somalia Commission of Inquiry*, July 2, 1997, online: <<http://www.forces.gc.ca/somalia/somaliae.htm>> (Somalia Inquiry Report)], a Special Advisory Group, chaired by the late Right Honourable Brian Dickson, former Chief Justice of the Supreme Court of Canada, assessed the role and function of the military police [*Report of the Special Advisory Group on Military Justice and Military Police Investigation Services*, March 14, 1997 (Dickson Report)]. It too made recommendations with respect to the independence of military police services, independent oversight mechanisms and a process by which complaints with respect to military police actions could be investigated.

[18] Following these reports, the *National Defence Act* was amended in 1998 to establish Part IV thereof, sections 250–250.53. Part IV comprises four divisions. The first establishes the Military Police Complaints Commission, the second deals with complaints, the third with investigations and hearings by the Commission, and finally the findings, report and recommendation process.

[19] As previously stated, any person may make a complaint about the conduct of a member of the military police in the performance of police duties. As well, any member of the military police may complain about interference with an investigation he or she is carrying out. These judicial reviews do not deal with an interference complaint.

[20] In the normal course, conduct complaints are dealt with by the Provost Marshal. A dissatisfied claimant may then refer the matter to the Complaints Commission for review. At any time, however, the Chairperson may conduct an investigation and hold a hearing.

d'enquête, présidée par M. le juge Gilles Létourneau de la Cour d'appel fédérale, a été mise sur pied [Commission d'enquête sur le déploiement des Forces canadiennes en Somalie]. La Commission a formulé un certain nombre de recommandations au sujet de la police militaire, de la nécessité d'agir de manière indépendante par rapport à la chaîne de commandement militaire et de l'importance d'une surveillance impartiale.

[17] Peu de temps avant la publication du rapport en 1997 [*Rapport de la Commission d'enquête sur la Somalie*, 2 juillet 1997, en ligne : <<http://www.forces.gc.ca/somalia/somaliaf.htm>> (Rapport d'enquête sur la Somalie)], un Groupe consultatif spécial, présidé par le très honorable Brian Dickson, ancien juge en chef de la Cour suprême du Canada, a examiné le rôle et les fonctions de la police militaire [*Rapport du Groupe consultatif spécial sur la justice militaire et sur les services d'enquête de la police militaire*, 14 mars 1997 (rapport Dickson)]. Ce groupe a aussi formulé des recommandations au sujet de l'indépendance des services de police militaire, des mécanismes de surveillance indépendants et du processus d'enquête sur les plaintes relatives à la police militaire.

[18] À la suite de ces rapports, la *Loi sur la défense nationale* a été modifiée en 1998 pour y inclure la partie IV, à savoir les articles 250 à 250.53. La partie IV comporte quatre sections. La première section porte sur la constitution de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire, la deuxième, sur les plaintes, la troisième, sur les enquêtes et audiences publiques de la Commission, et la quatrième, sur les conclusions, le rapport et les recommandations.

[19] Comme je l'ai déjà dit, quiconque peut déposer une plainte portant sur la conduite d'un policier militaire dans l'exercice des fonctions de nature policière. Par ailleurs, tout policier militaire qui mène une enquête peut déposer une plainte pour ingérence. Les présents contrôles judiciaires ne portent pas sur une plainte pour ingérence.

[20] Habituellement, c'est le Grand prévôt qui traite les plaintes pour inconduite. Un demandeur mécontent peut alors renvoyer sa plainte devant la Commission pour examen. Toutefois, le président peut, à tout moment, faire tenir une enquête et convoquer une audience.

[21] Section 250.18 and subsection 250.38(1) provide:

Enforcement of guaranteed rights and freedoms

250.18 (1) Any person, including any officer or non-commissioned member, may make a complaint under this Division about the conduct of a member of the military police in the performance of any of the policing duties or functions that are prescribed for the purposes of this section in regulations made by the Governor in Council.

Complainant need not be affected

(2) A conduct complaint may be made whether or not the complainant is affected by the subject-matter of the complaint.

...

Public interest

250.38 (1) If at any time the Chairperson considers it advisable in the public interest, the Chairperson may cause the Complaints Commission to conduct an investigation and, if warranted, to hold a hearing into a conduct complaint or an interference complaint.

[22] In accordance with section 250.18 and other sections of the *National Defence Act*, the *Complaints about the Conduct of Members of the Military Police Regulations* were enacted. Subsection 2(1) provides in part and subsection 2(2) provides:

2. (1) For the purpose of subsection 250.18(1) of the Act, any of the following, if performed by a member of the military police, are policing duties or functions:

(a) the conduct of an investigation;

...

(g) the enforcement of laws;

...

(i) the arrest or custody of a person.

(2) For greater certainty, a duty or function performed by a member of the military police that relates to administration, training, or military operations that result from established military custom or practice, is not a policing duty or function.

[21] L'article 250.18 et le paragraphe 250.38(1) prévoient ce qui suit :

250.18 (1) Quiconque — y compris un officier ou militaire du rang — peut, dans le cadre de la présente section, déposer une plainte portant sur la conduite d'un policier militaire dans l'exercice des fonctions de nature policière qui sont déterminées par règlement du gouverneur en conseil pour l'application du présent article.

Plainte contre un policier militaire

(2) Elle peut déposer une plainte qu'elle en ait ou non subi un préjudice.

Absence de préjudice

[...]

250.38 (1) S'il l'estime préférable dans l'intérêt public, le président peut, à tout moment en cours d'examen d'une plainte pour inconduite ou d'une plainte pour ingérence, faire tenir une enquête par la Commission et, si les circonstances le justifient, convoquer une audience pour enquêter sur cette plainte.

Intérêt public

[22] Conformément à l'article 250.18 et à d'autres articles de la *Loi sur la défense nationale*, le *Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires* a été édicté. Les paragraphes 2(1) et 2(2) prévoient en partie ce qui suit :

2. (1) Pour l'application du paragraphe 250.18(1) de la Loi, « fonctions de nature policière » s'entend des fonctions ci-après lorsqu'elles sont accomplies par un policier militaire :

a) enquêter;

[...]

g) faire respecter la loi;

[...]

i) arrêter ou détenir des personnes.

(2) Il est entendu que les fonctions exercées par le policier militaire qui se rapportent à l'administration ou à la formation, ou aux opérations d'ordre militaire qui découlent de coutumes ou pratiques militaires établies ne sont pas comprises parmi les fonctions de nature policière.

CANADA'S ROLE IN AFGHANISTAN

[23] Canada's role in Afghanistan was clearly explained by Madam Justice Mactavish in the decision referred to earlier in *Amnesty International Canada v. Canada (Chief of the Defence Staff)*, 2008 FC 336, [2008] 4 F.C.R. 546, aff'd 2008 FCA 401, [2009] 4 F.C.R. 149, leave to appeal to S.C.C. refused, [2009] 1 S.C.R. v (21 May 2009), and by Peter Tinsley, the Chair of the Complaints Commission, in his reasons for the decision of 30 September 2008, which is the fundamental decision under review before me [*Decision (s. 250.38 NDA) Regarding a Complaint by Amnesty International Canada and British Columbia Civil Liberties Association in June 2008*, MPCC 2008-024 and MPCC 2008-042, online: <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/Afghan/2008-09-30-eng.pdf>]. There is no need to repeat what they have said in any detail.

[24] Suffice it to say that Canada is part of both NATO [North Atlantic Treaty Organisation] and United Nations missions, with particular security operations in the Kandahar region. Pursuant to various arrangements between Canada and the Islamic Republic of Afghanistan, it has been acknowledged that Canadian personnel may have need to use deadly force in the capture and detention of insurgents or those assisting them. Detainees are afforded the same treatment as prisoners of war. If not released, they are to be transferred to Afghan authorities in a manner consistent with international law. Afghanistan has agreed to treat detainees in accordance with the Third Geneva Convention [*Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War of August 12, 1949*, R.S.C., 1985, c. G-3, Sch. III], i.e. humanely and without torture.

[25] Various bodies, including the International Committee of the Red Cross and Canadian government personnel (actually from DFAIT) are provided access to persons who have been transferred from Canadian to Afghan authority.

[26] The standard procedure is that those captured by Canadian Forces are turned over to the military police

LE RÔLE DU CANADA EN AFGHANISTAN

[23] Le rôle du Canada en Afghanistan a clairement été expliqué par M^{me} la juge Mactavish dans l'affaire susmentionnée, *Amnistie internationale Canada c. Canada (Chef d'état-major de la Défense)*, 2008 CF 336, [2008] 4 R.C.F. 546, conf. par 2008 CAF 401, [2009] 4 R.C.F. 149, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2009] 1 R.C.S. v (21 mai 2009), et par Peter Tinsley, président de la Commission d'examen des plaintes, dans les motifs de sa décision du 30 septembre 2008, décision fondamentale sur laquelle porte le présent contrôle judiciaire [*Décision (s. 250.38 LDA) concernant une plainte d'Amnesty International (section canadienne) et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique soumise le 12 juin 2008*, CPPM 2008-024 et CPPM 2008-042, en ligne : <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/Afghan/2008-09-30-fra.pdf>]. Il n'est donc pas nécessaire de reprendre ce qu'ils ont dit.

[24] Il suffit de dire que le Canada participe aux missions de l'OTAN [Organisation du Traité de l'Atlantique Nord] et des Nations Unies et qu'il exerce des opérations de sécurité particulières dans la région de Kandahar. Il a été reconnu dans diverses ententes conclues entre le Canada et la République islamique d'Afghanistan que le personnel canadien peut avoir besoin de recourir à la force mortelle lors de la capture et de la détention des insurgés ou de ceux qui leur viennent en aide. Les détenus bénéficient du même traitement que les prisonniers de guerre. S'ils ne sont pas libérés, ils doivent être transférés aux autorités afghanes conformément au droit international. L'Afghanistan a convenu de traiter les détenus d'une manière conforme à la Troisième Convention de Genève [*Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949*, L.R.C. (1985), ch. G-3, annexe III], c'est-à-dire avec humanité et sans aucune torture.

[25] Divers organismes, dont le Comité international de la Croix-Rouge et le personnel du gouvernement du Canada (du MAECI), ont accès aux personnes transférées des autorités canadiennes aux autorités afghanes.

[26] Selon la procédure habituelle, les personnes capturées par les Forces canadiennes sont confiées à la

for interrogation and detention. If not released outright, detainees are turned over to the Afghan authorities within days. That policy was, however, interrupted from November 2007 until February 2008, upon receipt of reports of the very real possibility that some of the detainees released into Afghan custody were tortured. It is important to note that the Chief of the Defence Staff commands all operations at the strategic level and that decisions to detain or release prisoners are made by the Task Force Commander, not by the military police.

[27] Although there are military police in Afghanistan providing advice, and although they are under the military chain of command, there is another chain, the technical chain of command designed to help ensure investigative independence. The only military police in Afghanistan who are not under the military chain of command are members of the National Investigation Service. The Task Force Provost Marshal in Afghanistan reports both to the Task Force Commander in Afghanistan and to the Canadian Forces Provost Marshal. The military police who form part of the National Investigation Service do not report within the military chain of command.

THE TIMELINE

[28] On 21 February 2007, Amnesty International filed its initial conduct complaint with respect to the detention of Afghan nationals.

[29] On 26 February 2007, the Commission decided to investigate [Full Decision to Launch Probe into Second Afghanistan Complaint, online: <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/Afghanistan/2007-02-26-2-eng.pdf>]. The Chair said: “[T]hese allegations relate to the conduct of members of the military police with respect to the custody of persons, which is expressly enumerated in the relevant regulations as one of the ‘policing duties or functions’ of the military police which may be the subject of a conduct complaint”. He decided it was in the public interest for the Commission to immediately initiate its own independent investigation pursuant to section 250.38 of the *National Defence Act*,

police militaire pour être interrogées et détenues. Si elles ne sont pas libérées sans condition, elles sont transférées aux autorités afghanes dans les jours qui suivent. Cette procédure a toutefois été interrompue de novembre 2007 à février 2008, après qu’il y ait eu des allégations selon lesquelles certains des détenus confiés à la garde des Afghans étaient torturés. Il convient de souligner que le Chef d’état-major de la Défense commande toutes les opérations au niveau stratégique et que le commandant de la force opérationnelle, et non la police militaire, prend les décisions de détenir ou de libérer les prisonniers.

[27] Bien qu’il y ait des policiers militaires en Afghanistan qui prodiguent des conseils et que ces derniers relèvent de la chaîne de commandement militaire, il existe une autre chaîne, soit la chaîne de commandement technique mise sur pied pour assurer l’indépendance des policiers en matière d’enquête. Les seuls policiers militaires en Afghanistan qui ne relèvent pas de la chaîne de commandement militaire sont membres du Service national des enquêtes. Le Grand prévôt de la force opérationnelle en Afghanistan relève à la fois du commandant de la force opérationnelle en Afghanistan et du Grand prévôt des Forces canadiennes. Les policiers militaires qui font partie du Service national des enquêtes ne relèvent pas de la chaîne de commandement militaire.

LA CHRONOLOGIE DES ÉVÉNEMENTS

[28] Le 21 février 2007, Amnesty International a déposé sa plainte initiale pour inconduite relativement à la détention des ressortissants afghans.

[29] Le 26 février 2007, la Commission a décidé de mener une enquête [Décision intégrale sur l’enquête sur une plainte relative à l’Afghanistan, en ligne : <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/Afghanistan/2007-02-26-2-fra.pdf>]. Le président a déclaré ce qui suit : « [C]es allégations portent sur la conduite de membres de la police militaire relativement à la détention de personnes, expressément identifiée dans le règlement pertinent comme l’une des “responsabilités ou fonctions policières” de la police militaire pouvant faire l’objet d’une plainte concernant la conduite ». Il a décidé qu’il était dans l’intérêt public que la Commission fasse tenir sa propre enquête sans délai conformément à l’article

but reserved his decision on the holding of a public hearing. Although they had not been consulted beforehand, this decision was distributed to the Minister of National Defence, the Chief of the Defence Staff, the Judge Advocate General and the Canadian Forces Provost Marshal.

[30] On 3 March 2007, the Office of the Judge Advocate General, on behalf of the Department of National Defence and the Canadian Forces, took the position that the complaint was not a conduct complaint. More particularly, Colonel Gleason stated, among other things, that the practice of transferring detainees pursuant to an arrangement with the Government of Afghanistan is directed by the operational chain of command and is followed by all Canadian Forces members involved, not just the military police. Before instituting an application for judicial review of the decision, he asked for clarification of the legal basis of the Commission's jurisdiction, more particularly the basis for its conclusion that this is a policing duty or function, and, should it proceed, for an outline of subjects and issues to be investigated in light of the very broad scope of the complaint.

[31] On 15 March 2007, counsel for the Commission simply replied that as earlier stated by the Chair the custody of persons is specifically enumerated as a police duty or function.

[32] No application for judicial review was filed between March 2007 and March 2008. The Attorney General was apparently of the view that co-operation was the course of least resistance, that the Commission would ultimately realize that it was without jurisdiction, and that, in any event, there was no merit to the allegations. The Department of National Defence generally co-operated, and a number of witnesses were interviewed. Other departments were, however, less forthcoming. Many documents were provided in redacted form.

[33] On 12 March 2008, the Chair decided to conduct a public hearing [Commission Chair's Decision to Hold a Public Interest Hearing on Detainee Treatment in Afghanistan, online: <<http://www.mpcc-cppm.gc.ca/300/>

250.38 de la *Loi sur la défense nationale*, mais il a mis en délibéré sa décision sur la tenue d'une audience publique. Cette décision a été communiquée au ministre de la Défense nationale, au Chef d'état-major de la Défense, au juge-avocat général et au Grand prévôt des Forces canadiennes même s'ils n'avaient pas été consultés auparavant.

[30] Le 3 mars 2007, le Cabinet du juge-avocat général, au nom du ministère de la Défense nationale et des Forces canadiennes, a décidé qu'il ne s'agissait pas d'une plainte pour inconduite. Le Colonel Gleason a notamment indiqué que la pratique qui consiste à transférer des détenus en vertu d'une entente conclue avec le gouvernement de l'Afghanistan est imposée par la chaîne de commandement opérationnel et est suivie par tous les membres des Forces canadiennes, pas seulement les policiers militaires. Avant de présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision, il a demandé des précisions sur le fondement juridique de la compétence de la Commission, plus précisément le fondement de la conclusion selon laquelle il s'agit d'une fonction de nature policière et, dans la mesure où sa demande est instruite, il a aussi demandé un aperçu des sujets et des questions qui feront l'objet de l'enquête compte tenu de la très vaste portée de la plainte.

[31] Le 15 mars 2007, l'avocat de la Commission a tout simplement répondu que la détention de personnes, comme le président l'a déjà dit, est une fonction de nature policière expressément énumérée.

[32] Aucune demande de contrôle judiciaire n'a été présentée entre mars 2007 et mars 2008. Le procureur général était apparemment d'avis que la coopération représentait la solution la plus facile, que la Commission finirait par réaliser qu'elle n'avait pas compétence et que, de toute façon, les allégations n'étaient pas fondées. Le ministère de la Défense nationale a collaboré et des témoins ont été interrogés. D'autres ministères étaient toutefois moins coopératifs. Plusieurs documents expurgés ont été présentés.

[33] Le 12 mars 2008, le président a décidé de tenir une audience publique [Décision du président de la Commission pour la tenue d'une Audience d'intérêt public concernant le traitement des détenus en Afghanistan, en

afghan/2008-03-12-eng.aspx>]. He stated that the main difficulty, which gave rise to his decision, was the Government's refusal to provide the Commission with full access to relevant documents and information under the control of departments or agencies such as DFAIT and the Correctional Service of Canada.

[34] The first application for judicial review was filed on 11 April 2008 under docket number T-581-08.

[35] On 12 June 2008, Amnesty International filed its second complaint expanding the time frame of its detainee complaint up to that date, as well as the allegations with respect to the alleged failure to investigate.

[36] That same day the Chair brought the second complaint to the attention of the Chief of the Defence Staff and the Canadian Forces Provost Marshal. Although he stated that he was under no obligation to do so, he invited comment on six issues including the request to update and expand the scope of the detainee complaint and jurisdiction. He confirmed he had copy of the material already filed by the Attorney General in the first, and then only, application for judicial review. This material dealt in detail with established military customs and practices.

[37] The Attorney General responded on 27 June 2008. Mention was made of the fact that following the initial detention complaint against the Provost Marshal, the National Investigation Service, reluctant to investigate the head of the military police, asked the Royal Canadian Mounted Police [RCMP] to review the allegations. The RCMP had reported that it found no grounds to proceed with either a criminal or service offence investigation. I pause to mention that this report in no way ousts the jurisdiction confided upon the Commission by statute and by regulation. No additional comment was made with respect to the Attorney General's position that the Commission had no jurisdiction in the first place.

[38] On 30 September 2008, the Commission, through its Chair, issued a 78-page decision with respect to the 12 June 2008 complaint. This time, in the context of the

ligne : <<http://www.mpcc-cppm.gc.ca/300/afghan/2008-02-12-fra.aspx>>]. Selon lui, la principale difficulté à l'origine de sa décision était le refus du gouvernement de donner à la Commission plein accès aux documents et renseignements pertinents relevant de ministères ou d'organismes, tels que le MAECI et le Service correctionnel du Canada.

[34] La première demande de contrôle judiciaire a été déposée le 11 avril 2008 (dossier T-581-08).

[35] Le 12 juin 2008, Amnesty International a déposé une seconde plainte visant à élargir jusqu'à cette date la période visée par sa plainte relative aux détenus et présentant les allégations relatives à l'omission d'enquêter.

[36] Ce même jour, le président a porté la seconde plainte à l'attention du Chef d'état-major de la Défense et du Grand prévôt des Forces canadiennes. Bien qu'il ait affirmé ne pas être tenu de le faire, il les a invités à présenter leurs commentaires sur six questions, dont la demande visant à mettre à jour et à élargir la portée de la plainte relative aux détenus et la compétence. Il a confirmé qu'il disposait d'une copie du document déposé par le procureur général dans le cadre de la première, et alors la seule, demande de contrôle judiciaire. Ce document traitait en détail des coutumes et pratiques militaires établies.

[37] Le procureur général a répondu le 27 juin 2008. Il a indiqué qu'à la suite de la plainte initiale relative aux détenus contre le Grand prévôt, le Service national des enquêtes, réticent à enquêter sur le dirigeant de la police militaire, a demandé à la Gendarmerie royale du Canada (GRC) d'examiner les allégations. La GRC a fait savoir qu'elle n'avait aucune raison de mener une enquête relative à une infraction criminelle ou à une infraction d'ordre militaire. Je tiens à dire que cela n'écarte aucunement la compétence que la loi et le règlement confèrent à la Commission. Aucun autre commentaire n'a été formulé à l'égard de la position du procureur général selon laquelle la Commission n'avait pas compétence.

[38] Le 30 septembre 2008, la Commission, par l'entremise de son président, a rendu une décision de 78 pages sur la plainte du 12 juin 2008. À ce moment-là, dans le

expanded detainee complaint, the Commission did not simply state that it had jurisdiction arising from the arrest or custody of a person, but considered in depth subsection 2(2) of the Regulations and the principles of statutory interpretation.

[39] On 30 October 2008, the Attorney General filed the second application for judicial review under T-1685-08. Subsequent thereto, the two judicial reviews were consolidated under that number and since jurisdiction was in issue, the Commission itself was given leave to intervene.

DISCUSSION

[40] In essence, the timeline provides the answer to the first two issues. It is Parliament which gives federal boards, tribunals and commissions their jurisdiction, not the parties. The Court could have raised the issue of jurisdiction on its own motion (*Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. v. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et al.*, [1981] 1 S.C.R. 363). In any event, the application for judicial review of the second decision, which also deals with jurisdiction, was taken within time.

[41] With respect to the contention that the applications for judicial review are premature, the argument is clearly set out at paragraph 3:4100 in Brown and Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, loose-leaf (Toronto: Canvasback, 1998) where the authors state: “courts now generally defer a determination of an allegation that an administrative decision-maker has no jurisdiction over a matter ... until the administrative process is complete.”

[42] Nevertheless, the decision is still a discretionary one, and I have decided it is more appropriate to rule on jurisdiction now. The parties have said just about all that can be said with respect to jurisdiction. The decision of the Chair was based on statutory interpretation, and not his expertise within a specialized tribunal as compared to the Federal Court which is far more generalist in that it

contexte de la plainte élargie relative aux détenus, la Commission n’a pas simplement dit qu’elle avait compétence en matière d’arrestation ou de détention de personnes; elle a examiné en profondeur le paragraphe 2(2) du Règlement et les principes d’interprétation des lois.

[39] Le 30 octobre 2008, le procureur général a déposé une seconde demande de contrôle judiciaire (T-1685-08). À partir de ce moment-là, les deux contrôles judiciaires ont été réunis sous ce numéro de dossier, et comme la compétence était en litige, la Commission elle-même a été autorisée à intervenir.

ANALYSE

[40] Essentiellement, la chronologie des événements permet de répondre aux deux premières questions. C’est le législateur, non les parties, qui confère la compétence aux offices fédéraux. La Cour peut soulever la question de la compétence de sa propre initiative (*Wire Rope Industries of Canada (1966) Ltd. c. B.C. Marine Shipbuilders Ltd. et autres*, [1981] 1 R.C.S. 363). De toute façon, la demande de contrôle judiciaire de la deuxième décision, laquelle traite également de la compétence, a été présentée dans le délai prévu.

[41] Pour ce qui est de la prétention selon laquelle les demandes de contrôle judiciaire sont prématurées, l’argument est clairement énoncé au paragraphe 3:4100 de l’ouvrage de Brown et Evans intitulé *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles (Toronto : Canvasback, 1998) dans lequel les auteurs déclarent ce qui suit : [TRADUCTION] « en général, les cours reportent maintenant leur décision sur l’allégation selon laquelle un décideur administratif n’a pas compétence sur une matière [...] jusqu’à ce que le processus administratif soit terminé ».

[42] Malgré tout, la décision demeure discrétionnaire et j’ai décidé qu’il était davantage approprié de statuer maintenant sur la question de la compétence. Les parties ont pratiquement tout dit ce qui est possible de dire sur la compétence. La décision du président était fondée sur l’interprétation des lois, non pas sur son expertise au sein d’un tribunal spécialisé comparativement à la Cour

is called upon to review decisions made under more than 100 statutes. Finally, the Commission is about to embark on a very expensive process and would be spending the public purse without legal justification.

[43] As to the new evidence pertaining to jurisdiction, which is being contested, it consists of the affidavits of Dr. Yves Tremblay, a government historian, and Colonel Dorothy Cooper, who essentially supports what other affiants have already said. I agree with Amnesty International that the Attorney General had the opportunity to put this evidence in before the Commission rendered its second decision. However, it is not necessary for me to make a ruling on this point as I have not taken that evidence into account.

[44] This is not a case in which the Court is prematurely cutting short an inquiry by findings of jurisdictional facts, which are more within the expertise of a specialized tribunal. The Commission's decision to accept jurisdiction does not turn on a finding as to the content of "established military custom or practice".

[45] This brings us to the standard of judicial review.

JUDICIAL REVIEW—CORRECTNESS OR DEFERENCE

[46] Following the decision of the Supreme Court in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, there are two standards of review: correctness or reasonableness. Findings of fact and mixed findings of fact and law are reviewed on a reasonableness standard, meaning that the decision should not be disturbed unless it falls outside a range of rational, articulate outcomes.

[47] Although questions of pure law are reviewed more often than not on a correctness standard, there are exceptions, primarily based on the expertise of the tribunal which rendered the decision. For instance, in *Voice Construction Ltd. v. Construction & General*

fédérale qui est beaucoup plus généraliste du fait qu'elle est appelée à examiner des décisions rendues en vertu de plus de 100 lois. Enfin, la Commission s'apprête à s'engager dans un processus fort coûteux et à dépenser les deniers publics sans justification valable en droit.

[43] La nouvelle preuve se rapportant à la compétence, laquelle est contestée, comprend les affidavits de M. Yves Tremblay, un historien du gouvernement, et du Colonel Dorothy Cooper, lequel appuie essentiellement ce que d'autres déposants ont déjà affirmé. Je souscris à l'opinion d'Amnesty International selon laquelle le procureur général a eu la chance de produire cette preuve avant que la Commission ne rende sa seconde décision. Toutefois, comme je n'ai pas tenu compte de cette preuve, il n'est pas nécessaire de me prononcer sur la question.

[44] Il ne s'agit pas ici d'une affaire où la Cour met fin prématurément à une enquête en formulant des conclusions se rapportant à des faits attributifs de compétence, ce qui relève davantage de l'expertise d'un tribunal spécialisé. La décision de la Commission de reconnaître sa compétence ne repose pas sur une conclusion quant à la teneur des « coutumes ou pratiques militaires établies ».

[45] Cela nous amène à la norme de contrôle judiciaire.

CONTRÔLE JUDICIAIRE — DÉCISION CORRECTE OU DÉFÉRENCE

[46] Depuis l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, il existe deux normes de contrôle : celle de la décision correcte et celle de la raisonabilité. Les conclusions de fait et les conclusions mixtes de fait et de droit sont examinées en appliquant la norme de la décision raisonnable, ce qui signifie que la décision ne devrait pas être modifiée à moins qu'elle n'appartienne pas aux issues clairement rationnelles.

[47] Bien que les questions de pur droit soient plus souvent examinées selon la norme de la décision correcte, il existe certaines exceptions principalement fondées sur l'expertise du tribunal qui a rendu la décision. Par exemple, dans l'arrêt *Voice Construction*

Workers' Union, Local 92, 2004 SCC 23, [2004] 1 S.C.R. 609, the Court deferred to an arbitrator's interpretation of a collective agreement. A very recent instance of the Court deferring to determinations of law by a tribunal is *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678.

[48] However, it was arguable that Parliament imposed a different standard upon the Federal Court. Subsection 18.1(4) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] provides that one ground of review upon which the Federal Court may grant relief is that the federal board, commission or other tribunal "erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record".

[49] That concern has been put to rest by the reasons of the majority in *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 which held that subsection 18.1(4) only establishes the grounds of review, not the standard of review.

[50] The first step in the process is to determine whether the degree of deference owed to the Military Police Complaints Commission has already been established (*Dunsmuir*, above, at paragraph 62 and *Nolan*, above, at paragraphs 23–24). As far as I am aware, this is the first case dealing with the Commission. Consequently, a standard of review analysis is required.

[51] In their joint reasons for judgment in *Dunsmuir*, Justices Bastarache and LeBel considered the ways and means in which the appropriate standard of review could be determined, such as whether the tribunal is interpreting its own statute or statutes related thereto, the presence or absence of a privative clause, a discrete and specialist administrative regime in which the decision maker has expertise and the nature of the question of law (paragraphs 54 and 55). However, at paragraph 59 they state:

Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92, 2004 CSC 23, [2004] 1 R.C.S. 609, la Cour a fait preuve de retenue à l'égard de l'interprétation donnée par l'arbitre à une convention collective. L'arrêt *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, est un exemple très récent où la Cour a fait preuve de retenue à l'égard des conclusions de droit tirées par un tribunal.

[48] Cependant, on pourrait dire que le législateur a imposé une norme différente à la Cour fédérale. Le paragraphe 18.1(4) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] prévoit que la Cour fédérale peut prendre des mesures si elle est convaincue que l'office fédéral « a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier ».

[49] Les motifs majoritaires dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, selon lesquels le paragraphe 18.1(4) établit uniquement les motifs de contrôle, et non la norme de contrôle, ont permis d'écarter cette préoccupation.

[50] La première étape consiste à déterminer si le degré de déférence dont il faut faire preuve à l'égard de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire a été établi (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 62 et *Nolan*, précité, aux paragraphes 23 et 24). Pour autant que je sache, c'est le premier cas lié à la Commission. Par conséquent, une analyse relative à la norme de contrôle est nécessaire.

[51] Dans leurs motifs conjoints s'appliquant à l'arrêt *Dunsmuir*, les juges Bastarache et LeBel ont examiné différents facteurs qui permettraient de déterminer la norme de contrôle appropriée, notamment la question de savoir si le tribunal interprète sa propre loi constitutive ou des lois qui y sont liées, l'existence ou l'absence d'une clause privative, un régime administratif distinct et particulier dans le cadre duquel le décideur possède une expertise spéciale et la nature de la question de droit (paragraphes 54 et 55). Ils précisent toutefois ce qui suit au paragraphe 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), at pp. 14-3 to 14-6.

The reference to CUPE is to *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227.

[52] In my opinion, the jurisdiction of the Commission to entertain the detainee complaint is a true question of jurisdiction. Either Parliament gave the Commission jurisdiction or it did not. This is not a “jurisdiction/ preliminary question” or jurisdictional fact such as that seized upon by the Supreme Court under now discarded principles of administrative law in *Bell v. Ontario Human Rights Commission*, [1971] S.C.R. 756. Thus the standard of review is correctness.

[53] However, should I be wrong in this characterization, for reasons to follow, I also consider the Commission’s decision to be unreasonable.

[54] With respect to the “failure to investigate” complaint, the Attorney General does not contest the Commission’s jurisdiction to inquire into any alleged failure to investigate by the military police. While I tend to the view that to go beyond the military police and to investigate the conduct of others is an exercise in excess of jurisdiction also to be reviewed on a correctness

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.

La référence de SCFP est *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227.

[52] Selon moi, la compétence de la Commission pour statuer sur la plainte relative aux détenus est une véritable question de compétence. Ou bien le législateur a conféré la compétence à la Commission, ou bien il ne l’a pas fait. Il ne s’agit pas d’une « théorie de la compétence ou de la condition préalable » ou d’un fait attributif de compétence comme celui invoqué par la Cour suprême du Canada suivant les principes du droit administratif, d’ailleurs rejetés aujourd’hui, énoncés dans l’arrêt *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, [1971] R.C.S. 756. Par conséquent, il faut appliquer la norme de contrôle de la décision correcte.

[53] Toutefois, si je me trompe au sujet de cette conclusion, je dirai que j’estime aussi, pour les motifs énoncés ci-dessous, que la décision de la Commission est déraisonnable.

[54] En ce qui a trait à la plainte relative à « l’omission d’enquêter », le procureur général ne conteste pas la compétence de la Commission de mener une enquête sur une omission alléguée de la police militaire d’enquêter. J’ai plutôt tendance à croire qu’aller au-delà de la police militaire et enquêter sur la conduite d’autres personnes constitue un excès de compétence, lequel doit aussi être

standard, in the end result the applicable standard does not matter. It is unreasonable for the Commission to use its jurisdiction to investigate complaints against the military police as a springboard to investigate government policy at large.

[55] A recent decision dealing with the jurisdiction of a federal board or tribunal is that of the Federal Court of Appeal in *Public Service Alliance of Canada v. Canadian Federal Pilots Assn.*, 2009 FCA 223, [2010] 3 F.C.R. 219. In that case, all three members of the panel agreed that the standard of review was reasonableness. Two held the decision was reasonable, while one did not. However, the contextual factors were quite different. In my opinion this case falls squarely within true questions of jurisdiction as referred to in paragraph 59 of *Dunsmuir*, above.

THE COMMISSION'S DECISIONS

[56] A complete set of reasons with respect to both complaints is set out in the decision of 30 September 2008.

[57] The decision to accept jurisdiction over the detainee complaint was based on the “modern approach” to statutory interpretation, i.e. that the words of an act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament. This approach has been repeated time after time by the Supreme Court in cases such as *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559. This general approach also applies to the interpretation of regulations (*Glykis v. Hydro-Quebec*, 2004 SCC 60, [2004] 3 S.C.R. 285). In the Chair’s opinion, “[f]or greater certainty” (“[i] est entendu”) in subsection 2(2) of the Regulations is a clarification that does not detract from the scope of enumerated police duties and functions set out in subsection 2(1). He stated at paragraph 93:

examiné d’après la norme de la décision correcte. Cependant, en fin de compte, il importe peu de savoir quelle norme de contrôle s’applique. Il est déraisonnable pour la Commission d’utiliser sa compétence pour enquêter sur des plaintes contre la police militaire comme un moyen d’enquêter sur la politique gouvernementale.

[55] L’arrêt *Alliance de la fonction publique du Canada c. Assoc. des pilotes fédéraux du Canada*, 2009 CAF 223, [2010] 3 R.C.F. 219, est une décision récente portant sur la compétence d’un office fédéral qui a été rendue par la Cour d’appel fédérale. Dans cette affaire, les trois juges ont convenu que la norme de contrôle applicable était celle de la décision raisonnable. Deux d’entre eux ont conclu que la décision était raisonnable, alors que l’autre n’était pas de cet avis. Cependant, les facteurs contextuels étaient fort différents. À mon avis, cette affaire rentre parfaitement dans les questions touchant véritablement à la compétence, comme il est indiqué au paragraphe 59 de l’arrêt *Dunsmuir*, précité.

LES DÉCISIONS DE LA COMMISSION

[56] La décision du 30 septembre 2008 renferme tous les motifs se rapportant aux deux plaintes.

[57] La décision d’accepter la compétence à l’égard de la plainte relative aux détenus était fondée sur la « méthode moderne » d’interprétation des lois, selon laquelle il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur. Cette méthode a été reprise à plusieurs occasions par la Cour suprême du Canada dans des arrêts comme *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559. Cette méthode s’applique aussi à l’interprétation des règlements (*Glykis c. Hydro-Québec*, 2004 CSC 60, [2004] 3 R.C.S. 285). Selon le président, l’expression « [i] est entendu » (« [f]or greater certainty ») qui figure au paragraphe 2(2) du Règlement est une clarification qui ne diminue pas la portée des fonctions de nature policière énumérées au paragraphe 2(1). Il a déclaré ce qui suit au paragraphe 93 :

In other words, the excluded duties or functions described in subsection 2(2) are already (i.e., without the operation of subsection 2(2)) inherently distinct from the activities enumerated in subsection 2(1).

[58] The Chair drew inspiration from the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1 [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] as we read in paragraphs 88 and 89 of the decision:

The term “for greater certainty” arises frequently in division of powers jurisprudence. Section 91 of the *Constitution Act, 1867* distributes to the federal government the power to:

“... make Laws for the Peace, Order and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces, *and for greater Certainty*, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms in this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated...” [Emphasis added.]

The phrase “for greater certainty” preceding the enumeration of specific powers, in the constitutional context, has been determined not to detract in any way from the federal government’s exclusive jurisdiction to make laws in relation to peace, order and good government for all matters not exclusively assigned to the province: “... the paramount consideration is that the specific powers are only ‘for greater certainty’; the basis [*sic*] rule is that general legislative authority in respect of all that is not within the provincial field is federal”. [Footnotes omitted.]

[59] Unlike in his initial decision, the Chair went on to consider the impact of military operations that result from established military custom or practice. Paragraphs 121–123 are telling:

Finally, I note that while the Dickson Report and the Somalia Inquiry report do refer to custody and control of detainees as combat or operational functions, this was in a context where the focus for both reports was to separate “investigations” from

Autrement dit, les fonctions exclues qui sont décrites au paragraphe 2(2) sont déjà (c’est-à-dire sans l’application du paragraphe 2(2)) distinctes en soi des activités énumérées au paragraphe 2(1).

[58] Le président de la Commission s’est inspiré de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], comme on peut le lire aux paragraphes 88 et 89 de la décision :

L’expression « il est entendu que ... » (et son synonyme : « pour plus de certitude ») apparaît souvent dans la jurisprudence relative au partage de pouvoirs. L’article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue au gouvernement fédéral le pouvoir de :

[...] faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets exclusivement assignées aux législatures des provinces par la présente loi mais, *pour plus de certitude*, sans toutefois restreindre la généralité des termes employés plus haut dans le présent article, il est par les présentes déclaré que (nonobstant toute disposition de la présente loi) l’autorité législative exclusive du Parlement du Canada s’étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérées ci-dessous [...] [Non en italiques dans l’original.]

Il a été décidé que l’expression « pour plus de certitude » qui précède l’énumération de pouvoirs particuliers, dans le contexte constitutionnel, n’enlève rien au pouvoir exclusif qu’a le gouvernement fédéral de faire des lois pour la paix, l’ordre ou le bon gouvernement, relativement à toutes les matières qui ne sont pas exclusivement assignées à la province : « [...] il faut avant tout considérer que les pouvoirs spécifiques sont énumérés seulement “pour plus de certitude”, la règle fondamentale étant que l’autorité législative générale à l’égard de tout ce qui ne relève pas du domaine provincial, est l’autorité fédérale ». [Notes en bas de page omises.]

[59] Contrairement à sa décision initiale, le président a examiné l’incidence des opérations d’ordre militaire qui découlent « de coutumes ou de pratiques militaires établies ». Les paragraphes 121 à 123 se lisent comme suit :

Enfin, je signale que même si le rapport Dickson et le Rapport d’enquête sur la Somalie indiquent bel et bien que la garde et le contrôle des personnes détenues sont des fonctions opérationnelles ou de combat, c’était dans un contexte où les

everything else an MP does. For example, the Dickson report did not say, that these operational roles were not also policing duties or functions. Moreover, the resulting law—s. 2 of the *Conduct Regulations*—went well beyond a concern for investigations. The Governor in Council saw fit to draw numerous other activities of MPs, including custody or arrest, into the fold of policing duties and functions.

It seems, therefore, that the Attorney General’s assertion that detainee handling falls under the rubric of “military custom” is wrong, and that the opposite is more likely true. Based on all the material before me, and based as well on Complaints Commission expertise in the area of military policing, I conclude that the custom has instead developed that arrest and custody of detainees is a policing function, including when in support of deployed military operations.

First, I note that CF Doctrine, Security Orders, Formation Standard Operating Procedures and Military Police Doctrine all assign custodial services, including detention operations, to the military police, and for good reason. In the operations context, it makes good sense for the military police, given their expertise, to handle detainees. MPs are specifically required to know and apply the law of armed conflict to the treatment of prisoners of war, something the MP Doctrine describes as of “particular interest to military police...”. MPs must be well-versed in the standards imposed by the Geneva Conventions and Protocols. [Footnote omitted.]

[60] More shall be said about the Dickson Report and the Somalia Inquiry Report, as well as custom or usage. Although mention was made of the Commission’s expertise, it was not explained how this expertise aided in the interpretation of the regulation, how this expertise would lead to the conclusion that custom had changed, and, if so, when.

[61] The core jurisdiction of the Commission with respect to the “failure to investigate” complaint is not in issue. The Chair considered that the subjects of the investigation complaint include the Canadian Forces Provost Marshal, the Task Force Provost Marshal, the Commanding Officer of the National Investigation

deux rapports visaient principalement à dissocier les « enquêtes » de toutes les autres fonctions qu’exerce un PM. Par exemple, le rapport Dickson n’a pas dit que ces rôles opérationnels n’étaient pas aussi des fonctions de nature policière. De plus, la disposition législative qui en a découlé – l’article 2 du Règlement sur la conduite – dépasse nettement le cadre d’une préoccupation à l’égard des enquêtes. Le gouverneur en conseil a jugé bon d’intégrer de nombreuses autres activités des PM, y compris les fonctions de garde ou d’arrestation, sous la rubrique des fonctions de nature policière.

Il semble donc que l’affirmation du procureur général selon laquelle le traitement des personnes détenues se range sous la rubrique des « coutumes militaires » soit erronée, et qu’il y a plus de chances que ce soit le contraire qui est vrai. Au vu de tous les documents qui m’ont été soumis, de même que de l’expertise de la Commission en matière de services policiers de nature militaire, je conclus qu’il est plutôt de coutume que l’arrestation et la garde est une fonction de nature policière, y compris lorsque ces mesures sont prises à l’appui d’opérations militaires de déploiement.

Je signale tout d’abord que la Doctrine des FC, le Règlement de sécurité, les Instructions permanentes d’opération de la formation et la Doctrine de la police militaire confient tous les services de garde, y compris les opérations de détention, à la police militaire, et ce, à juste titre. Dans le contexte des opérations, il est logique que ce soit la police militaire, compte tenu de son expertise, qui s’occupe des personnes détenues. Les PM sont expressément tenus de connaître le droit des conflits armés et de l’appliquer au traitement des prisonniers de guerre, qui, d’après la Doctrine de la PM, « intéresse particulièrement la police militaire [...] ». Les PM doivent bien connaître les normes qu’imposent les Conventions de Genève et les Protocoles. [Note en bas de page omise.]

[60] Il faudrait en dire plus long au sujet du rapport Dickson et du Rapport d’enquête sur la Somalie, de même que sur les coutumes. Bien qu’il ait été question de l’expertise de la Commission, il n’a pas été expliqué comment cette expertise a facilité l’interprétation de la réglementation ni comment elle permettrait de conclure que les coutumes ont changé et, le cas échéant, à quel moment.

[61] La compétence fondamentale de la Commission en ce qui concerne la plainte relative à « l’omission d’enquêter » n’est pas en cause. Selon le président, les personnes visées par la plainte relative à l’enquête sont notamment le Grand prévôt des Forces canadiennes, le Grand prévôt de la force opérationnelle, le commandant

Service and the officer (or Warrant Officer) in charge of the National Investigation Service Attachment in Afghanistan during the time span in question. Given changes of personnel, 10 persons are involved. However, the Commission, either directly or through counsel, has sought production of documents emanating from other departments without establishing a footing that copies were provided to the military police, or that the military police had the ability to obtain them.

[62] On this second complaint, I re-emphasize that the jurisdiction of the Commission is to investigate complaints about members of the military police in carrying out their policing functions. The Commission does not have jurisdiction to investigate complaints about government officials, whether or not they are carrying out policing functions. If one were to take the Commission's approach to the extreme, there would be no question of military police misconduct in Afghanistan if Canadian Forces were not there. The whys and wherefores of that policy decision are beyond the reach of the Commission and of this Court. To quote Sir Francis Bacon:

It were infinite for the law to judge the cause of causes, and their impulsions one of another; therefore it contenteth itself with the immediate cause, and judgeth of acts by that, without looking to any further degree.

[63] Reverting to the decision to accept jurisdiction on the detainee complaint, the file is replete with details of what is called "military doctrine". Various orders, regulations and directives have been given over the years since the military police force was established in World War One. It is not necessary, however, to go beyond the Dickson Report issued in March 1997 and the Somalia Inquiry Report issued in June 1997.

[64] As noted in the Dickson Report [at page 13], the investigation of service offences is not the main role of the military police. Most military police members carry out numerous functions and tasks assigned by the commanding officer:

Military police have very broad responsibilities which can best be described as four core areas, namely, police, security duties, custodial duties and direct support to military operations.

du Service national des enquêtes et l'officier (ou l'adjudant) responsable du détachement du Service national des enquêtes en Afghanistan à ce moment-là. Compte tenu des changements de personnel, 10 personnes sont alors visées. Toutefois, la Commission a sollicité, directement ou par l'entremise de l'avocat, la production des documents émanant des autres ministères sans prouver que des copies ont été remises à la police militaire ou que cette dernière était en mesure de les obtenir.

[62] En ce qui a trait à la seconde plainte, je tiens à souligner de nouveau que la Commission a compétence pour enquêter sur des plaintes visant des policiers militaires dans l'exercice de leurs fonctions de nature policière. Elle n'a pas compétence pour enquêter sur des plaintes visant des fonctionnaires, qu'ils exercent ou non des fonctions de nature policière. S'il fallait pousser l'approche de la Commission jusqu'à l'extrême, il ne serait pas question de l'inconduite des policiers militaires en Afghanistan en l'absence des Forces canadiennes. Les tenants et aboutissants de cette décision de principe échappent au contrôle de la Commission et de la Cour. Voici ce qu'a dit sir Francis Bacon :

[TRADUCTION] Le droit n'en finirait plus de juger les causes des causes et leurs répercussions l'une sur l'autre; par conséquent, il se contente de juger les causes immédiates et les actes en découlant, sans aller plus loin.

[63] Pour revenir à la décision d'accepter la compétence à l'égard de la plainte relative aux détenus, le dossier est rempli de détails sur ce que l'on appelle la « doctrine militaire ». Depuis la constitution de la police militaire durant la Première Guerre mondiale, plusieurs ordonnances, règlements et directives ont été formulés. Il n'est toutefois pas nécessaire d'aller au-delà du rapport Dickson publié en mars 1997 et du Rapport d'enquête sur la Somalie publié en juin 1997.

[64] Tel que précisé dans le rapport Dickson [aux pages 14 et 15], la police militaire n'a pas pour rôle principal d'enquêter sur les infractions d'ordre militaire. La plupart des policiers militaires exercent plusieurs fonctions assignées par le commandant :

Les policiers militaires ont des responsabilités très larges que l'on peut diviser en quatre domaines principaux : les fonctions policières, les fonctions de sécurité, les fonctions de

The performance of their police functions are similar to those of other police forces and include law enforcement, crime prevention and investigations. The security duties of the military police include those of security of personnel, materiel, information and information technology and those related to military intelligence. The military police is also responsible for the custodial functions associated with service prisons or field detention barracks which may be required in operations.

It is in the field of operations that military police's most important war time duties reside. Thus, the military police has an operational function which includes, *inter alia*, battlefield rear area and site security, route reconnaissance as well as traffic control for tactical movement, control of refugees, custody of prisoners of war and sundry direct defence duties in specific areas such as airfields. In short, the primacy of the operational mission will prevail over other duties when military police are deployed with forces in the field, be it in actual operations or in training. [Emphasis added.]

[65] The Somalia Inquiry Report states [in the section titled "The Military Justice System" found in Volume 1]:

In addition to their role in the military justice system, MP perform important combat functions. These include tactical and administrative movement control; route signing and traffic control; reception, custody, and control of prisoners of war or detainees; control of refugees; and all aspects of security. We acknowledge that MP performing these operational functions must form an integral part of the field formation and function under the operational chain of command. However, such an arrangement for Military Police engaged in providing *police* support to the military justice system may not afford adequate protection from command influence and thus may well undermine their effectiveness. [Emphasis added.]

[66] The conclusion of these reports that custody of prisoners of war or detainees was an operational function was reached notwithstanding that military police are "peace officers" within the meaning of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46] and that the *Queen's*

détention et le soutien direct aux opérations militaires. L'exercice des fonctions policières est semblable à ce qui se fait dans les autres forces policières, et inclut le maintien de l'ordre, la prévention du crime, et la conduite d'enquêtes. Les fonctions de sécurité incluent celles liées à la sécurité du personnel, du matériel, de l'information et des technologies de l'information, ainsi que les fonctions reliées aux services [*sic*] de renseignements militaires. Les policiers militaires exercent aussi des fonctions de détention associées aux prisons militaires ou aux casernes de détention de campagne dont on peut avoir besoin durant les opérations.

C'est dans les opérations sur le terrain que se trouvent les fonctions de temps de guerre les plus importantes de la police militaire. En outre, les policiers militaires exercent des fonctions opérationnelles qui incluent, entre autres choses, la sécurité de la zone arrière du champ de bataille et de sites particuliers, la reconnaissance d'itinéraire ainsi que le contrôle de la circulation pour les mouvements tactiques, le contrôle des réfugiés, la garde des prisonniers de guerre et diverses tâches de défense directe dans des secteurs donnés tels que les aérodromes. En résumé, la prépondérance de la mission opérationnelle fait en sorte que les fonctions opérationnelles l'emportent sur les autres fonctions lorsque les policiers militaires sont déployés avec des forces sur le terrain, que ce soit durant des opérations réelles ou à l'entraînement. [Je souligne.]

[65] On peut lire ce qui suit dans le Rapport d'enquête sur la Somalie [dans la section intitulée « Le système de justice militaire » qui se trouve au premier volume] :

Outre le rôle qu'ils jouent dans le système de justice militaire, les policiers militaires remplissent d'importantes fonctions de combat. Qu'il suffise de mentionner le contrôle tactique et administratif des mouvements; la réception, la garde et le contrôle des prisonniers de guerre ou des détenus; le contrôle des réfugiés ainsi que tout ce qui se rapporte à la sécurité. Nous reconnaissons que les policiers militaires qui remplissent ces fonctions opérationnelles doivent faire partie intégrante de la formation de campagne et relever de la chaîne de commandement opérationnel. Toutefois, pareille formule appliquée aux policiers militaires qui offrent des services de soutien policier au système de justice militaire risque ne pas assurer une protection suffisante contre l'influence des commandements, compromettant de ce fait leur efficacité. [Je souligne.]

[66] Il a été conclu dans ces rapports que la garde des prisonniers de guerre ou des détenus était une fonction opérationnelle même si les policiers militaires sont des « agents de la paix » au sens du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46] et que les *Ordonnances et règlements*

Regulations and Orders for the Canadian Forces (QR&O) [online: <<http://www.admfincs-smafinm.forces.gc.ca/gro-orf/index-eng.asp>>] both then and now include the arrest or custody of persons as falling within the duties of a peace officer.

[67] There is nothing in Hansard nor in the language of the Regulation itself which suggests that the Governor in Council intended to give new meaning to “established military custom or practice”, as clearly set out in the Dickson and Somalia Inquiry reports. In the absence of evidence, it was unreasonable for the Commission to so find. Indeed, in a special report issued in December 2002 [*Special Report: Interference with Military Police Investigations: What is it about?*, online: <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/315-eng.pdf>], the previous Chair, Louise Cobetto stated [at page 7]:

Finally, in addition to their police duties, Military Police members perform important military duties since, as part of operations, they are responsible for guarding and supervising detainees or prisoners of war, overseeing detention barracks and conducting route surveys.

[68] Although the Chair refers to the Commission’s expertise, there is no explanation as to why that expertise aids in modern statutory interpretation or leads to the conclusion that the Governor in Council by regulation intended to change established military custom. The obligation to give reasons is a requirement of procedural fairness. No reasons were given which disclose why the Commission’s expertise in the area of military policing was of assistance (*R. v. Sheppard*, 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869; *North v. West Region Child and Family Services Inc.*, 2007 FCA 96, 362 N.R. 83).

[69] As a matter of general statutory interpretation, I owe no deference. Judges interpret statutes and regulations. I cannot agree with the *Constitution Act, 1867* analogy that the enumeration of specific legislative powers falling within the provincial domain does not detract from the federal government’s jurisdiction to make laws in relation to peace, order and good government. If it were not for the “greater Certainty” provision in section 91, some matters which do relate to peace,

royaux applicables aux Forces canadiennes (ORFC) [en ligne : <<http://www.admfincs-smafinm.forces.gc.ca/gro-orf/index-fra.asp>>] indiquaient et indiquent toujours que l’arrestation et la garde de personnes sont des fonctions d’un agent de la paix.

[67] Il n’y a rien dans le Hansard ou dans la réglementation en soi qui permette de croire que le gouverneur en conseil avait l’intention de donner un sens nouveau aux « coutumes ou pratiques militaires établies », comme il est clairement énoncé dans le rapport Dickson et dans le Rapport d’enquête sur la Somalie. En l’absence de preuve, il était déraisonnable pour la Commission de tirer cette conclusion. En effet, dans un rapport spécial publié en décembre 2002 [*Rapport spécial : L’ingérence dans les enquêtes de la police militaire : de quoi s’agit-il?*, en ligne : <http://www.mpcc-cppm.gc.ca/alt_format/300/315-fra.pdf>], l’ancienne présidente, Louise Cobetto, affirmait ce qui suit :

Enfin, en plus de leurs fonctions policières, les policiers militaires occupent d’importantes fonctions militaires puisqu’ils ont notamment, dans le cadre des opérations, la garde et le contrôle des détenus ou des prisonniers de guerre, la surveillance des casernes de détention et la reconnaissance des itinéraires.

[68] Le président a fait référence à l’expertise de la Commission, mais il n’a pas expliqué pourquoi cette expertise facilite l’interprétation législative moderne ou pourquoi elle mène à la conclusion que le gouverneur en conseil voulait, par règlement, modifier les coutumes militaires établies. L’obligation de motiver est une exigence de l’équité procédurale. Aucun motif n’a été donné quant à savoir pourquoi l’expertise de la Commission dans le domaine de la police militaire a été utile (*R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869; *North c. West Region Child and Family Services Inc.*, 2007 CAF 96).

[69] Sur le plan de l’interprétation des lois, je n’ai pas à faire preuve de retenue. Les juges interprètent les lois et les règlements. Je ne peux souscrire à l’analogie établie avec la *Loi constitutionnelle de 1867* selon laquelle l’énumération de pouvoirs législatifs particuliers relevant de la compétence provinciale ne compromet pas la compétence du gouvernement fédéral de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement. N’eût été l’expression « pour plus de garantie » (« *greater Certainty* »)

order and good government would be construed as falling within provincial competence as matters of property and civil rights.

[70] Paradoxically, the Commission's position that subsections 2(1) and 2(2) of the conduct Regulations are mutually exclusive is supported by the Attorney General. It is his position that the capture and detention of insurgents is not and never has been a policing duty or function pertaining to the arrest or custody of a person. Furthermore, he submits that a release from custody is not the same as holding in custody. Those arrested or in custody are limited to members of the military and in certain circumstances to other Canadians within Canada. As this is the first decision dealing with the jurisdiction of the Military Police Complaints Commission, I think it preferable to say as little as possible with respect to submissions which did not influence my decision.

[71] I base myself on the Attorney General's subsidiary submission which was that even if the capture or detention of insurgents in Afghanistan could be considered as a policing function or duty, since that function or duty arises from "established military custom or practice", they are deemed not to be a matter of policing.

[72] I do not consider, to use a well-worn phrase used in the interpretation of the Constitution, that subsections (1) and (2) of section 2 are "watertight compartments". The very reason the words "[f]or greater certainty" "[i] est entendu" (and I find no difference between the two) are inserted is that without them the scope of "policing duties or functions" including "the arrest or custody of a person" would be uncertain. Read out of context and on a stand-alone basis, which the Commission has done, the custody of a detainee in Afghanistan could be construed as the custody of a person. In fact, it is the custody of a person, but it is not a policing duty or function. Military police are assigned this duty in the field because of their special training in processing and interrogating persons and in the application of Canadian and international law, including the Geneva Conventions.

à l'article 91, certaines matières se rapportant à la paix, à l'ordre et au bon gouvernement seraient considérées comme relevant de la compétence provinciale, comme c'est le cas des matières touchant à la propriété et aux droits civils.

[70] Paradoxalement, le procureur général appuie la position de la Commission selon laquelle les paragraphes 2(1) et 2(2) du *Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires* s'excluent mutuellement. Selon lui, la capture et la détention d'insurgés ne sont pas et n'ont jamais été des fonctions de nature policière ayant trait à l'arrestation et à la garde d'une personne. En outre, il soutient que la mise en liberté et la mise sous garde sont deux concepts bien différents. Ceux qui étaient arrêtés ou mis sous garde n'étaient que des militaires et, dans certaines circonstances, d'autres Canadiens à l'intérieur du Canada. Comme il s'agit de la première décision sur la compétence de la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire, je crois qu'il est préférable d'en dire le moins possible à l'égard des observations qui n'ont pas influencé ma décision.

[71] Je me fonde sur l'observation subsidiaire du procureur général selon laquelle, même si la capture et la détention d'insurgés en Afghanistan pouvaient être considérées comme des fonctions de nature policière, comme elles découlent « de coutumes ou pratiques militaires établies », elles sont réputées ne pas être de nature policière.

[72] Je ne suis pas d'avis, pour reprendre une image utilisée dans l'interprétation de la Constitution, que les paragraphes (1) et (2) de l'article 2 constituent des « compartiments étanches ». La raison même pour laquelle les expressions « [f]or greater certainty » et « [i] est entendu » (et je ne vois aucune différence entre les deux) figurent dans cet article est que, sans elles, la portée des « fonctions de nature policière », notamment « l'arrestation ou la garde d'une personne » serait incertaine. La Commission a interprété hors contexte et isolément la garde d'un détenu en Afghanistan de sorte qu'elle pouvait être interprétée comme la garde d'une personne. En fait, il s'agit de la garde d'une personne, mais ce n'est pas une fonction de nature policière. En pratique, les policiers militaires se voient confier cette tâche parce qu'ils ont reçu une formation spéciale pour s'occuper des personnes

[73] To illustrate, sections 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* do not specifically mention insurance. One case which has stood the test of time is the decision of the Privy Council in *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96. The issue was whether the regulation of policies of insurance entered into or enforced in a province fell within provincial jurisdiction as a matter of property and civil rights (subsection 92(13)) or peace, order and good government, more particularly the “Regulation of Trade and Commerce” [subsection 91(2)]. Their lordships, speaking through Sir Montague Smith, held that insurance was a matter of property and civil rights and that therefore the statute enacted by the Province of Ontario was constitutional.

[74] According to Sir Montague Smith at pages 108 and 109:

With regard to certain classes of subjects, therefore, generally described in sect. 91, legislative power may reside as to some matters falling within the general description of these subjects in the legislatures of the provinces. In these cases it is the duty of the Courts, however difficult it may be, to ascertain in what degree, and to what extent, authority to deal with matters falling within these classes of subjects exists in each legislature, and to define in the particular case before them the limits of their respective powers. It could not have been the intention that a conflict should exist; and, in order to prevent such a result, the two sections must be read together, and the language of one interpreted, and, where necessary, modified, by that of the other. In this way it may, in most cases, be found possible to arrive at a reasonable and practical construction of the language of the sections, so as to reconcile the respective powers they contain, and give effect to all of them. In performing this difficult duty, it will be a wise course for those on whom it is thrown, to decide each case which arises as best they can, without entering more largely upon an interpretation of the statute than is necessary for the decision of the particular question in hand.

He continued at page 110:

It becomes obvious, as soon as an attempt is made to construe the general terms in which the classes of subjects in sects. 91

et les interroger, ainsi que pour appliquer le droit canadien et international, notamment les Conventions de Genève.

[73] À titre d'exemple, il n'est pas expressément question d'assurance dans les articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Un cas qui a résisté à l'épreuve du temps est la décision du Conseil privé *Citizens Insurance Company of Canada v. Parsons* (1881), 7 App. Cas. 96. La question était de savoir si la réglementation des polices d'assurance en vigueur ou appliquée dans une province relevait de la compétence provinciale en matière de propriété et de droits civils (paragraphe 92(13)) ou relevait de la compétence fédérale en matière de paix, d'ordre ou de bon gouvernement, plus particulièrement « la réglementation du trafic et du commerce » [paragraphe 91(2)]. Leurs seigneuries, par l'entremise de sir Montague Smith, ont conclu que les assurances étaient une question de propriété et de droits civils et que, par conséquent, la loi adoptée par la province d'Ontario était constitutionnelle.

[74] Sir Montague Smith s'est exprimé en ces mots aux pages 108 et 109 :

[TRADUCTION] Par conséquent, en ce qui a trait à certaines catégories de sujets décrits en termes généraux à l'art. 91, il se peut que la compétence législative sur certains aspects d'un sujet, pris dans son ensemble, appartienne aux législatures provinciales. Chaque fois que cela se produit, et même si la question à trancher est extrêmement compliquée, les tribunaux ont le devoir de déterminer jusqu'à quel point et de quelle façon chaque législature a compétence pour légiférer sur les questions tombant dans ces catégories de sujets et de définir, dans chaque cas précis qui leur est soumis, les limites de leurs pouvoirs respectifs. On n'a certainement pas voulu qu'il y ait conflit; pour empêcher un tel résultat, les deux articles doivent se lire en corrélation, et les termes de l'un interprétés et, lorsque nécessaire modifiés, par ceux de l'autre. De cette manière, on pourra, dans presque tous les cas, en arriver à une interprétation équitable et pratique des termes de ces articles, de façon à réconcilier les compétences respectives qu'ils contiennent et leur donner plein effet. En accomplissant ce devoir difficile, il serait sage que ceux qui en sont chargés jugent de leur mieux chaque affaire qui se présente sans pousser l'interprétation de l'Acte plus loin que ne l'exige le règlement de la question soumise.

Il poursuit à la page 110 :

[TRADUCTION] Il devient évident dès que l'on tente d'interpréter les termes généraux dans lesquels sont décrites les catégories

and 92 are described, that both sections and the other parts of the Act must be looked at to ascertain whether language of a general nature must not by necessary implication or reasonable intendment be modified and limited. In looking at sect. 91, it will be found not only that there is no class including, generally, contracts and the rights arising from them, but that one class of contracts is mentioned and enumerated, viz., “18, bills of exchange and promissory notes,” which it would have been unnecessary to specify if authority over all contracts and the rights arising from them had belonged to the dominion parliament.

[75] A follow-up to this decision is that of the Supreme Court of Canada in *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) v. Terrasses Jewellers Inc. et al.*, [1983] 1 S.C.R. 283. The issue in that case was whether paragraph 22(2)(r) of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, now the *Federal Courts Act*], which gives this Court jurisdiction over “any claim arising out of or in connection with a contract of marine insurance” was constitutional.

[76] In speaking for the Court, Mr. Justice Chouinard said at pages 291–292:

The Attorney General of Canada, intervening in support of respondents, submitted that marine insurance is part of maritime law. Maritime law, including marine insurance, falls within the scope of navigation and shipping. Though marine insurance must be regarded as a matter forming part of property and civil rights, it has nonetheless been assigned to Parliament as part of navigation and shipping, except as regards the part of this power which remains within provincial jurisdiction.

In my opinion, the Attorney General of Canada is correct in regarding marine insurance as a matter falling within property and civil rights, strictly speaking, but one which has nonetheless been assigned to Parliament as a part of navigation and shipping. The same is true, for example, of bills of exchange and promissory notes, which form part of property and civil rights, but jurisdiction over which was assigned to Parliament by subs. 18 of s. 91 of the *Constitution Act, 1867*. [Emphasis added.]

[77] To conclude with respect to the judicial review of the Commission’s decision to investigate the detention complaint, even if the capture, detention and transfer of insurgents in Afghanistan could be construed as a policing duty or function if carried out by the military police, subsection 2(1) of the conduct Regulations has to be read

de sujets aux art. 91 et 92 qu’il faut examiner chacun de ces deux articles ainsi que les autres parties de la Loi pour pouvoir décider si les termes de nature générale ne doivent pas, par déduction nécessaire ou entendement raisonnable, être modifiés ou limités. En examinant l’art. 91, non seulement on constate qu’il n’y a aucune catégorie couvrant, de façon générale, les contrats et les droits qui en découlent, mais qu’il y a une catégorie de contrats qui est spécifiée, à savoir : « 18. Les lettres de change et les billets à ordre. » Il aurait été inutile de le préciser si le Parlement du Dominion s’était vu conférer la compétence exclusive sur tous les contrats et droits qui en découlent.

[75] L’arrêt *Triglav, Zavarovalna Skupnost, (Insurance Community Triglav Ltd.) c. Terrasses Jewellers Inc. et autre*, [1983] 1 R.C.S. 283, de la Cour suprême du Canada fait suite à cette décision. La question était de savoir si l’alinéa 22(2)r) de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, maintenant la *Loi sur les Cours fédérales*], qui donne compétence à la Cour à l’égard de « toute demande née d’un contrat d’assurance maritime ou y relative », était constitutionnel.

[76] S’exprimant au nom de la Cour, le juge Chouinard a écrit ce qui suit aux pages 291 et 292 :

Le procureur général du Canada, intervenant à l’appui des intimées, soumet que l’assurance maritime fait partie du droit maritime. Le droit maritime, y compris l’assurance maritime, entre dans le champ de la navigation et des expéditions par eau. Si l’assurance maritime doit être qualifiée de matière relevant de la propriété et des droits civils, elle a néanmoins été confiée au Parlement comme partie de la navigation et des expéditions par eau, sauf quant à la partie de ce pouvoir qui demeure de compétence provinciale.

À mon avis le procureur général du Canada a raison de qualifier l’assurance maritime de matière relevant à proprement parler de la propriété et des droits civils mais qui a néanmoins été confiée au Parlement comme partie de la navigation et des expéditions par eau. Il en va de même par exemple des lettres de change et des billets promissoires qui sont matières de propriété et de droits civils, mais au sujet desquelles la compétence a été attribuée au Parlement par le par. 18 de l’art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. [Je souligne.]

[77] Pour conclure, en ce qui concerne le contrôle judiciaire de la décision de la Commission de mener une enquête sur la plainte relative aux détenus, disons que même si la capture, la détention et le transfert des insurgés en Afghanistan pouvaient être interprétés comme des fonctions de nature policière si elles étaient accomplies

down to exclude such duties or functions as they arise from “established military custom or practice”.

[78] To deny the Commission jurisdiction is not to give the military police or any member of the Canadian Forces free reign to ignore or violate Canadian and international laws pertaining to human rights. As Madam Justice Mactavish stated in her reasons in the earlier *Amnesty International* case, at paragraph 344:

... members of the Canadian Forces cannot act with impunity with respect to the detainees in their custody. Not only can Canadian military personnel face disciplinary sanctions and criminal prosecution under Canadian law should their actions in Afghanistan violate international humanitarian law standards, in addition, they could potentially face sanctions or prosecutions under international law.

[79] This decision does not leave the Commission a toothless wonder. The main thrust of the amendments to the *National Defence Act* is to give more independence and transparency to the military police in their policing duties. A separate complaint was filed that military police failed to investigate alleged abuse of Afghan detainees by Canadian Forces. The Commission’s jurisdiction is not in issue.

[80] In terms of remedy, this Court has power by virtue of paragraph 18.1(3)(b) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Courts Act* to:

18.1 (1) ...

Powers of
Federal
Court

(3) ...

(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.

par des policiers militaires, le paragraphe 2(1) du *Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires* devrait recevoir une interprétation atténuante pour soustraire ces fonctions découlant « de coutumes ou pratiques militaires établies ».

[78] Priver la Commission de la compétence ne vise pas à autoriser les policiers militaires ou les membres des Forces canadiennes à ignorer ou violer les lois canadiennes et internationales se rapportant aux droits de la personne. Comme l’a dit le juge Mactavish dans les motifs qu’elle a rédigés dans l’arrêt antérieur *Amnistie Internationale*, au paragraphe 344 :

[...] les membres des Forces canadiennes ne peuvent agir dans l’impunité à l’égard des prisonniers dont ils ont la garde. Les militaires canadiens sont passibles non seulement de sanctions disciplinaires et de poursuites criminelles en vertu du droit canadien si les actes qu’ils commettent en Afghanistan contreviennent aux normes juridiques du droit humanitaire international, mais aussi de sanctions ou de poursuites en vertu du droit international.

[79] Cette décision ne laisse pas la Commission dépourvue de pouvoirs. Les modifications apportées à la *Loi sur la défense nationale* visent principalement à rendre la police militaire plus indépendante et transparente dans l’exercice de ses fonctions de nature policière. Une plainte distincte a été déposée à l’effet que la police militaire a omis d’enquêter sur des allégations de mauvais traitements infligés par les Forces canadiennes à des détenus en Afghanistan. La compétence de la Commission n’est pas en cause.

[80] Pour ce qui est de la réparation, la Cour a le pouvoir, en vertu de l’alinéa 18.1(3)b) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur les Cours fédérales* de :

18.1 (1) [...]

(3) [...]

Pouvoirs
de la Cour
fédérale

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.

[81] As stated in *Solosky v. Canada*, [1980] 1 S.C.R. 821, declaratory relief is a remedy neither constrained by form nor bound by substantive content. There is a real issue here, the parties are opposed and it is appropriate to have a resolution now.

[82] As to the future conduct of the Commission with respect to the “failure to investigate” complaint, there is a real, not a hypothetical, dispute between the complainants and the Commission on the one hand, and the Attorney General on the other. If we were dealing in contract, it could be said that a remedy lies now in virtue of an anticipatory breach. See *Hochster v. de la Tour* (1853), 118 E.R. 922 (Q.B.); *Pompeani v. Bonik Inc.* (1997), 35 O.R. (3d) 417 (C.A.).

[83] Orders and declarations shall be issued accordingly.

[84] Notwithstanding that the Attorney General was successful in both judicial reviews; the jurisdiction of the Military Police Complaints Commission had not previously been tested; the points are difficult and given the considerable public interest in our Canadian Forces, in accordance with rule 400 [as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)] and following of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, rule 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], I consider it appropriate that each party pay its own costs.

[85] A copy of these reasons and orders is to be filed in docket number T-581-08.

ORDER ON APPLICATION T-581-08

UPON the application for judicial review by the Attorney General of Canada originally filed in Court docket No. T-581-08;

[81] Tel que précisé dans l’arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, le jugement déclaratoire est un recours qui n’est pas restreint par la forme ni limité par le fond. Comme une véritable question se pose ici et que les parties s’opposent, il convient de résoudre la question immédiatement.

[82] Quant à savoir si la Commission mènera éventuellement une enquête sur la plainte relative à « l’omission d’enquêter », il existe un véritable litige, et non un litige hypothétique, entre, d’une part, les plaignantes et la Commission, et d’autre part, le procureur général. Si les parties étaient liées par contrat, il serait possible d’invoquer un recours pour inexécution anticipée du contrat. Voir les affaires *Hochster v. de la Tour* (1853), 118 E.R. 922 (Q.B.); *Pompeani v. Bonik Inc.* (1997), 35 O.R. (3d) 417 (C.A.).

[83] Les ordonnances et jugements déclaratoires doivent être rendus en conséquence.

[84] Malgré le fait que les deux demandes de contrôle judiciaire du procureur général aient été accueillies; que la compétence de la Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire n’ait jamais été contestée; que les questions soulevées soient difficiles et qu’il y ait un grand intérêt public dans les Forces canadiennes, j’estime approprié que chacune des parties assume ses propres dépens conformément aux règles 400 [mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)] et suivantes des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

[85] Une copie des présents motifs et ordonnances sera déposée dans le dossier T-581-08.

ORDONNANCE POUR LA DEMANDE T-581-08

VU la demande de contrôle judiciaire présentée par le procureur général du Canada, déposée initialement dans le dossier T-581-08;

FOR REASONS GIVEN;

POUR LES MOTIFS ÉNONCÉS CI-DESSUS;

THIS COURT ORDERS that:

LA COUR ORDONNE que :

- a. The application is granted.
- b. It is declared that the complaint of the respondents is not a complaint about the conduct of a member of the military police in the performance of any “policing duties or functions,” as that expression is defined by subsection 250.18(1) of the *National Defence Act* and section 2 of the *Complaints About the Conduct of Members of the Military Police Regulations*, P.C. 1999-2065.
- c. The decisions of the Military Police Complaints Commission issued 26 February 2007 or 12 March 2008 and 30 September 2008 to investigate complaints that the Provost Marshal and others transferred or allowed to be transferred detainees to the authorities in Afghanistan, notwithstanding the allegations that the transfer system lacked effective safeguards against torture and that there was evidence that the Afghan authorities were routinely torturing detainees, are quashed and set aside as the Commission acted without jurisdiction.
- d. The Military Police Complaints Commission and its Chairperson are prohibited and restrained from investigating the said complaint.

- a. La demande est accueillie.
- b. Il est déclaré que la plainte des défenderesses ne constitue pas une plainte portant sur la conduite d’un policier militaire dans l’exercice de ses « fonctions de nature policière », au sens du paragraphe 250.18(1) de la *Loi sur la défense nationale* et de l’article 2 du *Règlement sur les plaintes portant sur la conduite des policiers militaires*, C.P. 1999-2065.
- c. Les décisions de la Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire rendues le 26 février 2007 ou le 12 mars 2008 et le 30 septembre 2008 d’enquêter sur les plaintes selon lesquelles le Grand prévôt et certains policiers militaires ont transféré ou permis que soient transférés des détenus aux autorités afghanes malgré les allégations voulant que le système de transfert n’offrait pas de mesures de protection efficaces contre la torture qu’il existait des preuves selon lesquelles les autorités afghanes torturaient régulièrement des détenus, sont annulées étant donné que la Commission a agi sans compétence.
- d. Il est interdit à la Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire et à son président d’enquêter sur la plainte.

ORDER ON APPLICATION T-1685-08

ORDONNANCE POUR LA DEMANDE T-1685-08

UPON the application for judicial review by the Attorney General of Canada, in Court docket No. T-1685-08, of the decision of the Military Police Complaints Commission dated 30 September 2008 to investigate and to hold a public hearing with respect to the complaint by the respondents that the military police failed to investigate officers having command responsibility for directing the transfer of detainees to the Afghan authorities, in the face of allegedly known risks of torture;

VU la demande de contrôle judiciaire présentée par le procureur général du Canada, dans le dossier T-1685-08, de la décision de la Commission d’examen des plaintes concernant la police militaire du 30 septembre 2008 d’enquêter et de tenir une audience publique sur la plainte déposée par les défenderesses à l’effet que la police militaire a omis d’enquêter sur les officiers responsables d’ordonner le transfert de détenus aux autorités afghanes malgré les risques apparemment connus de torture;

FOR REASONS GIVEN;

POUR LES MOTIFS ÉNONCÉS CI-DESSUS;

THIS COURT ORDERS that:

LA COUR ORDONNE que :

- a. The application is granted.
- b. It is hereby declared that the Military Police Complaints Commission may only investigate what the military police subjects of the complaint knew, or had the means of knowing. Otherwise, the Commission would be acting beyond its jurisdiction.

- a. La demande est accueillie.
- b. Il est déclaré par la présente que la Commission d'examen des plaintes concernant la police militaire peut uniquement enquêter sur ce que les policiers militaires visés par la plainte savaient, ou pouvaient savoir. En agissant autrement, la Commission outrepasserait sa compétence.

THIS COURT makes no order as to costs in either application.

LA COUR ne rend aucune ordonnance à l'égard des dépens dans ni l'une ni l'autre des demandes.

T-782-08
2009 FC 1028

T-782-08
2009 CF 1028

David J. Statham (*Applicant*)

David J. Statham (*demandeur*)

v.

c.

President of the Canadian Broadcasting Corporation and Information Commissioner of Canada (*Respondents*)

Le président de la Société Radio-Canada et le Commissaire à l'information du Canada (*défendeurs*)

INDEXED AS: STATHAM v. CANADIAN BROADCASTING CORPORATION

RÉPERTORIÉ : STATHAM c. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA

Federal Court, de Montigny J.—Ottawa, June 3 and October 13, 2009.

Cour fédérale, juge de Montigny—Ottawa, 3 juin et 13 octobre 2009.

Access to Information — Application pursuant to Access to Information Act, s. 41 for order enjoining Canadian Broadcasting Corporation (CBC) President to disclose outstanding documents within set deadline — Applicant submitting approximately 400 access to information (ATI) requests to CBC — Complaining to Office of Information Commissioner (OIC) after CBC failing to acknowledge receipt of requests within statutory time limit, failing to claim extension of time — OIC conducting investigation, setting time limit for CBC to respond to outstanding ATI requests — At time of hearing of application, CBC had responded to all of applicant's ATI requests — Judicial review thus moot, but discretion exercised to hear application since issues raised of interest to other potential litigants, never addressed by courts before — Applicant could not apply to Court to review matter while CBC within time frame set by Information Commissioner, as it could not be said CBC had refused access to records until expiry of that delay — Court thus not having jurisdiction to entertain application — As to request for declaration reprimanding CBC for acting unreasonably, while government institution's systemic deficiencies in complying with Act not to be taken lightly, Court only to intervene where genuine, continuing refusal of access demonstrated — Application dismissed.

Accès à l'information — Demande en application de l'art. 41 de la Loi sur l'accès à l'information en vue d'obtenir une ordonnance enjoignant au président de la Société Radio-Canada (la SRC) de communiquer des documents non encore fournis dans un délai précis — Le demandeur avait présenté à la SRC quelque 400 demandes d'accès à l'information (demandes d'AAI) — Le demandeur avait porté plainte devant le Commissariat à l'information du Canada (le CIC) après que la SRC n'a pas accusé réception de ces demandes dans le délai prévu dans la Loi et n'a pas demandé la prorogation du délai — Le CIC a mené une enquête et a fixé une échéance pour que la SRC réponde aux demandes d'AAI en suspens — À la date de l'audition de la demande, la SRC avait répondu à toutes les demandes d'AAI du demandeur — Le contrôle judiciaire était donc dénué d'objet, mais il s'agissait d'un cas où la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'instruire la demande parce que les questions soulevées étaient susceptibles d'intéresser d'autres plaideurs éventuels et elles n'avaient jamais auparavant fait l'objet d'un examen judiciaire — Il n'était pas permis au demandeur de présenter une demande de contrôle judiciaire devant la Cour pendant que la SRC respectait le délai fixé par le Commissaire à l'information puisqu'on ne pouvait dire avant l'expiration du délai que la SRC avait refusé communication des documents en cause — La Cour n'avait donc pas compétence pour instruire la demande — S'agissant de la demande sollicitant un jugement déclaratoire blâmant la conduite déraisonnable de la SRC, bien que les défauts systémiques qui empêchent une institution fédérale de se conformer à la Loi ne devraient pas être pris à la légère, la Cour n'intervient que dans les cas où est établi un refus de communication réel et continu — Demande rejetée.

Federal Court Jurisdiction — Applicant submitting approximately 400 access to information (ATI) requests to Canadian Broadcasting Corporation (CBC) — Complaining to

Compétence de la Cour fédérale — Le demandeur avait présenté à la Société Radio-Canada (la SRC) quelque 400 demandes d'accès à l'information (demandes d'AAI) — Il avait

Office of Information Commissioner (OIC) after CBC failing to acknowledge receipt of requests within statutory time limit, failing to claim extension of time — OIC conducting investigation, setting time limit for CBC to respond to outstanding ATI requests — Applicant could not apply to Court to review matter while CBC within time frame set by Information Commissioner, as it could not be said CBC had refused access to records until expiry of that delay — Court thus not having jurisdiction to entertain application.

Practice — Mootness — Applicant submitting approximately 400 access to information (ATI) requests to Canadian Broadcasting Corporation (CBC) — Complaining to Office of Information Commissioner (OIC) after CBC failing to acknowledge receipt of requests within statutory time limit, failing to claim extension of time — OIC conducting investigation, setting time limit for CBC to respond to outstanding ATI requests — At time of hearing of application, CBC had responded to all of applicant's ATI requests — Judicial review thus moot, but discretion exercised to hear application since issues raised of interest to other potential litigants, never addressed by courts before.

This was an application brought pursuant to section 41 of the *Access to Information Act* requesting in particular that the President of the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) be ordered to disclose outstanding documents requested by the applicant within an established deadline. The applicant also sought an order declaring that the CBC acted unreasonably during the events that led to the application.

On September 1, 2007, the CBC became subject to Canada's *Access to Information Act*. Thereafter, the applicant submitted about 400 access to information (ATI) requests to the CBC. The CBC failed to acknowledge receipt of these requests within the 30-day time limit as required by section 7 of the Act and failed to claim any extension of time. Therefore, the CBC was deemed to have refused disclosure of all these records pursuant to subsection 10(3) of the Act. The applicant then complained to the Office of the Information Commissioner (OIC) regarding the CBC's deemed refusal of access. At the CBC's request, the applicant indicated which of his ATI requests should receive priority treatment. The OIC conducted an investigation about the CBC's deemed refusals to disclose records and the date of April 1, 2009 was set as the deadline for the CBC to respond to the applicant's outstanding ATI requests.

porté plainte devant le Commissariat à l'information du Canada (le CIC) après que la SRC n'a pas accusé réception des demandes dans le délai prévu dans la Loi et n'a pas demandé la prorogation du délai — Le CIC a mené une enquête et a fixé une échéance pour que la SRC réponde aux demandes d'AAI en suspens — Il n'était pas permis au demandeur de présenter une demande de contrôle judiciaire devant la Cour pendant que la SRC respectait le délai fixé par le Commissaire à l'information puisqu'on ne pouvait dire avant l'expiration du délai que la SRC avait refusé communication des documents en cause — La Cour n'avait donc pas compétence pour instruire la demande.

Pratique — Caractère théorique — Le demandeur avait présenté à la Société Radio-Canada (la SRC) quelque 400 demandes d'accès à l'information (demandes d'AAI) — Il avait porté plainte devant le Commissariat à l'information du Canada (le CIC) après que la SRC n'a pas accusé réception des demandes dans le délai prévu dans la Loi et n'a pas demandé la prorogation du délai — Le CIC a mené une enquête et a fixé une échéance pour que la SRC réponde aux demandes d'AAI en suspens — À la date de l'audition de la demande, la SRC avait répondu à toutes les demandes d'AAI du demandeur — Le contrôle judiciaire était donc dénué d'objet, mais il s'agissait d'un cas où la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'instruire la demande parce que les questions soulevées étaient susceptibles d'intéresser d'autres plaideurs éventuels et elles n'avaient jamais auparavant fait l'objet d'un examen judiciaire.

Il s'agissait d'une demande introduite en application de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information* sollicitant plus particulièrement une ordonnance enjoignant au président de la Société Radio-Canada (la SRC) de communiquer au demandeur des documents non encore fournis qu'il lui a demandés dans un délai précis. Le demandeur sollicitait également une ordonnance déclarant que la SRC s'était conduite de manière déraisonnable au cours des événements qui ont conduit à la demande.

Le 1^{er} septembre 2007, la SRC est devenue assujettie à la *Loi sur l'accès à l'information* (Canada). Par la suite, le demandeur a présenté à la SRC quelque 400 demandes d'accès à l'information (les demandes d'AAI). La SRC n'a pas accusé réception de ces demandes dans le délai de 30 jours que prévoit l'article 7 de la Loi, pas plus qu'elle ne s'est prévaluée de la possibilité de proroger ce délai. En conséquence, la SRC s'est trouvée réputée avoir refusé la communication de tous ces documents en application du paragraphe 10(3) de la Loi. Le demandeur a ensuite porté plainte devant le Commissariat à l'information du Canada (le CIC) relativement au refus présumé de communication opposé par la SRC. À la demande de la SRC, le demandeur a précisé ses demandes d'AAI prioritaires. Le CIC a mené une enquête sur les refus présumés de la SRC de communiquer des dossiers et le 1^{er} avril 2009 a été fixé

A report of the OIC's investigation was sent to the applicant in March 2008. The applicant then exercised his right to apply for judicial review of the CBC's deemed refusal. The CBC brought a motion to strike the notice of application for reasons of mootness but it was dismissed. At the time of the hearing of this application, the CBC had responded to all of the applicant's ATI requests.

The principal issues were whether the application was moot; whether the Act allows a deemed refusal to be cured by the Information Commissioner setting out a new time limit within which to respond to the requests; and whether the Federal Court has jurisdiction under section 41 to judicially review such a determination by the Information Commissioner.

Held, the application should be dismissed.

Although the application for judicial review was moot since all the records requested by the applicant had been disclosed at the time of the hearing, this was a case where discretion should be exercised to hear the application notwithstanding its mootness. The applicant raised issues that are of interest to other potential litigants and which were never addressed by courts before, in particular, whether a deemed refusal can be cured by the Information Commissioner setting out a new time limit within which the notice required under section 7 and 10 must be given, and whether this Court has jurisdiction to judicially review the determination of a delay for answering ATI requests approved by the OIC in the exercise of its power under the Act.

The right to access no doubt encompasses the right to timely access. Canada's access legislation explicitly mandates that government institutions are to reply to access requests within specified time frames unless it requires additional time in which to respond as specifically provided for in the Act. Once an institution is deemed to have refused access, it cannot unilaterally relieve itself of that deemed refusal by granting itself a further time extension. That is not to say that the deemed refusal cannot be cured. The Information Commissioner, having received a complaint, must investigate the matter and make a report. The Information Commissioner has the power to issue recommendations and can set a time frame within which an institution has to respond to a request for documents. At that stage, the requirements found in section 9 of the Act regarding the extension of time limits are no longer applicable. It is for the Information Commissioner to assess the circumstances and to determine a reasonable extension of time to comply with his

comme échéance pour que la SRC réponde aux demandes d'AAI en suspens du demandeur. Un rapport relatif à l'enquête du CIC a été transmis au demandeur en mars 2008. Le demandeur a ensuite exercé son droit de demander le contrôle judiciaire du refus présumé de la SRC. Cette dernière a présenté une requête en radiation de l'avis de demande en raison du caractère théorique, mais cette demande a été rejetée. À la date de l'audition de la présente demande, la SRC avait répondu à toutes les demandes d'AAI du demandeur.

Les principales questions en litige étaient celles de savoir si la demande était dénuée d'objet; si la Loi permet que la fixation par le Commissaire à l'information d'un nouveau délai dans lequel répondre aux demandes remédie à un refus présumé; et si la Cour fédérale a compétence, en vertu de l'article 41, pour contrôler judiciairement une telle décision du Commissaire à l'information.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Même si la demande de contrôle judiciaire était dénuée d'objet parce que le demandeur avait reçu communication de tous les documents demandés au moment de l'audience, il s'agissait en l'espèce d'un cas où la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'examiner la demande au fond malgré son caractère théorique. Le demandeur a mis en litige des questions susceptibles d'intéresser d'autres plaideurs éventuels et qui n'ont jamais auparavant fait l'objet d'un examen judiciaire, plus particulièrement celles de savoir si la fixation par le Commissaire à l'information d'un nouveau délai pour l'envoi de l'avis prévu aux articles 7 et 10 peut remédier à un refus présumé, et si la Cour a compétence pour contrôler judiciairement une prorogation du délai de réponse à des demandes d'AAI que le CIC a approuvées dans l'exercice des pouvoirs que lui confère la Loi.

Il ne fait aucun doute que le droit d'accès à l'information comprend le droit de recevoir communication des documents demandés dans les délais voulus. La législation canadienne sur l'accès à l'information prescrit explicitement aux institutions fédérales de répondre aux demandes d'AAI dans des délais déterminés, à moins qu'elles aient besoin de plus de temps pour établir leur réponse, comme la Loi le précise expressément. Dès lors qu'elle est réputée avoir refusé la communication de documents, l'institution fédérale ne peut unilatéralement réparer ce refus présumé en s'accordant une prorogation. Cela ne veut pas dire qu'il ne peut être remédié au refus présumé. Le Commissaire à l'information, une fois qu'il a reçu une plainte, doit faire enquête sur la question et établir un rapport. Le Commissaire à l'information a le pouvoir de formuler des recommandations et de fixer à l'institution le délai dans lequel elle doit répondre à la demande de documents. À cette étape, les prescriptions de l'article 9 de la Loi concernant la prorogation

or her recommendations. In the case at bar, the applicant could not apply to the Court for judicial review while the CBC was still within the time frame set by the Information Commissioner, which was April 1, 2009, since it could not be said until the expiry of that delay that the CBC had refused access to the records. The Court therefore did not have jurisdiction to entertain the application filed by the applicant. Even if the CBC was initially in a deemed refusal situation, it could not be said at the time of the hearing that the applicant had a genuine and continuing claim of refusal of access.

The Court also did not have jurisdiction to make a declaratory judgment reprimanding the behaviour of an institution such as the CBC. While a government institution's systemic deficiencies in complying with the Act should not be taken lightly, since the Act has been interpreted as providing Canadians with quasi-constitutional rights of access to records under the control of government institutions, the Court's role is only to intervene where a genuine and continuing refusal of access can be demonstrated.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 7, 9, 10, 11(1)(b), 30(1), 37, 38, 39, 40, 41, 42(1)(a).
Federal Accountability Act, S.C. 2006, c. 9.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 400 (as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)), *Tariff B*, column V.

CASES CITED

APPLIED:

X v. Canada (Minister of National Defence), [1991] 1 F.C. 670, (1990), 41 F.T.R. 73 (T.D.).

CONSIDERED:

Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence) (1999), 240 N.R. 244 (F.C.A.), affg (1996), 120 F.T.R. 207 (F.C.T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Canadian Cultural Property Export Review Board*, 2002 FCA 150, 20 C.P.R. (4th) 214, 223 F.T.R. 320, [2002] 4 C.T.C. 55; *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)*, [1990] 3 F.C. 514, (1990), 3 T.C.T. 5297 (T.D.); *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, 245 N.B.R. (2d) 299, 209 D.L.R. (4th) 564; *Microsoft Corp. v.*

de délais ne s'appliquent plus. C'est au Commissaire à l'information qu'il appartient d'évaluer les circonstances et de fixer une prorogation raisonnable pour la mise en œuvre de ses recommandations. En l'espèce, il n'était pas permis au demandeur de présenter une demande de contrôle judiciaire devant la Cour pendant que la SRC respectait encore le délai fixé par le Commissaire à l'information, soit le 1^{er} avril 2009, puisqu'on ne pouvait dire avant l'expiration de ce délai que la SRC lui avait refusé communication des documents en cause. La Cour n'avait donc pas compétence pour instruire la demande présentée par le demandeur. Même si la SRC se trouvait à l'origine en situation de refus présumé, le demandeur ne pouvait invoquer au moment de l'audience un refus de communication réel et continu.

En outre, la Cour n'avait pas compétence pour rendre un jugement déclaratoire blâmant la conduite d'une institution fédérale comme la SRC. Bien que les défauts systémiques qui empêchent une institution fédérale de se conformer à la Loi ne doivent pas être pris à la légère, étant donné que la Loi a été interprétée comme conférant aux Canadiens des droits quasi constitutionnels d'accès aux documents relevant des institutions fédérales, le rôle de la Cour consiste seulement à intervenir dans les cas où est établi un refus de communication réel et continu.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi fédérale sur la responsabilité, L.C. 2006, ch. 9.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 7, 9, 10, 11(1)(b), 30(1), 37, 38, 39, 40, 41, 42(1)(a).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 400 (mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)), *tarif B*, colonne V.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

X c. Canada (Ministre de la Défense nationale), [1991] 1 C.F. 670 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale), [1999] A.C.F. n° 522 (C.A.) (QL), confirmant [1996] A.C.F. n° 1265 (1^{re} inst.) (QL); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Commission d'examen des exportations de biens culturels)*, 2002 CAF 150; *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures)*, [1990] 3 C.F. 514 (1^{re} inst.); *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405, 245 R.N.-B. (2^e) 299; *Microsoft Corp. c. 9038-3746 Québec Inc.*, 2007 CF 659.

9038-3746 *Quebec Inc.*, 2007 FC 659, 59 C.P.R. (4th) 155, 314 F.T.R. 217.

REFERRED TO:

X v. Canada (Minister of National Defence) (1990), 41 F.T.R. 16 (F.C.T.D.); *Stamicarbon B.V. v. Urea Casale S.A.*, [2001] 1 F.C. 172, (2000), 8 C.P.R. (4th) 206, 192 F.T.R. 267 (T.D.).

AUTHORS CITED

Office of the Information Commissioner of Canada. *Annual Report 2007–2008: A New Direction*, online: <http://www.infocom.gc.ca/eng/rp-pr_ar-ra.aspx>.

APPLICATION brought pursuant to section 41 of the *Access to Information Act* for an order enjoining the President of the Canadian Broadcasting Corporation to disclose outstanding documents requested by the applicant within an established deadline. Application dismissed.

APPEARANCES

Sally A. Gomery, Michel Drapeau and Zorica Guzina for applicant.

Christian Leblanc and Marc-André Nadon for respondent President of the Canadian Broadcasting Corporation.

Laurence Kearley and Diane Therrien for respondent Information Commissioner of Canada.

SOLICITORS OF RECORD

Ogilvy Renault LLP, Ottawa, and *Michel Drapeau Law Office*, Ottawa, for applicant.

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Montréal, for respondent President of the Canadian Broadcasting Corporation.

Office of the Information Commissioner of Canada, Ottawa, for respondent Information Commissioner of Canada.

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

DÉCISIONS CITÉES :

X c. Canada (Ministre de la Défense nationale) (1990), 41 F.T.R. 16 (C.F. 1^{re} inst.); *Stamicarbon S.A.R.L. c. Urea Casale S.A.*, [2001] 1 C.F. 172 (1^{re} inst.).

DOCTRINE CITÉE

Commissariat à l'information du Canada. *Rapport annuel 2007–2008 : Une nouvelle direction*, en ligne : <http://www.infocom.gc.ca/fra/rp-pr_ar-ra.aspx>.

DEMANDE introduite en application de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information* sollicitant une ordonnance enjoignant au président de la Société Radio-Canada de communiquer au demandeur des documents non encore fournis qu'il lui avait demandés dans un délai précis. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Sally A. Gomery, Michel Drapeau et Zorica Guzina pour le demandeur.

Christian Leblanc et Marc-André Nadon pour le défendeur le président de la Société Radio-Canada.

Laurence Kearley et Diane Therrien pour le défendeur le Commissaire à l'information du Canada.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Ogilvy Renault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, et *Cabinet juridique Michel Drapeau*, Ottawa, pour le demandeur.

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour le défendeur le président de la Société Radio-Canada.

Commissariat à l'information du Canada, Ottawa, pour le défendeur le Commissaire à l'information du Canada.

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

[1] DE MONTIGNY J.: This is an application brought by the applicant pursuant to section 41 of the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (the Act), whereby the applicant asked this Court to grant an order enjoining the President of the Canadian Broadcasting Corporation (the CBC) to disclose outstanding documents requested by Mr. Statham between September 1, 2007 and December 12, 2007, within a deadline the parties may agree to or that this Court may judge appropriate. The applicant also sought an order from this Court declaring that the CBC acted unreasonably during the events that led to this application. Finally, the applicant requested the costs of this application, including his professional disbursements and applicable Goods and Services Tax (GST).

THE FACTS

[2] On September 1, 2007, the CBC became subject to Canada's access to information legislation, along with four other Crown corporations (*Federal Accountability Act*, S.C. 2006, c. 9). In the three months that followed, Mr. Statham, an agent at Michel Drapeau Law Office, submitted about 400 access to information (ATI) requests to the CBC. These requests cover a wide range of topics and accounted for the vast majority of all the ATI requests submitted to the CBC during those months.

[3] The CBC failed to acknowledge receipt of these requests within the 30-day limit mandated by section 7 of the Act and failed to claim any extension of time with respect to each of these ATI requests, as it could have done under section 9 of the Act. As a result, the CBC was deemed to have refused disclosure of all these records pursuant to subsection 10(3) of the Act.

[4] The applicant therefore elected to complain to the Office of the Information Commissioner (the OIC). He filed a first letter of complaint on October 19, 2007 regarding the CBC's deemed refusal of access in response to the access requests he had made between September 1, 2007 and September 14, 2007. This first letter of complaint was followed by subsequent letters on November 2,

[1] LE JUGE DE MONTIGNY : Il s'agit d'une demande introduite en application de l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi), par laquelle le demandeur, M. Statham, demande à la Cour de rendre une ordonnance enjoignant au président de la Société Radio-Canada (la SRC) de communiquer au demandeur des documents non encore fournis qu'il lui a demandés entre le 1^{er} septembre et le 12 décembre 2007, dans un délai dont les parties conviendraient ou que la Cour estimerait convenable. Le demandeur demande également à la Cour de rendre une ordonnance déclarant que la SRC s'est conduite de manière déraisonnable au cours des événements qui ont conduit à la présente demande. Enfin, il sollicite les dépens de la présente demande, y compris ses débours professionnels et la taxe applicable sur les produits et services (la TPS).

LES FAITS

[2] Le 1^{er} septembre 2007, la SRC est devenue assujettie à la législation canadienne sur l'accès à l'information, en même temps que quatre autres sociétés d'État (*Loi fédérale sur la responsabilité*, L.C. 2006, ch. 9). Dans les trois mois qui ont suivi, M. Statham, représentant du Cabinet juridique Michel Drapeau, a présenté à la SRC quelque 400 demandes d'accès à l'information (demandes d'AAI). Ces demandes portaient sur toutes sortes de sujets et représentaient la grande majorité des demandes d'AAI reçues par la SRC pendant cette période.

[3] La SRC n'a pas accusé réception de ces demandes dans le délai de 30 jours que prévoit l'article 7 de la Loi, pas plus qu'elle ne s'est prévalu de la possibilité, offerte par l'article 9 de cette même Loi, de proroger ce délai relativement à chacune des demandes d'AAI en cause. En conséquence, en application du paragraphe 10(3) de la Loi, la SRC s'est trouvée réputée avoir refusé la communication de tous ces documents.

[4] Le demandeur a donc décidé de porter plainte devant le Commissariat à l'information du Canada (le CIC). Il a déposé le 19 octobre 2007 une première plainte touchant le refus présumé de communication opposé par la SRC aux demandes d'AAI qu'il avait présentées entre le 1^{er} et le 14 septembre 2007. Cette première lettre de plainte a été suivie d'autres lettres les 2 et 16 novembre 2007, les

November 16, December 4 and December 28, 2007 as well as on February 15, 2008; each of these letters of complaint related to the deemed refusal of access in response to the access requests made in the preceding 30-day period.

[5] On November 2, 2007, Ms. Angevine of the CBC wrote to Mr. Statham to advise him that, given the volume of requests the CBC had received, it would not be able to meet the legislated time frame specified in the Act, but invited Mr. Statham to submit which of his ATI requests were more urgent in nature so that the CBC could treat them on a priority basis. By letter dated November 7, 2008, Mr. Statham responded to Ms. Angevine's letter indicating which of his ATI requests should receive priority treatment.

[6] On or about December 17, 2007, the CBC was advised that a significant number of complaints had been made to the OIC regarding ATI requests. After conducting a preliminary inquiry into the issues raised in Mr. Statham's complaints, the OIC served the CBC with a notice of intention to investigate and a summary of complaint on January 9, 2008. From that date to approximately February 29, 2008, Mr. Scott Lohnes, who at the time of the events leading up to this application was the investigator at the OIC in charge of handling Mr. Statham's complaints, initiated an ongoing and frequent dialogue between the CBC and Mr. Statham and his assistant, as instructed by Mr. Statham. The purpose of this dialogue was, *inter alia*, to supervise the CBC in its treatment of Mr. Statham's priority list and to provide regular updates to Mr. Statham on the CBC's progress in that regard.

[7] Despite some difficulties in contacting persons at the CBC, several meetings took place between representatives of the OIC and representatives of the CBC to discuss the complaints filed and to consider the most efficient manner to deal with those complaints as well as to process the outstanding ATI requests, with particular emphasis on those complaints related to the delay. It appears that the CBC repeatedly failed to provide the OIC with a set "action plan" and frequently changed its commitment date for responding to the requests. Finally, during a meeting that took place on March 28, 2008, between representatives of the OIC and the CBC, representatives

4 et 28 décembre 2007, et le 15 février 2008, chacune d'elles se rapportant au refus présumé de communication opposé aux demandes qu'il avait faites dans les 30 jours précédents.

[5] Le 2 novembre 2007, M^{me} Angevine a écrit au nom de la SRC à M. Statham pour l'informer que, compte tenu du nombre de demandes d'AAI qu'elle avait reçues, la société d'État ne pourrait respecter le délai de communication prévu par la Loi. Elle l'invitait toutefois à préciser lesquelles de ses propres demandes étaient les plus urgentes pour que la SRC puisse s'en occuper en priorité. M. Statham a répondu à M^{me} Angevine dans une lettre, en date du 7 novembre 2008, où il indiquait ses demandes d'AAI prioritaires.

[6] Le ou vers le 17 décembre 2007, la SRC a été avisée que le CIC avait reçu de nombreuses plaintes touchant des demandes d'AAI. Après une enquête préliminaire sur les questions soulevées dans les plaintes de M. Statham, le CIC a, le 9 janvier 2008, signifié à la SRC un avis d'intention d'enquêter et un résumé de la plainte. Entre cette date et le 29 février 2008 environ, M. Scott Lohnes, qui était l'enquêteur du CIC chargé de donner suite aux plaintes de M. Statham au moment des événements qui ont donné lieu à la présente instance, a amorcé un dialogue suivi et des échanges fréquents entre, d'une part, la SRC et, d'autre part, M. Statham et son assistant, qui suivait les instructions de ce dernier. Ce dialogue avait entre autres pour buts de permettre de contrôler l'activité de la SRC en réponse à la liste des demandes prioritaires de M. Statham et de faire en sorte que celui-ci soit régulièrement informé des progrès de la SRC à cet égard.

[7] Malgré quelques difficultés pour se mettre en rapport avec certaines personnes à la SRC, des représentants du CIC se sont réunis plusieurs fois avec des représentants de la SRC pour examiner ensemble les plaintes déposées et essayer de trouver la manière la plus efficace d'y donner suite et de répondre aux demandes d'AAI en suspens, l'accent étant mis sur les plaintes relatives aux retards. Il appert que la SRC a omis à plusieurs reprises de communiquer au CIC le [TRADUCTION] « plan d'action » établi et a souvent changé la date à laquelle elle s'engageait à répondre aux demandes. Enfin, au cours d'une réunion tenue le 28 mars 2008 entre des

of the OIC proposed what they thought was a reasonable and realistic goal of April 1, 2009, to allow the CBC to respond to every outstanding ATI request of the applicant.

[8] On March 31, 2008, the OIC sent three letters to Mr. Statham, the purpose of which was to report to the applicant the results of the investigation of his complaints. In one of those letters, the OIC confirmed that some of the ATI requests that Mr. Statham alleged having sent to the CBC were in fact never sent. In another letter, the OIC advised Mr. Statham that his complaints of delay with respect to the requests for which a response had been provided by the CBC had been recorded as resolved. As for the files for which no response had yet been provided to Mr. Statham, a third letter stated:

CBC's Access to Information and Privacy (ATIP) office received the various requests outlined in the Annex as well as their respective application fees between September 2007 and January 2008. However, the institution has not responded to your requests, thereby placing itself in a deemed-refusal situation pursuant to subsection 10(3) of the Act.

Nonetheless, following our intervention, the institution has provided assurances to our office that, through its best efforts, it will respond to all of the requests itemized in the attached Annex on or before April 1, 2009. The target date is based on a number of factors, most notably the volume of requests and the lack of resources in the ATIP office. We also received assurances from the CBC that it will provide you with responses as they are completed over the coming months. Please note that we will regularly monitor the CBC's progress in this regard. I consider this to be a reasonable commitment on CBC's part to finalize the processing of all of your listed requests.

While your complaints are valid, I conclude that they are resolved on the basis that CBC has undertaken to respond to each request on or before April 1, 2009. As each response is provided to you by the CBC, in the coming months, you do of course have the right under section 31 of the Act to complain to this office.

In accordance with paragraph 30(1)(a) and subsection 37(5) of the Act, please be advised that having now received our report on the results of our investigation with respect to these deemed-refusals to disclose records requested under the Act, section 41 provides that you have the right to apply to the Federal Court

représentants de la SRC et du CIC, les représentants du CIC ont proposé à la société d'État de se fixer pour objectif de répondre à toutes les demandes d'AAI en suspens du demandeur au plus tard le 1^{er} avril 2009, date qu'ils estimaient raisonnable et réaliste.

[8] Le 31 mars 2008, le CIC a envoyé à M. Statham trois lettres dont l'objet était de lui rendre compte des résultats de l'enquête sur ses plaintes. Dans l'une de ces lettres, le CIC confirmait que M. Statham avait en fait omis d'envoyer certaines des demandes d'AAI qu'il déclarait avoir présentées à la SRC. Dans une autre, le CIC avisait M. Statham qu'il considérait comme réglées les plaintes de retard concernant les demandes auxquelles la SRC avait répondu. Quant aux documents au sujet desquels M. Statham n'avait pas encore reçu de réponse, la troisième lettre portait ce qui suit :

[TRADUCTION] Le Bureau de l'accès à l'information et de la protection des renseignements personnels (AIPRP) de la SRC a reçu les demandes énumérées à l'annexe, ainsi que les droits y afférents, entre septembre 2007 et janvier 2008, mais n'y a pas répondu, se trouvant ainsi réputée avoir refusé communication des documents en cause en application du paragraphe 10(3) de la Loi.

Néanmoins, à la suite de notre intervention, la SRC a assuré notre service qu'elle ferait de son mieux pour répondre à toutes les demandes spécifiées à l'annexe ci-jointe au plus tard le 1^{er} avril 2009. Le choix de cette date se fonde sur un certain nombre de facteurs, dont les principaux sont l'abondance des demandes et l'insuffisance des ressources du Bureau de l'AIPRP. La SRC nous a également assurés qu'elle vous communiquera ses réponses au fur et à mesure qu'elle les aura au cours des prochains mois. Il est à noter que nous contrôlerons régulièrement les progrès de la SRC à cet égard. J'estime qu'il s'agit là d'un engagement raisonnable de la SRC en vue du traitement de toutes les demandes énumérées à l'annexe.

Tout en estimant vos plaintes fondées, je conclus qu'elles sont réglées du fait que la SRC s'est engagée à répondre à chacune de vos demandes au plus tard le 1^{er} avril 2009. Vous conservez évidemment le droit, garanti par l'article 31 de la Loi, de porter plainte auprès de notre service à propos de chacune des réponses que la SRC vous communiquera dans les prochains mois.

Conformément à l'alinéa 30(1)a) et au paragraphe 37(5) de la Loi, nous vous avisons que, ayant maintenant reçu le compte rendu des résultats de notre enquête sur ces refus présumés de communication de documents sollicités en vertu de la Loi, l'article 41 de celle-ci vous confère le droit d'exercer devant la

for a review of the Canadian Broadcasting Corporation's deemed-refusal to deny you access to the records you requested. Such an application should name the President of the Canadian Broadcasting Corporation as respondent and it must be filed with the Court within 45 days of receiving this letter.

[9] The language used in the Annual Report of the Information Commissioner describes the situation and the rationale for the approach taken as follows [*Annual Report 2007–2008: A New Direction*, online: <http://www.infocom.gc.ca/eng/rp-pr_ar-ra.aspx>, at page 40]:

These complaints gave us an opportunity to take a different and more flexible approach to resolving delay complaints than we have in the past. We considered the CBC's circumstances: it had just become subject to the Act when it was inundated with hundreds of requests over a very short time period, and it did not have adequate resources to process them in a timely way. By negotiating a target date to respond to all the requests, the CBC could focus on the task of completing them, and we could close the complaint files but still monitor the CBC's progress to ensure that the complainant continues to receive responses.

[10] As of March 31, 2008, the CBC had responded to 122 requests that were included in the group of 377 complaints from Mr. Statham relating to delay. By November 21, 2008, CBC had yet to respond to 80 requests, and as previously mentioned, at the time of the hearing, all of the requests made by Mr. Statham had been responded to.

[11] The applicant brought this application for judicial review on May 18, 2008. On May 30, the Information Commissioner filed a motion for leave to appear as a party in the application, in order to rebut certain allegations made by the applicant to the effect that he had received no communication from the OIC with respect to its investigation of the complaints, that the position of the OIC was careless and contrary to the spirit of the Act, and to make representations relating to the interpretation and administration of the Act. In an order dated June 20, 2008, Prothonotary Tabib granted this motion. During the hearing of that motion, the applicant also agreed to amend its application material in order to withdraw

Cour fédérale un recours en révision de la décision présumée de la Société Radio-Canada de vous refuser communication des documents que vous avez demandés. Votre demande de révision, si vous en déposez une, devrait nommer le président de la Société Radio-Canada comme défendeur et doit être déposée devant la Cour dans les 45 jours suivant la réception de la présente.

[9] Le Rapport annuel du Commissaire à l'information expose comme suit la situation en cause et la logique de l'approche adoptée [*Rapport annuel 2007–2008 : Une nouvelle direction*, en ligne : <http://www.infocom.gc.ca/fra/rp-pr_ar-ra.aspx>, à la page 40] :

Ces plaintes nous ont donné l'occasion de prendre une approche différente et plus souple pour résoudre les plaintes liées aux délais que celle que nous avons utilisée par le passé. Nous avons pris en considération la situation de la SRC : elle venait d'être assujettie à la *Loi* lorsqu'elle a été inondée par des centaines de demandes pendant une très courte période de temps, et elle ne disposait pas des ressources adéquates pour les traiter en temps opportun. En négociant une date limite pour répondre à toutes les demandes, la SRC peut se concentrer sur la tâche consistant à y donner suite, et nous pourrions fermer les dossiers de plaintes tout en suivant les progrès de la SRC pour s'assurer que le plaignant continue de recevoir des réponses.

[10] Au 31 mars 2008, la SRC avait répondu à 122 des demandes qui faisaient l'objet des 377 plaintes de M. Statham touchant le retard de communication. Au 21 novembre 2008, il restait 80 demandes en suspens, et, comme on l'a vu plus haut, toutes les demandes de M. Statham avaient reçu réponse à la date de l'audience.

[11] La présente demande de contrôle judiciaire a été déposée le 18 mai 2008. Le 30 du même mois, le Commissaire à l'information a déposé une requête en autorisation de comparaître en tant que partie à la demande afin de réfuter certaines allégations du demandeur suivant lesquelles le CIC ne l'aurait pas informé des progrès de son enquête sur les plaintes, se serait montré négligent et aurait adopté une position contraire à l'esprit de la *Loi*, ainsi que de présenter des observations sur l'interprétation et l'application de la *Loi*. La protonotaire Tabib a fait droit à cette requête dans une ordonnance en date du 20 juin 2008. En outre, le demandeur s'est engagé au cours de l'audition de cette requête à modifier les pièces

allegations made against the OIC, which he did on July 4 and October 8, 2008.

[12] The respondent CBC subsequently brought a motion to strike the notice of application on the ground that the Court had no jurisdiction in the matter as there had been no actual refusal to provide the information pursuant to section 41 of the Act. The Prothonotary dismissed this motion and found that the principal issue in this application—i.e. whether an institution’s notice that it requires more time to respond to a request for access, if made after the time provided in the Act for doing so, is effective to cure a deemed refusal—was not plainly and obviously devoid of any merit. She made it clear, however, that the Court would not be called upon to determine the merits of any actual access to information refusal by the CBC.

[13] At the hearing of the respondent’s motion to dismiss the application for judicial review, the applicant admitted that his application only covered the outstanding access to information requests. The Prothonotary recorded that admission, and stated in her order:

In the present instance, the Applicant has eventually made it very clear that the issues raised in relation to the requests for information concern only the belated and allegedly unreasonable extension of time imposed by the CBC to respond to the requests; furthermore, these issues arise only in relation to requests for information to which no response has been or is received prior to the hearing of the application on its merits. The Applicant also clearly specified that by “response” to a request for information, he means communication of the information, a refusal or a request for additional fees. In short, the Applicant concedes that for every request for which a response, of any kind, has been or may be received, up to the start of the hearing, the application is or will be moot and will be withdrawn. On that basis, this Court will not be called upon to determine the merits of any actual refusal by the CBC, a task which undoubtedly would have made it impossible to deal with such numerous and diverse requests for information in a single proceeding.

de sa demande de manière à y supprimer les allégations formulées contre le CIC, ce qu’il a fait les 4 juillet et 8 octobre 2008.

[12] La défenderesse la SRC a par la suite présenté une requête en radiation de l’avis de demande au motif que la Cour n’avait pas compétence pour entendre l’affaire étant donné qu’il n’y avait pas eu un refus réel ou explicite de communication au sens de l’article 41 de la Loi. La protonotaire a rejeté cette requête et conclu que la principale question en litige dans la demande — soit le point de savoir si une institution peut remédier à un refus présumé de communication en avisant qui de droit, après l’expiration du délai que la Loi prévoit à cette fin, qu’elle a besoin de plus de temps pour répondre à la demande de communication — n’était pas clairement et manifestement dénuée de fondement. Elle a cependant bien précisé que la Cour ne serait appelée à établir le bien-fondé d’aucun refus explicite de communication de la part de la SRC.

[13] À l’audition de la requête du défendeur en rejet de la demande de contrôle judiciaire, le demandeur a reconnu que sa demande ne visait que les demandes d’AAI en suspens. La protonotaire Tabib a pris acte de cette admission et a formulé les observations suivantes dans son ordonnance :

[TRADUCTION] En l’espèce, le demandeur a en fin de compte bien précisé que les questions soulevées relativement aux demandes d’accès à l’information ne concernent que la prorogation, tardivement décidée par la SRC et supposément abusive, du délai nécessaire pour y répondre; en outre, ces questions ne se posent que par rapport aux demandes de communication auxquelles il n’a pas été donné réponse ou n’en sera pas donné avant l’audition au fond de la demande. Le demandeur a bien précisé aussi qu’il entend par « réponse » à une demande de renseignements, soit la communication du renseignement demandé, soit un refus de communication, soit une demande de droits additionnels. Bref, le demandeur reconnaît que, relativement à chaque demande de communication à l’égard de laquelle il a reçu, ou recevra avant le début de l’audience, une réponse quelle qu’elle soit, sa demande de contrôle judiciaire est ou sera sans objet, et il s’engage à la retirer en conséquence. Cela étant, la Cour ne sera appelée à se prononcer sur le bien-fondé d’aucun refus explicite de la part de la SRC, tâche qu’il aurait été impossible de remplir en une seule instance à propos de demandes de communication si nombreuses et si diverses.

THE LEGISLATIVE FRAMEWORK

[14] Where an access request is made in writing to a government institution, within 30 days after the request is received, the institution must give written notice to the requesting party that either: (i) the records will be released, (ii) the records will not be released, or (iii) the institution requires additional fees for purposes of processing the request. If the records or part thereof are going to be released, the institution is required to provide the records within the same 30-day time limit:

Notice where
access
requested

7. Where access to a record is requested under this Act, the head of the government institution to which the request is made shall, subject to sections 8, 9 and 11, within thirty days after the request is received,

(a) give written notice to the person who made the request as to whether or not access to the record or a part thereof will be given; and

(b) if access is to be given, give the person who made the request access to the record or part thereof.

...

Fees

11. (1) Subject to this section, a person who makes a request for access to a record under this Act may be required to pay

...

(b) before any copies are made, such fee as may be prescribed by regulation reflecting the cost of reproduction calculated in the manner prescribed by regulation.

[15] Section 9 of the Act permits an institution to extend the time it has to reply to access requests, but does so only in respect of certain circumstances and only if the requesting party is notified of the extension within 30 days of receipt of the requests:

Extension of
time limits

9. (1) The head of a government institution may extend the time limit set out in section 7 or subsection 8(1) in respect of a request under this Act for a reasonable period of time, having regard to the circumstances, if

LE CADRE LÉGISLATIF

[14] L'institution fédérale qui reçoit une demande écrite de communication est tenue, dans les 30 jours suivant sa réception, d'aviser par écrit l'auteur de la demande : i) soit de ce que les documents demandés seront communiqués; ii) soit de ce qu'ils ne seront pas communiqués; iii) soit de ce qu'elle exige des droits additionnels pour traiter la demande. Dans le cas où elle donne communication totale ou partielle des documents demandés, l'institution est tenue de le faire dans le même délai de 30 jours :

7. Le responsable de l'institution fédérale à qui est faite une demande de communication de document est tenu, dans les trente jours suivant sa réception, sous réserve des articles 8, 9 et 11 :

a) d'aviser par écrit la personne qui a fait la demande de ce qu'il sera donné ou non communication totale ou partielle du document;

b) le cas échéant, de donner communication totale ou partielle du document.

[...]

11. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, il peut être exigé que la personne qui fait la demande acquitte les droits suivants :

[...]

b) un versement prévu par règlement et exigible avant la préparation de copies, correspondant aux frais de reproduction.

[15] L'article 9 de la Loi permet à l'institution de proroger le délai dont elle dispose pour répondre à la demande de communication, mais seulement dans certains cas et dans la mesure où le justifient les circonstances, et à condition d'aviser la personne qui a fait la demande de cette prorogation dans les 30 jours suivant la réception de ladite demande :

9. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut proroger le délai mentionné à l'article 7 ou au paragraphe 8(1) d'une période que justifient les circonstances dans les cas où :

Notification

Frais de
communication

Prorogation du
délai

(a) the request is for a large number of records or necessitates a search through a large number of records and meeting the original time limit would unreasonably interfere with the operations of the government institution,

(b) consultations are necessary to comply with the request that cannot reasonably be completed within the original time limit, or

(c) notice of the request is given pursuant to subsection 27(1)

by giving notice of the extension and, in the circumstances set out in paragraph (a) or (b), the length of the extension, to the person who made the request within thirty days after the request is received, which notice shall contain a statement that the person has a right to make a complaint to the Information Commissioner about the extension.

Notice of extension to Information Commissioner

(2) Where the head of a government institution extends a time limit under subsection (1) for more than thirty days, the head of the institution shall give notice of the extension to the Information Commissioner at the same time as notice is given under subsection (1).

[16] If an institution fails to respond to the request for access within 30 days, absent any notice of time extension as contemplated by section 9, the institution is deemed to have refused access to its records:

10. (1) ...

Deemed refusal to give access

(3) Where the head of a government institution fails to give access to a record requested under this Act or a part thereof within the time limits set out in this Act, the head of the institution shall, for the purposes of this Act, be deemed to have refused to give access.

[17] When a requesting party is refused access, a complaint may be filed with the OIC. The OIC, in turn, may investigate the complaint and provide the institution with non-binding recommendations:

a) l'observation du délai entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution en raison soit du grand nombre de documents demandés, soit de l'ampleur des recherches à effectuer pour donner suite à la demande;

b) les consultations nécessaires pour donner suite à la demande rendraient pratiquement impossible l'observation du délai;

c) avis de la demande a été donné en vertu du paragraphe 27(1).

Dans l'un ou l'autre des cas prévus aux alinéas a), b) et c), le responsable de l'institution fédérale envoie à la personne qui a fait la demande, dans les trente jours suivant sa réception, un avis de prorogation de délai, en lui faisant part de son droit de déposer une plainte à ce propos auprès du Commissaire à l'information; dans les cas prévus aux alinéas a) et b), il lui fait aussi part du nouveau délai.

(2) Dans les cas où la prorogation de délai visée au paragraphe (1) dépasse trente jours, le responsable de l'institution fédérale en avise en même temps le Commissaire à l'information et la personne qui a fait la demande.

Avis au Commissaire à l'information

[16] L'institution qui ne répond pas à la demande de communication dans les 30 jours, sauf envoi de l'avis de prorogation que prévoit l'article 9, est réputée avoir refusé de communiquer les documents demandés :

10. (1) [...]

(3) Le défaut de communication totale ou partielle d'un document dans les délais prévus par la présente loi vaut décision de refus de communication.

Présomption de refus

[17] La personne qui a fait une demande de communication qui se voit opposer un refus peut déposer une plainte devant le CIC. Celui-ci peut enquêter sur cette plainte et faire à l'institution concernée des recommandations non contraignantes :

Receipt and investigation of complaints

30. (1) Subject to this Act, the Information Commissioner shall receive and investigate complaints

(a) from persons who have been refused access to a record requested under this Act or a part thereof;

(b) from persons who have been required to pay an amount under section 11 that they consider unreasonable;

(c) from persons who have requested access to records in respect of which time limits have been extended pursuant to section 9 where they consider the extension unreasonable;

...

(f) in respect of any other matter relating to requesting or obtaining access to records under this Act.

[18] The investigative powers of the Commissioner have been qualified as the “cornerstone” of the access to information system by the Federal Court of Appeal (*Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)* (1999), 240 N.R. 244, at paragraph 27). Indeed, the exercise of these powers is a precondition to an application for review by this Court. Following a complaint, the OIC has the power to issue recommendations that the Commissioner considers appropriate to solve such complaint. That power encompasses the right to set a time frame within which an institution has to respond to a request for documents:

Findings and recommendations of Information Commissioner

37. (1) If, on investigating a complaint in respect of a record under this Act, the Information Commissioner finds that the complaint is well-founded, the Commissioner shall provide the head of the government institution that has control of the record with a report containing

(a) the findings of the investigation and any recommendations that the Commissioner considers appropriate; and

30. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l’information reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes :

a) déposées par des personnes qui se sont vu refuser la communication totale ou partielle d’un document qu’elles ont demandé en vertu de la présente loi;

b) déposées par des personnes qui considèrent comme excessif le montant réclamé en vertu de l’article 11;

c) déposées par des personnes qui ont demandé des documents dont les délais de communication ont été prorogés en vertu de l’article 9 et qui considèrent la prorogation comme abusive;

[...]

f) portant sur toute autre question relative à la demande ou à l’obtention de documents en vertu de la présente loi.

[18] La Cour d’appel fédérale a qualifié les pouvoirs d’enquête du Commissaire de « pierre angulaire » du régime d’accès à l’information; voir le paragraphe 27 de l’arrêt *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1999] A.C.F. n° 522 (C.A.) (QL). L’exercice de tels pouvoirs est en effet une condition préalable au dépôt d’une demande de contrôle judiciaire devant la Cour. À la suite d’une plainte, le CIC a le pouvoir de présenter les recommandations que le Commissaire estime indiquées en vue du règlement de cette plainte. Ce pouvoir comprend le droit de fixer le délai dans lequel l’institution devra répondre à la demande de communication de documents :

Réception des plaintes et enquêtes

Conclusions et recommandations du Commissaire à l’information

37. (1) Dans les cas où il conclut au bien-fondé d’une plainte portant sur un document, le Commissaire à l’information adresse au responsable de l’institution fédérale de qui relève le document un rapport où :

a) il présente les conclusions de son enquête ainsi que les recommandations qu’il juge indiquées;

	<p>(b) where appropriate, a request that, within a time specified in the report, notice be given to the Commissioner of any action taken or proposed to be taken to implement the recommendations contained in the report or reasons why no such action has been or is proposed to be taken.</p>	<p>b) il demande, s'il le juge à propos, au responsable de lui donner avis, dans un délai déterminé, soit des mesures prises ou envisagées pour la mise en œuvre de ses recommandations, soit des motifs invoqués pour ne pas y donner suite.</p>	
Report to complainant and third parties	<p>(2) The Information Commissioner shall, after investigating a complaint under this Act, report to the complainant and any third party that was entitled under subsection 35(2) to make and that made representations to the Commissioner in respect of the complaint the results of the investigation, but where a notice has been requested under paragraph (1)(b) no report shall be made under this subsection until the expiration of the time within which the notice is to be given to the Commissioner.</p>	<p>(2) Le Commissaire à l'information rend compte des conclusions de son enquête au plaignant et aux tiers qui pouvaient, en vertu du paragraphe 35(2), lui présenter des observations et qui les ont présentées; toutefois, dans les cas prévus à l'alinéa (1)b), le Commissaire à l'information ne peut faire son compte rendu qu'après l'expiration du délai imparti au responsable de l'institution fédérale.</p>	Compte rendu au plaignant
Matter to be included in report to complainant	<p>(3) Where a notice has been requested under paragraph (1)(b) but no such notice is received by the Commissioner within the time specified therefor or the action described in the notice is, in the opinion of the Commissioner, inadequate or inappropriate or will not be taken in a reasonable time, the Commissioner shall so advise the complainant in his report under subsection (2) and may include in the report such comments on the matter as he thinks fit.</p>	<p>(3) Le Commissaire à l'information mentionne également dans son compte rendu au plaignant, s'il y a lieu, le fait que, dans les cas prévus à l'alinéa (1)b), il n'a pas reçu d'avis dans le délai imparti ou que les mesures indiquées dans l'avis sont, selon lui, insuffisantes, inadaptées ou non susceptibles d'être prises en temps utile. Il peut en outre y inclure tous commentaires qu'il estime utiles.</p>	Éléments à inclure dans le compte rendu
Access to be given	<p>(4) Where, pursuant to a request under paragraph (1)(b), the head of a government institution gives notice to the Information Commissioner that access to a record or a part thereof will be given to a complainant, the head of the institution shall give the complainant access to the record or part thereof</p>	<p>(4) Dans les cas où il fait suite à la demande formulée par le Commissaire à l'information en vertu de l'alinéa (1)b) en avisant le Commissaire qu'il donnera communication totale ou partielle d'un document, le responsable d'une institution fédérale est tenu de donner cette communication au plaignant :</p>	Communication accordée
	<p>(a) forthwith on giving the notice if no notice is given to a third party under paragraph 29(1)(b) in the matter; or</p> <p>(b) forthwith on completion of twenty days after notice is given to a third party under paragraph 29(1)(b), if that notice is given, unless a review of the matter is requested under section 44.</p>	<p>a) immédiatement, dans les cas où il n'y a pas de tiers à qui donner l'avis prévu à l'alinéa 29(1)b);</p> <p>b) dès l'expiration des vingt jours suivant l'avis prévu à l'alinéa 29(1)b), dans les autres cas, sauf si un recours en révision a été exercé en vertu de l'article 44.</p>	
Right of review	<p>(5) Where, following the investigation of a complaint relating to a refusal to give access to a record requested under this Act or a part thereof, the head of a government institution does not give notice to the Information</p>	<p>(5) Dans les cas où, l'enquête terminée, le responsable de l'institution fédérale concernée n'avise pas le Commissaire à l'information que communication du document ou de la partie en cause sera donnée au plaignant, le Commissaire</p>	Recours en révision

Commissioner that access to the record will be given, the Information Commissioner shall inform the complainant that the complainant has the right to apply to the Court for a review of the matter investigated.

[19] Indeed, it appears from the Act that the OIC disposes of a large array of administrative, quasi-judicial and extraordinary powers in the course of its investigation, ranging from the power to make recommendations to the head of the institutions to a report to Parliament. These powers are conferred on the OIC by the Act and are best summarized by Desjardins J.A. in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, above, at paragraph 20:

The Commissioner may then initiate a complaint under section 30 of the Act. He notifies the head of the institution (section 32). He conducts the investigation, in the course of which the institution is given a reasonable opportunity to make representations (subsection 35(2)) and for the purposes of which the Commissioner has extraordinary powers (section 36), including the power to summon and enforce the appearance of persons in the same manner and to the same extent as a superior court of record (paragraph 36(1)(a)), to enter any premises occupied by the government institution (paragraph 36(1)(d)) and to examine any record, as no record may be withheld from him on any grounds (subsection 36(2)). He provides the head of the institution with a report containing his findings and recommendations (paragraph 37(1)(a)). He may specify the time within which the head is to give him notice of any action taken or proposed to be taken to implement the recommendations or reasons why no such action has been or is proposed to be taken (paragraph 37(1)(b)); and reports the findings of his investigations to the complainant (subsection 37(2)), but where a notice has been requested under paragraph 37(1)(b) no report shall be made until the expiration of the time within which the notice is to be given to the Commissioner.

[20] The OIC also has the power to denounce actions or behaviours of uncooperative institutions subject to the Act by reports (annual or special) to Parliament and designated committees of both Houses under sections 38, 39 and 40 of the Act.

[21] Finally, section 41 of the Act allows a party that has been refused access and has made a complaint to the OIC in respect of the refusal, to apply to this Court for a review of the matter.

à l'information informe celui-ci de l'existence d'un droit de recours en révision devant la Cour.

[19] En fait, la lecture de la Loi révèle que le CIC dispose d'un ensemble impressionnant de pouvoirs administratifs, quasi judiciaires et exceptionnels aux fins de ses enquêtes, pouvoirs qui vont de celui de faire des recommandations aux responsables des institutions fédérales concernées jusqu'à celui de présenter un rapport au Parlement. C'est la juge Desjardins qui propose la récapitulation la plus utile de ces pouvoirs que la Loi confère au CIC, au paragraphe 20 de l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, précité :

Le Commissaire peut alors porter plainte lui-même selon l'article 30 de la Loi. Il avise le responsable de l'institution (article 32). Il mène l'enquête au cours de laquelle l'institution a la possibilité de présenter ses observations (paragraphe 35(2)) et pour les fins de laquelle le Commissaire dispose de pouvoirs exceptionnels (article 36), notamment celui d'assigner et de contraindre les témoins de la même façon et dans la même mesure qu'une cour d'archives (alinéa 36(1)a)), de pénétrer dans les locaux occupés par l'institution fédérale (alinéa 36(1)d)) et d'avoir accès à tout document, aucun ne pouvant lui être refusé, pour quelque motif que ce soit (paragraphe 36(2)). Il présente au responsable de l'institution un rapport contenant ses conclusions et ses recommandations (alinéa 37(1)a)). Il peut donner au responsable un délai pour permettre à l'institution de l'aviser des mesures prises ou envisagées pour mettre en œuvre les recommandations ou pour lui donner les motifs invoqués pour ne pas y donner suite (alinéa 37(1)b)); et rend compte au plaignant des conclusions de son enquête (paragraphe 37(2)), étant entendu que ce compte rendu, dans le cas de l'alinéa 37(1)b), ne peut être fait qu'une fois l'expiration du délai imparti.

[20] Le CIC est également investi, par les articles 38, 39 et 40 de la Loi, du pouvoir de dénoncer les actes ou les comportements des institutions assujetties à la Loi qui font preuve de mauvaise volonté, au moyen de rapports (annuels ou spéciaux) qu'il présente au Parlement et à des comités désignés de l'une ou l'autre des Chambres.

[21] Enfin, l'article 41 de la Loi permet à la personne qui a fait une demande de communication à qui l'on a opposé un refus et qui a porté plainte à cet égard devant le CIC, d'exercer un recours en révision de ce refus devant la Cour :

Review by
Federal
Court

41. Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Information Commissioner are reported to the complainant under subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

41. La personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l'information peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

Révision
par la
Cour
fédérale

THE ISSUES

[22] There are essentially three issues to be addressed in the context of this application for judicial review:

(a) Is the application moot, in light of the fact that all ATI requests have been responded to by the CBC at the time of the hearing?

(b) If the issue is found not to be moot, does the Act allow a deemed refusal to be cured by the Information Commissioner setting out a new time limit within which the notice required under sections 7 and 10 must be given? And does this Court have jurisdiction under section 41 of the Act to judicially review the determination of a delay for answering ATI requests approved by the OIC in the exercise of his power under the Act?

(c) Was the conduct of either one of the parties throughout these proceedings unreasonable, outrageous, vexatious and reprehensible so as to justify costs on a solicitor-client basis?

ANALYSIS

(a) Mootness

[23] The respondent CBC relies heavily on the order of Madam Prothonotary Tabib for the proposition that this application is moot as a result of the fact that all ATI requests have now been responded to by the CBC. It is indeed clear from a reading of that order, and, in particular, the extract quoted at paragraph 13 of these reasons, that the evolving mootness of this application was of

LES QUESTIONS EN LITIGE

[22] Il y a essentiellement trois questions à examiner dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire :

a) La présente demande est-elle dénuée d'objet, étant donné que la SRC avait répondu à toutes les demandes d'AAI au moment de l'audience?

b) Dans la négative, la Loi permet-elle que la fixation par le Commissaire à l'information d'un nouveau délai pour l'avis prévu aux articles 7 et 10 remédie à un refus présumé? Et la Cour a-t-elle compétence, en vertu de l'article 41 de la Loi, pour contrôler judiciairement une prorogation du délai de réponse à des demandes d'AAI que le CIC a approuvée dans l'exercice des pouvoirs que lui confère la Loi?

c) La conduite de l'une ou l'autre des parties dans le cadre de la présente instance justifie-t-elle l'adjudication de dépens avocat-client au motif qu'elle serait abusive, outrageante, vexatoire et répréhensible?

ANALYSE

a) La question du caractère théorique

[23] La défenderesse la SRC s'appuie dans une grande mesure sur l'ordonnance de la protonotaire Tabib pour affirmer que la présente instance est sans objet étant donné qu'elle a maintenant répondu à toutes les demandes d'AAI. Il apparaît en effet clairement à la lecture de cette ordonnance, en particulier du passage cité au paragraphe 13 des présents motifs, que l'évolution de la présente

paramount importance to her in allowing this application to continue. Not only does she mention the “mootness” condition twice at page 5 of her order, but she also states that “[i]t is, accordingly, an acknowledged moving target but only in that its scope is liable to shrink”.

[24] Not only has the applicant himself acknowledged that his application becomes moot with respect to every ATI request which receives a response, but this position appears to be in line with the case law on the subject. In *Canada (Information Commissioner) v. Canadian Cultural Property Export Review Board*, 2002 FCA 150, 20 C.P.R. (4th) 214, for example, Strayer J.A. (writing for the Court) found that an application is moot where records are already disclosed at the time of the hearing.

[25] The decision of the Federal Court of Appeal in *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, above, also bears some resemblance to the present case. The applicant had asked the Minister of National Defence for access to a report, but the Minister had persistently failed to notify the applicant as to whether disclosure would be given. The applicant complained to the Information Commissioner, who initiated a complaint given the Minister’s continuing failure to meet the time limits he had set for itself. The Commissioner could have initiated his investigation as if there had been a true refusal. Instead, he chose another approach. He hoped to persuade the Minister to voluntarily give the notice required under sections 7 and 10, and tried to transform, as it were, what was then a deemed refusal into a true refusal. For all practical purposes, the Commissioner split his investigation into two parts, initially trying to solicit a response from the Minister so he could then consider the merits of whatever response might be provided.

[26] While he was still working on the first part of his investigation, the Commissioner lost patience and gave the Minister 15 days to give its notice of refusal, warning that he would otherwise pursue the matter in the Federal Court. There was never any question of considering the

instance vers l’absence d’objet a joué un rôle primordial dans la décision d’en autoriser la poursuite. Non seulement la protonotaire mentionne la condition du [TRADUCTION] « caractère théorique » deux fois à la page 5 de son ordonnance, mais elle écrit aussi : [TRADUCTION] « Nous avons par conséquent affaire ici à une demande mouvante reconnue comme telle, mais mouvante seulement en ce que son objet est susceptible de diminuer. »

[24] Non seulement le demandeur a reconnu lui-même que sa demande de contrôle judiciaire devient sans objet à l’égard de chaque demande d’AAI qui reçoit une réponse, mais cette position semble concorder avec la jurisprudence relative à la question. Le juge Strayer, par exemple, écrivant au nom de la Cour dans l’arrêt *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Commission d’examen des exportations de biens culturels)*, 2002 CAF 150, a conclu que la demande de contrôle judiciaire est sans objet dans le cas où les documents ont déjà été communiqués au moment de l’audience.

[25] L’affaire qui a donné lieu à l’arrêt de la Cour d’appel fédérale *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, précité, ressemble aussi dans une certaine mesure à la présente espèce. Le ministre de la Défense nationale avait omis avec persistance d’informer le demandeur s’il lui communiquerait ou non le rapport demandé. Le demandeur avait porté plainte devant le Commissaire à l’information, qui avait ouvert une enquête, étant donné que le ministre dépassait l’un après l’autre les délais qu’il s’était fixés. Le Commissaire aurait pu ouvrir son enquête comme s’il y avait eu refus explicite de communication, mais il a plutôt opté pour une autre approche. Il espérait convaincre le ministre de donner volontairement l’avis que prévoient les articles 7 et 10 et a pour ainsi dire essayé de transformer ce qui était jusqu’alors un refus présumé en un refus explicite. En pratique, le Commissaire a scindé son enquête en deux, essayant d’abord d’obtenir une réponse du ministre, quelle qu’elle fût, de manière à pouvoir ensuite en évaluer le bien-fondé.

[26] Pendant qu’il travaillait encore à la première partie de son enquête, le Commissaire a perdu patience et a sommé le ministre de donner son avis de refus dans les 15 jours, faute de quoi il porterait l’affaire devant la Cour fédérale. Il n’a à aucun moment été question

merits of the refusal, and the Commissioner's recommendation dealt with the answer to be given, not at all with access to the record. Following a response by the Minister within the time limit the Commissioner had set, whereby partial release of the records sought was made, the Commissioner filed a notice of application for review in the Federal Court pursuant to paragraph 42(1)(a) of the Act. The Commissioner sought an order directing the Minister not only to give written notice to the applicant as to whether or not access to each of the requested records would be given, but also an order that the Minister give the applicant access to each of the requested records for which the Minister was deemed to have decided to refuse access if the Court was of the view that the Minister had not established the merits of the refusal to give access to those records.

[27] The Federal Court of Appeal agreed with the Trial Judge [(1996), 120 F.T.R. 207] that it was premature to rule on the second stage of the investigation. A disclosure out of time did not necessarily nullify the government institution's right to avail itself of the exemptions and exceptions provided by the Act, as the Commissioner still had the opportunity to consider the merits of the exemptions and exceptions and to solicit the comments of the government institution. The Court therefore found that the Commissioner could not act as if he had investigated the merits of what until then had been a deemed refusal, although he had not yet done so.

[28] In the present case, the Commissioner chose to follow a similar approach. He decided to have the institution take a position in each of the requests for access so that the requester could then consider the merits of whatever answer might be provided, together with the records or part thereof and the specific provisions of the Act under which the refusal is based, if the case arises. There was never any question for the Commissioner to consider the merits of any specific provision of the Act on which a refusal to disclose may be based. The Commissioner's recommendations and the CBC's undertakings aim to provide a full response to the access requester. The requester could then bring a complaint with respect to the merits of the refusals, if any. The applicant acknowledged as much before the Prothonotary.

d'examiner le bien-fondé du refus : la recommandation du Commissaire portait sur la réponse à donner et aucunement sur la communication du document demandé. Après que le ministre eut répondu dans le délai que lui avait fixé le Commissaire en donnant communication partielle des documents demandés, le Commissaire a exercé un recours en révision devant la Cour fédérale en application de l'alinéa 42(1)a) de la Loi. Il sollicitait une ordonnance enjoignant au ministre non seulement d'aviser par écrit le demandeur de ce qu'il lui serait ou non donné communication de chacun des documents demandés, mais aussi de mettre à sa disposition chacun des documents dont il était réputé avoir refusé la communication, dans le cas où la Cour conclurait qu'il n'aurait pas établi le bien-fondé de son refus de communication de ces documents.

[27] La Cour d'appel fédérale a confirmé la conclusion du juge de première instance [[1996] A.C.F. n° 1265 (1^{re} inst.) (QL)] selon laquelle il était prématuré de statuer sur la seconde étape de l'enquête. La communication hors délai n'annulait pas nécessairement le droit de l'institution fédérale de se prévaloir des dérogations et exceptions que prévoit la Loi, tout comme il restait loisible au Commissaire d'examiner le bien-fondé de l'application de ces dérogations et exceptions et de demander à l'institution fédérale de lui soumettre ses observations à ce sujet. La Cour a donc conclu qu'il n'était pas permis au Commissaire de faire comme s'il avait examiné au fond ce qui jusque-là restait un refus présumé, alors qu'il n'avait pas encore effectué cet examen.

[28] Dans la présente affaire, le Commissaire a opté pour une approche semblable. Il a décidé d'amener l'institution à prendre position à propos de chacune des demandes d'AAI pour que la personne qui a fait la demande de communication puisse ensuite examiner le bien-fondé de la réponse qu'il recevrait, quelle qu'elle fût, ainsi que les documents ou parties de documents dont il lui aurait été donné communication et les dispositions particulières de la Loi qu'on aurait invoquées, le cas échéant, pour justifier un refus. Il n'a jamais été question pour le Commissaire d'examiner le bien-fondé d'un refus explicite de communication en fonction d'une disposition déterminée de la Loi qu'on aurait invoquée pour le justifier. Les recommandations du Commissaire et les engagements de la SRC avaient pour but la fourniture

[29] It is not entirely clear from the reasons of Desjardins J.A. whether the Federal Court has jurisdiction to grant a remedy to direct a government institution to respond to an access request within a set time period, an issue I will be dealing with at more length shortly. On the other hand, it is quite clear from her reasons that the first remedy sought, that is—to compel the institution to give the required notice—had become moot because the institution had complied with the Commissioner’s request by the time of the hearing before the Trial Judge (see paragraph 25 of her reasons).

[30] For all of these reasons, I am therefore of the view that the application is now moot as all the records requested by the applicant had been disclosed at the time of the hearing. That being said, I believe this is a case where the Court ought to exercise its discretion to hear the application notwithstanding its mootness. The applicant raises issues that are of interest to other potential litigants and which have never been addressed by courts before, i.e. whether a deemed refusal can be cured by the Information Commissioner setting out a new time limit within which the notice required under sections 7 and 10 must be given, and whether this Court has jurisdiction to judicially review the determination of a delay for answering ATI requests approved by the OIC in the exercise of its power under the Act.

(b) The jurisdiction of this Court

[31] It is not disputed that the CBC was deemed to have refused disclosure of all the records requested by the applicant, as it did not respond to the access requests within 30 days after these requests were received and did not avail itself of section 9 of the Act entitling it to extend the time to reply. The applicant contends that the CBC could not cure these deemed refusals by agreeing, seven months after the initial requests and at the behest of the OIC, to provide responses by April 1, 2009.

d’une réponse complète à l’auteur de la demande de communication. Il était ensuite loisible à ce dernier de porter plainte quant au bien-fondé des refus, le cas échéant. Le demandeur a reconnu tout cela devant la protonotaire.

[29] Les motifs de la juge Desjardins ne répondent pas très clairement à la question de savoir si la Cour fédérale a compétence pour accorder la réparation consistant à ordonner à l’institution fédérale de répondre à une demande d’AAI dans un délai déterminé, question que j’examinerai ci-dessous de manière plus approfondie. Par contre, il ressort clairement de ses motifs que la première réparation sollicitée, soit obliger l’institution à donner l’avis prescrit, était devenue sans objet parce que celle-ci s’était conformée aux instructions du Commissaire à la date de l’audience de première instance (voir le paragraphe 25 des motifs de la juge Desjardins).

[30] Pour tous ces motifs, j’estime que la présente demande est maintenant sans objet puisque le demandeur avait reçu communication de tous les documents demandés au moment de l’audience. Cela dit, je pense aussi que nous avons ici affaire à un cas où la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d’examiner la demande au fond malgré son caractère théorique. Le demandeur met en litige des questions susceptibles d’intéresser d’autres plaideurs éventuels et qui n’ont jamais auparavant fait l’objet d’un examen judiciaire, soit celles de savoir si la fixation par le Commissaire à l’information d’un nouveau délai pour l’envoi de l’avis prévu aux articles 7 et 10 peut remédier à un refus présumé, et si la Cour a compétence pour contrôler judiciairement une prorogation du délai de réponse à des demandes d’AAI que le CIC a approuvée dans l’exercice des pouvoirs que lui confère la Loi.

b) La compétence de la Cour

[31] Il n’est pas contesté que la SRC était réputée avoir refusé la communication de tous les documents demandés par le demandeur, étant donné qu’elle n’avait pas répondu aux demandes d’AAI dans les 30 jours suivant leur réception et qu’elle ne s’était pas prévalu de la possibilité de proroger ce délai que lui offrait l’article 9 de la Loi. Le demandeur soutient que la SRC ne pouvait remédier à ces refus présumés en s’engageant, sept mois après les premières demandes de communication et sur l’ordre du CIC, à donner ses réponses au plus tard le 1^{er} avril 2009.

[32] The right to access no doubt encompasses the right to timely access. Having regard to the operative provisions of the Act, Canada's access legislation explicitly mandates that government institutions are to reply to access requests within specified time frames. To the extent that an institution requires additional time in which to respond, the Act specifically provides a limited-use mechanism through which such time can be claimed.

[33] The provisions governing responses to access requests are clear in their requirements. Where an access request is made in writing to a government institution, there are clearly defined timelines governing the institution's response. Section 9, in particular, provides a mechanism by which an institution unable to respond to access requests in the statutorily mandated time frame may extend the 30-day period. That said, the section is applicable only in limited circumstances and only if proper notification of the extension is provided to the requesting party within 30 days of the institution receiving the access request.

[34] When an institution runs afoul of the timelines prescribed by the Act, subsection 10(3) deems the institution to have refused access to the requested documents with the result that the government institution, the complainant and the OIC are placed in the same position as if there had been an explicit refusal within the meaning of section 7 of the Act. By incorporating subsection 10(3) into the access regime, Parliament ensured that government institutions could not avoid access obligations by way of delay or non-response and provided a mechanism through which requesting parties are able to file a complaint and eventually seek review from the Court.

[35] Once an institution is deemed to have refused access, it cannot unilaterally relieve itself of that deemed refusal and is proscribed from remedying it by simply granting itself a further time extension. Unlike the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], the *Access to Information Act* does not provide for an extension of time mechanism when an institution fails to claim it within the statutory time period. This is not to

[32] Il ne fait aucun doute que le droit d'accès à l'information comprend le droit de recevoir communication des documents demandés dans les délais voulus. L'examen du dispositif de la Loi montre que la législation canadienne sur l'accès à l'information prescrit explicitement aux institutions fédérales de répondre aux demandes d'AAI dans des délais déterminés. La Loi prévoit explicitement aussi un mécanisme à usage limité permettant à l'institution de demander plus de temps pour établir sa réponse, dans la mesure où elle en a besoin.

[33] Les dispositions régissant les réponses aux demandes d'AAI énoncent des prescriptions claires. L'institution fédérale dispose de délais nettement définis pour répondre aux demandes écrites de communication. Notamment, l'article 9 prévoit un mécanisme par lequel l'institution qui se voit incapable de répondre à des demandes de communication dans le délai prescrit de 30 jours peut proroger celui-ci. Cet article n'est cependant applicable que dans des circonstances déterminées et seulement si l'institution avise valablement la personne qui a fait la demande dans les 30 jours suivant la réception de sa demande de communication.

[34] Le paragraphe 10(3) dispose que l'institution qui ne respecte pas les délais prescrits par la Loi est réputée avoir refusé la communication des documents demandés, de telle façon que cette institution, le plaignant et le CIC se trouvent ainsi placés dans la même position que s'il y avait eu refus explicite prévu à l'article 7 de la Loi. En incorporant ce paragraphe dans le régime de l'accès à l'information, le législateur a fait en sorte que les institutions fédérales ne puissent se dérober à leurs obligations de communication en différant leur réponse ou en ne répondant pas, et a établi un mécanisme permettant aux personnes ayant fait une demande de porter plainte et, au besoin, d'exercer un recours en révision devant la Cour.

[35] Une fois qu'elle est réputée avoir refusé la communication de documents, l'institution fédérale ne peut unilatéralement réparer ce refus présumé ni en supprimer les effets en s'accordant simplement une prorogation. Contrairement aux *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], la *Loi sur l'accès à l'information* ne prévoit pas de mécanisme permettant la prorogation dans le cas où une

say, however, that the deemed refusal cannot be cured. It is then for the Information Commissioner, having received a complaint from the person who has been refused access, to investigate the matter and to make a report.

[36] Following a complaint, the OIC has the power to issue recommendations that he considers appropriate to solve such complaints, pursuant to subsection 37(1). That power encompasses the right to set a time frame within which an institution has to respond to a request for documents and to follow up with the institution on the action plan undertaken by the institution to comply with that time frame. At that stage, the requirements found in section 9 of the Act are no longer applicable, contrary to the applicant's submissions. It is for the Commissioner to assess the circumstances and to determine a reasonable extension of time to comply with its recommendations.

[37] Could the applicant come to the Court, within 45 days after he received the letter from the Commissioner reporting the results of his investigation of his complaints, to review the matter pursuant to section 41 of the Act? As previously mentioned, the relief sought by the applicant is twofold: first, he requested the CBC disclose those documents that had not yet been disclosed at the time of his amended application, and second, he asked that the CBC be found to have acted unreasonably in failing to respond to his access requests in accordance with the provisions of the Act.

[38] As previously mentioned, the first relief has been overtaken by events. At the time of the hearing, the applicant had been provided with a response to all of his requests. Despite the ambiguity of his application, this is clearly what he was seeking; he made it clear before the Prothonotary that what he meant by a response was either the communication of the information or a refusal (total or partial) of the communication. As a result, the issue is not only moot but this Court has no jurisdiction to entertain the application since he has not been refused what he was seeking from the CBC.

institution omettrait de la demander dans le délai prescrit. Cela ne veut cependant pas dire qu'il ne peut être remédié au refus présumé. Il appartient au Commissaire à l'information, une fois qu'il a reçu une plainte de la personne à qui l'on a refusé communication de documents, de faire enquête sur la question et d'établir un rapport.

[36] Le paragraphe 37(1) confère au CIC le pouvoir d'adresser à l'institution qui fait l'objet d'une plainte les recommandations qu'il juge indiquées pour la régler. Ce pouvoir comprend le droit de fixer à l'institution le délai dans lequel elle devra répondre à la demande de documents et d'exiger d'elle qu'elle l'informe des mesures prises ou envisagées pour respecter ce délai. À cette étape, les prescriptions de l'article 9 de la Loi ne s'appliquent plus, contrairement aux prétentions du demandeur. C'est au Commissaire qu'il appartient dès lors d'évaluer les circonstances et de fixer une prorogation raisonnable pour la mise en œuvre de ses recommandations.

[37] Était-il permis au demandeur d'exercer devant notre Cour, dans un délai de 45 jours suivant la lettre du Commissaire lui rendant compte des résultats de l'enquête sur ses plaintes, le recours en révision que prévoit l'article 41 de la Loi? Comme je le disais plus haut, le demandeur sollicitait deux réparations : premièrement, que la SRC lui communique les documents non encore fournis à la date de sa demande modifiée; deuxièmement, une déclaration portant que la SRC s'est conduite de manière abusive en omettant de répondre à ses demandes d'AAI conformément aux dispositions de la Loi.

[38] Comme on l'a également vu, la première réparation a été devancée par les événements. Au moment de l'audience, le demandeur avait reçu réponse à toutes ses demandes de communication. Malgré l'ambiguïté de sa demande de contrôle judiciaire, c'est clairement ce qu'il cherchait à obtenir; il a en effet bien précisé devant la protonotaire qu'il entendait par réponse soit la communication des documents demandés, soit un refus explicite (total ou partiel) de cette communication. Par conséquent, non seulement cette question est maintenant sans objet, mais la Cour n'a pas compétence pour instruire la présente demande puisque la SRC n'a pas refusé au demandeur ce qu'il voulait obtenir d'elle.

[39] But I would go even further. It seems to me the applicant could not apply to the Court while the CBC was still within the time frame set by the Commissioner. The Commissioner could have chosen to initiate his investigation, upon the complaint of the applicant, as if there had been a true refusal. Just as in the case of *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, above, he chose instead to split his investigation and to try to get a response from the institution, leaving for a second stage the examination of the merits of whatever response might be provided. As a result, the applicant could not apply to the Court until April 1, 2009, as it could not yet be said until the expiry of that delay period granted by the Commissioner that the CBC had refused access to the records.

[40] Section 41 of the Act states that an applicant may apply to the Court if he or she has been refused access to a record and has complained to the Commissioner in respect of that refusal. It is clear from the context of the Act read as a whole and from the wording of that section that the Court was granted jurisdiction in cases where access to the record had been denied, in whole or in part. This is consistent with section 37 of the Act, focused as it is on the actual content of the response provided by a government institution and its conformity with the Act.

[41] Of course, the Commissioner could have initiated his investigation as if there had been a true refusal, without giving the CBC any further delay to respond. In such a scenario, the applicant could have come to the Court and sought a review if the CBC had not complied with the findings and recommendations of the Commissioner. But this was not the course of action chosen by the Commissioner. Accordingly, it was premature to come to the Court before April 1, 2009. In other words, I do not think this Court has jurisdiction to judicially review the determination of a delay for answering ATI requests approved by the OIC in the exercise of its power under the Act.

[42] While I have been unable to find any precedent dealing specifically with this issue, there have been cases where an applicant brought an application to the Court

[39] J'irais même plus loin. Il me semble qu'il n'était pas permis au demandeur de présenter une demande devant la Cour pendant que la SRC respectait encore le délai fixé par le Commissaire. Ce dernier aurait pu décider d'ouvrir son enquête, à la suite de la plainte du demandeur, comme s'il y avait eu refus explicite. Cependant, tout comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, précité, il a plutôt décidé de scinder son enquête et d'essayer d'obtenir une réponse de l'institution, remettant à une seconde étape l'examen du bien-fondé de la réponse, quelle qu'elle soit, qui serait donnée. Par conséquent, il n'était pas permis au demandeur d'exercer un recours devant la Cour avant le 1^{er} avril 2009 puisqu'on ne pouvait dire avant cette date, qui marquait l'expiration du délai accordé par le Commissaire, que la SRC lui avait refusé communication des documents en cause.

[40] L'article 41 de la Loi dispose que la personne qui s'est vu refuser communication d'un document et qui a déposé une plainte à ce sujet devant le Commissaire peut exercer un recours en révision de ce refus devant la Cour. Il ressort clairement de l'ensemble de la Loi et du libellé de cet article que la Cour a compétence sur les cas où la communication partielle ou totale a été refusée. Cette interprétation est compatible avec l'article 37 de la Loi, qui est axé sur la teneur de la réponse donnée par l'institution fédérale et sa conformité avec la Loi.

[41] Évidemment, le Commissaire aurait pu ouvrir son enquête en faisant comme s'il y avait eu refus explicite, sans proroger le délai de réponse de la SRC. Dans cette hypothèse, le demandeur aurait pu exercer un recours en révision devant la Cour si la SRC ne s'était pas conformée aux conclusions et recommandations du Commissaire. Mais ce n'est pas la démarche qu'a choisie le Commissaire. En conséquence, il était prématuré de s'adresser à la Cour avant le 1^{er} avril 2009. Autrement dit, je ne pense pas que la Cour soit compétente pour contrôler judiciairement une prorogation du délai de réponse à des demandes d'AAI que le CIC a approuvées dans l'exercice des pouvoirs que lui confère la Loi.

[42] Je n'ai pu trouver aucun précédent portant précisément sur cette question, mais il est arrivé à quelques reprises qu'un demandeur ait déposé une demande de

after a government institution, despite having sought a time extension, had failed to respond before the expiry of the extended deadline. In the first decision, the Court concluded that it had jurisdiction to entertain a judicial review even if the response was provided before the hearing: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)*, [1990] 3 F.C. 514 (T.D.). This interpretation, however, was rejected in two subsequent decisions: see *X v. Canada (Minister of National Defence)* (1990), 41 F.T.R.16 (F.C.T.D.) and *X v. Canada (Minister of National Defence)*, [1991] 1 F.C. 670 (T.D.). In that last decision, Justice Strayer [at page 680] explicitly endorsed the approach taken by Dubé, J. in the preceding case and wrote that “unless there is a genuine and continuing refusal to disclose and thus an occasion for making an order for disclosure or its equivalent, no remedy can be granted by this Court.”

[43] I am therefore reinforced in my view that this Court does not have jurisdiction to entertain the application filed by the applicant. Even if the CBC was initially in a deemed refusal situation, it could not be said at the time of the hearing that the applicant had a genuine and continuing claim of refusal of access. Further, it is not much of a stretch to add that the applicant did not have a genuine and continuing claim of refusal of access either during the extension period given to the CBC to respond to his requests.

[44] I am further of the opinion that this Court has no jurisdiction to make a declaratory judgment reprimanding the behaviour of an institution. I adopt as mine the following remarks made by Justice Strayer in *X v. Canada (Minister of Defence)*, [1991] 1 F.C. 670 (T.D.), at page 678:

The applicant here does not come within section 41, the only section relevant to the present situation and the one on which he relies, because he has not been refused access: access was delayed but in fact has long since been given to him and within the time limits permitted by the statute. That being the case there can be no remedy granted under sections 49 or 50, the sections authorizing appropriate orders by the Court, because those remedial powers arise only where the Court finds a refusal to disclose a record. I am satisfied that where those sections authorize “such other order as the Court deems appropriate”

contrôle judiciaire devant la Cour après qu’une institution fédérale eut laissé expirer sans réponse la prorogation qu’elle avait pourtant demandée. Dans la première décision, la Cour a conclu qu’elle avait compétence pour instruire une demande de contrôle judiciaire même si la réponse avait été donnée avant l’audience : *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministère des Affaires extérieures)*, [1990] 3 C.F. 514 (1^{re} inst.). Cette interprétation a cependant été rejetée dans deux décisions ultérieures, soit *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1990), 41 F.T.R. 16 (C.F. 1^{re} inst.), et *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1991] 1 C.F. 670 (1^{re} inst.). Dans cette dernière décision, le juge Strayer [à la page 680], souscrivant explicitement au point de vue adopté par le juge Dubé dans la décision précédente, a conclu que, « à moins que le refus de communication ne soit réel et continu et qu’il ne soit, par conséquent, possible de rendre une ordonnance de communication ou une ordonnance en ce sens, la Cour ne peut accorder de redressement ».

[43] Je me trouve donc ainsi conforté dans mon opinion que la Cour n’a pas compétence pour instruire la demande présentée par le demandeur. Même si la SRC se trouvait à l’origine en situation de refus présumé, le demandeur ne pouvait invoquer au moment de l’audience un refus de communication réel et continu. En outre, il semble en découler naturellement que le demandeur ne pouvait non plus invoquer un tel refus pendant la prorogation accordée à la SRC pour répondre à ses demandes d’AAI.

[44] J’estime également que la Cour n’a pas compétence pour rendre un jugement déclaratoire blâmant la conduite d’une institution fédérale. À ce propos, je reprends à mon compte les observations suivantes formulées par le juge Strayer à la page 678 de la décision *X c. Canada (Ministre de la Défense)*, [1991] 1 C.F. 670 (1^{re} inst.) :

En l’espèce, le requérant ne peut invoquer l’article 41, le seul article pertinent dans la présente situation et sur lequel il se fonde parce qu’il n’y a pas eu refus de communication : il y a eu prorogation du délai de communication, mais il a obtenu le dossier depuis longtemps et avant l’expiration du délai permis par la Loi. Dans les circonstances, il n’existe pas de recours en vertu des articles 49 et 50, les articles qui permettent à la Cour de rendre les ordonnances qu’elle estime indiquées, puisque ces recours ne peuvent s’exercer que lorsque la Cour conclut à un refus de communication d’un document. Je suis convaincu

such orders must be directly pertinent to providing access or its equivalent where there is first a finding that access has been refused. Refusal of access is a condition precedent to an application under those sections and the only matter to be remedied by the Court where it finds for the applicant. The reference to “such other order”, in my view, only authorizes the Court to modify the form of the remedy to achieve disclosure in some form or perhaps to declare that disclosure should have been made where the record no longer exists.

[45] A government institution may well be open for criticism in its dealing with a particular request, or as a result of systemic deficiencies in complying with the Act. These should not be taken lightly, as the Act has been interpreted as providing Canadians with quasi-constitutional rights of access to records under the control of government institutions, thus enabling them to participate meaningfully in the democratic process and ensuring that politicians and bureaucrats remain accountable to citizens. But the role of this Court is only to intervene where a genuine and continuing refusal of access can be demonstrated. Political and administrative sanctions are available to deal with delay issues and reprehensible behaviour of institutions.

(c) Costs

[46] The applicant has sought costs on a solicitor-client basis, arguing that the CBC “retrenched into a defensive and adversarial stance” at every step of the process and argued issues of jurisdiction and procedural irregularities instead of providing responses. The CBC, of course, vehemently denies these allegations.

[47] Rule 400 [as am. by SOR/2002-417, s. 25(F)] of the *Federal Courts Rules* deals with the awarding of costs between parties and states that costs are granted under the complete discretion of the Court. Paragraph 400(6)(c) indicates that, further to its general discretion as to costs, “the Court may ... award all or part of costs on a solicitor-and-client basis”.

que lorsque ces articles permettent à la Cour de rendre « une autre ordonnance si elle l’estime indiqué », cette ordonnance doit porter directement sur la communication à donner, ou sur une mesure équivalente, lorsqu’il y a eu d’abord constatation du refus de communication. Ce refus est une condition préalable à une requête déposée en vertu de ces articles et c’est la seule situation à laquelle la Cour peut remédier lorsqu’elle conclut en faveur du requérant. La mention d’une « autre ordonnance » ne permet, à mon avis, à la Cour que de modifier la forme de redressement pour en arriver à la communication ou peut-être à prononcer que la communication aurait dû être faite lorsque le document n’existe plus.

[45] Il peut fort bien arriver qu’une institution fédérale prête le flanc à la critique pour sa conduite à l’égard d’une demande d’AAI déterminée ou par suite de défauts systémiques qui l’empêchent de se conformer à la Loi. Ces défauts et omissions ne doivent pas être pris à la légère, étant donné que la Loi est interprétée comme conférant aux Canadiens des droits quasi constitutionnels d’accès aux documents relevant des institutions fédérales, leur permettant ainsi de participer véritablement à la vie démocratique tout en faisant en sorte qu’élus et fonctionnaires restent responsables de leurs actes devant les citoyens. Mais le rôle de la Cour consiste seulement à intervenir dans les cas où est établi un refus de communication réel et continu. Il reste toujours possible de prendre des mesures politiques et administratives pour régler les questions de retard et sanctionner la conduite répréhensible des institutions.

c) Les dépens

[46] Le demandeur sollicite l’adjudication des dépens sur une base avocat-client au motif que la SRC [TRADUCTION] « a adopté une attitude défensive et d’affrontement » à chaque étape du processus et a soulevé des questions de compétence et d’irrégularités de procédure au lieu de fournir les réponses demandées. La SRC, bien sûr, conteste vigoureusement ces affirmations.

[47] L’adjudication des dépens entre parties est régie par la règle 400 [mod. par DORS/2002-417, art. 25(F)] des *Règles des Cours fédérales*, qui confère à la Cour un pouvoir discrétionnaire complet en cette matière. L’alinéa 400(6)c) porte que, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire général touchant les dépens, « la Cour peut [...] adjuger tout ou partie des dépens sur une base avocat-client ».

[48] It is clear that the solicitor-client costs are awarded only in exceptional circumstances (*Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405, at paragraph 86):

The general rule in this regard is that solicitor-client costs are awarded only on very rare occasions, for example when a party has displayed reprehensible, scandalous or outrageous conduct Reasons of public interest may also justify the making of such order. . . .

[49] A “reprehensible, scandalous and outrageous conduct” has been defined by case law as follows (*Microsoft Corp. v. 9038-3746 Quebec Inc.*, 2007 FC 659, 59 C.P.R. (4th) 155, at paragraph 16):

“Reprehensible” behaviour is that deserving of censure or rebuke; blameworthy. “Scandalous” comes from scandal which may describe a person, thing, event or circumstance causing general public outrage or indignation. Among other things, “outrageous” behaviour is deeply shocking, unacceptable, immoral and offensive.

[50] In awarding costs, case law stands for the proposition that courts should consider the behaviour of a party that has caused substantial, unnecessary difficulty or expense for another party in prosecuting or defending an action, or has required a party to be involved in unnecessary proceedings: see *Stamicarbon B.V. v. Urea Casale S.A.*, [2001] 1 F.C. 172 (T.D.), at paragraph 24.

[51] In this respect, it appears from the affidavits and the cross-examinations filed in the record that it is the applicant’s conduct that has been far from exemplary. First of all, the Prothonotary was quite critical of the applicant’s behaviour with respect to the Court’s Rules, and granted costs to the CBC despite the fact that she dismissed the respondent’s motion to dismiss the applicant’s application.

[52] Second, Mr. Statham continued to show disrespect for the Rules by failing to properly amend his affidavit and his amended application, notably by trying to add a conclusion in his memorandum of fact and law that was

[48] Il est clair que les dépens avocat-client ne sont adjugés que dans des cas exceptionnels (*Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405, au paragraphe 86) :

La règle générale en la matière veut que des dépens entre avocat et client ne soient accordés qu’en de rares occasions, par exemple lorsqu’une partie a fait preuve d’une conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante [...] Des raisons d’intérêt public peuvent également fonder une telle ordonnance [...]

[49] La jurisprudence définit comme suit la « conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante » (*Microsoft Corp. c. 9038-3746 Québec Inc.*, 2007 CF 659, au paragraphe 16) :

Constitue une conduite « répréhensible » celle qui mérite une réprimande, un blâme. Le mot « scandaleux » est dérivé de scandale, un terme pouvant désigner une personne, un objet, un événement ou une situation qui suscite la colère ou l’indignation publique. Le mot « outrageant » décrit notamment une conduite profondément choquante, inacceptable, immorale et injurieuse [...]

[50] La jurisprudence porte que, dans l’adjudication des dépens, les tribunaux doivent prendre en considération la question de savoir si l’une des parties a causé à une autre des difficultés ou des dépenses considérables et inutiles dans la poursuite ou la contestation de l’action, ou l’a obligée à s’engager dans des formalités judiciaires inutiles : voir le paragraphe 24 de la décision *Stamicarbon B.V. c. Urea Casale S.A.*, [2001] 1 C.F. 172 (1^{re} inst.).

[51] À ce propos, il appert des affidavits et des transcriptions de contre-interrogatoires versés au dossier que c’est la conduite du demandeur qui a été loin d’être exemplaire. Premièrement, la protonotaire a vivement critiqué la manière dont le demandeur s’était comporté à l’égard des Règles de la Cour et elle a adjugé les dépens à la SRC malgré le fait qu’elle a rejeté la requête du défendeur en radiation de la demande du demandeur.

[52] Deuxièmement, M. Statham a continué à manifester son manque de respect des Règles en omettant de modifier correctement son affidavit et sa demande modifiée. En effet, il a notamment essayé d’ajouter à son

not sought in his amended application and by failing to properly amend his affidavit in leaving a non-relevant paragraph containing allegations that make reference to ATI requests not covered by this application.

[53] Third, Mr. Statham made a number of gratuitous allegations against the OIC and, to a lesser extent, against the CBC. Indeed, the OIC sought and was granted leave to intervene in part to refute some of these allegations. Mr. Statham eventually withdrew these allegations.

[54] All things considered, however, I am not prepared to hold that Mr. Statham's conduct in these proceedings has reached the level required to make an award of costs on a solicitor-client basis. While he may have been careless in his application of the Rules and may have gone too far in claiming that the CBC and the OIC acted unreasonably and behaved antithetically with respect to their respective obligations under the Act, I do not think that this amounts to a reprehensible, scandalous or outrageous behaviour.

[55] That being said, all of these factors do justify an assessment of costs under the highest column of Tariff B. In coming to that conclusion, I have taken into account the various factors described under subsection 400(3) of the Rules, and more particularly paragraphs 400(3)(c), (g), (i) and (k). This case raised complex issues, which could nevertheless have been narrowed down had the applicant followed the Rules and abided by the Prothonotary's order. As a result of the confusion surrounding the actual relief requested by the applicant, this case went on for much longer than it should have and was marred by a number of unnecessary procedural steps. Indeed, there were 143 entries in the Court index at the time of hearing. In those circumstances, costs at the mid-range of column V under Tariff B are warranted in this application.

exposé des faits et du droit une conclusion qui ne figurait pas dans sa demande modifiée, et il a omis de modifier son affidavit dans les règles en y laissant un paragraphe dénué de pertinence qui contient des allégations relatives à des demandes d'AAI non visées par la présente instance.

[53] Troisièmement, M. Statham a formulé un certain nombre d'allégations gratuites contre le CIC et, dans une moindre mesure, contre la SRC. En fait, c'est en partie afin de pouvoir réfuter certaines d'entre elles que le CIC a demandé et reçu l'autorisation d'intervenir dans la présente espèce. M. Statham a en fin de compte retiré ces allégations.

[54] Tout bien considéré, je ne suis toutefois pas disposé à conclure que les écarts de conduite de M. Statham dans la présente instance aient atteint la gravité nécessaire justifiant l'adjudication des dépens sur une base avocat-client. Il se peut qu'il se soit montré négligent dans l'application des Règles de la Cour et qu'il soit allé trop loin en prétendant que la SRC et le CIC s'étaient conduits de manière abusive et diamétralement opposée à leurs obligations respectives en vertu de la Loi, mais je ne pense pas qu'on puisse voir là une conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante.

[55] Il n'en reste pas moins que ces facteurs me paraissent justifier l'adjudication des dépens selon la colonne V du tableau du tarif B. Je suis parvenu à cette conclusion après avoir pris en considération les divers facteurs énumérés au paragraphe 400(3) des Règles, plus particulièrement ceux de ses alinéas c), g), i) et k). Il est vrai que la présente espèce soulevait des questions complexes, mais elles auraient pu être délimitées plus étroitement si le demandeur avait suivi les Règles et s'était conformé à l'ordonnance de la protonotaire. Par suite de l'incertitude touchant la nature exacte de la réparation sollicitée par le demandeur, la présente instance a duré beaucoup plus de temps qu'elle n'aurait dû et s'est trouvée alourdie de nombreux actes de procédure et formalités inutiles. En fait, on comptait 143 inscriptions à l'index de la Cour au moment de l'audience. Eu égard à ces circonstances, la présente demande justifie la taxation des dépens au milieu de la fourchette prévue à la colonne V du tableau du tarif B.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that this application for judicial review is dismissed, with costs in favour of both respondents at the mid-range of column V under Tariff B.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée et que les dépens, à taxer au milieu de la fourchette prévue à la colonne V du tableau du tarif B, sont adjugés aux deux défendeurs.

A-40-09
2009 FCA 290

A-40-09
2009 CAF 290

Masterpiece Inc. (Appellant)

v.

Alavida Lifestyles Inc. (Respondent)

INDEXED AS: MASTERPIECE INC. V. ALAVIDA LIFESTYLES INC.

Federal Court of Appeal, Sexton, Layden-Stevenson and Trudel, J.J.A.—Ottawa, September 22 and October 13, 2009.

Trade-Marks — Expungement — Appeal from Federal Court decision dismissing appellant’s application for expungement of respondent’s registered trade-mark “Masterpiece Living” — Appellant, respondent operating in retirement residence industry — Appellant apparently using series of unregistered trade-marks since 2001 — Began using mark “Masterpiece Living” in December 2005 or February 2006 — On December 1, 2005, respondent applying to register trade-mark “Masterpiece Living”, application granted in March 2007 — Appellant applying in 2006 to register mark “Masterpiece Living” but application denied — In March 2007, appellant applying unsuccessfully to expunge respondent’s trade-mark on ground confusing as of date of registration — Federal Court not erring by considering confusion only as of date of registration, refusing to consider possibility of future confusion — Present case hinging on Trade-marks Act, s. 16(3), which authorizes registration of proposed trade-mark unless confusing with another mark at date of filing of application — Act, ss. 6(2), 6(3) defining test to determine whether proposed mark confusing — Thus, confusion test for such mark must operate within limits of s. 16(3) — Act, s. 16(3)(a) clearly confining confusion test to “date of filing of the application” — Therefore, in application for expungement grounded on s. 16(3)(a), relevant time to test for confusion is date of filing of application for trade-mark for which expungement sought — Although Act, ss. 6(2), 6(3) using expression “would be likely to lead to the inference”, Federal Court, Federal Court of Appeal case law explicitly defining confusion test in present tense by using expression “is likely to lead” — Therefore, Act, s. 6 constituting hypothetical, not forward-thinking test — French version of Act, s. 6(1) useful with respect to limiting scope of test, using present tense of verb “to cause” (cause de la confusion) rather than conditional tense (causerait de la confusion) as is the case in English version — Two linguistic versions of s. 6(1) having common meaning, are reconcilable — Federal Court thus correct in its interpretation of phrase “would be likely” — Appellant failing to demonstrate

Masterpiece Inc. (appelante)

c.

Alavida Lifestyles Inc. (intimée)

RÉPERTORIÉ : MASTERPIECE INC. C. ALAVIDA LIFESTYLES INC.

Cour d’appel fédérale, juges Sexton, Layden-Stevenson et Trudel, J.C.A.—Ottawa, 22 septembre et 13 octobre 2009.

Marques de commerce — Radiation — Appel d’une décision de la Cour fédérale rejetant la demande de radiation, présentée par l’appelante, de la marque de commerce déposée « Masterpiece Living » de l’intimée — L’appelante et l’intimée exercent leurs activités dans le domaine des résidences pour personnes âgées — L’appelante utilisait censément une série de marques de commerce non enregistrées depuis 2001 — Elle a commencé à employer la marque « Masterpiece Living » soit en décembre 2005 soit en février 2006 — Le 1^{er} décembre 2005, l’intimée a produit une demande d’enregistrement de la marque de commerce « Masterpiece Living »; la demande a été accueillie en mars 2007 — En 2006, l’appelante a produit une demande d’enregistrement de la marque « Masterpiece Living », mais la demande a été repoussée — En mars 2007, l’appelante a demandé en vain la radiation de la marque de commerce de l’intimée au motif qu’elle craint de la confusion à la date de l’enregistrement — La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en examinant la confusion uniquement à compter de la date de l’enregistrement et en refusant de prendre en compte le risque de confusion à l’avenir — L’affaire en l’espèce était liée à l’art. 16(3) de la Loi sur les marques de commerce, qui autorise l’enregistrement d’une marque de commerce projetée, à moins que celle-ci ne crée de la confusion avec une autre marque à la date de production de la demande — Les art. 6(2) et (3) de la Loi définissent le test pour établir si la marque projetée crée de la confusion ou non — En conséquence, l’application du test en matière de confusion à la marque doit s’effectuer dans le cadre de l’art. 16(3) — L’art. 16(3)(a) de la Loi restreint clairement l’application du test en matière de confusion à la « date de production de la demande d’enregistrement » — Par conséquent, dans le cadre d’une demande de radiation fondée sur l’art. 16(3)(a), la date pertinente d’application du test en matière de confusion est la date de production de la demande d’enregistrement de la marque de commerce visée par la radiation — Même si les art. 6(2) et (3) de la Loi emploient l’expression « serait susceptible de faire

Federal Court's analytical approach flawed — Federal Court also not making palpable, overriding error in considering evidence, in reaching conclusion on confusion — Appeal dismissed.

conclure [...] », la jurisprudence de la Cour fédérale et de la Cour d'appel fédérale a expressément énoncé le test en matière de confusion au temps présent : « est susceptible de faire conclure [...] » — Par conséquent, l'art. 6 de la Loi est un critère fondé sur des hypothèses plutôt que sur une approche prospective — Le libellé français de l'art. 6(1) de la Loi est utile pour délimiter l'étendue du critère, employant le verbe « causer » au temps présent « cause de la confusion » et non le conditionnel « causerait de la confusion » (would cause confusion) comme le fait la version anglaise — Les deux versions de l'art. 6(1) ont d'un point de vue linguistique la même signification et elles sont conciliables — L'interprétation par la Cour fédérale de l'expression « serait susceptible » était la bonne — L'appelante n'a pas réussi à démontrer que la démarche analytique de la Cour fédérale était fautive — De même, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la preuve ou dans ses conclusions sur la confusion — Appel rejeté.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6, 12(1)(d) (as am. by S.C. 1990, c. 20, s. 81), 16 (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 195), 18(1)(a), 20 (as am. *idem*, s. 196).

CASES CITED

DISTINGUISHED:

Oshawa Holdings Ltd. v. Fjord Pacific Marine Industries Ltd. (1981), 55 C.P.R. (2d) 39, 36 N.R. 71 (F.C.A.); *Cochrane-Dunlop Hardware Ltd. v. Capital Diversified Industries Ltd.* (1976), 30 C.P.R. (2d) 176 (Ont. C.A.).

CONSIDERED:

Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc., 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772, 268 D.L.R. (4th) 424, 53 Admin. L.R. (4th) 1; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, 235 D.L.R. (4th) 216, 180 C.C.C. (3d) 449; *Pink Panther Beauty Corp. v. United Artists Corp.*, [1998] 3 F.C. 534, (1998), 80 C.P.R. (3d) 247, 225 N.R. 82 (C.A.).

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *Tradition Fine Foods Ltd. v. Groupe Tradition 'l Inc.*, 2006 FC 858, 51 C.P.R. (4th) 342, 296 F.T.R. 216; *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.*, [1991] 37 C.P.R. (3d) 413, (1991), 130 N.R. 123 (F.C.A.); *Alticor Inc. v. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 FCA 269, 257

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6, 12(1)d) (mod. par L.C. 1990, ch. 20, art. 81), 16 (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 195), 18(1)a), 20 (mod., *idem*, art. 196).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Oshawa Holdings Ltd. c. Fjord Pacific Marine Industries Ltd., [1981] A.C.F. n° 112 (C.A.) (QL); *Cochrane-Dunlop Hardware Ltd. v. Capital Diversified Industries Ltd.* (1976), 30 C.P.R. (2d) 176 (C.A. Ont.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc., 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217; *Pink Panther Beauty Corp. c. United Artists Corp.*, [1998] 3 C.F. 534 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Tradition Fine Foods Ltd. c. Groupe Tradition 'l Inc.*, 2006 CF 858; *Park Avenue Furniture Corp. c. Wickes/Simmons Bedding Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 546 (C.A.) (QL); *Alticor Inc. c. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 CAF 269, confirmant 2004 CF 235; *Compulife Software Inc. c. Compuoffice Software Inc.*, 2001 CFPI 559; *Miss Universe*,

D.L.R. (4th) 60, 42 C.P.R. (4th) 107, 339 N.R. 56, affg 2004 FC 235, 31 C.P.R. (4th) 12, 247 F.T.R. 85; *Compulife Software Inc. v. Compuoffice Software Inc.*, 2001 FCT 559, 13 C.P.R. (4th) 117, 205 F.T.R. 283; *Miss Universe, Inc. v. Bohna*, [1995] 1 F.C. 614, (1994), 58 C.P.R. (3d) 381, 176 N.R. 35 (C.A.); *United States Polo Assn. v. Polo Ralph Lauren Corp.* (2000), 9 C.P.R. (4th) 51, 286 N.R. 282 (F.C.A.).

Inc. c. Bohna, [1995] 1 C.F. 614 (C.A.); *United States Polo Assn. c. Polo Ralph Lauren Corp.*, [2000] A.C.F. n° 1472 (C.A.) (QL).

AUTHORS CITED

Bastarache, Michel *et al.* *The Law of Bilingual Interpretation*, 1st ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008.
Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

DOCTRINE CITÉE

Bastarache, Michel *et al.* *Le droit de l'interprétation bilingue*, 1^{re} éd. Montréal : LexisNexis Canada, 2009.
Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal : Thémis, 1999.

APPEAL from a Federal Court decision (2008 FC 1412, 72 C.P.R. (4th) 160, 338 F.T.R. 168) dismissing the appellant's application for expungement of the respondent's registered trade-mark "Masterpiece Living". Appeal dismissed.

APPEL d'une décision (2008 CF 1412) de la Cour fédérale rejetant la demande de radiation, présentée par l'appelante, de la marque de commerce déposée « Masterpiece Living » de l'intimée. Appel rejeté.

APPEARANCES

Clarke Hunter, Q.C. for appellant.
Scott R. Miller, Sharon Griffin and Catherine Lemay for respondent.

ONT COMPARU

Clarke Hunter, c.r. pour l'appelante.
Scott R. Miller, Sharon Griffin et Catherine Lemay pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD

Macleod Dixon LLP, Calgary, for appellant.
MBM Intellectual Property Law LLP, Ottawa, for respondent

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Macleod Dixon LLP, Calgary, pour l'appelante.
MBM Intellectual Property Law LLP, Ottawa, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

SEXTON AND TRUDEL J.J.A.:

LES JUGES SEXTON ET TRUDEL, J.C.A. :

Overview

[1] This is an appeal arising from a judgment by Justice O'Reilly dismissing the appellant's application for the expungement of the respondent's registered trade-mark "Masterpiece Living" (2008 FC 1412, 72 C.P.R. (4th) 160).

Aperçu

[1] Il s'agit de l'appel d'une décision du juge O'Reilly rejetant la demande de radiation, présentée par l'appelante, de la marque de commerce déposée « Masterpiece Living » de l'intimée (2008 CF 1412).

Facts

[2] The appellant and respondent operate in the retirement residence industry. The appellant claims to have been using an evolving series of unregistered trade-marks, all of which use the word “masterpiece”, and some of which also use the word “living”, since 2001. The appellant began using the mark “Masterpiece Living” either in December 2005 or February 2006, depending on the exhibit consulted (compare the affidavit of Tim Garforth-Bles, appeal book, Vol. I, at page 131 with the Canadian Trade-marks Database, appeal book, Vol. III, at page 544).

[3] The respondent applied to register the trade-mark “Masterpiece Living” on December 1, 2005 and began using the mark in January 2006 on its Web site. The application was granted in March 2007.

[4] On January 23, 2006, the appellant applied to register the mark “Masterpiece” and on June 29, 2006 applied to register the mark “Masterpiece Living”. In September 2006, the Canadian Intellectual Property Office denied the appellant’s application on the basis that the respondent had already applied for the mark “Masterpiece Living”.

[5] On March 16, 2007, the appellant applied to expunge the respondent’s trade-mark under paragraph 18(1)(a) of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13 (the Act) on the ground that it was confusing—and therefore unregistrable—as of the date of registration. On December 23, 2008, the appellant’s expungement application was dismissed.

Analysis

[6] According to the parties’ submissions, there are four main issues on appeal. They are as follows:

Faits

[2] L’appelante et l’intimée exercent leurs activités dans le domaine des résidences pour personnes âgées. L’appelante soutient qu’elle a utilisé, depuis 2001, une série de marques de commerce non enregistrées et évolutives, utilisant toutes le mot « *masterpiece* », certaines d’entre elles utilisant également le mot « *living* ». L’appelante a commencé à employer la marque « Masterpiece Living » soit en décembre 2005, soit en février 2006, selon les pièces consultées (comparer l’affidavit de M. Tim Garforth-Bles, dossier d’appel, vol. 1, à la page 131 avec la base de données sur les marques de commerce canadiennes, dossier d’appel, vol. III, à la page 544).

[3] Le 1^{er} décembre 2005, l’intimée a produit une demande d’enregistrement de la marque de commerce « Masterpiece Living » et elle a commencé à l’employer sur son site Web en janvier 2006. La demande d’enregistrement a été accueillie en mars 2007.

[4] Le 23 janvier 2006, l’appelante a produit une demande d’enregistrement de la marque « Masterpiece » et le 29 juin 2006 une demande d’enregistrement de la marque « Masterpiece Living ». En septembre 2006, l’Office de la propriété intellectuelle du Canada a repoussé la demande de l’appelante au motif que l’intimée avait déjà déposé sa demande d’enregistrement pour la marque « Masterpiece Living ».

[5] Le 16 mars 2007, l’appelante a présenté une demande de radiation de la marque de commerce de l’intimée en vertu de l’alinéa 18(1)a) de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13 (la Loi) au motif qu’elle créait de la confusion — et qu’elle ne pouvait donc pas être enregistrée — à la date de l’enregistrement. Le 23 décembre 2008, la demande de radiation de l’appelante a été rejetée.

Analyse

[6] Selon les observations écrites des parties, quatre points principaux ont été soulevés en appel, à savoir :

A. Did Justice O'Reilly err by considering confusion only as of the date of registration and refusing to take into account the possibility of future confusion?

[7] This is a question of pure law and is subject to appellate review on a standard of correctness (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paragraph 9).

[8] Subsection 6(2) of the Act defines confusion as follows:

6. (1) ...

Idem

(2) The use of a trade-mark causes confusion with another trade-mark if the use of both trade-marks in the same area would be likely to lead to the inference that the wares or services associated with those trade-marks are manufactured, sold, leased, hired or performed by the same person, whether or not the wares or services are of the same general class. [Emphasis added.]

Subsection 6(3) of the Act uses the same language, only with respect to confusion between trade-marks and trade-names.

[9] The appellant submits that the phrase “would be likely” means that the Court must take into account whether, at the time of registration, it was likely that confusion would occur *in the future*. The appellant says that while it, at the time of registration of the respondent's trade-mark, did not market in Eastern Canada, it had some plans to do so in the future. The respondent argues, on the other hand, that the phrase “would be likely” should be construed so that a likelihood of confusion was required *at the time of registration* without looking into the future.

[10] We agree with the respondent based on three tools of analysis: an examination of the general context of the Act, a review of prior case law referred to by the appellant, and an analysis of the French version of the Act.

A. Le juge O'Reilly a-t-il commis une erreur en examinant la confusion uniquement à compter de la date de l'enregistrement et en refusant de prendre en compte le risque de confusion dans l'avenir?

[7] Il s'agit d'une pure question de droit et elle est susceptible de révision en appel selon la norme de la décision correcte (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, au paragraphe 9).

[8] La définition de la confusion se trouve au paragraphe 6(2) de la Loi :

6. (1) [...]

Idem

(2) L'emploi d'une marque de commerce crée de la confusion avec une autre marque de commerce lorsque l'emploi des deux marques de commerce dans la même région serait susceptible de faire conclure que les marchandises liées à ces marques de commerce sont fabriquées, vendues, données à bail ou louées, ou que les services liés à ces marques sont loués ou exécutés, par la même personne, que ces marchandises ou ces services soient ou non de la même catégorie générale. [Non souligné dans l'original.]

Le libellé du paragraphe 6(3) de la Loi est identique, sauf en ce qui concerne la confusion entre les marques de commerce et les noms commerciaux.

[9] L'appelante soutient que les mots « serait susceptible » signifie que la Cour doit tenir compte de la question de savoir si, en date de l'enregistrement, il y avait risque de confusion *dans l'avenir*. L'appelante déclare que, bien qu'à la date de l'enregistrement de la marque de commerce de l'intimée, elle ne se livrait à aucune activité de commercialisation dans l'Est du Canada, il était dans ses plans de le faire dans l'avenir. Par contre, l'intimée fait valoir que les mots « serait susceptible » devraient être interprétés de telle sorte que le risque de confusion doit exister *à la date de l'enregistrement* sans tenir compte de l'avenir.

[10] Nous sommes d'accord avec l'intimée en nous fondant sur les trois moyens d'analyse suivants : l'examen du contexte général de la Loi, une revue des décisions antérieures soumises par l'appelante et une analyse du libellé français de la Loi.

(1) The Act in context

[11] An analysis of the overarching scheme of the Act reveals different temporal parameters within which certain situations are to be assessed.

[12] For example, it has been determined that the material date for determining confusion with an existing mark under paragraph 12(1)(d) [as am. by S.C. 1990, c. 20, s. 81] is the date of disposition of the matter (see *Tradition Fine Foods Ltd. v. Groupe Tradition'l Inc.*, 2006 FC 858, 51 C.P.R. (4th) 342, at paragraph 15; *Park Avenue Furniture Corp. v. Wickes/Simmons Bedding Ltd.*, [1991] 37 C.P.R. (3d) 413 (F.C.A.), at page 422).

[13] This Court has also found that the material date for assessing confusion in actions for infringement under section 20 [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 196] of the Act, though normally the time of the hearing, may vary depending on the specific facts and pleadings of each case (see *Alticor Inc. v. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 FCA 269, 257 D.L.R. (4th) 60, at paragraph 16).

[14] In addition, paragraph 16(1)(a) provides that a person may not register a trade-mark if the trade-mark was confusing with a trade-mark previously used in Canada. It has been held that the relevant date on which to assess the likelihood of confusion under this provision is the respondent's first use of the trade-mark (see *Compulife Software Inc. v. Compuoffice Software Inc.*, 2001 FCT 559, 13 C.P.R. (4th) 117, at paragraph 37).

[15] The present case hinges on subsection 16(3) of the Act, which outlines the grounds upon which an applicant who has filed an application for registration of a proposed mark is entitled to secure its registration. It reads as follows:

Proposed
marks

16. (1) ...

(3) Any applicant who has filed an application in accordance with section 30 for registration of a proposed trade-mark that is registrable is entitled, subject to sections 38 and 40, to secure its registration in respect of the wares or services

1) Mise en contexte de la Loi

[11] L'analyse de l'économie générale de la Loi nous révèle divers paramètres temporels à l'intérieur desquels doivent être appréciées certaines situations.

[12] Par exemple, il a été jugé que la date pertinente pour trancher la question de la confusion avec une marque existante en vertu de l'alinéa 12(1)d) [mod. par L.C. 1990, ch. 20, art. 81] est la date de la décision disposant de l'affaire (voir *Tradition Fine Foods Ltd. c. Groupe Tradition'l Inc.*, 2006 CF 858, au paragraphe 15; *Park Avenue Furniture Corp. c. Wickes/Simmons Bedding Ltd.*, [1991] A.C.F. n° 546 (C.A.) (QL), à la page 422).

[13] Notre Cour a également conclu que la date pertinente pour apprécier la confusion dans le cadre de poursuites en matière de contrefaçon suivant l'article 20 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 196] de la Loi, si elle se situe normalement à la date d'audience, peut varier selon les faits particuliers de l'espèce et les conclusions des parties (voir *Alticor Inc. c. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2005 CAF 269, au paragraphe 16).

[14] De plus, l'alinéa 16(1)a) prévoit qu'une personne ne peut enregistrer une marque de commerce qui crée de la confusion avec une marque de commerce antérieurement employée au Canada. Il a été jugé que la date pertinente pour évaluer les risques de confusion suivant cette disposition est la date à laquelle l'intimée a employé pour la première fois sa marque de commerce (voir *Compulife Software Inc. c. Compuoffice Software Inc.*, 2001 CFPI 559, au paragraphe 37).

[15] La présente affaire est liée au paragraphe 16(3) de la Loi, lequel énonce, dans les termes reproduits ci-dessous, les motifs en vertu desquels le requérant ayant produit une demande d'enregistrement d'une marque de commerce projetée a droit d'en obtenir l'enregistrement :

16. (1) [...]

(3) Tout requérant qui a produit une demande selon l'article 30 en vue de l'enregistrement d'une marque de commerce projetée et enregistrable, a droit, sous réserve des articles 38 et 40, d'en obtenir l'enregistrement à l'égard des marchandises ou

Marques
projetées

specified in the application, unless at the date of filing of the application it was confusing with

(a) a trade-mark that had been previously used in Canada or made known in Canada by any other person; [Emphasis added.]

[16] Subsection 16(3) authorizes the registration of a proposed trade-mark unless it was confusing with another mark at the date of filing of the application. Subsections 6(2) and 6(3) of the Act define the test to determine whether the proposed mark is confusing. Therefore, the confusion test for such a mark must operate within the limits of subsection 16(3).

[17] As stated by Justice O'Reilly in the decision below, paragraph 16(3)(a) provides that “[a] person is not entitled to register a trade-mark for proposed use if, at the time the application was filed, it was confusing with a trade-mark that had been previously used or made known in Canada”. In contrast to the aforementioned provisions, paragraph 16(3)(a) clearly confines the confusion test to “the date of filing of the application” of the mark (reasons for judgment, at paragraph 7).

[18] We are therefore of the view that in an application for expungement grounded on paragraph 16(3)(a), the relevant time to test for confusion is the date of filing of the application for the trade-mark for which expungement is sought.

(2) Prior case law

[19] The appellant cites *Oshawa Holdings Ltd. v. Fjord Pacific Marine Industries Ltd.* (1981), 55 C.P.R. (2d) 39 (F.C.A.) (*Oshawa*) in support of the proposition that likely confusion may exist despite the fact that the competing trade-marks are not yet competing in the same geographic area.

services spécifiés dans la demande, à moins que, à la date de production de la demande, elle n’ait créé de la confusion :

a) soit avec une marque de commerce antérieurement employée ou révélée au Canada par une autre personne; [Non souligné dans l’original.]

[16] Le paragraphe 16(3) autorise l’enregistrement d’une marque de commerce projetée, à moins que celle-ci ne crée de la confusion avec une autre marque à la date de production de la demande. Les paragraphes 6(2) et 6(3) de la Loi prévoient le test visant à déterminer si une marque projetée crée de la confusion. En conséquence, l’application du test en matière de confusion à de telles marques doit s’effectuer dans le cadre du paragraphe 16(3).

[17] Comme le juge O'Reilly l’a déclaré dans la décision ci-dessous, l’alinéa 16(3)a prévoit qu’« [u]ne personne n’a pas le droit d’enregistrer une marque de commerce pour l’usage qu’elle compte en faire si, à la date de production de la demande, la marque crée de la confusion avec une marque de commerce antérieurement employée ou révélée au Canada ». Contrairement aux dispositions susmentionnées, celles de l’alinéa 16(3)a restreignent clairement l’application du test en matière de confusion à « la date de production de la demande d’enregistrement » de la marque (motifs du jugement, au paragraphe 7).

[18] Nous sommes par conséquent d’avis que dans le cadre d’une demande de radiation fondée sur l’alinéa 16(3)a, la date pertinente d’application du test en matière de confusion est la date de production de la demande d’enregistrement de la marque de commerce visée par la radiation.

2) Décisions antérieures

[19] L’appelante invoque l’arrêt *Oshawa Holdings Ltd. c. Fjord Pacific Marine Industries Ltd.*, [1981] A.C.F. n° 112 (C.A.) (QL) (*Oshawa*) au soutien de sa prétention selon laquelle il peut y avoir risque de confusion même si les marques de commerce concurrentes ne sont pas encore en concurrence dans la même région géographique.

[20] In *Oshawa*, this Court held as follows (at paragraph 11):

It is not necessary ... for there to be actual use of the conflicting marks in the same area, nor for there to be evidence of actual confusion. The test of ss. 2 and ss. 3 of Section 6 is not what has happened in fact but what inference would likely be drawn if the appellant and respondent did use the conflicting marks and trade names in respect of the different classes of goods in the same area.

[21] However, there are two reasons why this quotation does not assist the appellant. First, the Court actually went on to refuse the request for expungement, explicitly considering the fact that the appellant and respondent were operating in two different regions (at paragraph 13):

[T]here is a substantial difference in the situation when one considers the extent to which the competing marks and names have become known. The respondent's mark is well known in the four provinces of Western Canada when used with pickled herring. The appellant's mark when used with butter and ice cream is well known only in the immediate area surrounding Kitchener, Ontario.

[22] Second, the Court did not make any reference to section 16 [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 195] in its analysis. Specifically, no mention was made of subsection 16(3), which is crucial to the decision in the present case because, as has been said previously, it sets the date for the test of confusion to be applied as the date of filing of the application. Since it fails to interpret subsection 16(3), the analysis in *Oshawa* cannot be considered an authority on the temporal scope of a confusion analysis for the purpose of an expungement proceeding. At the date of filing of the respondent's trade-mark, the appellant did not sell its product in the same market as the respondent. This Court need not consider the appellant's plans for expansion after that date.

[23] The appellant also relied, in its oral argument, on *Cochrane-Dunlop Hardware Ltd. v. Capital Diversified Industries Ltd.* (1976), 30 C.P.R. (2d) 176 (Ont. C.A.),

[20] Dans l'arrêt *Oshawa*, la Cour s'est prononcée comme suit (au paragraphe 11) :

Il n'est pas nécessaire [...] qu'il y ait eu utilisation effective des marques semblables dans la même région, ni qu'il y ait la preuve d'une confusion réelle. Les paragraphes 2 et 3 de l'article 6 n'envisagent pas une confusion réelle dans les faits, mais ce qui se produirait probablement si l'appelante et l'intimée employaient l'une et l'autre des marques et des noms commerciaux semblables pour différentes catégories de marchandises dans la même région.

[21] Toutefois, cet extrait n'est d'aucun secours pour l'appelante pour deux motifs. Premièrement, la Cour a effectivement rejeté la demande de radiation en prenant justement en compte le fait que l'appelante et l'intimée exerçaient leurs activités dans deux régions différentes (au paragraphe 13) :

Il n'en vas (*sic*) pas de même pour ce qui est du degré de notoriété de ces marques et de ces noms. La marque de l'intimée est bien connue dans les quatre provinces de l'Ouest du Canada où elle est associée au hareng mariné. La marque de l'appelante, employée en liaison avec du beurre et de la crème glacée, n'est bien connue que dans les environs immédiats de Kitchener, en Ontario.

[22] Deuxièmement, la Cour n'a fait aucune mention des dispositions de l'article 16 [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 195] dans son analyse. Plus particulièrement, le paragraphe 16(3) n'a pas été cité, ce qui est très important quant à la décision en l'espèce car, comme il a déjà été mentionné, il fixe la date d'application du test en matière de confusion à la date de production de la demande d'enregistrement. Comme l'analyse effectuée dans l'arrêt *Oshawa* ne comporte aucune interprétation du paragraphe 16(3), elle ne peut être considérée comme faisant autorité sur la question de la période pendant laquelle doit être appréciée la confusion dans le contexte d'une procédure de radiation d'enregistrement. À la date de production de la demande d'enregistrement de la marque de commerce de l'intimée, l'appelante ne vendait pas son produit dans le même marché que celui de l'intimée. La Cour n'est pas tenue de prendre en compte les plans d'expansion de l'appelante postérieurs à cette date.

[23] Dans sa plaidoirie, l'appelante s'est également fondée sur l'arrêt *Cochrane-Dunlop Hardware Ltd. v. Capital Diversified Industries Ltd.* (1976), 30 C.P.R. (2d)

there, the Ontario Court of Appeal found that subsection 6(2) “does not seem ... to preclude any reference to reasonably predictable future developments”, adding further that “consideration of future events must be limited strictly to possible expansion of present operations” (at paragraph 36). However, this was an infringement action, and as discussed above, the material date for an infringement action may vary depending on the specific facts and pleadings of each case. Therefore, *Cochrane-Dunlop* does not assist in the analysis of an application for expungement with the temporal restraints of paragraph 16(3)(a).

[24] The appellant further cites *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772, at paragraph 53 for the proposition that “what is at issue is what the registration would authorize the respondent to do, not what the respondent happens to be doing at the moment.”

[25] This proposition does not assist the appellant. *Mattel* concerned an appeal of a trade-mark opposition proceeding. There, the appellant argued that the applications Judge had erred by looking into the respondent’s operations leading up to registration. Justice Binnie agreed that this was an improper consideration: the relevant inquiry in an opposition proceeding is not whether there had been confusion in the past, but whether there exists a likelihood of confusion at the point of registration. The question can therefore be accurately expressed as follows: what is at issue is what the registration would authorize the respondent to do *at the time of registration*, not what the respondent *happened to be doing prior to registration*. The upshot of *Mattel*, therefore, is that the relevant time period for a confusion analysis is the point of registration. In the case at bar, the appellant submits that the relevant time period is the point of registration and points subsequent. This is inconsistent with the reasoning in *Mattel*. *Mattel* is therefore of no aid to the appellant, and Justice O’Reilly was correct in his interpretation of the Act.

176 (C.A. Ont.), où la Cour d’appel de l’Ontario a jugé que le paragraphe 6(2) [TRADUCTION] « ne semble pas [...] empêcher les renvois à des prévisions raisonnables de croissance pour l’avenir » ajoutant de plus que « la prise en compte d’événements futurs devait se limiter strictement au développement possible des opérations actuelles » (au paragraphe 36). Il s’agissait toutefois d’une action en contrefaçon, et comme il a été mentionné, la date pertinente en cette matière peut varier selon les faits particuliers de l’espèce et les conclusions des parties. En conséquence, l’arrêt *Cochrane-Dunlop* n’est d’aucun secours dans le cadre de l’analyse d’une demande de radiation et des restrictions temporelles prévues à l’alinéa 16(3)a).

[24] L’appelante invoque également le paragraphe 53 de l’arrêt *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772, pour affirmer que « ce qui est en cause est ce que l’enregistrement permettrait à l’intimée de faire, et non pas ce qu’elle fait actuellement ».

[25] Cet énoncé n’aide pas l’appelante. Il s’agissait dans l’arrêt *Mattel* d’un pourvoi contre une décision prise dans le cadre d’une procédure d’opposition à une marque de commerce. Dans ce pourvoi, l’appelante soutenait que le juge des requêtes avait commis une erreur en examinant les activités de l’intimée jusqu’à la date de l’enregistrement. Le juge Binnie a convenu qu’il s’agissait de considérations inappropriées : l’analyse pertinente en matière de procédure d’opposition ne consiste pas à déterminer s’il y a eu confusion dans le passé, mais plutôt de savoir s’il y a des risques de confusion à la date de l’enregistrement. Voici comment la question peut être exprimée avec exactitude : la question en litige porte sur les activités que l’enregistrement autoriserait l’intimée à exercer *à la date de l’enregistrement* et non pas sur celles auxquelles elle *s’adonnait avant l’enregistrement*. L’arrêt *Mattel* a donc fait en sorte de préciser que la date de l’enregistrement est la date pertinente pour l’analyse de la confusion. En l’espèce, l’appelante soutient que la période pertinente comprend la date d’enregistrement et des dates ultérieures. Cette prétention est incompatible avec le raisonnement exposé dans l’arrêt *Mattel*. Cet arrêt n’est donc d’aucun secours pour l’appelante, et l’interprétation de la Loi donnée par le juge O’Reilly est la bonne.

[26] Although subsections 6(2) and 6(3) of the Act use the expression “would be likely to lead to the inference”, the case law of this Court and the Federal Court has explicitly defined the confusion test in the present tense: “is likely to lead to the inference” (emphasis added) (see *Miss Universe, Inc. v. Bohna*, [1995] 1 F.C. 614 (C.A.), at pages 621–622; *United States Polo Assn. v. Polo Ralph Lauren Corp.* (2000), 9 C.P.R. (4th) 51 (F.C.A.), at paragraph 3; *Alticor Inc. v. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2004 FC 235, 31 C.P.R. (4th) 12, at paragraph 18). We are therefore of the view that section 6 of the Act constitutes a hypothetical rather than a forward-thinking test.

(3) The French version of the Act

[27] The French version of the introductory language of subsection 6(1) is also useful with respect to limiting the scope of the test. While the English version reads “a trade-mark or trade-name is confusing with another trade-mark or trade-name if the use of the first mentioned trade-mark or trade-name would cause confusion”, the French version of the same subsection uses the present tense of the verb “to cause”—“cause de la confusion” (emphasis added)—and not the conditional “causerait de la confusion” (would cause confusion).

[28] Similarly, subsections 6(2) and 6(3) of the Act ask if, based on a state of affairs at the time of registration, a mark or name would be confusing to a hypothetical customer. On its face, therefore, this does not suggest, in either official language, that the confusion analysis should look into the future.

[29] In his work on bilingual interpretation, Justice Bastarache wrote that “[i]n interpreting bilingual legislation, the goal is to seek out the shared meaning between the two versions” (see Michel Bastarache, *et al.*, *The Law of Bilingual Interpretation*, 1st ed. (Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), at page 32). Along the same vein, in *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, at paragraph 26, the Supreme Court quoted the two-step

[26] Même si les paragraphes 6(2) et 6(3) de la Loi emploient l’expression « serait susceptible de faire conclure », la jurisprudence de notre Cour ainsi que celle de la Cour fédérale a expressément énoncé le test en matière de confusion au temps présent : « est susceptible de faire conclure » (non souligné dans l’original) (voir *Miss Universe, Inc. c. Bohna*, [1995] 1 C.F. 614 (C.A.), aux pages 621 et 622; *United States Polo Assn. c. Polo Ralph Lauren Corp.*, [2000] A.C.F. n° 1472 (C.A.) (QL), au paragraphe 3; *Alticor Inc. c. Nutravite Pharmaceuticals Inc.*, 2004 CF 235, au paragraphe 18). Nous sommes par conséquent d’avis que l’article 6 de la Loi est un critère fondé sur des hypothèses plutôt que sur une approche prospective.

3) Le libellé français de la Loi

[27] Le libellé français de la disposition introductive du paragraphe 6(1) est également utile pour délimiter l’étendue du critère. Alors que le libellé anglais se lit ainsi « *a trade-mark or trade-name is confusing with another trade-mark or trade-name if the use of the first mentioned trade-mark or trade-name would cause confusion* », le libellé français du même paragraphe emploie le verbe « causer » au temps présent « cause de la confusion » (non souligné dans l’original) et non le conditionnel « causerait de la confusion » (*would cause confusion*).

[28] Dans le même ordre d’idées, les paragraphes 6(2) et 6(3) de la Loi posent la question de savoir si, en se fondant sur la situation à la date de l’enregistrement, une marque ou un nom causerait de la confusion à un client hypothétique. Incontestablement, dans l’une ou l’autre des deux langues officielles, cette interrogation ne permet pas de penser que l’analyse portant sur la confusion doit considérer l’avenir.

[29] Dans son ouvrage traitant de l’interprétation bilingue, le juge Bastarache a écrit que « [TRADUCTION] [l]orsque l’on interprète la législation bilingue, le but consiste à dégager le sens commun aux deux versions » (voir Michel Bastarache, *et al.*, *Le droit de l’interprétation bilingue*, 1^{re} éd. Montréal : LexisNexis Canada, 2009, à la page 34). Dans le même ordre d’idées, au paragraphe 26 de l’arrêt *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S.

analysis proposed by Professor Côté in *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. (Scarborough, Ont.: Carswell, 2000), at page 324:

Unless otherwise provided, differences between two official versions of the same enactment are reconciled by educing the meaning common to both. Should this prove to be impossible, or if the common meaning seems incompatible with the intention of the legislature as indicated by the ordinary rules of interpretation, the meaning arrived at by the ordinary rules should be retained.

[30] The two linguistic versions of subsection 6(1) have a common meaning and are reconcilable. The word “would” in the English version implies a hypothetical situation occurring in the present just as the language of the French version is indicative of the legislator’s intention to ground the analysis in the present.

[31] Had Parliament wished to require an analysis of the possibility of *future* confusion, it could have used the word “will” instead of “would”. Unlike the word “would”, the word “will” inquires whether, based on the same state of affairs at the time of registration, a mark will likely be confusing at a time subsequent to registration. Therefore, the fact that the appellant may have intended to expand its operations—either into new cities or new markets—was correctly disregarded by Justice O’Reilly.

[32] Accordingly, we are of the view that Justice O’Reilly was correct in his interpretation of the phrase “would be likely”.

B. Did Justice O’Reilly commit methodological errors in his confusion analysis?

[33] The appellant claims that Justice O’Reilly erred by improperly analysing the designs surrounding the mark, as opposed to only examining the words themselves, and that Justice O’Reilly improperly analysed the appellant’s and respondent’s marks side by side as opposed to individually.

217, la Cour suprême a cité l’analyse en deux temps proposée par le professeur Côté dans *Interprétation des lois*, 3^e éd. (Montréal : Thémis, 1999), à la page 410 :

[S]auf disposition légale contraire, toute divergence entre les deux versions officielles d’un texte législatif est résolue en dégageant, si c’est possible, le sens qui est commun aux deux versions. Si cela n’est pas possible, ou si le sens commun ainsi dégagé paraît contraire à l’intention du législateur révélée par recours aux règles ordinaires d’interprétation, on doit entendre le texte dans le sens qu’indiquent ces règles.

[30] Les deux versions du paragraphe 6(1) ont d’un point de vue linguistique la même signification et elles sont conciliables. Le mot « *would* » de la version anglaise suppose une situation hypothétique se produisant dans le temps présent, tout comme le libellé français reflète l’intention du législateur de fonder l’analyse sur le temps présent.

[31] Si le législateur avait voulu exiger une analyse d’une possible confusion dans l’*avenir*, il aurait pu employer le mot « *will* » en lieu et place de « *would* ». Contrairement à « *would* », le mot « *will* » pose la question de savoir si, en se fondant sur la même situation que celle prévalant à la date de l’enregistrement, une marque créera des risques de confusion à une date postérieure à celle de l’enregistrement. En conséquence, le juge O’Reilly a eu raison de ne pas tenir compte du fait que l’appelante a pu avoir l’intention d’accroître ses activités, soit dans de nouvelles villes soit dans de nouveaux marchés.

[32] Nous sommes donc d’avis que l’interprétation par le juge O’Reilly de l’expression « serait susceptible » était la bonne.

B. Le juge O’Reilly a-t-il commis des erreurs de méthodologie dans son analyse de la confusion?

[33] L’appelante soutient que le juge O’Reilly a commis une erreur en examinant de façon inappropriée les dessins liés à la marque, alors que l’analyse aurait dû porter uniquement sur les mots en soi. Elle soutient également que le juge O’Reilly a commis une erreur en se livrant à l’analyse comparative des marques des parties plutôt qu’à leur examen individuel.

[34] These too are questions of law and are reviewable on a standard of correctness.

[35] With respect to the analysis of designs surrounding the marks, the appellant provides no jurisprudential support for the proposition that this is an unacceptable method of analysis. On the other hand, we refer the appellant to *Pink Panther Beauty Corp. v. United Artists Corp.*, [1998] 3 F.C. 534 (C.A.), at paragraph 37 in which this Court specifically stated that “the ‘get-up’, or the way that a product is packaged, and as a consequence the way the mark is presented to the public, is an important factor in determining whether confusion is likely.” Absent any support for the appellant’s proposition, it must fail.

[36] With respect to the alleged side by side analysis, while this is admittedly an improper tool, the appellant has not demonstrated that Justice O’Reilly actually engaged in such analysis. Instead, the appellant demonstrates that Dr. Michael Mulvey, an expert witness whose evidence Justice O’Reilly accepted in part, may have engaged in side by side analysis. This Court does not take a position on the merits of Dr. Mulvey’s evidence. However, there is no basis for concluding that Justice O’Reilly accepted Dr. Mulvey’s evidence uncritically, or that Justice O’Reilly considered the two marks side by side in his own decision. Accordingly, this claim must fail as well.

C. Did Justice O’Reilly err in considering evidence with respect to the degree to which the mark was used and in weighing expert evidence? and

D. Did Justice O’Reilly err in concluding on the evidence that there was no confusion?

[37] The question of whether or not a judge, having entertained evidence, considered it properly is subject to a high degree of deference. Such a finding will be overturned only subject to a palpable and overriding error.

[34] Ces questions sont également des questions de droit et sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte.

[35] Quant à l’analyse des dessins relatifs aux marques, l’appelante n’a produit aucune jurisprudence au soutien de la prétention qu’il s’agit d’une méthode d’analyse inacceptable. Par ailleurs, nous renvoyons l’appelante au paragraphe 37 de l’arrêt *Pink Panther Beauty Corp. c. United Artists Corp.*, [1998] 3 C.F. 534 (C.A.), où la Cour a explicitement déclaré que « [l]’“habillage”, ou la façon dont un produit est emballé, et donc la manière dont la marque est présentée au public, compte sensiblement dans l’appréciation de la probabilité de confusion ». La proposition de l’appelante n’étant soutenue en rien, elle doit être rejetée.

[36] Quant à l’allégation portant sur l’analyse comparative, bien qu’il s’agisse à l’évidence d’une méthode inappropriée, l’appelante n’a pas établi que le juge O’Reilly avait réellement entrepris une telle analyse. L’appelante a plutôt démontré que M. Michael Mulvey, un témoin expert dont le juge O’Reilly a accepté le témoignage en partie, était celui qui s’était possiblement livré à une analyse comparative. La Cour ne se prononce pas sur la valeur du témoignage de M. Mulvey. Cependant, il n’y a aucun motif nous permettant de conclure que le juge O’Reilly a accepté sans réserve le témoignage de M. Mulvey ou qu’il a examiné les deux marques en les comparant dans le cadre de sa décision. En conséquence, cette allégation doit également être rejetée.

C. Le juge O’Reilly a-t-il commis une erreur en examinant dans quelle mesure la marque a été employée et en appréciant une preuve d’expert?

D. Le juge O’Reilly a-t-il commis une erreur lorsqu’il a conclu, à partir de la preuve, qu’il n’y avait pas de confusion?

[37] La question de savoir si un juge, ayant examiné les éléments de preuve, les a appréciés de façon appropriée commande un degré élevé de déférence. Une telle appréciation de sa part ne sera seulement infirmée qu’en cas d’erreur manifeste et dominante.

[38] We see no palpable and overriding error with respect to the manner in which Justice O'Reilly considered and weighed evidence, and arrived at his conclusion. This claim must therefore also fail.

Conclusion

[39] The appellant has failed to satisfy us that Justice O'Reilly incorrectly interpreted the Act or that his analytical approach was flawed. We are further unpersuaded of any palpable and overriding error with respect to Justice O'Reilly's consideration of the evidence or his subsequent conclusions. Therefore, we propose to dismiss this appeal with costs.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

[38] Nous ne voyons aucune erreur manifeste et dominante dans la façon dont le juge O'Reilly a pris en compte et apprécié la valeur d'éléments de preuve et en est arrivé à sa conclusion. Cette allégation doit donc également être rejetée.

Conclusion

[39] L'appelante ne nous a pas convaincus que le juge O'Reilly a mal interprété la Loi ou que sa démarche analytique était fautive. De plus, nous ne sommes pas convaincus que le juge O'Reilly a commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la preuve ou dans ses conclusions subséquentes. En conséquence, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

T-620-07
2009 FC 1081

T-620-07
2009 CF 1081

Mohammad Ibrahim Qureshi (*Applicant*)

Mohammad Ibrahim Qureshi (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

**INDEXED AS: QURESHI v. CANADA (MINISTER OF
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : QURESHI c. CANADA (MINISTRE DE LA
CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION)**

Federal Court, Near J.—Toronto, September 9; Ottawa,
October 26, 2009.

Cour fédérale, juge Near—Toronto, 9 septembre; Ottawa,
26 octobre 2009.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from Citizenship Judge's decision denying applicant's citizenship application — Citizenship Judge expressing concerns regarding veracity of applicant's residency in Canada — Applicant contending Citizenship Judge breaching rule of natural justice by not disclosing anonymous letter relied upon in decision — Issues: (1) whether Citizenship Judge failing to observe principles of procedural fairness, (2) whether Citizenship Judge erring in finding applicant not meeting residency requirements — Case law showing applicant must be given opportunity to respond to matters raised in extrinsic evidence, such as anonymous letters — Non-disclosure of anonymous communications prejudicial to applicant in immigration context generally considered breach of procedural fairness, particularly when relied upon in decision-making process — Citizenship Judge disclosing contents of anonymous letter, giving applicant opportunity to address allegations contained in it — Applicant thus not entitled to receive copy of actual letter — Disclosure requirements fulfilled, procedural fairness not breached — Open to Citizenship Judge to find applicant not credible in fulfilling onus of showing his presence in Canada for required period of time — Based on evidence, Citizenship Judge's conclusion reasonable — Appeal dismissed.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel de la décision par laquelle la juge de la citoyenneté a refusé la demande de citoyenneté canadienne du demandeur — La juge de la citoyenneté a exprimé des réserves au sujet de l'authenticité de la résidence du demandeur au Canada — Le demandeur prétendait que la juge de la citoyenneté a manqué à un principe de justice naturelle en ne divulguant pas la lettre anonyme qu'elle a invoquée à l'appui de sa décision — Les questions à trancher étaient celles de savoir si la juge de la citoyenneté : 1) avait manqué aux règles d'équité procédurale, et 2) avait commis une erreur en concluant que le demandeur ne remplissait pas les conditions de résidence — Il ressort de la jurisprudence qu'il faut donner au demandeur la possibilité de répondre aux questions soulevées par des éléments de preuve extrinsèques comme les lettres anonymes — La non-divulgaration de communications anonymes qui sont préjudiciables au demandeur dans un contexte d'immigration est généralement considérée comme un manquement à l'équité procédurale, surtout lorsque les agents se fondent sur ces éléments pour rendre leur décision — La juge de la citoyenneté avait divulgué la teneur de la lettre anonyme et avait donné au demandeur la possibilité de discuter des allégations relevées dans la lettre — Le demandeur n'avait donc pas le droit de recevoir une copie de la lettre elle-même — Les exigences en matière de divulgation avaient été remplies et il n'y avait pas eu atteinte à l'équité procédurale — Il était loisible à la juge de la citoyenneté de conclure que le demandeur n'était pas crédible en ce qui concerne le fardeau qui lui incombait de démontrer qu'il avait été présent au Canada pour la durée de temps requise — La décision de la juge de la citoyenneté était raisonnable vu la preuve — Appel rejeté.

This was an appeal, pursuant to subsection 14(5) of the *Citizenship Act*, of a decision made by a Citizenship Judge denying the applicant's application for Canadian citizenship. The Citizenship Judge found the central issue to be whether

Il s'agissait d'un appel présenté en vertu du paragraphe 14(5) de la *Loi sur la citoyenneté* relativement à la décision par laquelle la juge de la citoyenneté a refusé la demande de citoyenneté canadienne du demandeur. La juge de la citoyenneté

the applicant had accumulated at least three years of residence in Canada within the four years immediately preceding his citizenship application, pursuant to the residency requirements in paragraph 5(1)(c) of the Act. In her reasons, the Citizenship Judge expressed concerns regarding the veracity of the applicant's residency in Canada.

The issues were: (1) whether the Citizenship Judge failed to observe the principles of procedural fairness, and (2) whether the Citizenship Judge erred in fact and in law in finding that the applicant did not meet the residency requirements under the Act.

Held, the appeal should be dismissed.

The applicant submitted that because the Citizenship Judge based her decision, in part, on an anonymous letter and that it was not fully disclosed, she breached a rule of natural justice. A high level of procedural fairness must inform a Citizenship Judge's decision-making process. While the case law on the extent of disclosure necessary to uphold the principles of procedural fairness is unsettled, generally, it shows that an applicant must be given an opportunity to respond to matters raised in extrinsic evidence such as anonymous letters. The non-disclosure of anonymous communications that are prejudicial to an applicant in the immigration context has generally been considered to be a breach of procedural fairness, particularly when officers have relied on them in their decision-making process.

The applicant was owed disclosure of the contents of the anonymous letter on which the Citizenship Judge relied upon in order to respond to the allegations contained within it. However, because the Citizenship Judge did disclose the contents of the letter, and the applicant was given an opportunity to address any allegations it may have contained, he was not entitled to receive a copy of the actual letter. The disclosure requirements were fulfilled and procedural fairness was not breached.

With regard to the second issue, it was clear from the Citizenship Judge's reasons that she applied the physical presence test and found the applicant's evidence lacking. In some instances, the statements and inconsistencies in various documents were relatively minor but it was open to the Citizenship Judge to find that, taken as a whole, they supported her finding that the applicant was not credible with respect to fulfilling the onus to show that he was present in Canada for the required period of time. The Citizenship Judge's conclusion was reasonable based on the evidence before her.

avait estimé que la principale question à trancher était celle de savoir si le demandeur avait, dans les quatre ans qui avaient précédé la date de sa demande, résidé au Canada pendant au moins trois ans en tout, satisfaisant ainsi aux conditions de résidence prévues à l'alinéa 5(1)c) de la Loi. Dans ses motifs, la juge de la citoyenneté a exprimé des réserves au sujet de l'authenticité de la résidence du demandeur au Canada.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si la juge de la citoyenneté : 1) avait manqué aux règles d'équité procédurale, et 2) avait commis une erreur de fait et de droit en concluant que le demandeur ne remplissait pas les conditions de résidence prévues dans la Loi.

Jugement : l'appel doit être rejeté.

Le demandeur a expliqué que, parce que la juge de la citoyenneté a fondé en partie sa décision sur une lettre anonyme, et parce que la lettre n'a pas été complètement divulguée, la juge de la citoyenneté a manqué à un principe de justice naturelle. Une norme élevée d'équité procédurale doit être à la base du cadre du processus décisionnel suivi par le juge de la citoyenneté. Bien que la jurisprudence en ce qui concerne la portée de la divulgation nécessaire pour respecter les principes d'équité procédurale soit flottante, il en ressort généralement qu'il faut donner au demandeur la possibilité de répondre aux questions soulevées par des éléments de preuve extrinsèques comme les lettres anonymes. La non-divulgaration de communications anonymes qui sont préjudiciables au demandeur dans un contexte d'immigration est généralement considérée comme un manquement à l'équité procédurale, surtout lorsque les agents se fondent sur ces éléments pour rendre leur décision.

Le demandeur avait le droit de prendre connaissance de la teneur de la lettre anonyme sur laquelle la juge de la citoyenneté s'était fondée pour être en mesure de répondre aux allégations qui y étaient formulées. Cependant, parce que la juge de la citoyenneté avait divulgué la teneur de la lettre et que le demandeur avait eu la possibilité de discuter des allégations relevées dans la lettre, il n'avait pas le droit de recevoir une copie de la lettre elle-même. Les exigences en matière de divulgation avaient été remplies et il n'y avait pas eu atteinte à l'équité procédurale.

S'agissant de la deuxième question à trancher, il ressortait de ses motifs que la juge de la citoyenneté avait appliqué le critère de la présence physique et qu'elle avait conclu que la preuve présentée par le demandeur était insuffisante. Dans certains cas, les déclarations et les incohérences relevées dans les divers documents étaient relativement mineures, mais il était loisible à la juge de la citoyenneté de conclure que, prises globalement, elles permettaient de conclure que le demandeur n'était pas crédible en ce qui concerne le fardeau qui lui incombait de démontrer que, pendant la période pertinente, il avait été présent

au Canada pour la durée de temps requise. La décision de la juge de la citoyenneté était raisonnable vu l'ensemble de la preuve dont elle disposait.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5(1) (as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 228), (4), 14(1) (as am. by S.C. 2008, c. 14, s. 10), (5),(6), 15(1).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 21 (as am. *idem*, s. 30).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 300(c).

CASES CITED

APPLIED:

Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2004 FC 1693; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Chowdhury v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 709, 82 Imm. L.R. (3d) 1, 347 F.T.R. 76; *Sadykbaeva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1018, 74 Imm. L.R. (3d) 283, 336 F.T.R. 51.

CONSIDERED:

Edobor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2007 FC 883, 65 Imm. L.R. (3d) 199; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mueller*, 2005 FC 227; *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, (1990), 69 D.L.R. (4th) 489, [1990] W.W.R. 289; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173; *Redman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 120 (F.C.T.D.); *Karakulak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 119 F.T.R. 288 (F.C.T.D.); *Dasent v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 720; *D'Souza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 57, 321 F.T.R. 315; *Liu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1253, 76 Imm. L.R. (3d) 261; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Navarrete*, 2006 FC 691, 294 F.T.R. 242.

REFERRED TO:

Farshchi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2007 FC 487; *Tulupnikov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1439; *Tshimanga*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1) (mod. par L.C. 2001, ch. 27, art. 228), (4), 14(1) (mod. par L.C. 2008, ch. 14, art. 10), (5),(6), 15(1).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 21 (mod., *idem*, art. 30).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 300c).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2004 CF 1693; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2^e) 1; *Chowdhury c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CF 709; *Sadykbaeva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1018.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Edobor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CF 883; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mueller*, 2005 CF 227; *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Redman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1568 (1^{re} inst.) (QL); *Karakulak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1227 (1^{re} inst.) (QL); *Dasent c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 720; *D'Souza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 57; *Liu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1253; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Navarrete*, 2006 CF 691.

DÉCISIONS CITÉES :

Farshchi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CF 487; *Tulupnikov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF

v. *Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1579; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Wall*, 2005 FC 110, 45 Imm. L.R. (3d) 32, 271 F.T.R. 146; *Zeng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1752; *Rasaei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1688; *Gunnarsson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1592, 43 Imm. L.R. (3d) 204; *Karic v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 44 Imm. L.R. (2d) 52, 145 F.T.R. 308 (F.C.T.D.); *Shah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82, 81 F.T.R. 320, 170 N.R. 238 (F.C.A.); *Ray v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 731; *Rizvi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1641.

APPEAL pursuant to subsection 14(5) of the *Citizenship Act* from the decision of a Citizenship Judge denying the applicant's citizenship application. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Akbar Ali for applicant.
Tamrat Gebeyehu for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Akbar Ali, Mississauga, Ontario, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] NEAR J.: This is an appeal made pursuant to subsection 14(5) of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29; section 21 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 30] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)]; and paragraph 300(c) of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], of a decision made by Citizenship Judge Renata Brum Bozzi, dated February 12, 2007, denying the appellant's application for Canadian citizenship.

I. Background

1439; *Tshimanga c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1579; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Wall*, 2005 CF 110; *Zeng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1752; *Rasaei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1688; *Gunnarsson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1592; *Karic c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 402 (1^{re} inst.) (QL); *Shah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1299 (C.A.) (QL); *Ray c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 731; *Rizvi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1641.

APPEL présenté en vertu du paragraphe 14(5) de la *Loi sur la citoyenneté* relativement à la décision par laquelle la juge de la citoyenneté a refusé la demande de citoyenneté canadienne du demandeur. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Akbar Ali pour le demandeur.
Tamrat Gebeyehu pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Akbar Ali, Mississauga (Ontario), pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE NEAR : La Cour statue sur un appel présenté en vertu du paragraphe 14(5) de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29; de l'article 21 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 30] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)]; et de l'alinéa 300c) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], relativement à la décision en date du 12 février 2007 par laquelle la juge de la citoyenneté, Renata Brum Bozzi, a refusé la demande de citoyenneté canadienne du demandeur.

I. Contexte

A. Facts

[2] The appellant, Mohammad Ibrahim Qureshi, is a 36-year-old Pakistani citizen. He became a permanent resident of Canada on June 27, 2000. The appellant was later joined by his wife and daughter in 2003. During his time in Canada, the appellant has rented accommodation at three separate addresses. From the date that the appellant entered Canada as a permanent resident through to the date that his citizenship application was refused, he made several trips outside the country, principally to Pakistan, the United Arab Emirates, and the United Kingdom.

[3] After landing in Canada, Mr. Qureshi established a sole proprietorship in August 2001 under the name Micro Masters and has rendered services for a local Canadian restaurant called Tandoori Time between 2000–2005. In his residency questionnaire, he submitted that he has also been an active member of the Pakistani community in Canada and volunteers at a local Muslim community organization. His daughter was also registered at a local Islamic school between 2004–2005. Mr. Qureshi has filed income taxes in Canada between 2000–2005.

[4] The appellant applied for citizenship on June 27, 2004. On his citizenship application, he declared that he had been absent from Canada for 104 days between June 27, 2000 and June 27, 2004 (the material period).

[5] The appellant was later convoked for a hearing before a citizenship judge. This hearing took place on December 15, 2006. The Judge later called the appellant and a phone conversation took place on December 18, 2006. A follow-up meeting was also arranged and took place on January 5, 2007.

[6] The Citizenship Judge found the central issue to be whether the appellant had accumulated at least three years of residence in Canada within the four years immediately preceding his citizenship application, pursuant to the residency requirements in paragraph 5(1)(c) [as am. by S.C. 2001, c. 27, s. 228] of the *Citizenship Act* (see Annex).

A. Les faits

[2] Âgé de 36 ans, le demandeur, Mohammad Ibrahim Qureshi, est un citoyen du Pakistan. Il est devenu résident permanent du Canada le 27 juin 2000. Sa femme et sa fille l'ont par la suite rejoint en 2003. Depuis son arrivée au Canada, le demandeur a été locataire à trois adresses différentes. À compter de la date à laquelle il est entré au Canada en tant que résident permanent jusqu'à la date du refus de sa demande de citoyenneté, le demandeur s'est rendu à plusieurs reprises à l'extérieur du pays, principalement au Pakistan, aux Émirats arabes unis et au Royaume-Uni.

[3] Après avoir obtenu le droit d'établissement au Canada, M. Qureshi a lancé une entreprise à propriétaire unique en août 2001 sous l'appellation de Micro Masters et a offert ses services à un restaurant local canadien appelé Tandoori Time de 2000 à 2005. Dans son questionnaire sur la résidence, il a expliqué qu'il était aussi un membre actif de la communauté pakistanaise canadienne et qu'il faisait du bénévolat pour un organisme communautaire musulman de sa localité. Sa fille a également fréquenté une école islamique locale en 2004 et 2005. M. Qureshi a produit des déclarations de revenus au Canada entre 2000 et 2005.

[4] Le demandeur a présenté une demande de citoyenneté le 27 juin 2004. Dans sa demande de citoyenneté, il a déclaré qu'il avait été absent du Canada pendant 104 jours entre le 27 juin 2000 et le 27 juin 2004 (la période pertinente).

[5] Le demandeur a par la suite été convoqué à une audience devant un juge de la citoyenneté. L'audience s'est tenue le 15 décembre 2006. Le juge a par la suite téléphoné le demandeur. Cette conversation téléphonique a eu lieu le 18 décembre 2006. Une rencontre de suivi a également été organisée. Elle a eu lieu le 5 janvier 2007.

[6] Le juge de la citoyenneté a estimé que la principale question à trancher était celle de savoir si le demandeur avait, dans les quatre ans qui avaient précédé la date de sa demande, résidé au Canada pendant au moins trois ans en tout, satisfaisant ainsi aux conditions de résidence prévues à l'alinéa 5(1)c) [mod. par L.C. 2001, ch. 27, art. 228] de la *Loi sur la citoyenneté* (voir l'annexe).

B. Decision of Citizenship Judge

[7] In her reasons, the Citizenship Judge expressed concerns regarding the veracity of Mr. Qureshi's residency in Canada. She stated: "Taken as a whole, a) the contradictions on the residence questionnaire, b) the inconsistencies at the hearing, during the telephone conversation and at the follow-up meeting, c) the insufficiency of tangible evidence of residency during the material period and d) the anonymous letter, all serve to challenge the truthfulness of the applicant's residency". She pointed out that the onus falls on the applicant to demonstrate that "he was in Canada for three of four years of his material time period", and that Mr. Qureshi has failed to do this on the balance of probabilities. The Judge also noted that the evidence does not demonstrate any special circumstances, and that she therefore declined to use her discretion under subsection 5(4) of the *Citizenship Act* (see Annex).

II. Issues

[8] Did the Citizenship Judge fail to observe principles of procedural fairness?

[9] Did the Citizenship Judge err in fact and in law in finding that the appellant did not meet the residency requirements under paragraph 5(1)(c) of the *Citizenship Act*?

III. Standard of Review

A. The appellant's submissions

[10] The appellant does not make any submissions as to the standard of review.

B. The respondent's submissions

[11] The respondent submitted that the question of whether a person has met the residency requirements under the *Citizenship Act* is a question of mixed fact and

B. Décision de la juge de la citoyenneté

[7] Dans ses motifs, la juge de la citoyenneté a exprimé des réserves au sujet de l'authenticité de la résidence de M. Qureshi au Canada. Elle a déclaré : [TRADUCTION] « À tout prendre, a) les contradictions relevées dans le questionnaire sur la résidence, b) les incohérences constatées à l'audience, au cours de la conversation téléphonique et lors de la rencontre de suivi, c) le manque de preuve concrète de résidence au cours de la période pertinente et d) la lettre anonyme, sont des facteurs qui contribuent à mettre en doute l'authenticité de la résidence du demandeur ». Elle a souligné qu'il incombait au demandeur de démontrer qu'il [TRADUCTION] « se trouvait au Canada pendant trois des quatre années de la période pertinente » et a estimé que M. Qureshi n'avait pas réussi à faire cette preuve selon la prépondérance des probabilités. La juge a également fait observer que la preuve ne démontrait pas qu'il existait des circonstances spéciales qui l'auraient justifié d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui conférait le paragraphe 5(4) de la *Loi sur la citoyenneté* (voir l'annexe) et elle a donc refusé d'exercer ce pouvoir.

II. Questions à trancher

[8] La juge de la citoyenneté a-t-elle manqué aux règles d'équité procédurale?

[9] La juge de la citoyenneté a-t-elle commis une erreur de fait et de droit en concluant que le demandeur ne remplissait pas les conditions de résidence prévues à l'alinéa 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté*?

III. Norme de contrôle

A. Prétentions et moyens du demandeur

[10] Le demandeur n'a formulé aucun argument au sujet de la norme de contrôle.

B. Prétentions et moyens du défendeur

[11] Le défendeur affirme que la question de savoir si une personne satisfait aux conditions de résidence de la *Loi sur la citoyenneté* est une question mixte de fait et de

law. As such, the respondent argued that the appropriate standard of review is reasonableness *simpliciter*. They added that Federal Court jurisprudence states that under the standard of reasonableness, citizenship judges are owed some deference by virtue of their special degree of knowledge and experience. Therefore, deference should be shown as long as there is a demonstrated understanding of the case law and appreciation of the facts and their applicability to the statutory test.

[12] The respondent cited the following cases to support this proposition: *Farshchi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 487; *Tulupnikov v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1439; *Tshimanga v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1579; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Wall*, 2005 FC 110, 45 Imm. L.R. (3d) 32; *Zeng v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1752; *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1693; *Rasaei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1688; *Gunnarsson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1592, 43 Imm. L.R. (3d) 204.

C. Analysis

[13] The respondent's submissions only relate to issue No. 2. The first issue to be addressed concerns a matter of procedural fairness relating to the disclosure of an anonymous letter.

(1) Procedural fairness—Disclosure of anonymous letter

[14] The issue relating to the disclosure of the anonymous letter is one which involves procedural fairness. This Court has held that when dealing with the issue of extrinsic evidence, the judge does not need to engage in an assessment of the appropriate standard of review but should evaluate whether the rules of procedural fairness

droit. Le défendeur fait par conséquent valoir que la norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable *simpliciter*. Il ajoute que, suivant la jurisprudence de la Cour fédérale, lorsqu'on applique la norme de la décision raisonnable, il faut faire preuve d'une certaine retenue à l'égard des décisions des juges de la citoyenneté étant donné leurs connaissances spécialisées et leur expérience. Il y a donc lieu de faire preuve de retenue dès lors qu'il ressort de sa décision que le juge de la citoyenneté a fait preuve d'une bonne compréhension de la jurisprudence et qu'il a apprécié avec justesse les faits et la manière dont ils s'appliquent par rapport au critère prévu par la loi.

[12] Le défendeur cite les décisions suivantes à l'appui de cette proposition : *Farshchi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 487; *Tulupnikov c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1439; *Tshimanga c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1579; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Wall*, 2005 CF 110; *Zeng c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1752; *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1693; *Rasaei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1688; *Gunnarsson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1592.

C. Analyse

[13] Les arguments du défendeur ne concernent que la seconde question litigieuse. La première question à aborder concerne l'équité procédurale en ce qui a trait à la divulgation de la lettre anonyme.

1) Équité procédurale — Divulgation de la lettre anonyme

[14] La question litigieuse relative à la divulgation de la lettre anonyme soulève une question d'équité procédurale. Suivant notre Cour, lorsqu'il examine une preuve extrinsèque, le juge n'a pas à s'interroger sur la norme de contrôle à appliquer; il doit plutôt s'assurer que les règles de l'équité procédurale ont été observées (*Edobor c.*

have been adhered to: see *Edobor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 883, 65 Imm. L.R. (3d) 199, at paragraph 23. Procedural fairness raises a question of law, reviewable on a standard of correctness, and, as such, I find the standard applicable to this issue to be one of correctness: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

[15] In *Dunsmuir*, above, the Supreme Court of Canada held at paragraph 50 that:

When applying the correctness standard, a reviewing court will not show deference to the decision maker's reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question. The analysis will bring the court to decide whether it agrees with the determination of the decision maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. From the outset, the court must ask whether the tribunal's decision was correct.

(2) Application of legal test of residency to facts of a particular case

[16] The issue of whether a person has met the residency requirements under the *Citizenship Act* requires the application of a legal test to the facts of a particular case. Therefore, it involves a question of mixed fact and law. The cases cited by the respondent all support this proposition.

[17] It is important to note that Justice Judith Snider in *Chen*, above, pointed out that the Federal Court has, in the past, applied a standard of correctness to decisions made by citizenship judges. However, she went on to state that more recent decisions of this Court have reviewed citizenship appeals on a standard of reasonableness *simpliciter*. In her later decision of *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Mueller*, 2005 FC 227, Justice Snider noted at paragraph 4 that judgments in respect of the standard of review applicable to citizenship judges' decisions have "coalesced" around the reasonableness standard. Accordingly, she concluded at paragraph 5 of *Chen*, above, that citizenship judges are "owed some deference by virtue of their special degree of knowledge and experience" and that "as long as there is a demonstrated understanding of the case law and appreciation of the facts and their application to the statutory test, deference should be shown."

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2007 CF 883, au paragraphe 23). L'équité procédurale soulève une question de droit, qui est assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte. J'estime donc que la norme qui s'applique à la présente question est celle de la décision correcte (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190).

[15] Dans l'arrêt *Dunsmuir*, précité, la Cour suprême du Canada déclare, au paragraphe 50 :

La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n'acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne.

2) Application du critère légal de la résidence aux faits de l'espèce

[16] Pour déterminer si quelqu'un remplit les conditions de résidence de la *Loi sur la citoyenneté*, il faut appliquer le critère légal aux faits de l'espèce. On a donc affaire à une question mixte de fait et de droit. Toutes les décisions citées par le défendeur vont dans ce sens.

[17] Il importe de signaler que, dans le jugement *Chen*, précité, la juge Judith Snider a souligné que, par le passé, la Cour fédérale avait appliqué la norme de la décision correcte aux décisions des juges de la citoyenneté. Elle a toutefois poursuivi en expliquant que, dans des décisions plus récentes, notre Cour avait plutôt appliqué la norme de la décision raisonnable *simpliciter* dans le cas des appels en matière de citoyenneté. Dans la décision postérieure *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Mueller*, 2005 CF 227, la même juge Snider a signalé, au paragraphe 4, qu'en ce qui concerne la norme de contrôle applicable aux décisions des juges de la citoyenneté, la jurisprudence récente de la Cour semblait adopter la décision raisonnable. Elle a par conséquent estimé, au paragraphe 5 du jugement *Chen*, précité, « qu'il faut faire preuve d'une certaine retenue à l'égard des décisions des juges de la citoyenneté étant donné leurs connaissances spécialisées et leur expérience » et que, « dans la mesure

[18] Furthermore, in *Chowdhury v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FC 709, 82 Imm. L.R. (3d) 1, Justice Max Teitelbaum notes that in *Dunsmuir*, above, the Supreme Court of Canada held that when a standard of review applicable to a specific issue before the court is well settled in the jurisprudence, a court may adopt that standard of review. As such, the standard of review applicable to this issue is reasonableness.

[19] According to the Supreme Court in *Dunsmuir*, above, reviewing a decision on the standard of reasonableness involves an analysis of “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process.” It entails probing “whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law”: see *Dunsmuir*, above, at paragraph 47.

IV. Analysis

A. Did the Citizenship Judge fail to observe principles of procedural fairness?

(1) The appellant’s submissions

[20] The appellant submitted that the Citizenship Judge erred in relying on an anonymous letter received with regard to the appellant’s absences from Canada. Further, the appellant requested that a copy of the letter be provided to him in order that he be permitted to make a full and complete answer to it.

[21] The appellant submitted that because the Citizenship Judge based her decision, in part, on the anonymous letter and its contents, and that the letter was not fully

où ont été démontrées une connaissance de la jurisprudence et une appréciation des faits et de la manière dont ils s’appliquent en regard du critère de la loi, il convient de faire preuve de retenue ».

[18] Par ailleurs, dans le jugement *Chowdhury c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CF 709, le juge Max Teitelbaum fait observer que, dans l’arrêt *Dunsmuir*, précité, la Cour suprême du Canada a jugé que lorsque les tribunaux ont constamment appliqué une norme de contrôle déterminée dans le cas de la question précise soumise au tribunal, celui-ci peut adopter cette norme de contrôle. La norme de contrôle applicable à la présente question est donc celle de la décision raisonnable.

[19] Dans l’arrêt *Dunsmuir*, précité, la Cour suprême explique que le tribunal qui procède au contrôle judiciaire d’une décision en fonction de la norme du caractère raisonnable doit analyser la décision en se demandant si elle possède les attributs de la raisonabilité, laquelle « tient principalement à la justification de la décision [et] à la transparence et à l’intelligibilité du processus décisionnel », ce qui amène aussi le tribunal à se demander si la décision appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47).

IV. Analyse

A. La juge de la citoyenneté a-t-elle manqué aux règles d’équité procédurale?

1) Prétentions et moyens du demandeur

[20] Le demandeur fait valoir que la juge de la citoyenneté a commis une erreur en se fondant sur une lettre anonyme qui avait été reçue au sujet des absences du demandeur du Canada. De plus, le demandeur réclame une copie de cette lettre pour lui permettre de faire une réponse pleine et entière.

[21] Le demandeur explique que, parce que la juge de la citoyenneté a fondé en partie sa décision sur cette lettre anonyme et sur son contenu, et parce que la lettre

disclosed, she breached a rule of natural justice: *Karic v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 44 Imm. L.R. (2d) 51 (F.C.T.D.).

(2) The respondent's submissions

[22] The respondent did not make any submissions either with regard to the issue of disclosure of the anonymous letter or the issues of natural justice and procedural fairness.

(3) Analysis

(a) Content of duty of fairness in citizenship cases

[23] In *Sadykbaeva v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1018, 74 Imm. L.R. (3d) 283, Justice Yves de Montigny held that a high level of procedural fairness must inform a citizenship judge's decision-making process. In coming to this conclusion, he noted that the Supreme Court in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, (1990), 69 D.L.R. (4th) 489, at page 682, advised that "the concept of procedural fairness is eminently variable and its content is to be decided in the specific context of each case." He relied on the subsequent Supreme Court decision in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, at paragraph 22 et seq., to determine the content of the duty of fairness in citizenship cases. In *Baker*, above, the Court developed a list of factors to aid in this assessment: the nature of the decision, the statutory scheme, the importance of the decision to the individual affected, the legitimate expectations of the individual, and the decision maker's choice of procedures. Accordingly, Justice de Montigny held at paragraphs 15–16 that:

... a fairly high standard of procedural fairness must inform the decision-making process followed in a citizenship application. I am mindful of the fact that decisions to deny citizenship applications are not final and may be appealed to the Federal Court pursuant to section 14(5) of the *Citizenship Act*, and that

n'a pas été complètement divulguée, elle a manqué à un principe de justice naturelle (*Karic c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 402 (1^{re} inst.) (QL)).

2) Prétentions et moyens du défendeur

[22] Le défendeur n'a pas présenté d'arguments en ce qui concerne la question de la divulgation de la lettre anonyme ou les questions de justice naturelle et d'équité procédurale.

3) Analyse

a) Teneur de l'obligation d'agir avec équité dans les affaires de citoyenneté

[23] Dans le jugement *Sadykbaeva c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1018, le juge Yves de Montigny s'est dit d'avis qu'une norme assez élevée d'équité procédurale doit être à la base du cadre du processus décisionnel suivi par le juge de la citoyenneté. Pour en arriver à cette conclusion, il a signalé que, dans l'arrêt *Knight c. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 R.C.S. 653, à la page 682, la Cour suprême du Canada a expliqué que « la notion d'équité procédurale est éminemment variable et son contenu est tributaire du contexte particulier de chaque cas ». Il s'est fondé sur l'arrêt ultérieur rendu par la Cour suprême dans l'affaire *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 22 et suivants, pour déterminer la teneur de l'obligation d'équité dans les affaires de citoyenneté. Dans l'arrêt *Baker*, précité, la Cour a élaboré une liste de facteurs susceptibles de faciliter cette évaluation, à savoir la nature de la décision rendue, la nature du régime législatif, l'importance de la décision pour les personnes visées, les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision et le choix des procédures. Le juge de Montigny a par conséquent déclaré, aux paragraphes 15 et 16 :

[...] une norme assez élevée d'équité procédurale doit être à la base du cadre du processus décisionnel suivi dans le cadre d'une demande de citoyenneté. Je suis conscient du fait que les décisions par lesquelles on rejette les demandes de citoyenneté ne sont pas définitives et qu'elles peuvent être portées en appel

the discretion bestowed on Citizenship Judges is quite broad and affords them a wide margin of appreciation to decide on proper information gathering procedures.

That being said, the nature of the decision clearly resembles an adjudication. It is based on facts concerning an individual, which are assessed in light of reasonably objective criteria, and the outcome applies only to the individual party. Moreover, the decision to grant or deny citizenship is obviously of great importance to the applicant as it affects her rights, privileges and responsibilities in this country...

(b) Breach of procedural fairness in this particular case

[24] Having established that a high level of procedural fairness must inform a citizenship judge's decision-making process, it is important to determine whether this duty was breached with respect to the particular facts of this case.

[25] In *Redman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 157 F.T.R. 120 (F.C.T.D.), an application for judicial review of a refusal to grant permanent residence based on humanitarian and compassionate grounds, an immigration officer received an anonymous letter which was prejudicial to the applicants. The letter was not disclosed to them, but the immigration officer stated that she did not consider the letter in assessing the applicants' application. Justice Marshall Rothstein, as he then was, held that the immigration officer did not comply with the minimal requirements of procedural fairness applicable to humanitarian and compassionate proceedings prescribed by *Shah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1994), 29 Imm. L.R. (2d) 82 (F.C.A.). Specifically, Justice Rothstein stated at paragraph 4 that:

When an anonymous letter prejudicial to an applicant is received by an Immigration Officer, such letter must be disclosed. The alternative—non-disclosure discovery by an applicant after a negative decision has been made and then an

à la Cour fédérale en vertu du paragraphe 14(5) de la *Loi sur la citoyenneté* et que le pouvoir discrétionnaire conféré aux juges de la citoyenneté est assez vaste et leur accorde une large marge d'appréciation pour ce qui est de décider quelles procédures de cueillette de renseignements sont adéquates.

Cela étant dit, la décision en l'espèce ressemble manifestement à une décision de nature arbitrale. Elle est fondée sur des faits concernant une personne appréciés en fonction de critères raisonnablement objectifs et elle ne s'applique qu'à l'intéressé. En outre, la décision d'accorder ou de refuser la citoyenneté est évidemment d'une grande importance pour la demanderesse car elle touche à ses droits, à ses privilèges et à ses responsabilités au Canada [...]

b) Manquement à l'équité procédurale en l'espèce

[24] Une fois qu'on a établi qu'une norme assez élevée d'équité procédurale doit être à la base du cadre du processus décisionnel suivi par le juge de la citoyenneté, il importe de déterminer s'il y a eu manquement à cette obligation compte tenu des faits particuliers de la présente affaire.

[25] Dans l'affaire *Redman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1568 (1^{re} inst.) (QL), qui portait sur une demande de contrôle judiciaire d'une décision refusant une demande de résidence permanente fondée sur des raisons d'ordre humanitaire, une agente d'immigration avait reçu une lettre anonyme qui était préjudiciable aux demandeurs. La lettre ne leur avait pas été communiquée, mais l'agente d'immigration avait déclaré qu'elle n'avait pas tenu compte de cette lettre lors de son examen de la demande. Le juge Marshall Rothstein, alors juge à la Section de première instance de la Cour fédérale, a conclu que l'agente d'immigration n'avait pas respecté la norme minimale d'équité applicable aux procédures en matière de considérations humanitaires prescrite par l'arrêt *Shah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1299 (C.A.) (QL). Plus précisément, le juge Rothstein a déclaré, au paragraphe 4 :

Lorsqu'une lettre anonyme préjudiciable à un demandeur est reçue par un agent d'immigration, cette lettre doit être divulguée. L'alternative consistant dans la non-divulgaration d'une lettre, dans la découverte de celle-ci par un demandeur après qu'une

assertion by the Immigration Officer that the letter was not relied upon—leads to a perception of unfairness.

[26] Further, he added at paragraph 5 that:

In the immigration context, anonymous prejudicial letters are particularly nasty and offensive. In most cases, the contents of such communications will rightly be disregarded. However, fairness requires that when such potentially damaging information is received it must be disclosed so that an applicant may be satisfied, before a decision is made, that it will be disregarded, or that he or she has had an opportunity to respond to it.

[27] This holding is to be contrasted with an earlier decision in *Karakulak v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 119 F.T.R. 288 (F.C.T.D.), where an application for judicial review of a decision denying permanent resident status based on humanitarian and compassionate grounds was dismissed by the Federal Court. The applicant argued a breach of natural justice stating that he did not receive full disclosure of anonymous letters in the Minister's possession. Justice John Richard, relying on the decisions in *Shah* and *Dasent v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 720, (1994), 87 F.T.R. 282, held [at paragraph 8 of *Karakulak*] that “the failure to disclose extrinsic evidence is only said to be a breach of natural justice if it is subsequently relied on by the immigration officer.” The Court concluded that there was no evidence that the immigration officer relied on the anonymous letters in their decision. As such, there was no breach of natural justice.

[28] Nevertheless, both the approach in *Redman*, above, and *Karakulak*, above, support the proposition that a breach of natural justice occurs when an officer fails to disclose extrinsic evidence which is subsequently relied on in their decision. It is clear that, in Mr. Qureshi's case, the Citizenship Judge relied on the anonymous letter in coming to her determination. She explicitly stated as much in her decision.

décision défavorable a été prise et puis dans l'affirmation de l'agente d'immigration selon laquelle la lettre n'a pas été invoquée — conduit à une perception d'injustice.

[26] Il a ajouté, au paragraphe 5 :

Dans le contexte d'immigration, les lettres anonymes préjudiciables sont particulièrement méchantes et offensantes. Dans la plupart des cas, la teneur de ces lettres sera à juste titre écartée. Toutefois, l'équité exige que lorsque les renseignements éventuellement préjudiciables de ce genre sont reçus, ils soient divulgués afin qu'un demandeur puisse être convaincu, avant qu'une décision ne soit prise, qu'il a eu la possibilité d'y répondre.

[27] Il convient de comparer cette décision avec une décision antérieure, le jugement *Karakulak c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1227 (1^{re} inst.) (QL), dans lequel la Cour fédérale avait rejeté une demande de contrôle judiciaire d'une décision ayant refusé une demande de résidence permanente fondée sur des raisons d'ordre humanitaire. Le demandeur soutenait que les règles de justice naturelle n'avaient pas été respectées et qu'il n'avait pas reçu la communication intégrale des lettres anonymes qui se trouvaient en la possession du ministre. Se fondant sur les jugements *Shah* et *Dasent c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 720, le juge John Richard déclare [au paragraphe 8 de *Karakulak*] : « l'omission de communiquer les éléments de preuve extrinsèques ne constitue une violation des règles de justice naturelle que si l'agent d'immigration s'appuie ultérieurement sur ceux-ci ». La Cour a conclu que rien ne permettait de penser que l'agent d'immigration s'était fondé sur les lettres anonymes pour rendre sa décision. Il n'y avait donc pas eu de manquement aux principes de justice naturelle.

[28] Néanmoins, le raisonnement suivi tant dans le jugement *Redman*, précité, que dans le jugement *Karakulak*, précité, appuie la proposition qu'il y a un manquement à un principe de justice naturelle lorsque l'agent omet de divulguer des éléments de preuve sur lesquels il s'est fondé par la suite pour rendre sa décision. Il est évident que, dans le cas de M. Qureshi, la juge de la citoyenneté s'est fondée sur la lettre anonyme pour prendre sa décision. Elle l'a d'ailleurs dit expressément dans sa décision.

[29] The extent of disclosure necessary to uphold principles of procedural fairness is unsettled in the jurisprudence. In *D'Souza v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 57, 321 F.T.R. 315, Justice Sean Harrington held that procedural fairness demanded that an anonymous letter be shown to the individual concerned. The decision involved judicial review of an immigration officer's refusal of an application to sponsor an individual based on humanitarian and compassionate considerations. However, it is important to note that Justice Harrington qualified his findings stating at paragraph 14 that "[i]t is not absolutely mandatory that extrinsic evidence in this form be given to the applicant. In some instances, putting the allegations from the anonymous source to the applicant may be sufficient."

[30] Similarly, Justice Rothstein, in his earlier decision in *Dasent*, above, held at page 731 that "[t]he relevant point as I see it is whether the applicant had knowledge of the information so that he or she had the opportunity to correct prejudicial misunderstandings or misstatements." In *Liu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 1253, 76 Imm. L.R. (3d) 261, Justice James O'Reilly held at paragraph 13 that "it is open to an officer to disbelieve an applicant, but only after giving the applicant a fair chance to respond to concerns arising from extrinsic sources." *Liu*, above, involved an application for judicial review of a visa officer's decision denying the applicant a work permit. The visa officer discovered through anonymous tips and an investigation that the applicants were part of an illegal recruitment scheme.

[31] In general, therefore, the jurisprudence shows that applicants must be given an opportunity to respond to matters raised in extrinsic evidence such as anonymous letters. The non-disclosure of anonymous communications which are prejudicial to applicants in the immigration context has generally been considered to be a breach of procedural fairness—particularly when officers have relied on them in their decision-making process. Indeed the Court held in *Edobor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, at paragraph 25, that "[t]he

[29] La jurisprudence est flottante en ce qui concerne la portée de la divulgation nécessaire pour respecter les principes d'équité procédurale. Dans le jugement *D'Souza c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 57, le juge Sean Harrington a statué que l'équité procédurale exigeait que l'on montre la lettre anonyme à l'intéressé. Il s'agissait du contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent d'immigration avait refusé une demande visant à parrainer une personne pour des raisons d'ordre humanitaire. Il importe toutefois de signaler que le juge Harrington a nuancé ses conclusions en expliquant, au paragraphe 14 qu'« [i]l n'est pas absolument obligatoire qu'une preuve extrinsèque de cette nature soit communiquée au demandeur. Dans certains cas, il peut être suffisant de présenter au demandeur les allégations tirées de la source anonyme ».

[30] De même, dans une décision antérieure, le jugement *Dasent*, précité, le juge Rothstein a statué, à la page 731 : « À mon sens, la question qu'il faut se poser est celle de savoir si la requérante a eu connaissance des renseignements de façon à pouvoir corriger les malentendus ou les déclarations inexactes susceptibles de nuire à sa cause. » Dans le jugement *Liu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 1253, le juge James O'Reilly a expliqué, au paragraphe 13, qu'« un agent peut refuser de croire un demandeur, mais seulement après lui avoir donné une possibilité raisonnable de répondre aux préoccupations découlant de sources extrinsèques ». L'affaire *Liu* portait sur une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un agent des visas avait refusé de délivrer un permis de travail au demandeur. L'agent des visas avait découvert, grâce à des renseignements anonymes et à l'enquête qui avait suivi, que les demandeurs faisaient partie d'un réseau de recrutement illégal.

[31] Il ressort donc en principe de la jurisprudence qu'il faut donner au demandeur la possibilité de répondre aux questions soulevées par des éléments de preuve extrinsèques comme les lettres anonymes. La non-divulgation de communications anonymes qui sont préjudiciables au demandeur dans un contexte d'immigration est généralement considérée comme un manquement à l'équité procédurale, surtout lorsque les agents se fondent sur ces éléments pour rendre leur décision. La Cour a d'ailleurs déclaré, dans *Edobor c. Canada (Ministre de*

importance of giving notice and providing an opportunity to respond to the evidence is accentuated when the board intends to rely on the evidence to make a decision.”

[32] Therefore, it is my view that Mr. Qureshi was owed disclosure of the contents of the anonymous letter on which the Citizenship Judge relied so that he was able to respond to the allegations contained within it.

[33] In this case, the Citizenship Judge did, in fact, disclose the contents of the letter that were of concern to her and provided an opportunity for Mr. Qureshi to both discuss and refute those areas of concern contained in the letter. I do not accept the proposition that Mr. Qureshi was entitled to receive a copy of the actual letter and have concluded that disclosure of the contents of the letter coupled with the opportunity to address any allegations it may have contained fulfills the disclosure requirements and, as such, find that there was no breach of procedural fairness on the part of the Citizenship Judge.

[34] It should be noted, however, that Federal Court jurisprudence has viewed anonymous communications as innately suspect. In *D’Souza*, above, the Court also noted at paragraph 15 that anonymous letters are “inherently unreliable.” The Court relied on holdings in both *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Navarrete*, 2006 FC 691, 294 F.T.R. 242; and *Ray v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 731, in reaching this conclusion. In *Navarrete*, above, Justice Michel Shore at paragraph 27 held that “[t]he source and the motives as well as the information provided by this type of letter cannot always be verified. Therefore, the information is not necessarily trustworthy.” In that case, the Court found that it was reasonable for the Immigration and Refugee Board to refuse to give weight to the information provided in anonymous letters.

B. Did the Citizenship Judge err in law and in fact in finding that the appellant did not meet the residency

la Citoyenneté et de l’Immigration), 2007 CF 883, au paragraphe 25, que « [l]’importance de donner au demandeur d’asile avis de la preuve et de lui donner l’occasion d’y réagir est accrue lorsque la Commission entend se fonder sur ladite preuve pour rendre sa décision ».

[32] J’estime donc que M. Qureshi avait le droit de prendre connaissance de la teneur de la lettre anonyme sur laquelle la juge de la citoyenneté s’est fondée pour être en mesure de répondre aux allégations qui y étaient formulées.

[33] Dans le cas qui nous occupe, la juge de la citoyenneté a effectivement divulgué les parties de la lettre qui la préoccupaient et elle a donné à M. Qureshi la possibilité de discuter et de réfuter les sujets de préoccupation qu’elle avait relevés dans la lettre. Je n’accepte pas l’idée que M. Qureshi avait le droit de recevoir une copie de la lettre elle-même et j’arrive à la conclusion que la divulgation de la teneur de la lettre, ajoutée à la possibilité qui a été donnée au demandeur de répondre aux allégations qu’elle pouvait contenir satisfait aux exigences en matière de divulgation. Je conclus donc que la juge de la citoyenneté n’a pas manqué à l’équité procédurale.

[34] Il convient toutefois de signaler que la Cour fédérale considère comme foncièrement suspectes les communications anonymes. Dans le jugement *D’Souza*, précité, la Cour s’est également dite d’avis, au paragraphe 15, que les lettres anonymes sont « intrinsèquement peu fiables ». La Cour s’est fondée sur les jugements *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Navarrete*, 2006 CF 691; et *Ray c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 731 pour arriver à cette conclusion. Dans le jugement *Navarrete*, précité, le juge Michel Shore, explique, au paragraphe 27 que « [l]a source, les motifs ainsi que les renseignements fournis par ce type de lettres ne peuvent toujours être vérifiés. En conséquence, les renseignements ne sont pas nécessairement dignes de foi. » Dans l’affaire *Navarrete*, la Cour a conclu qu’il était raisonnable de la part de la Commission de refuser d’accorder de la valeur aux renseignements contenus dans des lettres anonymes.

B. La juge de la citoyenneté a-t-elle commis une erreur de fait et de droit en concluant que le demandeur ne

requirements under paragraph 5(1)(c) of the *Citizenship Act*?

(1) The appellant's submissions

[35] The appellant takes the position that the Citizenship Judge misapprehended or ignored evidence which clearly established Mr. Qureshi's residence in Canada. Specifically, the appellant takes issue with the Citizenship Judge's findings with respect to a number of issues raised in the decision. These include conclusions reached with respect to a lost visa, bank withdrawals, travels to and from Pakistan, residence issues, family medical records, inconsistencies in his residency questionnaire, rental receipts and other matters of concern to the Citizenship Judge.

(2) The respondent's submissions

[36] The respondent submits that the Citizenship Judge did not err in finding that the appellant did not meet the residency requirements under the *Citizenship Act*. Further, the appellant failed to demonstrate that he was in Canada for three of four years of his material time period.

[37] The respondent states that the onus to provide sufficient evidence of residency lies on the appellant, and that he failed to discharge this burden: *Rizvi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1641. Overall, the respondent submits that: (1) there were inconsistencies in the appellant's evidence; and (2) the appellant failed to provide sufficient tangible evidence of residency during the material period.

(3) Analysis

[38] It is clear that the Citizenship Judge was highly suspicious of various statements and documentation provided to her by Mr. Qureshi. Ultimately these served to undermine his credibility and the evidence of his presence in Canada during the material period. It was clear from the reasons that the Citizenship Judge applied

remplissait pas les conditions de résidence prévues à l'alinéa 5(1)c) de la *Loi sur la citoyenneté*?

1) Prétentions et moyens du demandeur

[35] La thèse du demandeur est que la juge de la citoyenneté a mal compris ou a ignoré des éléments de preuve qui démontraient clairement que M. Qureshi avait résidé au Canada. Plus précisément, le demandeur s'insurge contre les conclusions tirées par la juge de la citoyenneté au sujet de plusieurs des questions soulevées dans la décision, et notamment celles concernant le visa perdu, les retraits bancaires, les voyages au Pakistan, les questions de résidence, les dossiers médicaux de la famille, les incohérences relevées dans le questionnaire de résidence du demandeur, les reçus de loyer et d'autres questions qui préoccupaient la juge de la citoyenneté.

2) Prétentions et moyens du défendeur

[36] Le défendeur affirme que la juge de la citoyenneté n'a pas commis d'erreur en concluant que le demandeur ne remplissait pas les conditions de résidence de la *Loi sur la citoyenneté*. Il ajoute que le demandeur n'a pas réussi à démontrer qu'il se trouvait au Canada pendant trois des quatre années de la période pertinente.

[37] Le défendeur affirme que c'est au demandeur qu'il incombe de fournir des éléments de preuve suffisants au sujet de sa résidence, ajoutant que le demandeur ne s'est pas acquitté de ce fardeau (*Rizvi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1641). De façon générale, le défendeur affirme que : 1) la preuve du demandeur comportait des incohérences; 2) le demandeur n'a pas présenté des éléments de preuve concrets suffisants au sujet de sa résidence au cours de la période pertinente.

3) Analyse

[38] Il est évident que la juge de la citoyenneté avait de sérieuses réserves au sujet des diverses déclarations et de divers documents que lui avait soumis M. Qureshi. Ces réserves ont finalement contribué à miner la crédibilité du demandeur et à affaiblir les éléments de preuve qu'il avait présentés au sujet de sa présence au Canada

the physical presence test and found the appellant's evidence lacking. In some instances the statements and inconsistencies in various documents were relatively minor but in my view, it was open to the Citizenship Judge to find that, taken as a whole, they supported her finding that the appellant was not credible with respect to fulfilling the onus upon him to show that he was present in Canada for the required period of time within the material period. I would not disturb that finding and find that it was a reasonable conclusion based on the evidence before her. I have concluded that the decision of the Citizenship Judge falls "within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law": *Dunsmuir*, above, at paragraph 47.

au cours de la période pertinente. Il ressort de ses motifs que la juge de la citoyenneté a appliqué le critère de la présence physique et qu'elle a conclu que la preuve présentée par le demandeur était insuffisante. Dans certains cas, les déclarations et les incohérences relevées dans les divers documents étaient relativement mineures mais, à mon avis, il était loisible à la juge de la citoyenneté de conclure que, prises globalement, elles permettaient de conclure que le demandeur n'était pas crédible en ce qui concerne le fardeau qui lui incombait de démontrer que, pendant la période pertinente, il avait été présent au Canada pour la durée de temps requise. Je ne modifierais pas cette conclusion, que je considère raisonnable vu l'ensemble de la preuve dont la juge de la citoyenneté disposait. Je conclus que la décision de la juge de la citoyenneté appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47).

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that:

1. the appeal is dismissed; and
2. there is no order as to costs.

ANNEX

Citizenship Act (R.S.C., 1985, c. C-29)

Grant of
citizenship

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:

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. L'appel est rejeté.
2. Il n'y a pas d'adjudication de dépens.

ANNEXE

Loi sur la citoyenneté (L.R.C. (1985), ch. C-29)

5. (1) Le ministre attribue la citoyenneté à toute personne qui, à la fois :

Attribution
de la
citoyenneté

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) 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	(i) un demi-jour pour chaque jour de résidence au Canada avant son admission à titre de résident permanent,	
	(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;	(ii) un jour pour chaque jour de résidence au Canada après son admission à titre de résident permanent;	
	(d) has an adequate knowledge of one of the official languages of Canada;	d) a une connaissance suffisante de l'une des langues officielles du Canada;	
	(e) has an adequate knowledge of Canada and of the responsibilities and privileges of citizenship; and	e) a une connaissance suffisante du Canada et des responsabilités et avantages conférés par la citoyenneté;	
	(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.	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.	
	...	[...]	
Special cases	(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.	(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.	Cas particuliers
	...	[...]	
Consideration by Citizenship Judge	14. (1) An application for	14. (1) Dans les soixante jours de sa saisine, le juge de la citoyenneté statue sur la conformité — avec les dispositions applicables en l'espèce de la présente loi et de ses règlements — des demandes déposées en vue de :	Examen par un juge de la citoyenneté
	(a) a grant of citizenship under subsection 5(1) or (5),	a) l'attribution de la citoyenneté, au titre des paragraphes 5(1) ou (5);	
	(c) a renunciation of citizenship under subsection 9(1), or	c) la répudiation de la citoyenneté, au titre du paragraphe 9(1);	
	(d) a resumption of citizenship under subsection 11(1)	d) la réintégration dans la citoyenneté, au titre du paragraphe 11(1).	

shall be considered by a Citizenship Judge who shall, within sixty days of the day the application was referred to the judge, determine whether or not the person who made the application meets the requirements of this Act and the regulations with respect to the application.

...

[...]

Appeal

(5) The Minister or the applicant may appeal to the Court from the decision of the Citizenship Judge under subsection (2) by filing a notice of appeal in the Registry of the Court within sixty days after the day on which

(a) the Citizenship Judge approved the application under subsection (2); or

(b) notice was mailed or otherwise given under subsection (3) with respect to the application.

(5) Le ministre et le demandeur peuvent interjeter appel de la décision du juge de la citoyenneté en déposant un avis d'appel au greffe de la Cour dans les soixante jours suivant la date, selon le cas :

a) de l'approbation de la demande;

b) de la communication, par courrier ou tout autre moyen, de la décision de rejet.

Appel

Decision final

(6) A decision of the Court pursuant to an appeal made under subsection (5) is, subject to section 20, final and, notwithstanding any other Act of Parliament, no appeal lies therefrom.

(6) La décision de la Cour rendue sur l'appel prévu au paragraphe (5) est, sous réserve de l'article 20, définitive et, par dérogation à toute autre loi fédérale, non susceptible d'appel.

Caractère définitif de la décision

Recommendation re use of discretion

15. (1) Where a Citizenship Judge is unable to approve an application under subsection 14(2), the judge shall, before deciding not to approve it, consider whether or not to recommend an exercise of discretion under subsection 5(3) or (4) or subsection 9(2) as the circumstances may require.

15. (1) Avant de rendre une décision de rejet, le juge de la citoyenneté examine s'il y a lieu de recommander l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu aux paragraphes 5(3) ou (4) ou 9(2), selon le cas.

Exercice du pouvoir discrétionnaire

T-1621-08
2009 FC 1016

T-1621-08
2009 CF 1016

Saputo Inc., Kraft Canada Inc. and Parmalat Canada Inc. (*Applicants*)

Saputo Inc., Kraft Canada Inc. et Parmalat Canada Inc. (*demandereses*)

v.

c.

The Attorney General of Canada (*Respondent*)

Le procureur général du Canada (*défendeur*)

and

et

St-Albert Cheese Cooperative Inc. and International Cheese Company Ltd. (*Intervenors*)

St-Albert Cheese Cooperative Inc. et International Cheese Company Ltd. (*intervenantes*)

INDEXED AS: SAPUTO INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : SAPUTO INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court, Martineau J.—Ottawa, March 31; October 7, 2009.

Cour fédérale, juge Martineau—Ottawa, 31 mars; 7 octobre 2009.

Food and Drugs — Judicial review challenging constitutionality, validity under Food and Drugs Act (FDA), Canada Agricultural Products Act (CAPA) of amendments to Food and Drug Regulations, ss. B.08.033, B.08.034, Dairy Products Regulations, ss. 6, 28 by Regulations Amending the Food and Drug Regulations and the Dairy Products Regulations (new Regulations) — Applicants alleging purpose of new Regulations ultra vires Governor in Council's regulation-making authority under FDA, CAPA — Impugned provisions harmonizing definitions for milk products, revising identity, national compositional standards for cheese destined for interprovincial, international trade — Issues whether new Regulations valid exercise of federal trade, commerce power under Constitution Act, 1867, s. 91(2), of regulation-making authority granted to Governor in Council by FDA, CAPA — New Regulations integral part of legislative scheme established by FDA, CAPA to regulate import, export, interprovincial trade — Applying to cheese sold, marketed interprovincially by virtue of FDA, s. 6(1), CAPA, s. 17 — Dairy producers having to meet national compositional standards to market cheese interprovincially, internationally — New Regulations, including impugned provisions, proper exercise of regulation-making authority vested in Governor in Council — Such authority expressed in broad terms in FDA, s. 30(1), CAPA, s. 32 — Regulatory Impact Analysis Statement providing conclusive evidence new Regulations passed by Governor in Council to carry out purposes of CAPA, FDA — Application dismissed.

Aliments et Drogues — Contrôle judiciaire contestant la constitutionnalité et la validité sous le régime de la Loi sur les aliments et drogues (la LAD) et de la Loi sur les produits agricoles au Canada (la LPAC) des modifications apportées aux art. B.08.033 et B.08.034 du Règlement sur les aliments et drogues et aux art. 6 et 28 du Règlement sur les produits laitiers par le Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues et le Règlement sur les produits laitiers (le nouveau Règlement) — Les demandereses soutenaient que l'objet du nouveau Règlement outrepassait le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil par la LPAC et la LAD — Les dispositions contestées harmonisaient les définitions des produits du lait et révisaient les normes nationales relatives à l'identité et à la composition des fromages destinés au commerce interprovincial ou international — Il s'agissait de savoir si l'adoption du nouveau Règlement était un exercice légitime du pouvoir fédéral de réglementation des échanges et du commerce prévu à l'art. 91(2) de la Loi constitutionnelle de 1867 et du pouvoir de réglementation que la LAD et la LPAC confèrent au gouverneur en conseil — Le nouveau Règlement fait partie intégrante des dispositifs législatifs établis par la LAD et la LPAC pour régler l'importation, l'exportation et le commerce interprovincial — Il s'applique aux fromages qui font l'objet de vente ou de commercialisation interprovinciales en vertu de l'art. 6(1) de la LAD et de l'art. 17 de la LPAC — Les producteurs laitiers doivent se conformer à une norme nationale de composition pour les fromages destinés au commerce interprovincial ou international — Le nouveau Règlement, y compris les dispositions contestées, constitue un exercice légitime du pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil —

Constitutional Law — Distribution of Powers — Whether Regulations Amending the Food and Drug Regulations and the Dairy Products Regulations (new Regulations) valid exercise of federal trade, commerce power under Constitution Act, 1867, s. 91(2) — Prior to Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada, regulations enacted under Food and Drugs Act (FDA) could not be upheld under federal trade, commerce power as FDA, s. 6 not directed in pith, substance at interprovincial, international trade — FDA subsequently amended to ensure regulatory scheme, related regulations falling within scope of federal powers — Pith, substance of new Regulations to establish compositional standards for cheese marketed interprovincially, internationally — New Regulations thus valid exercise of federal trade, commerce power under Constitution Act, s. 91(2).

This was an application for judicial review concerning the legality of amendments made to the *Food and Drug Regulations* (FDR) and the *Dairy Products Regulations* (DPR) by the *Regulations Amending the Food and Drug Regulations and the Dairy Products Regulations* (the new Regulations).

The applicants, large dairy processors operating federally registered facilities, challenged the constitutionality and validity under the *Food and Drugs Act* (FDA) and the *Canada Agricultural Products Act* (CAPA) of the amendments to sections B.08.033 and B.08.034 of the FDR, and sections 6 and 28 of the DPR that harmonized the definitions for milk products and revised the identity and compositional standards for cheese destined for interprovincial or international trade. They alleged that the purpose of the new Regulations was *ultra vires* the Governor in Council's regulation-making authority under the FDA and the CAPA.

At issue was whether the new Regulations were a valid exercise (1) of the federal trade and commerce power under subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, in particular with respect to federal authority in interprovincial and international

Ce pouvoir est défini de manière large à l'art. 30(1) de la LAD et à l'art. 32 de la LPAC — Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation établit de manière concluante que le gouverneur en conseil a pris le nouveau Règlement afin de remplir les objets de la LPAC et de la LAD — Demande rejetée.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Il s'agissait de savoir si l'adoption du Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues et le Règlement sur les produits laitiers (le nouveau Règlement) était un exercice légitime du pouvoir fédéral de réglementation des échanges et du commerce prévu à l'art. 91(2) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Avant l'arrêt Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada, les règlements pris sous le régime de la Loi sur les aliments et drogues (la LAD) ne pouvaient être confirmés dans le cadre du pouvoir fédéral de réglementation des échanges et du commerce parce que l'art. 6 de la LAD ne pouvait, de par son caractère véritable, être conçu pour viser le commerce interprovincial et international — La LAD a été modifiée par la suite de manière à faire en sorte que le dispositif réglementaire et les règlements apparentés entrent dans le champ d'application bien établi des pouvoirs attribués au fédéral — Le caractère véritable du nouveau Règlement est de fixer des normes de composition pour les fromages destinés au commerce interprovincial ou international — L'adoption du nouveau Règlement était donc un exercice légitime du pouvoir fédéral de réglementation des échanges et du commerce prévu à l'art. 91(2) de la Loi constitutionnelle.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire portant sur la légalité des modifications apportées au *Règlement sur les aliments et drogues* (le RAD) et au *Règlement sur les produits laitiers* (le RPL) par le *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues et le Règlement sur les produits laitiers* (le nouveau Règlement).

Les demandresses, d'importants transformateurs de produits laitiers exploitant des établissements enregistrés au fédéral, contestaient la constitutionnalité et la validité sous le régime de la *Loi sur les aliments et drogues* (la LAD) et de la *Loi sur les produits agricoles au Canada* (la LPAC) des modifications apportées aux articles B.08.033 et B.08.034 du RAD et aux articles 6 et 28 du RPL qui harmonisaient les définitions des produits du lait et révisaient les normes antérieures relatives à l'identité et à la composition des fromages destinés au commerce interprovincial ou international. Elles soutenaient que l'objet du nouveau Règlement outrepassait le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil par la LAD et la LPAC.

Il s'agissait de savoir si l'adoption du nouveau Règlement était un exercice légitime (1) du pouvoir fédéral de réglementation des échanges et du commerce prévu au paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, eu égard en particulier à la

trade, and (2) of the regulation-making authority granted to the Governor in Council by the FDA and the CAPA.

Held, the application should be dismissed.

(1) The new Regulations are an integral part of the legislative scheme established by the FDA and the CAPA to regulate import, export and interprovincial trade. Subsection 6(1) of the FDA and section 17 of the CAPA, both engaged by the new Regulations, underscore the international and interprovincial trade focus of the scheme. By virtue of these provisions, the new Regulations apply to cheese sold or marketed interprovincially, as well as to imported cheese. In *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, the Supreme Court of Canada noted that “if regulation of the flow in extraprovincial trade is the object, then the federal statute will be valid”, but found that regulations enacted under the FDA could not be upheld under the federal trade and commerce power. At the time of the Supreme Court’s decision, section 6 of the FDA could not be framed as being directed in pith and substance at interprovincial and international trade. Subsequent to that decision, the FDA was amended to ensure that the regulatory scheme and any related regulations fell within the scope of federal powers. The new Regulations do not prescribe a legal recipe for cheese, as dairy processors may continue to use the ingredients that they like. However, they must meet national compositional standards if they wish to market cheese destined for interprovincial or international trade as one of the varieties specified in section B.08.033 of the FDR. A simple reading of the relevant provisions of the FDR and DPR reveals that the overarching purpose and object of the new Regulations is to establish such compositional standards. That is the pith and substance of the new Regulations.

(2) The new Regulations constitute a proper exercise of the regulation-making authority vested to the Governor in Council, which is expressed in broad terms in section 32 of the CAPA and subsection 30(1) and the FDA. The new Regulations fit squarely within the objectives and powers outlined in these provisions. The applicants did not meet the threshold for establishing that the regulations so lacked in precision as not to give sufficient guidance for legal debate. There was no foundation in law or fact to the assertion that the new Regulations impermissibly sub-delegated undue discretion to the Canadian Food Inspection Agency. In addition, an examination of the Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) provided conclusive evidence herein that the new Regulations were passed by the Governor in Council to carry out the purposes of the CAPA and the FDA by harmonizing existing federal regulations, enhancing consumer

compétence fédérale en matière de commerce interprovincial et international, et 2) du pouvoir de réglementation que la LAD et la LPAC confèrent au gouverneur en conseil.

Jugement : la demande doit être rejetée.

1) Le nouveau Règlement fait partie intégrante des dispositifs législatifs établis par la LAD et la LPAC pour régler l’importation, l’exportation et le commerce interprovincial. Le paragraphe 6(1) de la LAD et l’article 17 de la LPAC, qu’applique le nouveau Règlement, fait ressortir que le régime est axé sur le commerce international et interprovincial. En raison de ces dispositions, le nouveau Règlement s’applique aux fromages qui font l’objet de vente ou de commercialisation interprovinciales ainsi qu’aux fromages importés. Dans l’arrêt *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, la Cour suprême du Canada a signalé que « la loi fédérale est valide si elle vise la réglementation des mouvements commerciaux dans les réseaux extraprovinciaux », mais elle a conclu que les dispositions réglementaires prises sous le régime de la LAD ne pouvaient être confirmées dans le cadre du pouvoir fédéral de réglementation des échanges et du commerce. À l’époque où la Cour suprême a rendu sa décision, l’article 6 de la LAD ne pouvait, de par son caractère véritable, être conçu pour viser le commerce interprovincial et international. Après cet arrêt, la LAD a été modifiée de manière à faire en sorte que le dispositif réglementaire et les règlements apparentés entrent dans le champ d’application bien établi des pouvoirs attribués au fédéral. Le nouveau Règlement ne prescrit pas une recette légale pour les fromages parce que les transformateurs de produits laitiers peuvent continuer à utiliser les ingrédients qu’ils veulent. Cependant, ils doivent se conformer à une norme nationale de composition s’ils souhaitent vendre leur produit sous le nom de l’une des variétés de fromages visées par l’article B.08.033 du RAD. Il ressort de la simple lecture des dispositions applicables du RAD et du RPL que l’objet fondamental du nouveau Règlement est de fixer des normes de composition. C’est là le caractère véritable du nouveau Règlement.

2) Le nouveau Règlement constitue un exercice légitime du pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil, qui est défini de manière large à l’article 32 de la LPAC et au paragraphe 30(1) de la LAD. Le nouveau Règlement s’inscrit tout à fait dans le champ des objectifs et des pouvoirs que définissent ces dispositions. Les demandresses n’ont pas atteint le seuil pour démontrer que le Règlement manquait de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire. L’affirmation selon laquelle le nouveau Règlement subdéléguait illégitimement un pouvoir discrétionnaire indu à l’Agence canadienne d’inspection des aliments n’est fondée ni en droit ni en fait. En outre, un examen du Résumé de l’étude d’impact de la réglementation (le REIR) établit de manière concluante en l’espèce que le gouverneur en conseil a pris le nouveau Règlement afin de remplir les objets de la LPAC et

interest, allowing for technological advances in cheese production, and providing consistency with international food standards. Finally, the dominant purpose of the new Regulations was not to effect an economic transfer from dairy processors to dairy producers. Although the RIAS acknowledged that there are benefits and costs associated with the new Regulations, equating such economic analysis with the purpose of the new Regulations distorts the overall scheme of compositional standards for cheese.

de la LAD en harmonisant la réglementation fédérale existante, en protégeant les intérêts des consommateurs, en permettant la réalisation de progrès technologiques dans la production fromagère et en assurant la conformité à certaines normes internationales relatives aux aliments. Enfin, l'objet dominant du nouveau Règlement n'était pas d'opérer un transfert économique des transformateurs de produits laitiers vers les producteurs laitiers. Bien que le REIR reconnaisse que le nouveau Règlement procure des avantages et entraîne des coûts, le fait d'assimiler cette analyse économique à l'objet du nouveau Règlement équivaut à dénaturer le dispositif d'ensemble réglant la composition des fromages.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canada Agricultural Products Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. C-20, ss. 17, 32 (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 51; 2001, c. 4, s. 64(E)).
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91.
- Dairy Products Regulations*, SOR/79-840, ss. 2 “milk product” (as am. by SOR/2007-302, s. 5), 6(3)(c) (as enacted *idem*, s. 6), (d) (as enacted *idem*), (5) (as enacted *idem*), 28(1)(a)(i.1) (as enacted *idem*, s. 11), (i.2) (as enacted *idem*), (4) (as enacted *idem*).
- Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, ss. B.08.033 (as am. by SOR/79-752, s. 2; 82-383, s. 2; 89-198, s. 1; 90-469, s. 1; 94-417, s. 1; 97-191, s. 1; 2000-336, s. 1; 2000-417, s. 2; 2001-94, s. 1; 2005-98, s. 7; 2007-302, ss. 2, 4(F)), B.08.034(1)(a)(i.1) (as am. *idem*, s. 3), (i.2) (as am. *idem*), (c)(i) (as enacted *idem*), (1.2) (as enacted *idem*).
- Food and Drugs Act*, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 6.
- Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, ss. 6 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 27, s. 1), 30(1) (as am. by S.C. 1999, c. 33, s. 347; 2005, c. 42, s. 2).
- Regulations Amending the Food and Drug Regulations and the Dairy Products Regulations*, SOR/2007-302.

CASES CITED

APPLIED:

R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 114 N.S.R. (2d) 91, 93 D.L.R. (4th) 36.

CONSIDERED:

Thorne's Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al., [1983] 1 S.C.R. 106, (1983), 143 D.L.R. (3d) 577, 46 N.R. 91;

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91.
- Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, art. 6 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 27, art. 1), 30(1) (mod. par L.C. 1999, ch. 33, art. 347; 2005, ch. 42, art. 2).
- Loi sur les aliments et drogues*, S.R.C. 1970, ch. F-27, art. 6.
- Loi sur les produits agricoles au Canada*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. C-20, art. 17, 32 (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 51; 2001, ch. 4, art. 64(A)).
- Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues et le Règlement sur les produits laitiers*, DORS/2007-302.
- Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. B.08.033 (mod. par DORS/79-752, art. 2; 82-383, art. 2; 89-198, art. 1; 90-469, art. 1; 94-417, art. 1; 97-191, art. 1; 2000-336, art. 1; 2000-417, art. 2; 2001-94, art. 1; 2005-98, art. 7; 2007-302, art. 2, 4(F)), B.08.034(1)(a)(i.1) (mod., *idem*, art. 3), (i.2) (mod., *idem*), (c)(i) (édicte, *idem*), (1.2) (édicte, *idem*).
- Règlement sur les produits laitiers*, DORS/79-840, art. 2 « produit du lait » (mod. par DORS/2007-302, art. 5), 6(3)(c) (édicte, *idem*, art. 6), (d) (édicte, *idem*), (5) (édicte, *idem*), 28(1)(a)(i.1) (édicte, *idem*, art. 11), (i.2) (édicte, *idem*), (4) (édicte, *idem*).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 R.C.S. 606.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Thorne's Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre, [1983] 1 R.C.S. 106; *Brasseries Labatt du Canada Ltée c.*

Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada, [1980] 1 S.C.R. 914, (1980), 110 D.L.R. (3d) 594, 9 B.L.R. 181; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, 253 D.L.R. (4th) 1, 39 C.P.R. (4th) 449; *Les Produits Laitiers Advidia Inc. v. Commissioner, CCRA* (2005), 9 T.T.R. (2d) 596 (C.I.T.T.).

REFERRED TO:

Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc., 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, 259 D.L.R. (4th) 595, 32 Admin. L.R. (4th) 159; *Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569, 211 Nfld. & P.E.I.R. 125, 210 D.L.R. (4th) 42; *Gallant v. New Brunswick* (1998), 200 N.B.R. (2d) 113 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Brent*, [1956] S.C.R. 318, (1956), 2 D.L.R. (2d) 503, 114 C.C.C. 296; *Verdun, City of, v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 S.C.R. 222, (1952), 1 D.L.R. 529; *Acton Transport Ltd. v. Steeves*, 2004 FCA 182, 322 N.R. 73; *Re Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al.*; *Peralta et al. v. Warner et al.* (1985), 49 O.R. (2d) 705, 16 D.L.R. (4th) 259 (C.A.), *affd sub nom. Peralta v. Ontario* [1988] 2 S.C.R. 1045; *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1992] 3 F.C. 42, (1992), 53 F.T.R. 300 (T.D.); *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.

AUTHORS CITED

LeDain, Gerald. "Sir Lyman Duff and the Constitution" (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 261.
Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2007-302, *C. Gaz.* 2007.II.2787.
World Trade Organization. *Canada—Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*, Appellate Body Report, WT/DS103/AB/RW2 (December 2002).

APPLICATION for judicial review concerning the legality of amendments made to the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870 and the *Dairy Products Regulations*, SOR/79-840 by the *Regulations Amending the Food and Drug Regulation and the Dairy Products Regulations*, SOR/2007-302. Application dismissed.

APPEARANCES

Patrick Girard for applicant Saputo Inc.
Timothy M. Lowman and *Patrick J. Cotter* for applicant Kraft Canada Inc.

Procureur général du Canada, [1980] 1 R.C.S. 914; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *Les Produits Laitiers Advidia Inc. c. Commissaire de l'Agence des douanes et du revenu du Canada et Producteurs laitiers du Canada*. Appel n° AP-2003-040, motifs de décision rendus le mardi 8 mars 2005 (T.C.C.E.).

DÉCISIONS CITÉES :

Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc., 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569; *Gallant c. New Brunswick* (1998), 200 R.N.-B. (2^e) 113 (C.A.); *Attorney General of Canada v. Brent*, [1956] S.C.R. 318, (1956), 2 D.L.R. (2d) 503, 114 C.C.C. 296; *Verdun, City of, v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 S.C.R. 222, (1952), 1 D.L.R. 529; *Acton Transport Ltd. c. Steeves*, 2004 CAF 182; *Re Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al.*; *Peralta et al. v. Warner et al.* (1985), 49 O.R. (2d) 705, 16 D.L.R. (4th) 259 (C.A.), *conf. par* [1988] 2 R.C.S. 1045; *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1992] 3 C.F. 42 (1^{re} inst.); *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

DOCTRINE CITÉE

LeDain, Gerald. « Sir Lyman Duff and the Constitution » (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 261.
Organisation mondiale du commerce. *Canada — Mesures visant l'importation de lait et l'exportation de produits laitiers*, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS103/AB/RW2 (décembre 2002).
Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2007-302, *Gaz. C.* 2007.II.2787.

DEMANDE de contrôle judiciaire portant sur la légalité des modifications apportées au *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, et au *Règlement sur les produits laitiers*, DORS/79-840, par suite de l'adoption du *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues et le Règlement sur les produits laitiers*, DORS/2007-302. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Patrick Girard pour la demanderesse Saputo Inc.
Timothy M. Lowman et *Patrick J. Cotter* pour la demanderesse Kraft Canada Inc.

Wendy Wagner for applicant Parmalat Canada Inc.

Alexander M. Gay and *Brian Harvey* for respondent.
David K. Wilson for interveners.

SOLICITORS OF RECORD

Stikeman Elliott LLP, Montréal, for applicant Saputo Inc.

Sim, Lowman, Ashton & McKay LLP, Toronto, for applicant Kraft Canada Inc.

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for applicant Parmalat Canada Inc.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Ottawa, for interveners.

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

[1] MARTINEAU J.: This judicial review application concerns the legality of amendments made to the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870 (FDR) and the *Dairy Products Regulations*, SOR/79-840 (DPR) as a result of the passing of the *Regulations Amending the Food and Drug Regulations and the Dairy Products Regulations*, SOR/2007-302 (the new Regulations).

I. OVERVIEW

[2] After many years of consultation with a number of interest groups, the Governor in Council passed the new Regulations under the purported authority of the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27 (FDA) and the *Canada Agricultural Products Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. C-20 (CAPA) (collectively, the parent legislations).

[3] The new Regulations were developed cooperatively with Agriculture and Agri-Food Canada (AAFC) and in consultation with Health Canada (HC) and the Department of Foreign Affairs and International Trade. The new Regulations were published on December 26, 2007 in the *Canada Gazette*, Part II, Vol. 141, No. 26, and came into force on December 14, 2008.

Wendy Wagner pour la demanderesse Parmalat Canada Inc.

Alexander M. Gay et *Brian Harvey* pour le défendeur.
David K. Wilson pour les intervenantes.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Stikeman Elliott S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour la demanderesse Saputo Inc.

Sim, Lowman, Ashton & McKay LLP, Toronto, pour la demanderesse Kraft Canada Inc.

Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., Ottawa, pour la demanderesse Parmalat Canada Inc.

Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour les intervenantes.

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

[1] LE JUGE MARTINEAU : La présente demande de contrôle judiciaire porte sur la légalité des modifications apportées au *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870 (le RAD), et au *Règlement sur les produits laitiers*, DORS/79-840 (le RPL), par suite de l'adoption du *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues et le Règlement sur les produits laitiers*, DORS/2007-302 (le nouveau Règlement).

I. VUE D'ENSEMBLE

[2] Après de nombreuses années de consultation avec plusieurs groupes d'intérêts, le gouverneur en conseil a pris le nouveau Règlement censément sous le régime de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27 (la LAD), et de la *Loi sur les produits agricoles au Canada*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. C-20 (la LPAC), ci-après collectivement désignées comme les lois-cadres.

[3] Le nouveau Règlement a été élaboré en collaboration avec Agriculture et Agroalimentaire Canada (AAC) ainsi qu'en consultation avec Santé Canada (SC) et le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international. Il a été publié le 26 décembre 2007 dans la *Gazette du Canada*, partie II, vol. 141, n^o 26, et est entré en vigueur le 14 décembre 2008.

[4] Essentially, the new Regulations amend the FDR and the DPR by harmonizing the definitions for milk products and revising the existing identity and compositional standards for cheese destined for interprovincial or international trade (including cheese imported in Canada).

[5] The applicants are large dairy processors operating federally registered facilities. They produce and distribute cheese across Canada and in export trade. They also import cheese for distribution in Canada. The cheese distributed by the applicants is made with the combination of liquid milk and milk derivatives, including powdered milk protein concentrate (MPC), milk protein isolate (MPI) and whey protein concentrate (WPC).

[6] By this judicial review application, the applicants challenge both the constitutionality and/or validity under the parent legislations of subparagraphs B.08.033(1)(a)(i.1) [as enacted by SOR/2007-302, s. 2] and (i.2) [as enacted *idem*] subsection B.08.033(1.2) [as enacted *idem*], subparagraphs B.08.034(1)(a)(i.1) [as am. *idem*, s. 3], (i.2) [as am. *idem*] and B.08.034(1)(c)(i) [as enacted *idem*], and subsection B.08.034(1.2) [as enacted *idem*] of the FDR and paragraph 6(3)(c) [as enacted *idem*, s. 6], subparagraph 6(3)(d)(i) [as enacted *idem*], subsection 6(5), subparagraphs 28(1)(a)(i.1) [as enacted *idem*, s. 11] and (i.2) [as enacted *idem*] and subsection 28(4) [as enacted *idem*] of the DPR, as amended by the new Regulations (the impugned provisions).

[7] The application is opposed by the respondent. Although the interveners were granted leave to file affidavit evidence, which has been referred to by the applicants and the respondent, the latter were not allowed to make written or oral submissions to the Court.

II. DETERMINATION

[8] After having assessed the legality of the impugned provisions in light of the law and the totality of the evidence submitted by the parties, read the application records and heard the oral submissions made on behalf of the applicants and the respondent respectively, and

[4] Essentiellement, le nouveau Règlement modifie le RAD et le RPL en harmonisant les définitions des produits du lait et en révisant les normes antérieures relatives à l'identité et à la composition des fromages destinés au commerce interprovincial ou international (y compris des fromages importés au Canada).

[5] Les demandresses sont d'importants transformateurs de produits laitiers exploitant des établissements enregistrés au fédéral. Elles produisent des fromages qu'elles distribuent partout au Canada et qu'elles exportent. Elles importent aussi des fromages qu'elles distribuent au Canada. Les fromages distribués par les demandresses sont faits à partir de lait liquide et de dérivés du lait, notamment de concentré de protéines laitières en poudre, d'isolat de protéines laitières et de concentré de protéines de lactosérum.

[6] Par la présente demande de contrôle judiciaire, les demandresses contestent la constitutionnalité et la validité sous le régime des lois-cadres des sous-alinéas B.08.033(1)(a)(i.1) [édicte par DORS/2007-302, art. 2] et (i.2) [édicte, *idem*], du paragraphe B.08.033(1.2) [édicte, *idem*], des sous-alinéas B.08.034(1)(a)(i.1) [mod., *idem*, art. 3], (i.2) [mod., *idem*] et B.08.034(1)(c)(i) [édicte, *idem*] et du paragraphe B.08.034(1.2) [édicte, *idem*] du RAD, ainsi que de l'alinéa 6(3)(c) [édicte, *idem*, art. 6], du sous-alinéa 6(3)(d)(i) [édicte, *idem*], du paragraphe 6(5) [mod., *idem*], des sous-alinéas 28(1)(a)(i.1) [édicte, *idem*, art. 11] et (i.2) [édicte, *idem*] et du paragraphe 28(4) [édicte, *idem*] du RPL, dans leur version modifiée par le nouveau Règlement (les dispositions contestées).

[7] Le défendeur conteste la présente demande. Les intervenantes ont reçu l'autorisation de déposer des affidavits, auxquels se sont référés les demandresses aussi bien que le défendeur, mais non de présenter des conclusions écrites ou orales à la Cour.

II. DÉCISION

[8] Après avoir examiné la légalité des dispositions contestées en fonction du droit et de la totalité de la preuve produite par les parties, lu les dossiers de demande, entendu les observations orales des demandresses et du défendeur et pris en considération l'ensemble de la

considered all relevant case law, the application must fail.

[9] The issues in this application are:

(a) Whether the new Regulations, including the impugned provisions, are a valid exercise of the federal trade and commerce power under subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [(as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1)] reprinted in R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5 (*Constitution Act, 1867*), with particular regard to the federal authority in respect of interprovincial and international trade?

(b) Whether the new Regulations are a valid exercise of the regulation-making authority granted to the Governor in Council by the CAPA and the FDA?

[10] The answer to both of these questions is in the affirmative.

[11] In assessing whether the impugned provisions are within the federal sphere of power, the Court had to first determine the essential character of the new Regulations. In so doing, the Court has come to the conclusion that the new Regulations establish revised compositional standards for imported cheese and cheese destined for interprovincial and international trade. Second, the Court had to ask itself whether the character of the new Regulations relates to an enumerated head of power granted to Parliament. In this regard, the Court has found that the essential character of the new Regulations—assessed in the context of the statutory scheme as a whole—fall within Parliament’s authority to regulate trade and commerce under subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867*.

[12] While a court may strike down a regulation for jurisdictional or other compelling reasons, it “would take an egregious case to warrant such action”: *Thorne’s*

jurisprudence pertinente, je suis parvenu à la conclusion que la présente demande doit être rejetée.

[9] Les questions en litige dans la présente demande sont les suivantes :

a) L’adoption du nouveau Règlement, notamment des dispositions contestées, est-elle un exercice légitime du pouvoir fédéral de réglementation des échanges et du commerce prévu au paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [(mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1)] réimprimée dans L.R.C. (1985), appendice II, n° 5 (la *Loi constitutionnelle de 1867*), eu égard en particulier à la compétence fédérale en matière de commerce interprovincial et international?

b) L’adoption du nouveau Règlement est-elle un exercice légitime du pouvoir de réglementation que la LPAC et la LAD confèrent au gouverneur en conseil?

[10] Je réponds à chacune de ces questions par l’affirmative.

[11] Pour établir si les dispositions contestées relèvent de la sphère de compétence fédérale, la Cour devait d’abord déterminer le caractère essentiel du nouveau Règlement, qu’elle a défini comme étant la mise en place de normes révisées de composition pour les fromages importés ainsi que pour les fromages destinés au commerce interprovincial et international. Deuxièmement, la Cour devait se demander si le caractère du nouveau Règlement se rapporte à l’une des rubriques de compétence fédérale que spécifie la Constitution. Elle a répondu à cette question en concluant que le caractère essentiel du nouveau Règlement — considéré dans le contexte de l’ensemble du régime où il s’inscrit — entre dans le champ d’application du pouvoir de réglementation des échanges et du commerce attribué au Parlement fédéral par le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[12] S’il est vrai qu’un tribunal judiciaire peut annuler des dispositions réglementaires au motif de l’absence de compétence ou pour d’autres raisons péremptoires, « seul

Hardware Ltd. et al. v. The Queen et al., [1983] 1 S.C.R. 106. The latter approach has been applied consistently by the courts in respect of regulation-making and similar legislative functions, without reference to the standards of review of decisions of administrative tribunals (*Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141). The applicants appear to concede that the new Regulations were “made in good faith”. However, they allege that the purpose of the new Regulations, including the impugned provisions, is *ultra vires* the Governor in Council’s regulation-making authority under the CAPA and the FDA. The Court finds that there is no merit to this allegation. Even if the issues of fact and law above are somewhat related, for the sake of convenience and clarity of the present reasons, I have chosen to treat legal questions related to the interpretation and effect of the new Regulations separately from factual and evidentiary issues raised by the parties.

III. LEGALITY OF THE IMPUGNED PROVISIONS

[13] Prior to the passing of the new Regulations, federal compositional standards for cheese already existed. It is not challenged that the purpose of these standards was to describe the basic requirements for cheese so that cheese available to consumers has a uniform composition and nutritional value. Of course, cheese is not the only food for which there are compositional standards. However, what makes cheese unique is that the product is subject to two different sets of federal regulations, the FDR and the DPR.

[14] The impugned provisions are reproduced in the appendix. In a nutshell, they provide:

(a) New subparagraphs B.08.033(1)(a)(i.1) of the FDR, and 6(3)(c)(i) and 28(1)(a)(i.1) of the DPR prescribe for each named variety of cheese a minimum casein content that is derived from liquid milk (i.e. milk or ultrafiltered milk, partly skimmed milk, ultrafiltered partly skimmed milk, skimmed milk, ultrafiltered skimmed milk or cream), rather than from other “milk products” (such as MPC, MPI and WPC, and other milk products covered by the

un cas flagrant pourrait justifier une pareille mesure » : *Thorne’s Hardware Ltd. et autres c. La Reine et autre*, [1983] 1 R.C.S. 106. Les tribunaux judiciaires appliquent systématiquement cette approche à l’égard de la réglementation et des fonctions assimilées, sans se référer aux normes de contrôle des décisions de tribunaux administratifs; voir *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141. Les demandresses paraissent reconnaître que le nouveau Règlement a été [TRADUCTION] « pris de bonne foi ». Cependant, elles soutiennent que l’objet de ce règlement, notamment des dispositions contestées, outrepassé le pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil par la LPAC et la LAD. La Cour estime que cette prétention est sans fondement. Même si les questions de fait et de droit formulées plus haut sont quelque peu liées, j’ai décidé, pour des raisons de commodité et de clarté, de traiter les questions de droit relatives à l’interprétation et à l’effet du nouveau Règlement séparément des questions de fait et de preuve soulevées par les parties.

III. LA LÉGALITÉ DES DISPOSITIONS CONTESTÉES

[13] Il existait déjà des normes fédérales de composition des fromages avant l’adoption du nouveau Règlement. Il n’est pas contesté que ces normes avaient pour objet d’énoncer les conditions fondamentales nécessaires pour que les fromages offerts aux consommateurs présentent une composition et une valeur nutritive uniformes. Évidemment, le fromage n’est pas le seul aliment à être soumis à des normes de composition. Cependant, le cas du fromage est exceptionnel en ce qu’il relève de deux règlements fédéraux différents, le RAD et le RPL.

[14] Les dispositions contestées sont reproduites en annexe. Voici un résumé de leur contenu :

a) Les nouveaux sous-alinéas B.08.033(1)a)(i.1) du RAD, et 6(3)c)(i) et 28(1)a)(i.1) du RPL, disposent que chacune des variétés de fromage visées doit avoir une teneur en caséine dérivée du lait liquide (c’est-à-dire du lait ou du lait ultrafiltré, du lait partiellement écrémé, du lait partiellement écrémé ultrafiltré, du lait écrémé, du lait écrémé ultrafiltré ou de la crème), plutôt que de tout autre « produit du lait » (concentré de protéines laitières

new definition), that is a specified percentage of the total protein content of the cheese (the casein ratio);

(b) New subparagraphs B.08.033(1)(a)(i.2) of the FDR, and 6(3)(c)(ii) and 28(1)(a)(i.2) of the DPR also require that the whey protein to casein ratio in the specific variety of cheese does not exceed the whey protein to casein ratio of milk (the whey ratio);

(c) New subsections B.08.033(1.2) of the FDR, and 6(5) and 28(4) of the DPR provide casein ratios for named varietal cheeses which retreat from the casein ratios prescribed in subparagraphs B.08.033(1)(a)(i.1) of the FDR, and 6(3)(c)(i) and 28(1)(a)(i.1) of the DPR, provided certain conditions are met and that the cheese has the characteristic flavour and texture of the named variety of cheese;

(d) New subparagraphs B.08.034(1)(a)(i.1), (i.2), and (1)(c)(i) and subsection B.08.034(1.2) of the FDR, and subparagraph 6(3)(d)(i) of the DPR prescribe specific compositional requirements for cheddar cheese (including cheddar cheese that has been aged), which includes the requirements to be made solely from liquid milk and to have the prescribed casein ratio.

[15] As can be seen, the amendments to the FDR mirror the amendments to the DPR.

[16] First, it is important to assess the legality of the new Regulations, including the impugned provisions, in light of the FDA and CAPA legislative schemes as a whole rather than, as the applicants appear to suggest, in isolation. In this regard, the Court finds that the new Regulations are an integral part of the legislative schemes established by the CAPA and the FDA to regulate import, export, and interprovincial trade.

[17] The purpose of the CAPA can be seen in the long title of the statute, which is: “An Act to regulate the marketing of agricultural products in import, export and interprovincial trade and to provide for national standards and grades of agricultural products, for their inspection

en poudre, isolat de protéines laitières, concentré de protéines de lactosérum ou autre produit du lait relevant de la nouvelle définition), qui soit au moins équivalente à des pourcentages spécifiés de la teneur totale en protéines du fromage en question (le ratio caséine/protéines).

b) Les nouveaux sous-alinéas B.08.033(1)(a)(i.2) du RAD, et 6(3)(c)(ii) et 28(1)(a)(i.2) du RPL, disposent également que le rapport protéines de petit-lait à la caséine (le ratio protéines de petit-lait/caséine) de la variété de fromage visée ne doit pas dépasser celui du lait.

c) Les nouveaux paragraphes B.08.033(1.2) du RAD, et 6(5) et 28(4) du RPL, permettent pour les variétés de fromage visées des ratios caséine/protéines inférieurs à ceux que prescrivent les sous-alinéas B.08.033(1)(a)(i.1) du RAD, et 6(3)(c)(i) et 28(1)(a)(i.1) du RPL, si certaines conditions sont réunies, dont celle que le fromage en question ait la saveur et la texture caractéristiques de la variété visée correspondante.

d) Les nouveaux sous-alinéas B.08.034(1)(a)(i.1), (i.2), et (1)(c)(i) et le paragraphe B.08.034(1.2) du RAD, et le sous-alinéa 6(3)(d)(i) du RPL, prescrivent des caractéristiques de composition particulières pour le cheddar (y compris le cheddar vieilli), qui doit notamment n’être fait que de lait liquide et présenter un ratio caséine/protéines déterminé.

[15] Comme on peut le voir, les modifications du RAD correspondent exactement à celles du RPL.

[16] Premièrement, il est important d’examiner la légalité du nouveau Règlement, notamment des dispositions contestées, en fonction de l’ensemble des régimes respectifs de la LAD et de la LPAC, plutôt que, comme les demanderesse semblent y inviter la Cour, isolément. À ce propos, la Cour constate que le nouveau Règlement fait partie intégrante des dispositifs législatifs établis par la LPAC et la LAD pour régler l’importation, l’exportation et le commerce interprovincial.

[17] L’objet de la LPAC est énoncé dans son titre intégral, qui est : « Loi réglementant la commercialisation — soit interprovinciale, soit liée à l’importation ou l’exportation — des produits agricoles et prévoyant l’institution de normes et de noms de catégorie nationaux

and grading, for the registration of establishments and for standards governing establishments” (emphasis added).

[18] A key provision of the CAPA engaged by the new Regulations is section 17, which clearly illustrates to the international and interprovincial trade focus of the scheme:

Prohibition **17.** No person shall, except in accordance with this Act or the regulations,

(a) market an agricultural product in import, export or interprovincial trade;

(b) possess an agricultural product for the purpose of marketing it in import, export or interprovincial trade; or

(c) possess an agricultural product that has been marketed in contravention of this Act or the regulations.

[19] Pursuant to section 32 [as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 51; 2001, c. 4, s. 64(E)] of the CAPA, the Governor in Council has broad regulation-making powers to make regulations for carrying out the purposes and provisions of the Act, including the following:

Regulations **32.** The Governor in Council may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act and prescribing anything that is to be prescribed under this Act and, without limiting the generality of the foregoing, may make regulations

...

(f) establishing grades and standards, including standards of wholesomeness, for agricultural products and establishing standards for containers;

...

(k) regulating or prohibiting the marketing of any agricultural product, other than a fresh or

à leur égard, leur inspection et classification et l’agrément d’établissements ainsi que les normes relatives à ceux-ci » (non souligné dans l’original).

[18] L’une des principales dispositions de la LPAC visées par le nouveau Règlement est son article 17, qui montre clairement que le régime est axé sur le commerce international et interprovincial :

17. Sont interdites, relativement à un produit agricole, toute commercialisation — soit interprovinciale, soit liée à l’importation ou l’exportation — effectuée en contravention avec la présente loi ou ses règlements de même que la possession à ces fins ou la possession résultant d’une telle commercialisation.

Interdiction

[19] L’article 32 [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 51; 2001, ch. 4, art. 64(A)] de la LPAC confère au gouverneur en conseil un large pouvoir de réglementation aux fins de l’application de cette Loi, pouvoir qui l’autorise notamment à prendre les mesures suivantes :

32. Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre toute mesure d’application de la présente loi, et notamment :

Règlements

[...]

f) établir les classifications et les normes, y compris de salubrité, visant les produits agricoles et les normes des contenants;

[...]

k) régir ou interdire, relativement aux produits agricoles autres que ceux visés à l’alinéa l), la

processed fruit or vegetable, in import, export or interprovincial trade and establishing terms and conditions governing that marketing;

[20] The FDA complements the CAPA, and vice-versa, insofar as food standards are concerned. The key provision in the FDA, being subsection 6(1) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 27, s. 1] triggered by the new Regulations, again underscores the international and interprovincial trade focus of the scheme:

Importation and interprovincial movement of food

6. (1) Where a standard for a food has been prescribed, no person shall

- (a) import into Canada,
- (b) send, convey or receive for conveyance from one province to another, or
- (c) have in possession for the purpose of sending or conveying from one province to another

any article that is intended for sale and that is likely to be mistaken for that food unless the article complies with the prescribed standard.

...

Labeling, etc., of food that is imported or moved interprovincially

(3) Where a standard for a food has been prescribed, no person shall label, package, sell or advertise any article that

- (a) has been imported into Canada,
- (b) has been sent or conveyed from one province to another, or
- (c) is intended to be sent or conveyed from one province to another

in such a manner that it is likely to be mistaken for that food unless the article complies with the prescribed standard.

commercialisation — soit interprovinciale, soit liée à l'importation ou l'exportation — , et fixer toutes conditions et modalités liées à cette activité;

[20] La LAD et la LPAC se complètent l'une l'autre en ce qui concerne les normes alimentaires. La principale disposition de la LAD qu'applique le nouveau Règlement, soit son paragraphe 6(1) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 27, art. 1], fait ressortir encore une fois que le régime est axé sur le commerce international et interprovincial :

Importation et circulation interprovinciale d'un aliment

6. (1) En cas d'établissement — par règlement — d'une norme à l'égard d'un aliment et de non-conformité à celle-ci d'un article destiné à la vente et susceptible d'être confondu avec cet aliment, sont interdites, relativement à cet article, les opérations suivantes :

- a) son importation;
- b) son expédition, son transport ou son acceptation en vue de son transport interprovincial;
- c) sa possession en vue de son expédition ou de son transport interprovincial.

[...]

(3) En cas d'établissement d'une norme réglementaire à l'égard d'un aliment, il est interdit d'étiqueter, d'emballer ou de vendre un aliment — ou d'en faire la publicité — de manière qu'il puisse être confondu avec l'aliment visé par la norme, à moins qu'il ne soit conforme à celle-ci, s'il entre dans l'une ou l'autre des catégories suivantes :

Étiquetage d'un aliment importé ou déplacé d'une province à une autre

- a) il a été importé;
- b) il a été expédié ou transporté d'une province à une autre;
- c) il est destiné à être expédié ou transporté d'une province à une autre.

[21] As in the CAPA, subsection 30(1) [as am. by S.C. 1999, c. 33, s. 347; 2005, c. 42, s. 2] of the FDA vests the Governor in Council with broad regulation-making powers, including the following:

Regulations **30.** (1) The Governor in Council may make regulations for carrying the purposes and provisions of this Act into effect, and, in particular, but without restricting the generality of the foregoing, may make regulations

...

(c) prescribing standards of composition, strength, potency, purity, quality or other property of any article of food, drug, cosmetic or device;

(d) respecting the importation of foods, drugs, cosmetics and devices in order to ensure compliance with this Act and the regulations;

[22] By virtue of section 6 of the FDA and section 17 of the CAPA, the new Regulations apply to cheese sold or marketed interprovincially as well as to cheese imported into Canada. It is clear that the new Regulations do not regulate cheese manufactured in a non-federally registered establishment and sold locally within a province. Indeed, the new Regulations do not prevent non-compliant products from being marketed. If a product exceeds the allowable amounts for milk derivatives and is destined for interprovincial or international trade, then it must simply be called something other than the applicable cheese variety.

[23] While the courts have struck down federal legislation that applies indiscriminately to all trade, including intraprovincial trade, the Courts have never invalidated federal marketing legislation that is directed at extraprovincial trade. Indeed, this was a decisive factor in the Supreme Court of Canada's decision in *Labatt Breweries of Canada Ltd. v. Attorney General of Canada*, [1980] 1 S.C.R. 914 (*Labatt*). As evidenced by the following passages, in that case the Court held that regulations enacted under the FDA could not be upheld under the federal trade and commerce power [at pages 942–943]:

[21] Tout comme les dispositions correspondantes de la LPAC, le paragraphe 30(1) [mod. par L.C. 1999, ch. 33, art. 347; 2005, ch. 42, art. 2] de la LAD confère au gouverneur en conseil un large pouvoir de réglementation, qui l'habilite notamment à prendre les mesures suivantes :

30. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures nécessaires à l'application de la présente loi et, notamment

[...]

c) établir des normes de composition, de force, d'activité, de pureté, de qualité ou d'autres propriétés d'un aliment, d'une drogue, d'un cosmétique ou d'un instrument;

d) régir l'importation d'aliments, de drogues, de cosmétiques et d'instruments, afin d'assurer le respect de la présente loi et de ses règlements;

[22] En raison de l'article 6 de la LAD et de l'article 17 de la LPAC, le nouveau Règlement s'applique aux fromages qui font l'objet de vente ou de commercialisation interprovinciales ainsi qu'aux fromages importés au Canada. Il est clair qu'il ne s'applique pas aux fromages produits dans des établissements non enregistrés au fédéral et vendus seulement dans les limites d'une province. En fait, le nouveau Règlement n'empêche pas la commercialisation des produits qui n'y sont pas conformes. Si un produit destiné au commerce interprovincial ou international dépasse la teneur réglementaire en dérivés du lait, il doit simplement porter un autre nom que la variété de fromage correspondante.

[23] S'il est arrivé que les tribunaux annulent des dispositions fédérales s'appliquant sans distinction à toutes les catégories de commerce, y compris au commerce intraprovincial, ils n'ont jamais annulé de dispositions fédérales portant sur le commerce extraprovincial. La Cour suprême du Canada a accordé à ce fait un rôle décisif dans son arrêt *Brasseries Labatt du Canada Ltée c. Procureur général du Canada*, [1980] 1 R.C.S. 914 (*Labatt*). Comme le montre le passage suivant, la Cour suprême a conclu dans cet arrêt que les dispositions réglementaires contestées, prises sous le régime de la LAD, ne pouvaient être confirmées dans le cadre du pouvoir fédéral de réglementation des échanges et du commerce [aux pages 942 et 943] :

With respect to legislation relating to the support, control or regulation of the various levels or components in the marketing cycle of natural products [in that case], the provincial authority is *prima facie* qualified to legislate with reference to production (*vide* Pigeon J. in the *Reference Re Agricultural Products Marketing Act*, *supra*, at p. 1296), and the federal Parliament with reference to marketing in the international and interprovincial levels of trade. In between, the success or failure of the legislator depends upon whether the pith and substance or primary objective of the statute or regulation is related to the heads of power of the legislative authority in question. Incidental effect on the other legislative sphere will no longer necessarily doom the statute to failure. Several indicia of the proper tests have evolved. For example, if contractual rights within the province are the object of the proposed regulation, the province has the authority. On the other hand, if regulation of the flow in extraprovincial channels of trade is the object, then the federal statute will be valid. Between these spectrum ends, the shadings cannot be foretold in anything approaching a constitutional formula. The majority of the illustrated tests thus far encountered are largely in the distribution, and not the production, of farm products. Here, however, we are concerned with the proper regulatory authority in connection with the production process of a single industry and, to some extent, with the sale of its products, the latter being concerned largely with the use of labels or identification. Nowhere are the impugned statutory regulations or provisions concerned with the control or regulation of the extraprovincial distribution of these products or their movement through any channels of trade. On the contrary, their main purpose is the regulation of the brewing process itself by means of a “legal recipe”, as counsel for the appellant put it. Indeed, if the industry is substantially local in character, as seems to be the case from the sparse record before the court (as noted above), the regulations are, in fact, confined to the regulation of a trade within a province. [Emphasis added.]

[24] At the time that *Labatt* was decided, section 6 of the FDA [R.S.C. 1970, ch. F-27] provided that “[w]here a standard has been prescribed for a food, no person shall label, package, sell or advertise any article in such a manner that it is likely to be mistaken for such food, unless the article complies with the prescribed standard.” The relevant regulation-making power was tied to this charging provision. Given the statutory scheme, this provision could not be framed as being directed in pith and substance at inter-provincial and international trade. However, subsequent to *Labatt*, the FDA was amended to ensure that the regulatory scheme established by the

En ce qui concerne la législation sur le soutien, le contrôle ou la réglementation des différents paliers ou constituants du cycle de commercialisation des produits naturels [examinés dans cette affaire], le provincial est de prime abord habilité à légiférer sur la production (voir le juge Pigeon dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, précité, à la p. 1296) et le fédéral, à légiférer sur la commercialisation au niveau international et interprovincial. Entre les deux, le succès ou l'échec du législateur est subordonné à la question de savoir si de par son caractère véritable ou son objectif premier, la loi ou le règlement se rattache aux chefs de compétence du pouvoir législatif en cause. Toute incidence sur l'autre sphère législative ne condamne plus nécessairement la loi à l'échec. Plusieurs indices quant aux critères à appliquer ont été élaborés. Par exemple, la province est compétente lorsque la réglementation proposée vise des droits contractuels dans les limites de la province. Par contre, la loi fédérale est valide si elle vise la réglementation des mouvements commerciaux dans les réseaux extra-provinciaux. Entre ces deux extrêmes, les zones grises sont telles qu'on ne peut prétendre énoncer une formule constitutionnelle. La majorité des critères énoncés jusqu'ici vise en grande partie la distribution et non la production de produits agricoles. En l'espèce, toutefois, nous nous intéressons à l'autorité compétente pour réglementer les procédés de production d'une seule industrie et, dans une certaine mesure, la vente de ses produits, ce dernier aspect mettant surtout en cause l'utilisation d'étiquettes ou l'identification du produit. Les articles contestés du Règlement établi en vertu de la Loi n'ont nullement trait au contrôle ou à la réglementation de la distribution extraprovinciale de ces produits ni à leur mouvement par courants d'échanges. Au contraire, ils visent principalement à réglementer le procédé de brassage lui-même au moyen d'une « recette légale », comme l'a dit l'avocat de l'appelante. D'ailleurs, si l'industrie revêt un caractère essentiellement local, comme il ressort apparemment du mince dossier produit devant la Cour (comme je l'ai déjà mentionné), les articles du Règlement se limitent de fait à réglementer un commerce dans les limites d'une province. [Non souligné dans l'original.]

[24] À l'époque où l'arrêt *Labatt* a été prononcé, l'article 6 de la LAD [S.R.C. 1970, ch. F-27] portait que « [l]orsqu'une norme a été prescrite pour un aliment, nul ne doit étiqueter, emballer, vendre ou annoncer un article de telle manière qu'il puisse être confondu avec cet autre aliment, à moins que l'article ne soit conforme à la norme prescrite ». Le pouvoir de réglementation afférent à la LAD était lié à cette disposition attributive de responsabilité. Étant donné la structure du régime, cette disposition ne pouvait, de par son caractère véritable, être conçue pour viser le commerce interprovincial et international. Cependant, après l'arrêt *Labatt*, on a modifié

Act, including any related regulations, fell within the well established scope of federal constitutional powers.

[25] The Court dismisses any submission made by the applicants that the new Regulations, including the impugned provisions, prescribe a “legal recipe” for cheese. Compositional standards for cheese making cannot be equated with each processor recipe for making a particular variety or brand of cheese. To illustrate this conclusion, one only needs to read new section B.08.033 [as am. by SOR/79-752, s. 2; 82-383, s. 2; 89-198, s. 1; 90-469, s. 1; 94-417, s. 1; 97-191, s. 1; 2000-336, s. 1; 2000-417, s. 2; 2001-94, s. 1; 2005-98, s. 7; 2007-302, ss. 2, 4(F)] of the FDR in its entirety:

B.08.033. (1) [S]. (Naming the variety) Cheese, other than cheddar cheese, cream cheese, whey cheese, cream cheese with (named added ingredients), cream cheese spread, cream cheese spread with (named added ingredients), processed (named variety) cheese, processed (named variety) cheese with (named added ingredients), processed cheese food, processed cheese food with (named added ingredients), processed cheese spread, processed cheese spread with (named added ingredients), cold-pack (named variety) cheese, cold-pack (named variety) cheese with (named added ingredients), cold-pack cheese food, cold-pack cheese food with (named added ingredients), cottage cheese and creamed cottage cheese,

(a) shall

(i) be the product made by coagulating milk, milk products or a combination thereof with the aid of bacteria to form a curd and forming the curd into a homogeneous mass after draining the whey,

(i.1) except for feta cheese, have a casein content that is derived from milk or from ultrafiltered milk, partly skimmed milk, ultrafiltered partly skimmed milk, skim milk, ultrafiltered skim milk or cream, rather than from other milk products, that is at least the following percentage of the total protein content of the cheese, namely,

la LAD de manière à faire en sorte que le dispositif réglementaire mis en place par cette Loi, y compris les règlements apparentés, entre dans le champ d’application bien établi des pouvoirs attribués au fédéral par la Constitution.

[25] La Cour rejette tous moyens invoqués par les demandresses selon lesquels le nouveau Règlement, notamment par les dispositions contestées, prescrirait une [TRADUCTION] « recette légale » pour les fromages. On ne peut assimiler des normes de composition à la recette qu’emploie chaque transformateur pour fabriquer une variété ou une marque particulières de fromage. La lecture intégrale du nouvel article B.08.033 [mod. par DORS/79-752, art. 2; 82-383, art. 2; 89-198, art. 1; 90-469, art. 1; 94-417, art. 1; 97-191, art. 1; 2000-336, art. 1; 2000-417, art. 2; 2001-94, art. 1; 2005-98, art. 7; 2007-302, art. 2, 4(F)] du RAD suffit à confirmer cette conclusion :

B.08.033. (1) [N]. Le fromage (indication de la variété) autre que le fromage cheddar, le fromage à la crème, le fromage de petit-lait, le fromage à la crème (avec indication des ingrédients ajoutés), le fromage à la crème à tartiner, le fromage à la crème à tartiner (avec indication des ingrédients ajoutés), le fromage fondu (indication de la variété), le fromage fondu (indication de la variété) (avec indication des ingrédients ajoutés), une préparation de fromage fondu, une préparation de fromage fondu (avec indication des ingrédients ajoutés), le fromage fondu à tartiner, le fromage fondu à tartiner (avec indication des ingrédients ajoutés), le fromage conditionné à froid (indication de la variété), le fromage conditionné à froid (indication de la variété) (avec indication des ingrédients ajoutés), une préparation de fromage conditionné à froid, une préparation de fromage conditionné à froid (avec indication des ingrédients ajoutés), le fromage cottage et le fromage cottage en crème,

a) doit

(i) être le produit de la coagulation, à l’aide de bactéries, de lait, de produits du lait ou d’un mélange de ceux-ci, en vue de former, après égouttement du petit-lait, une masse homogène de caillé,

(i.1) sauf pour le fromage Féta, avoir une teneur en caséine dérivée du lait ou du lait ultrafiltré, du lait partiellement écrémé, du lait partiellement écrémé ultrafiltré, du lait écrémé, du lait écrémé ultrafiltré ou de la crème, plutôt que de tout autre produit du lait, au moins équivalente aux pourcentages ci-après de la teneur totale en protéines du fromage :

- | | |
|---|---|
| <p>(A) 63 per cent in the case of Pizza Mozzarella cheese and Part Skim Pizza Mozzarella cheese,</p> <p>(B) 83 per cent, in the case of Brick cheese, Canadian Style Brick cheese, Canadian Style Munster cheese, Colby cheese, Farmer's cheese, Jack cheese, Monterey (Monterey Jack) cheese, Mozzarella (Scamorza) cheese, Part Skim Mozzarella (Part Skim Scamorza) cheese, Part Skim Pizza cheese, Pizza cheese, Skim milk cheese and any other variety of cheese not referred to in clause (A) or (C), and</p> <p>(C) 95 per cent, in the case of any other variety of cheese named in the table to this section,</p> <p>(i.2) have a whey protein to casein ratio that does not exceed the whey protein to casein ratio of milk,</p> <p>(ii) possess the physical, chemical and organoleptic properties typical for the variety,</p> <p>(iii) where it is a cheese of variety named in the table to this section, contain no more than the maximum percentage of moisture shown in Column II thereof for that variety,</p> <p>(iv) where it is a cheese of a variety named in Part I of the table to this section, contain no less than the minimum percentage of milk fat shown in column III for that variety, and</p> <p>(v) where it is cheese of a variety named in Part II of the table to this section, contain no more than the maximum percentage of milk fat shown in Column III for that variety; and</p> <p>(b) may contain</p> <p>(i) salt, seasonings, condiments and spices,</p> <p>(ii) flavouring preparations other than cheese flavouring,</p> <p>(iii) micro-organisms to aid further ripening,</p> <p>(iv) one or more of the following colouring agents:</p> <p>(A) in an amount consistent with good manufacturing practice, annatto, beta-carotene, chlorophyll, paprika, riboflavin or turmeric,</p> | <p>(A) 63 %, dans le cas du fromage Pizza mozzarella ou Pizza mozzarella partiellement écrémé,</p> <p>(B) 83 %, dans le cas du fromage de lait écrémé, Brick, Brick canadien, Colby, Farmer's, Jack, Monterey (Monterey Jack), Mozzarella (Scamorza), Mozzarella partiellement écrémé (Scamorza partiellement écrémé), Munster canadien, Pizza partiellement écrémé ou Pizza et des autres variétés de fromage non mentionnées aux divisions (A) ou (C),</p> <p>(C) 95 %, dans le cas des autres variétés de fromage visées au tableau du présent article,</p> <p>(i.2) avoir un rapport protéines de petit-lait à la caséine qui ne dépasse pas celui du lait,</p> <p>(ii) posséder les propriétés physiques, chimiques et organoleptiques typiques de la variété,</p> <p>(iii) s'il s'agit d'une variété de fromage nommée dans le tableau du présent article, ne pas contenir plus que le pourcentage maximal d'humidité indiqué pour cette variété dans la colonne II de ce tableau,</p> <p>(iv) s'il s'agit d'une variété de fromage nommée dans la partie I du tableau du présent article, contenir au moins le pourcentage minimal de matière grasse de lait indiqué pour cette variété dans la colonne III de ce tableau, et</p> <p>(v) s'il s'agit d'une variété de fromage nommée dans la partie II du tableau du présent article, ne pas contenir plus que le pourcentage maximal de matière grasse de lait indiqué pour cette variété dans la colonne III de ce tableau; et</p> <p>b) peut contenir</p> <p>(i) du sel, des assaisonnements, des condiments et des épices,</p> <p>(ii) des préparations aromatisantes autres que les aromatisants de fromage,</p> <p>(iii) des micro-organismes favorisant l'affinage,</p> <p>(iv) les colorants suivants :</p> <p>(A) en quantité conforme aux bonnes pratiques industrielles, le rocou, le β-carotène, la chlorophylle, le paprika, la riboflavine, le curcuma,</p> |
|---|---|

- (B) in an amount not exceeding 35 parts per million, beta-apo-8'-carotenal, ethyl beta-apo-8'-carotenoate or a combination thereof, and
- (C) in an amount not exceeding 0.10 parts per million, brilliant blue FCF in feta cheese only,
- (v) calcium chloride as a firming agent in an amount not exceeding 0.02 per cent of the milk and milk products used,
- (vi) paraffin wax as a coating in an amount consistent with good manufacturing practice,
- (vii) where potassium nitrate, sodium nitrate or a combination thereof are used for the purpose and in the manner described in subsection (2), residues of potassium nitrate, sodium nitrate or a combination thereof in an amount not exceeding 50 parts per million,
- (viii) wood smoke as a preservative in an amount consistent with good manufacturing practice,
- (ix) the following preservatives:
- (A) propionic acid, calcium propionate, sodium propionate or any combination thereof in an amount not exceeding 2,000 parts per million, calculated as propionic acid,
- (B) sorbic acid, calcium sorbate, potassium sorbate, sodium sorbate, or any combination thereof in an amount not exceeding 3,000 parts per million, calculated as sorbic acid,
- (C) any combination of the preservatives named in clauses (A) and (B) in an amount not exceeding 3,000 parts per million, calculated as propionic acid and sorbic acid respectively, or
- (D) natamycin applied to the surface of the cheese in an amount that does not exceed 20 parts per million or, if the cheese is grated or shredded, 10 parts per million,
- (x) in the case of grated or shredded cheese, calcium silicate, microcrystalline cellulose or cellulose, or a combination of them, as an anticaking agent, the total amount not to exceed 2.0 per cent, and
- (xi) carbon dioxide as a pH adjusting agent in milk for cheese production, in an amount consistent with good manufacturing practice.
- (B) en quantité n'excédant pas 35 parties par million, le β -apo-8'-caroténal, l'ester éthylique de l'acide β -apo-8'-caroténoïque ou un mélange de ces produits, et
- (C) en quantité n'excédant pas 0,10 partie par million, le bleu brillant FCF seulement dans le Feta,
- (v) du chlorure de calcium comme agent d'affermissement, en quantité n'excédant pas 0,02 pour cent du lait et des produits du lait utilisés,
- (vi) de la cire de paraffine comme enrobage, en quantité conforme aux bonnes pratiques industrielles,
- (vii) en quantité n'excédant pas 50 parties par million, des résidus de nitrate de potassium, de nitrate de sodium ou d'un mélange de ces produits utilisés aux fins et de la manière prévues au paragraphe (2),
- (viii) de la fumée de bois comme agent de conservation, en quantité conforme aux bonnes pratiques industrielles,
- (ix) les agents de conservation suivants :
- (A) l'acide propionique, le propionate de calcium, le propionate de sodium ou un mélange de ces produits, en quantité n'excédant pas 2 000 parties par million, calculée en acide propionique,
- (B) l'acide sorbique, le sorbate de calcium, le sorbate de potassium, le sorbate de sodium, ou un mélange de ces produits, en quantité n'excédant pas 3 000 parties par million, calculée en acide sorbique,
- (C) un mélange des agents de conservation visés aux dispositions (A) et (B), en quantité n'excédant pas 3 000 parties par million, calculée respectivement en acide propionique et en acide sorbique, ou
- (D) la natamycine appliquée à la surface du fromage, en une quantité n'excédant pas 20 parties par million ou, si le fromage est râpé fin ou en filaments, 10 parties par million,
- (x) s'il est râpé fin ou en filaments, du silicate de calcium, de la cellulose microcristalline, de la cellulose ou un mélange de ces produits, utilisé comme agent anti-agglomérant, en quantité totale n'excédant pas 2,0 pour cent,
- (xi) du dioxyde de carbone comme rajusteur du pH dans le lait pour la fabrication du fromage, en quantité conforme aux bonnes pratiques industrielles.

(1.1) A cheese of a variety set out in column I of Part I of the table to this section may contain more than the maximum percentage of moisture set out in column II and less than the minimum percentage of milk fat set out in column III if

(a) a statement or claim set out in column 4 of any of items 12 to 14, 16, 20, 21 and 45 of the table following section B.01.513 is shown on the label of the product as part of the common name; and

(b) the cheese has the characteristic flavour and texture of the named variety of cheese.

(1.2) The reference to “83 per cent” in clause (1)(a)(i.1)(B) shall be read as “78 per cent”, and the reference to “95 per cent” in clause (1)(a)(i.1)(C) shall be read as “90 per cent”, with respect to the named variety of cheese if

(a) a statement or claim set out in column 4 of any of items 12 to 14, 16, 20, 21 and 45 of the table following section B.01.513 is shown on the label of the product as part of the common name; and

(b) the cheese has the characteristic flavour and texture of the named variety of cheese.

(2) Potassium nitrate, sodium nitrate or a combination thereof may be used as a preservative in cheese providing the following requirements are met:

(a) the amount of the salt or combination of salts does not exceed 200 parts per million of the milk and milk products used to make the cheese;

(b) the cheese in which the preservative is used is

(i) mold ripened cheese packed in a hermetically sealed container, or

(ii) ripened cheese

(A) that contains not more than 68 per cent moisture on a fat free basis, and

(B) during the manufacture of which the lactic acid fermentation and salting was completed more than 12 hours after coagulation of the curd by enzymes; and

(c) the salting is, in the case of the cheese described in subparagraph (b)(ii), applied externally as a dry salt or in the form of a brine.

(1.1) Le fromage d’une variété visée à la colonne I de la partie I du tableau du présent article peut contenir plus que le pourcentage maximal d’humidité indiqué dans la colonne II et moins que le pourcentage minimal de matière grasse du lait indiqué dans la colonne III, si les conditions suivantes sont réunies :

a) la mention ou l’allégation figurant à la colonne 4 de l’un des articles 12 à 14, 16, 20, 21 et 45 du tableau suivant l’article B.01.513 est indiquée sur l’étiquette du produit dans le nom usuel de celui-ci;

b) le fromage a la saveur et la texture caractéristiques de la variété de fromage visée.

(1.2) La mention « 83 % » dans la division (1)(a)(i.1)(B) vaut mention de « 78 % » et la mention « 95 % » dans la division (1)(a)(i.1)(C) vaut mention de « 90 % », dans le cas des variétés de fromage visées, si les conditions suivantes sont réunies :

a) la mention ou l’allégation figurant à la colonne 4 de l’un des articles 12 à 14, 16, 20, 21 et 45 du tableau suivant l’article B.01.513 est indiquée sur l’étiquette du produit dans le nom usuel de celui-ci;

b) le fromage a la saveur et la texture caractéristiques de la variété de fromage visée.

(2) Le nitrate de potassium, le nitrate de sodium ou un mélange de ces produits peuvent être utilisés comme agents de conservation dans le fromage, pourvu que

a) la quantité de sel ou le mélange de sels ne dépasse pas 200 parties par million du lait et des produits du lait utilisés;

b) le fromage soit

(i) du fromage affiné aux moisissures conservé dans un contenant hermétique, ou

(ii) du fromage affiné

(A) qui contient au plus 68 pour cent d’humidité à l’état dégraissé, et

(B) dont la fermentation lactique et la salaison ont été faites plus de 12 heures après la coagulation du caillé par enzymes; et

c) la salaison soit, dans le cas du fromage visé au sous-alinéa b)(ii), appliquée à l’extérieur du fromage sous forme de sel ou de saumure.

(3) No person shall use an enzyme other than

(a) milk coagulating enzymes derived from *Rhizomucor miehei* (Cooney and Emerson) (previous name: *Mucor miehei* (Cooney and Emerson)), *Mucor pusillus* Lindt or *Aspergillus oryzae* RET-1 (pBoel777), aminopeptidase derived from *Lactococcus lactis*, Chymosin A derived from *Escherichia coli* K-12, GE81 (pPFZ87A), Chymosin B derived from *Aspergillus niger* var. *awamori*, GCC0349 (pGAMpR) or from *Kluyveromyces marxianus* var. *lactis*, DS1182 (pKS105), protease derived from *Micrococcus caseolyticus*, pepsin, rennet or bovine rennet, in the manufacture of any cheese to which subsection (1) applies;

(b) lipase and enzymes described in paragraph (a), in the manufacture of Asiago cheese, Blue cheese, Caciocavallo cheese, Feta cheese and Provolone cheese;

(c) a milk coagulating enzyme derived from *Endothia parasitica* and enzymes described in paragraph (a), in the manufacture of Emmentaler (Emmenthal, Swiss) cheese, Mozzarella (Scamorza) cheese and Part Skim Mozzarella (Part Skim Scamorza) cheese;

(d) lipase, a milk coagulating enzyme derived from *Endothia parasitica* and enzymes described in paragraph (a), in the manufacture of Parmesan cheese and Romano cheese;

(e) protease derived from *Aspergillus oryzae*, in the manufacture of Colby cheese; and

(f) lysozyme derived from egg white.

(3.1) No person shall use an enzyme referred to in subsection (3) at a level of use above that consistent with good manufacturing practice.

(4) Where a flavouring preparation, other than a flavouring preparation that has been traditionally used in the variety, is added to a cheese as permitted in subsection (1), the words “with (naming the flavouring preparation)” shall be added to the common name on any label.

(5) Only a cheese to which wood smoke has been added as permitted in subsection (1) may be described by the term “smoked” on a label.

(6) Where a cheese is labelled as permitted in subsection (5), the word “smoked” shall be shown on the principal display panel.

(3) Il est interdit d'utiliser un enzyme qui n'est pas compris parmi les suivants :

a) les enzymes coagulant le lait qui proviennent de *Rhizomucor miehei* (Cooney et Emerson) (précédemment nommé *mucor miehei* (Cooney et Emerson)), de *Mucor pusillus* Lindt ou de *Aspergillus oryzae* RET-1 (pBoel777), l'aminopeptidase provenant de *Lactococcus lactis*, la chymosine A provenant de *Escherichia coli* K-12, GE81 (pPFZ87A), la chymosine B provenant de *Aspergillus niger* var. *awamori*, GCC0349 (pGAMpR) ou de *Kluyveromyces marxianus* var. *lactis*, DS1182 (pKS105), la protéase provenant de *Micrococcus caseolyticus*, la pepsine, la présure et la présure bovine, dans la fabrication d'un fromage visé au paragraphe (1);

b) la lipase et les enzymes mentionnés à l'alinéa a), pour la fabrication du fromage Asiago, du fromage Bleu, du fromage Caciocavallo, du fromage Feta et du fromage Provolone;

c) l'enzyme coagulant le lait provenant d'*Endothia parasitica* et les enzymes mentionnés à l'alinéa a) dans la fabrication du fromage Emmentaler (Emmenthal, suisse), du fromage Mozzarella (Scamorza) et du fromage Mozzarella partiellement écrémé (Scamorza partiellement écrémé);

d) la lipase, l'enzyme coagulant le lait provenant d'*Endothia parasitica* et les enzymes mentionnés à l'alinéa a), pour la fabrication du fromage Parmesan et du fromage Romano;

e) la protéase provenant d'*Aspergillus oryzae* pour la fabrication du fromage Colby;

f) le lysozyme provenant de blanc d'oeuf.

(3.1) Il est interdit d'utiliser une enzyme visée au paragraphe (3) en quantité supérieure à celle conforme aux bonnes pratiques industrielles.

(4) Lorsqu'une préparation aromatisante, autre qu'une préparation aromatisante habituellement utilisée dans la variété de fromage, est ajoutée à un fromage conformément au paragraphe (1), l'expression « (avec indication de la préparation aromatisante) » doit être ajoutée au nom usuel sur l'étiquette.

(5) L'étiquette d'un fromage ne doit porter le terme « fumé » que si de la fumée de bois a été ajoutée au fromage conformément au paragraphe (1).

(6) Dans les cas visés au paragraphe (5), le terme « fumé » doit paraître dans l'espace principal de l'étiquette.

[26] It is interesting to note that the applicants do not challenge the legality of section B.08.033 of the FDR, other than new subparagraphs (i.1), (i.2) and subsection (1.2). The same observation can be made with respect to other provisions of the FDR and the DPR applicable to cheese. Dairy processors can continue to use the ingredients that they like, including fresh liquid milk or powdered milk derivatives. Processors can sell their dairy products locally, interprovincially, and internationally. However, in those instances where the product is destined for interprovincial or international trade, a national compositional standard must be met if the processor wishes to market the product as one of the specified varieties of “cheese”.

[27] It is apparent from a simple reading of the relevant provisions of the FDR and the DPR that the overarching purpose and object of the new Regulations, including the impugned provisions, is to establish compositional standards for cheese that is marketed interprovincially or internationally. That is the pith and substance of the new Regulations. The standards are an integral part of the comprehensive regulatory schemes established under the CAPA and the FDA in respect of agricultural and food products destined for interprovincial and international trade or manufactured in a federally registered establishment.

[28] The analysis of pith and substance is not technical or formalistic, it is essentially a matter of interpretation and to accomplish this task, the Court looks at the words used in the impugned legislation as well as the background and circumstances surrounding its enactment (*Ward v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 17, [2002] 1 S.C.R. 569). Thus, the Court has also examined the extrinsic evidence submitted by the parties. For the reasons indicated in the next section, the Court dismisses the allegation made by the applicants that the essential or dominant purpose of the new Regulations is to transfer an economic benefit to dairy producers at the expense of dairy processors (see below, IV—Factual and Evidentiary Issues).

[29] The Court also finds that the new Regulations, including the impugned provisions, constitute a proper

[26] Il est intéressant de noter que les demandresses ne contestent pas la légalité de l’article B.08.033 du RAD, mis à part ses nouveaux sous-alinéas (i.1) et (i.2) et son nouveau paragraphe (1.2). On peut en dire autant d’autres dispositions du RAD et du RPL applicables aux fromages. Les transformateurs de produits laitiers peuvent continuer à utiliser les ingrédients qu’ils veulent, y compris le lait liquide frais ou des dérivés du lait en poudre. Ils peuvent de même vendre leurs produits laitiers sur le marché local, interprovincial et international. Cependant, dans le cas des produits destinés au commerce interprovincial ou international, le transformateur doit se conformer à une norme nationale de composition s’il souhaite vendre son produit sous le nom de l’une des variétés de « fromage » visées par la réglementation.

[27] Il ressort clairement de la simple lecture des dispositions applicables du RAD et du RPL que l’objet fondamental du nouveau Règlement, notamment de ses dispositions contestées, est de fixer des normes de composition pour les fromages destinés au commerce interprovincial ou international. C’est là le caractère véritable du nouveau Règlement. Ces normes font partie intégrante des régimes complets établis dans le cadre de la LPAC et de la LAD pour réglementer les produits agricoles et alimentaires destinés au commerce interprovincial et international ou fabriqués dans des établissements enregistrés au fédéral.

[28] L’analyse du caractère véritable n’est ni technique ni formaliste : il s’agit essentiellement d’une question d’interprétation. Pour remplir cette tâche, le tribunal doit examiner les termes employés dans la mesure législative attaquée ainsi que le contexte et les circonstances dans lesquels elle a été adoptée. Voir *Ward c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 17, [2002] 1 R.C.S. 569. Par conséquent, la Cour a aussi examiné la preuve extrinsèque produite par les parties. Pour les motifs exposés dans la section suivante, la Cour rejette l’allégation des demandresses selon laquelle l’objet essentiel ou dominant du nouveau Règlement serait de conférer un avantage économique aux producteurs laitiers aux dépens des transformateurs de produits laitiers (voir la section IV ci-dessous, intitulée « Les questions de fait et de preuve »).

[29] La Cour conclut en outre que l’adoption du nouveau Règlement, y compris des dispositions contestées, consti-

exercise of the regulation-making authority vested to the Governor in Council.

[30] The Governor in Council's regulation-making authority is expressed in broad terms. As noted earlier, under section 32 of the CAPA, the Governor in Council is authorized to "make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act and prescribing anything that is to be prescribed in this Act". Section 32(f) indicates that "without limiting the generality of the foregoing" this authority encompasses establishing "standards". The purpose of the CAPA, as indicated in its long title is equally broad—i.e., "to regulate the marketing of agricultural products in import, export and interprovincial trade and to provide for national standards and grades of agricultural products". Similarly, the broad authority of the Governor in Council under subsection 30(1) of the FDA includes, in paragraph (c), "prescribing standards of composition, strength, potency, purity, quality or other property of any article of food". The new Regulations fit squarely within the objectives and powers outlined in these provisions.

[31] In this regard, the Regulatory Impact Analysis Statement published in the *Canada Gazette* Part II, Vol. 141, No. 26 [SOR/2007-302], pages 2787 to 2801 (the RIAS), while not a part of the regulations, is a useful tool in analysing legislative intent and purpose. As Justice Bastarache stated in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, at paragraph 157, "[t]he use of the RIAS to determine both the purpose and the intended application of a regulation has been frequent in this Court and others, and this across a wide range of interpretive settings".

[32] Based on the RIAS, it is apparent that in passing the new Regulations revising the existing identity and compositional standards for cheese destined for interprovincial or international trade (including cheese imported in Canada), the Governor in Council was juggling a number of competing policy issues, including but not limited to (i) the need to protect the consumer interest in ensuring that cheese marketed interprovincially and internationally has consistent composition and characteristics; (ii) the goal of regulatory harmonization; (iii) achieving greater consistency with international standards

tue un exercice légitime du pouvoir de réglementation conféré au gouverneur en conseil.

[30] Le pouvoir de réglementation du gouverneur en conseil est défini de manière large. Comme on l'a vu plus haut, l'article 32 de la LPAC dispose que le gouverneur en conseil « peut, par règlement, prendre toute mesure d'application de [cette] loi ». L'alinéa f) du même article précise que ce pouvoir comprend « notamment » celui d'établir des « normes ». L'objet de la LPAC, comme l'indique son titre intégral, est tout aussi large; il est en effet de réglementer « la commercialisation — soit interprovinciale, soit liée à l'importation ou l'exportation — des produits agricoles et [de prévoir] l'institution de normes et de noms de catégorie nationaux à leur égard ». De même, le vaste ensemble de pouvoirs conférés au gouverneur en conseil par le paragraphe 30(1) de la LAD comprend celui, spécifié à l'alinéa c), d'« établir des normes de composition, de force, d'activité, de pureté, de qualité ou d'autres propriétés d'un aliment ». Le nouveau Règlement s'inscrit tout à fait dans le champ des objectifs et des pouvoirs que définissent ces dispositions.

[31] Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation publié dans la *Gazette du Canada*, partie II, vol. 141, n° 26 [DORS/2007-302], pages 2787 à 2801 (le REIR), bien qu'il ne fasse pas partie du nouveau Règlement, se révèle utile pour l'analyse de son objet et de son application envisagée. Comme le faisait observer le juge Bastarache au paragraphe 157 de l'arrêt *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533, « [n]otre Cour et d'autres tribunaux ont fréquemment utilisé le REIR pour déterminer l'objet d'un règlement et son application envisagée et ce, dans divers contextes ».

[32] Il ressort clairement de la lecture du REIR que, dans le contexte où il a pris le nouveau Règlement révisant les normes antérieures d'identité et de composition des fromages destinés au commerce interprovincial ou international (y compris les fromages importés au Canada), le gouverneur en conseil devait tenir compte d'un certain nombre de nécessités stratégiques concurrentes, notamment celles i) de protéger les intérêts des consommateurs en faisant en sorte que les fromages destinés au commerce interprovincial et international présentent une composition et des caractéristiques

for cheese; and (iv) the need for technological innovation and long-term growth in the dairy industry. These four factors are identified in the opening paragraphs of the RIAs and are each discussed in greater detail in the remainder of the RIAs (see below, IV—Factual and Evidentiary Issues).

[33] The jurisprudence establishes a high threshold that must be met before the Court will overturn the exercise of regulation-making authority for an allegedly improper purpose. The applicants have not met this high threshold.

[34] As an alternative argument, the applicants submit that impugned provisions are meaningless and fail to establish objective and uniform standards. Accordingly, they vest undue discretion in the Canadian Food Inspection Agency (CFIA) tasked with enforcing the DPR and the FDR (*Gallant v. New Brunswick* (1998), 200 N.B.R. (2d) 113 (C.A.), at paragraphs 12–14; *Attorney General of Canada v. Brent*, [1956] S.C.R. 318, at page 321; *Verdun, City of v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 S.C.R. 222, at pages 229–230).

[35] Thus, it is submitted by the applicants that in applying the formula purporting to verify any given cheese's compliance with the casein ratio established by the impugned regulations, the CFIA is vested with an *ad hoc* rule making ability. This constitutes an impermissible sub-delegation of regulation-making authority and further underlies the impugned regulations' deficiencies with regards to the establishment of objective and uniform compositional standards. This alternative argument must also fail.

[36] There is no impermissible exercise of regulation-making authority by the Governor in Council in the case at bar. Although the applicants use the terminology "objective and uniform norms", the first prong of their argument in this regard is effectively a "void for vagueness" argument, the standard for which is set out in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R.

uniformes; ii) d'harmoniser la réglementation; iii) d'accroître la conformité aux normes internationales relatives aux fromages; iv) de favoriser l'innovation technologique et la croissance sur la longue durée de l'industrie laitière. Ces quatre facteurs sont précisés dans les paragraphes d'introduction du REIR et examinés en détail dans le corps de son texte (voir la section IV ci-dessous, intitulée « Les questions de fait et de preuve »).

[33] La jurisprudence fixe un seuil élevé à atteindre pour que le tribunal saisi d'une demande d'annulation des dispositions réglementaires au motif d'un exercice illégitime du pouvoir de réglementation puisse faire droit à une telle demande. Les demanderessees n'ont pas atteint ce seuil.

[34] Les demanderessees soutiennent subsidiairement que les dispositions contestées sont dénuées de sens et n'établissent pas des normes objectives et uniformes, de sorte qu'elles confèreraient un pouvoir discrétionnaire indu à l'Agence canadienne d'inspection des aliments (l'ACIA), chargée d'assurer l'exécution du RPL et du RAD : *Gallant c. New Brunswick* (1998), 200 R.N.-B. (2^e) 113 (C.A.), aux paragraphes 12 à 14; *Attorney General of Canada v. Brent*, [1956] S.C.R. 318, à la page 321; et *Verdun, City of, v. Sun Oil Co.*, [1952] 1 S.C.R. 222, aux paragraphes 229 et 230.

[35] Les demanderessees affirment donc que l'ACIA, en appliquant la formule censée servir à contrôler la conformité de tout fromage déterminé au ratio caséine/protéines prescrit par les dispositions contestées, se trouve investie d'un pouvoir *ad hoc* d'établissement de règles. Selon elles, il s'agit là d'une subdélégation inadmissible de pouvoir de réglementation, qui jette un jour encore plus cru sur les défauts des dispositions contestées en ce qui a trait à la fixation de normes de composition objectives et uniformes. Ce moyen subsidiaire doit aussi être rejeté.

[36] Le gouverneur en conseil n'a pas exercé indûment son pouvoir de réglementation dans la présente espèce. Bien que les demanderessees emploient les termes [TRADUCTION] « normes objectives et uniformes », la première proposition de leur argument à cet égard repose en fait sur le critère de la « nullité pour cause d'imprécision », défini à la page 643 de l'arrêt *R. c. Nova Scotia*

606, at page 643, namely, whether the law “so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate.” This very high threshold is simply not met by the applicants.

[37] Even if an attack on the CFIA’s compliance records approach was properly before the Court—which it is not—this would not, in the Court’s opinion, advance the applicants’ position (see *Actton Transport Ltd. v. Steeves*, 2004 FCA 182, 322 N.R. 73). Indeed, there is no foundation, in law or in fact, to the applicants’ assertion that the new Regulations somehow impermissibly sub-delegate undue discretion to the CFIA, and the cases cited by the applicants above bear no resemblance to the present case (*Re Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al.*; *Peralta et al. v. Warner et al.* (1985), 49 O.R. (2d) 705 (C.A.), aff’d [1988] 2 S.C.R. 1045).

IV. FACTUAL AND EVIDENTIARY ISSUES

[38] The applicants rely on no less than nine affidavits, including two affidavits from Dr. Hill on scientific matters, to further their argument that the policy or purpose of the new Regulations is *ultra vires* both section 91 of the *Constitutional Act, 1867* and the parent legislations.

[39] The respondent, who denies the allegations made by the applicants, relies on the RIAS, as well as on the scientific affidavit from Dr. Goulet. While not necessarily endorsing all the evidence submitted by the interveners, the respondent has nevertheless made great use of this evidence in support of its position that the new Regulations pursue valid and constitutional purposes.

[40] As a preliminary remark on the particular evidentiary context of this application, it is not the role of the Court to act as a kind of legislative upper chamber to weigh expression of public concern and determine which ones should be respected (see *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1992] 3 F.C. 42 (T.D.), at pages

Pharmaceutical Society, [1992] 2 R.C.S. 606, et qui consiste à se demander si la loi en cause « manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire ». Les demanderessees n’ont tout simplement pas démontré que ce critère très rigoureux est rempli.

[37] Même si la Cour était valablement saisie d’une contestation de l’approche de l’ACIA relativement aux dossiers de conformité — ce qui n’est pas le cas —, les demanderessees, selon la Cour, n’en seraient pas plus avancées; voir *Actton Transport Ltd. c. Steeves*, 2004 CAF 182. En fait, l’affirmation des demanderessees selon laquelle le nouveau Règlement, d’une manière ou d’une autre, subdélèguerait illégitimement un pouvoir discrétionnaire indu à l’ACIA n’est fondée ni en droit ni en fait, et les affaires susmentionnées qu’elles invoquent ne ressemblent en rien à la présente espèce; voir *Re Peralta et al. and The Queen in right of Ontario et al.*; *Peralta et al. v. Warner et al.* (1985), 49 O.R. (2d) 705 (C.A.), conf. par [1988] 2 R.C.S. 1045.

IV. LES QUESTIONS DE FAIT ET DE PREUVE

[38] Les demanderessees ne proposent pas moins de neuf affidavits, dont deux du Dr Hill sur des questions scientifiques, à l’appui de leur argument selon lequel la question de principe en jeu dans le nouveau Règlement ou l’objet de celui-ci outrepasserait le champ d’application tant de l’article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* que des lois-cadres.

[39] Le défendeur conteste ces allégations des demanderessees en s’appuyant sur le REIR ainsi que sur l’affidavit scientifique de M. Goulet. Tout en déclarant ne pas souscrire nécessairement au contenu de toutes les pièces produites par les intervenantes, le défendeur a néanmoins fait grand usage de ces éléments de preuve pour étayer sa thèse que les objets du nouveau Règlement sont légitimes et conformes à la Constitution.

[40] Je tiens d’abord à préciser, à propos du contexte de preuve particulier de la présente espèce, qu’il n’appartient pas à la Cour de jouer le rôle d’une sorte de Chambre haute chargée d’évaluer les préoccupations exprimées par le public et d’établir auxquelles il convient d’accorder la préférence (voir *Vancouver Island Peace Society c.*

46–47). With no allegation of improper motive, the issue in this case concerns the legality of the new Regulations, and particularly the impugned provisions, which are said to be *ultra vires*. The issue is not whether, in the Court's view, the new Regulations constitute sound policy.

[41] As a key factual claim in this instance, the applicants invite the Court to conclude that the essential or dominant purpose of the new Regulations was to transfer an economic benefit to dairy producers at the expense of dairy processors. Indeed, the applicants assert that the main purpose of the impugned provisions is to provide an ongoing market for protein sourced directly from raw milk by controlling the production of cheese. This, according to the applicants, brings higher returns to producers than the alternative milk protein markets, such as animal feed.

[42] I have carefully considered the extrinsic evidence filed by the applicants in support of their claim that the essential or dominant purpose of the new Regulations is to transfer an economic benefit to dairy producers at the expense of dairy processors. I have found the material elements upon which the applicants heavily rely unconvincing in the circumstances.

[43] The Governor in Council receives many submissions from a multitude of groups, each with its own views and interests. A deponent from a given interest group is not in a position to speak to what the Governor in Council ultimately considered. Thus, the evidence of Kempton Matte, a lobbyist for Saputo Inc., is but a thin slice of what may or may not have been considered, and is therefore of little assistance in ascertaining the intent of the Governor in Council.

[44] Evidence of proceedings of the executive are normally treated as strictly confidential and not generally placed on record in court proceedings. However, when a

Canada, [1992] 3 C.F. 42 (1^{re} inst.), aux pages 46 et 47). La présence de motifs illégitimes n'ayant pas été invoquée, la question à trancher dans la présente espèce concerne la légalité du nouveau Règlement, et en particulier des dispositions contestées, que les demanderesse disent outrepasser les pouvoirs applicables : la question n'est pas de savoir si, selon la Cour, le nouveau Règlement témoigne d'une politique judiciaire.

[41] Un des principaux moyens de fait des demanderesse consiste à inviter la Cour à conclure que l'objet essentiel ou dominant du nouveau Règlement était d'octroyer un avantage économique aux producteurs laitiers aux dépens des transformateurs de produits laitiers. En fait, les demanderesse affirment que les dispositions contestées ont comme objet principal d'assurer un marché permanent à la matière protéique provenant directement du lait cru en contrôlant la production fromagère, ce qui a selon elles pour effet de procurer des rendements plus élevés aux producteurs laitiers que les autres marchés de protéines laitières tels que celui des aliments pour animaux.

[42] Après avoir soigneusement examiné la preuve extrinsèque produite par les demanderesse à l'appui de leur affirmation que le nouveau Règlement a pour objet essentiel ou dominant d'octroyer un avantage économique aux producteurs laitiers aux dépens des transformateurs de produits laitiers, j'ai conclu que les éléments substantiels sur lesquels reposent principalement leur argumentation ne sont pas convaincants eu égard aux circonstances.

[43] Le gouverneur en conseil reçoit de nombreuses communications d'une multitude de groupes, dont chacun a son propre point de vue et ses intérêts particuliers. Le représentant d'un groupe d'intérêts donné devant le gouverneur en conseil n'est pas en position de s'exprimer sur les facteurs que ce dernier a en fin de compte pris en considération. Ainsi, la preuve de M. Kempton Matte, lobbyiste de Saputo Inc., ne rend compte que d'une faible partie de ce qui peut avoir été ou non pris en considération et ne peut donc guère nous aider à établir l'intention du gouverneur en conseil.

[44] Les éléments de preuve relatifs aux travaux de l'exécutif sont normalement considérés comme rigoureusement confidentiels et ne sont pas généralement versés

final draft regulation is submitted by the Privy Council Office for consideration, the RIAS is included. Approved regulations are registered and published along with the RIAS. The publication of the regulation in tandem with the RIAS, implies that the RIAS was consulted by ministers and indicates to the Court that the RIAS provides evidence of the purpose and intent of the executive arm of the federal government.

[45] The applicants do not dispute the object and purpose of the parent legislations; neither their constitutionality nor their legality are at issue in this case. The RIAS provides conclusive evidence in this case that the new Regulations were passed by the Governor in Council to carry out the purposes of the CAPA and the FDA. Indeed, the RIAS asserts that the new Regulations will: harmonize existing federal regulations; enhance consumer interests by reflecting the tradition of cheese making; allow for technological advances in cheese productions; and provide for consistency with certain international food standards, as appropriate.

Consumer Interests

[46] The RIAS explains the essential purpose of having standards, including standards in respect of cheese from the perspective of protecting consumer interests [at pages 2787–2788]:

In Canada, cheese compositional standards exist both in the FDR and in the DPR. The main purpose of these standards is to describe the basic requirements for cheese, so that cheese available to consumers has a consistent composition and characteristics. These Regulations describe the essential characteristics of cheese. Similar to other food compositional standards, those for cheese also include essential ingredients used in its manufacture, along with permitted additives.

Food standards provide a system through which consumer interests are protected and consumer expectations of a food are met. Foods may be defined or distinguished by their essential characteristics such as ingredients, compositional and physical properties, levels of certain nutrients, or the manner in which they are produced. Food standards are beneficial because they provide assurance to consumers of product uniformity, resulting

au dossier dans les instances judiciaires. Cependant, le Bureau du Conseil privé, lorsqu'il soumet à l'examen la version définitive d'un projet de règlement, y joint un REIR. Le texte du règlement, une fois approuvé, est enregistré et publié avec le REIR. Le fait que celui-ci soit publié avec le règlement sous-entend que les ministres l'ont consulté et indique à la Cour qu'il témoigne de l'objet du règlement et de l'intention de l'exécutif fédéral.

[45] Ni l'objet des lois-cadres, ni leur constitutionnalité, ni leur légalité ne sont ici en litige. Le REIR établit de manière concluante dans la présente espèce que le gouverneur en conseil a pris le nouveau Règlement afin de remplir les objets de la LPAC et de la LAD. En fait, le REIR affirme que le nouveau Règlement harmonisera la réglementation fédérale existante, protégera les intérêts des consommateurs en reflétant les méthodes traditionnelles de fabrication du fromage, permettra la réalisation de progrès technologiques dans la production fromagère et assurera la conformité à certaines normes internationales relatives aux aliments dans la mesure du possible.

Les intérêts des consommateurs

[46] Le REIR explique l'objet essentiel des normes alimentaires, notamment des normes relatives au fromage, du point de vue de la protection des intérêts des consommateurs [aux pages 2787 et 2788] :

Au Canada, les normes sur la composition du fromage se trouvent dans le RAD et le RPL. Ces normes visent principalement à décrire les exigences de base en matière de composition du fromage pour faire en sorte que le fromage offert aux consommateurs ait une composition et des caractéristiques uniformes. Ces règlements décrivent les caractéristiques essentielles du fromage. Tout comme les normes sur la composition d'autres aliments, les normes sur le fromage portent également sur les ingrédients essentiels utilisés dans la fabrication du fromage ainsi que sur les additifs autorisés.

Les normes alimentaires permettent de protéger les intérêts des consommateurs et de répondre à leurs attentes à l'égard des aliments. Les aliments peuvent être définis ou distingués par leurs caractéristiques essentielles comme les ingrédients, la composition et les propriétés physiques, les teneurs en certains éléments nutritifs ou la manière dont ils sont produits. Les normes alimentaires sont utiles parce qu'elles donnent aux

in the expectation and belief that all products bearing a particular name will possess the same essential characteristics irrespective of where they are purchased, or by whom they are manufactured or distributed. Consumers have a lack of understanding of the ingredients used in cheese making and have identified that having uniform product names, with certain defined characteristics, is important to facilitate their purchase decision making as it allows them to distinguish one cheese from another. [Emphasis added.]

[47] The RIAS identifies [at pages 2789–2790] the concern that, under the previous cheese standards, “the varietal name of the cheese was at risk of losing the organoleptic, chemical and physical properties typical for the variety.” “Organoleptic” refers to the smell, taste and texture of a food product. The RIAS also notes that the *status quo* did not adequately “reflect modern cheese making practices while maintaining historical varietal cheese distinctions.”

[48] The evidence submitted by the interveners is particularly instructive in this regard and corroborates the point of view expressed in the RIAS.

[49] Mr. Wathier, a master cheese maker at St-Albert with four decades of experience in the industry, including experience as a cheese judge and as a consultant to the applicant Parmalat, gave evidence concerning the impact of using milk derivatives on cheese quality. His evidence was that even small quantities of milk derivatives (up to 5 percent) could affect the taste, texture, and consistency of cheese compared to cheese made with fresh milk. The process of converting fresh liquid milk into a powdered milk derivative has an immediate impact on the taste, which is one of the reasons why, for example, consumers gravitate away from skim milk powder.

[50] As Mr. Wathier indicated in his affidavit, the new Regulations reflect a compromise. They preserve the flavour, smell, texture, and feel that consumers have come to expect when they buy a given variety of cheese,

consommateurs l’assurance que le produit est uniforme, de sorte qu’ils peuvent s’attendre à ce que tous les produits qui portent un nom particulier possèdent les mêmes caractéristiques essentielles, quel que soit l’endroit où ils ont été achetés, leur fabricant ou leur distributeur. Les consommateurs ne savent pas toujours quels ingrédients entrent dans la fabrication du fromage. Ils ont indiqué qu’il est important pour eux d’avoir des noms de produit uniformes associés à certaines caractéristiques définies pour les aider à faire des choix au moment de l’achat et à distinguer les fromages entre eux. [Non souligné dans l’original.]

[47] Le REIR [aux pages 2789 et 2790] fait état de la préoccupation selon laquelle, dans le cadre des normes antérieures, « le nom de la variété de fromage risquait de perdre les propriétés organoleptiques, chimiques et physiques typiques qui lui étaient associées ». (Les propriétés organoleptiques d’un produit alimentaire sont son odeur, son goût et sa texture.) Le REIR fait aussi observer que le statu quo ne permettrait pas de tenir compte de manière satisfaisante des « pratiques modernes de l’industrie de la fabrication du fromage tout en maintenant les distinctions historiques entre les variétés de fromage ».

[48] La preuve produite par les intervenantes est particulièrement instructive à cet égard et corrobore le point de vue qu’exprime le REIR.

[49] M. Wathier, maître fromager à la fromagerie St-Albert pourvu de quatre décennies d’expérience dans l’industrie, y compris comme membre de jurys de concours de fromage et comme consultant de la demanderesse Parmalat, a déposé au sujet de l’effet de l’utilisation de dérivés du lait sur la qualité du fromage. Selon son témoignage, même de petites quantités de dérivés du lait (inférieures à 5 pour cent) peuvent modifier le goût, la texture et la consistance du fromage, en comparaison du lait frais. La transformation du lait liquide frais en dérivé du lait en poudre a un effet immédiat sur le goût, ce qui explique entre autres pourquoi, par exemple, les consommateurs se montrent peu friands de lait écrémé en poudre.

[50] Comme M. Wathier le fait observer dans son affidavit, le nouveau Règlement est le fruit d’un compromis. Il préserve la saveur, l’odeur, la texture et la consistance auxquelles les consommateurs s’attendent lorsqu’ils

while still permitting varying amounts of powdered milk derivatives to be used, depending on the variety of cheese concerned.

Harmonization of Existing Federal Regulations

[51] As aforementioned, the compositional standards for cheese are subject to two different regulations, namely the FDR and the DPR. Prior to the new Regulations, inconsistencies had developed between the two regulations, which created a number of operational and compliance issues for both the dairy industry and the CFIA.

[52] For example, the FDR required that cheese be made only with milk, skim milk, partly skimmed milk, buttermilk, whey cream or cream, or these same ingredients in their concentrated, dried, or reconstituted form. The DPR, on the other hand, made allowance for these same ingredients, as well as whey, butter, butter oil, whey butter, whey protein concentrates, and other milk solids. The inclusion of the words “other milk solids” in the DPR gave rise to legal debate and uncertainty.

[53] The new Regulations harmonized the definition of the term “milk product” [s. 2 (as am. by SOR/2007-302, s. 5)] so that the ingredients that can be used to produce cheese receive equal treatment under both the FDR and the DPR.

Greater Consistency with International Food Standards

[54] The RIAS also constitutes evidence that the new Regulations will provide for a greater degree of consistency with international food standards.

[55] RIAS refers to the Codex Alimentarius Commission (Codex), an international body that sets food standards under the Food and Agriculture Organization of the United Nations (FAO). Codex creates a General Standard of Cheese (A6 General Standard) as well as individual standards for some specialized cheeses (C Standards). The A6 General Standard for cheese requires that the

achètent une variété déterminée de fromage, tout en permettant néanmoins l'utilisation de dérivés du lait en poudre dans des proportions modulées selon la variété.

L'harmonisation de la réglementation fédérale antérieure

[51] Comme on l'a vu, les normes de composition des fromages relèvent de deux règlements différents, à savoir le RAD et le RPL. Avant l'adoption du nouveau Règlement, des discordances étaient apparues entre le RAD et le RPL, qui avaient créé un certain nombre de problèmes opérationnels et d'application, aussi bien pour l'industrie laitière que pour l'ACIA.

[52] Par exemple, le RAD disposait que le fromage ne pouvait être fabriqué qu'avec du lait, du lait écrémé, du lait partiellement écrémé, du babeurre, de la crème de lactosérum ou de la crème, ou avec ces ingrédients sous leur forme concentrée, en poudre ou reconstituée. Le RPL, quant à lui, autorisait l'utilisation, en plus des mêmes ingrédients, de lactosérum, de beurre, d'huile de beurre, de beurre de lactosérum, de concentré protéique de lactosérum et les autres solides du lait. Les termes « autres solides du lait » du RPL avaient engendré de l'incertitude et donné lieu à un débat juridique.

[53] Le nouveau Règlement proposait une définition de l'expression « produit du lait » [art. 2 (mod. par DORS/2007-302, art. 5)] qui harmonisait les dispositions du RAD et du RPL relatives aux ingrédients pouvant entrer dans la composition du fromage.

Conformité accrue avec les normes alimentaires internationales

[54] Le REIR tend aussi à prouver que le nouveau Règlement assurera une conformité accrue avec les normes alimentaires internationales.

[55] Le REIR fait référence à la Commission du Codex Alimentarius (le Codex), organisme international qui établit des normes alimentaires dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (la FAO). Le Codex prévoit une norme générale pour le fromage (la norme générale A6), ainsi que des normes individuelles pour certaines variétés de

wey protein-to-casein ratio in cheese does not exceed the same ratio in milk. This is identical to the standard found in the new Regulations.

[56] With respect to the source of protein in cheese, as the RIAS points out, there is a great deal of variation in international standards. After taking into account these different standards, it is apparent that the Governor in Council enacted standards that, while more stringent than those in certain countries, provide greater flexibility for the use of milk derivatives in cheese than the standards in, for example, France or the United States.

Allow for Technological Advances in Cheese Production

[57] The RIAS considered the impact that the compositional standards in the new Regulations would have on technological advances.

[58] I accept the respondent's submission that the new Regulations allow technological advances in cheese production. In turn, there will be greater certainty to the technology that can be utilized by dairy processors. With the amendments introduced by the new Regulations, the FDR now allows for the use of more ingredients than in the past, which in turn allows for greater flexibility and innovation on the part of dairy processors.

Long-Term Growth of the Dairy Sector

[59] The long-term growth of the dairy sector was one of the policy issues the Governor in Council had to deal with in enacting the new Regulations. This proved to be a contentious subject, as the RIAS explained and as appears from the other extrinsic evidence filed by the parties in this proceeding.

[60] Extensive consultations have been taking place since the early 1990's between stakeholders and the AAFC and the CFIA with the goal of updating national

fromage (les normes C). La norme générale A6 porte que le ratio protéines de petit-lait/caséine du fromage ne doit pas dépasser celui du lait. On retrouve exactement la même norme dans le nouveau Règlement.

[56] En ce qui concerne la source des protéines du fromage, comme le fait observer le REIR, les normes internationales diffèrent considérablement. Il apparaît clairement que le gouverneur en conseil, après avoir pris en considération ces normes différentes, a adopté lui-même des normes qui, quoique plus rigoureuses que celles de certains pays, se révèlent plus souples relativement à l'utilisation des dérivés du lait dans la production fromagère que celles, par exemple, de la France ou des États-Unis.

La possibilité de l'innovation technologique dans la production fromagère

[57] Le REIR a examiné les incidences que les normes de composition du nouveau Règlement auraient sur les progrès technologiques.

[58] Je souscris au moyen du défendeur selon lequel le nouveau Règlement permet l'innovation technologique dans la production fromagère. Quant aux transformateurs de produits laitiers, ils sauront avec plus de certitude quelle technologie qu'ils pourront utiliser. Le RAD modifié par le nouveau Règlement autorise l'utilisation d'un plus grand nombre d'ingrédients qu'auparavant, ce qui élargit la marge de manœuvre desdits transformateurs et favorise l'innovation.

La croissance à long terme du secteur laitier

[59] La croissance à long terme du secteur laitier était l'une des questions stratégiques que le gouverneur en conseil devait prendre en considération dans le nouveau Règlement. Cette question a suscité un vif débat, comme l'explique le REIR et comme le confirment les autres éléments de preuve extrinsèque produits par les parties à la présente instance.

[60] Les acteurs de l'industrie laitière, AAC et l'ACIA mènent des consultations approfondies depuis le début des années 1990 dans le but de mettre à jour les normes

standards for the dairy industry. In 1993, the Canadian Food Inspection System (CFIS), a collaborative initiative of all levels of government, was launched to develop an integrated Canadian food inspection system which would be responsive to, among others, consumers. Eight working committees, including the National Dairy Code Committee (NDCC), were formed and tasked with developing model regulations and codes with the aim of achieving national harmonization.

[61] As a result, in 1997, the National Dairy Code (NDC) was developed and approved, by all dairy stakeholders and government partners, to provide a national standard for the production of milk and the processing of dairy products in Canada.

[62] In 2003, HC and the CFIA reviewed and proposed amendments to the dairy product compositional standards in order to incorporate the concepts contained in the NDC. Public consultations were held with the CFIA and HC. Some stakeholders felt that individual standards specifying compositional and processing requirements should be established for each dairy product in order to have a meaningful standard with particular ingredients. Other stakeholders recognized the need for standards to be adaptable and supported the use of a number of different ingredients to produce safe and quality products for Canadians. In the end, the CFIA proposed a number of compromises to the compositional standards for cheese, but agreement between some stakeholders, namely the large dairy processors and the dairy producers, could be not reached.

[63] In 2005, the Minister of Agriculture and Agri-Food (the Minister) recognized that solutions to the many issues facing Canada's dairy industry, which included compositional standards for cheese, could only be developed by dairy producers and dairy processors working closely together. Consequently, in 2005, the Minister created the Dairy Industry Working Group (DIWG), an industry-led initiative, to work towards

nationales de cette industrie. En 1993, on a mis sur pied le Système canadien d'inspection des aliments (le SCIA), initiative de concertation de tous les ordres de gouvernement visant à élaborer un système national intégré d'inspection des aliments qui serait adapté aux besoins, entre autres, des consommateurs. On a institué dans ce cadre huit comités de travail, dont le Comité du Code national sur les produits laitiers (le CCNPL), auxquels on a confié la tâche d'élaborer des règlements et des codes types en vue d'une harmonisation nationale.

[61] Ces efforts ont permis l'élaboration du Code national sur les produits laitiers (le CNPL), approuvé en 1997 par tous les acteurs de l'industrie laitière et leurs partenaires étatiques, qui établit des normes nationales pour la production laitière et la transformation de produits laitiers au Canada.

[62] En 2003, SC et l'ACIA ont examiné et proposé des projets de modifications aux normes de composition des produits laitiers afin de mettre en œuvre les principes du CNPL. Dans le cadre des consultations publiques tenues par ces deux organismes, certains intervenants ont exprimé l'opinion qu'il convenait d'établir des normes individuelles, fixant des règles de composition et de transformation particulières pour chaque produit laitier, les normes étant à leur avis plus utiles quand elles spécifient les ingrédients autorisés. D'autres intervenants se déclaraient plutôt sensibles à la nécessité de la souplesse normative et préconisaient la possibilité d'utiliser un certain nombre d'ingrédients différents dans la composition des produits, sous réserve que la salubrité et la qualité de ceux-ci soit assurée. En fin de compte, l'ACIA a proposé plusieurs compromis concernant les normes de composition des fromages, mais sans que parviennent à se mettre d'accord certains acteurs de l'industrie, à savoir les grands transformateurs de produits laitiers et les producteurs laitiers.

[63] En 2005, le ministre de l'Agriculture et de l'Agro-alimentaire (le ministre), qui a reconnu que les solutions aux nombreux problèmes de l'industrie laitière canadienne, dont celui des normes de composition des fromages, ne pourraient être élaborées que par la concertation étroite des producteurs laitiers et des transformateurs de produits laitiers, a créé le Groupe de travail de l'industrie laitière (le GTIL), organisme dirigé par l'industrie et chargé de

reaching common grounds on various dairy issues. The applicants were active participants in Dairy Processors Association of Canada (DPAC), one of the two groups forming part of DIWG. The Minister appointed a respected industry expert, Ted Bilyea, as moderator (the Moderator).

[64] The stated guiding principles developed within the DIWG were:

- Consumer focus/benefits
- Supports supply management
- Enables growth
- Fact-based analysis
- WTO/NAFTA compliant
- Encourages innovation
- Enable competitiveness
- Foster partnership

[65] While milk producers and dairy processors reached a consensus on the need for additional compositional standards for cheese, there were divergent views regarding permitted ingredients. Neither side wanted to be seen as making concessions before its membership and accordingly the assistance of the federal government was required to resolve the issue. This point was made by the Moderator:

Both sides want to break this cheese deadlock so that they can get on to other matters. But they need government, not themselves, to be seen to be setting the compositional standards.

[66] The Moderator's report advised the Minister that the main stumbling block in achieving consensus on the cheese standards was as follows:

trouver des terrains d'entente sur diverses questions laitières. Les demandresses étaient des membres actifs de l'Association des Transformateurs Laitiers du Canada (l'ATLC), l'un des deux groupes formant le GTIL. Le ministre a nommé comme modérateur du GTIL un expert respecté de l'industrie, M. Ted Bilyea (le modérateur).

[64] Le GTIL a formulé les principes directeurs suivants pour son action :

- focaliser l'attention sur le consommateur et les avantages pour celui-ci,
- appuyer la régulation de l'offre,
- favoriser la croissance,
- effectuer des analyses fondées sur les faits,
- assurer la conformité aux règles de l'OMC et de l'ALÉNA,
- stimuler l'innovation,
- faciliter la concurrence,
- promouvoir le partenariat.

[65] Les producteurs laitiers et les transformateurs de produits laitiers sont parvenus à un consensus sur la nécessité de normes complémentaires de composition pour les fromages, mais sans pouvoir s'entendre sur les ingrédients à autoriser. Comme ni l'une ni l'autre des organisations qu'opposait ce débat ne voulait avoir l'air de faire des concessions devant ses membres, l'assistance du gouvernement fédéral s'est révélée nécessaire pour régler la question. Le modérateur le fait observer dans son rapport :

[TRADUCTION] Les deux parties veulent sortir de cette impasse du fromage pour pouvoir s'occuper d'autre chose. Mais elles ont besoin que ce soit le gouvernement, et non elles-mêmes, qui fixent les normes de composition.

[66] Selon le rapport du modérateur au ministre, le principal obstacle au consensus sur les normes fromagères était le suivant :

The main stumbling block on cheese was the great divergence between what producers thought was the current and likely future usage of ingredients in cheese making and what processors claimed was the current and likely future usage. As the actual and potential usage affects the income of producers and processors, this divergence in understanding hampered a realistic assessment of the economic impact on the compositional standards each side put on the table.

... It is also clear that processor estimates of usage include estimates of what they would expect to be using in the future but are not today...

[67] Following another round of DIWG meetings, and in the absence of consensus, a series of recommendations were made by the Moderator to the Minister. The Moderator recommended minimum percentages of casein derived from fresh liquid milk to produce various cheeses allowing the balance to be filled in with powdered milk derivatives. The ratios were based on what the Moderator believed to be current usage for powdered milk derivatives, based on various sources of information, including information received from AAFC.

[68] The Moderator suggested that, by signaling the intention to use these ratios, the government would invite dairy processors to provide information on the actual and intended usage of powdered milk derivatives, so that adjustments could be made, if required:

By articulating your intention to use these ratios in the clarification of dairy regulations on compositional standards, you would be inviting processors to confidentially reveal to government officials their actual ingredient usage, their intended usage, and the financial hit, if any, that would result from the implementation of these standards. Should any of the above suggestions be substantially offside with normal industry usage as of the commencement of the DIWG, which may come to light through private processor submissions, then some amendment to the ratios may be necessary.

[69] The ratios proposed by the Moderator were presented as a compromise between what was sought by the dairy processors and by the dairy producers:

[TRADUCTION] Le principal obstacle au consensus sur le fromage était la divergence considérable entre, d'une part, ce que les producteurs estimaient être les usages actuel et prévisible des ingrédients dans l'industrie fromagère, et d'autre part, les usages actuel et prévisible déclarés par les transformateurs. Comme l'usage réel et potentiel influe sur les revenus des producteurs et des transformateurs, cette divergence d'appréciation faisait obstacle à une évaluation réaliste de l'impact économique des projets de normes de composition que les parties mettaient en discussion.

[...] Il est également évident que les estimations des transformateurs incluent ce qu'ils prévoient utiliser à l'avenir mais n'utilisent pas encore [...]

[67] Comme une autre série de réunions du GTIL n'avait toujours pas permis de parvenir à un consensus, le modérateur a soumis un ensemble de recommandations au ministre. Il a ainsi proposé la fixation de pourcentages minimaux de caséine provenant du lait liquide frais dans la production de divers fromages, l'usage de dérivés du lait en poudre étant permis pour le reste. Ces ratios étaient fondés sur ce que le modérateur estimait être l'usage courant de dérivés du lait en poudre d'après diverses sources d'information, notamment AAC.

[68] Le modérateur expliquait qu'en déclarant son intention d'utiliser ces ratios, le gouvernement inciterait les transformateurs de produits laitiers à lui communiquer des renseignements sur l'usage réel et prévu de dérivés du lait en poudre, de manière que des adaptations puissent être faites au besoin :

[TRADUCTION] En formulant votre intention d'utiliser ces ratios dans le travail de clarification des normes de composition des dispositions réglementaires relatives aux produits laitiers, vous inviteriez les transformateurs à communiquer confidentiellement aux fonctionnaires les compositions réelle et prévue de leur produits, ainsi que les incidences financières, le cas échéant, qu'aurait la mise en œuvre de ces normes. Si l'un ou l'autre des ratios suggérés ci-dessus devait se révéler sensiblement différent de la pratique normale qui était celle de l'industrie au début des travaux du GTIL, ce que pourraient révéler les communications confidentielles des transformateurs, il s'avérerait peut-être nécessaire de le modifier en conséquence.

[69] Le modérateur présentait les ratios qu'il proposait comme un compromis entre la volonté des transformateurs de produits laitiers et celle des producteurs laitiers :

These ratios may have an economic impact on producer income; but these ratios will not have as great an impact as the ratios proposed by processors.

[TRADUCTION] Ces ratios pourraient avoir un impact économique sur les revenus des producteurs, mais cet impact ne sera pas aussi fort que celui qu’auraient eu les ratios proposés par les transformateurs.

These ratios may have an economic impact on processor profitability, upon their ability to attract new investment, and upon their flexibility to use technological advancements; but not as great as would be the case if producer proposed ratios were used in the compositional standards.

De même, ces ratios pourraient avoir un impact économique sur la rentabilité de l’activité des transformateurs, sur leur capacité à attirer de nouveaux investissements et sur leur marge de manœuvre dans l’utilisation des nouvelles technologies, mais cet impact serait moindre que si l’on intégrait dans les normes de composition les ratios proposés par les producteurs.

[70] The use of ratios as a means of imposing compositional standards was not novel to the industry and had been proposed by DPAC in 2000. This was ultimately rejected by the milk producers in 2001, but revived in some form by DIWG in 2007.

[70] L’utilisation de ratios comme moyen de normaliser la composition n’était pas une idée nouvelle dans l’industrie et avait déjà été proposée par l’ATLC en 2000. Les producteurs laitiers avaient en fin de compte rejeté cette formule en 2001, mais le GTIL l’a reprise d’une certaine manière en 2007.

[71] Based on the evidence on record, the Court finds that the ratios proposed by the DIWG were meant to reflect usage. Those ratios were not based on what the Moderator believed to be the “highest ratios technically achievable by Canadian dairy processors”. What the Moderator actually said was that “I believe the ratios recommended more closely reflect actual current usage which both sides accepted as the ground rules”.

[71] Vu la preuve au dossier, la Cour conclut que les ratios proposés par le GTIL étaient conçus en fonction de la pratique réelle. Ces ratios n’étaient pas fondés sur ce que le modérateur estimait être [TRADUCTION] « les ratios les plus élevés que pourraient techniquement atteindre les transformateurs canadiens de produits laitiers ». Le modérateur a plutôt écrit : [TRADUCTION] « Je crois que les ratios recommandés correspondent plus étroitement à la pratique courante réelle, que les deux parties ont admise comme règle fondamentale ».

[72] The ratios as adopted in the new Regulations are summarized in the following chart:

[72] Le tableau suivant récapitule les ratios retenus dans le nouveau Règlement :

Variety of cheese	Minimum percentage of casein content that is derived from milk, ultrafiltered milk, partly skimmed milk, ultrafiltered partly skimmed milk, skim milk, ultrafiltered skim milk or cream (as a percentage of the total protein content of cheese)
Pizza Mozzarella, Part Skim Pizza Mozzarella	63%

Variétés de fromage	Teneur minimale en caséine dérivée du lait ou du lait ultrafiltré, du lait partiellement écrémé, du lait partiellement écrémé ultrafiltré, du lait écrémé, du lait écrémé ultrafiltré ou de la crème (exprimée en pourcentage de la teneur totale en protéines du fromage)
Pizza Mozzarella et Pizza Mozzarella partiellement écrémé	63 %

Asiago, Baby Edam, Baby Gouda, Butterkase, Bra, Brie, Caciovallo, Camembert, Dando, Edam, Elbo, Emmental, Esrom, Feta, Fontina, Fynbo, Gouda, Gournay, Gruyère, Havarti, Kasseri, Limburger, Maribo, Montasio, Muenster, Neufchâtel, Parmesan, Provolone, Romano, St-Jorge, Saint-Paulin, Samsöë, Tilsiter, Tybo	95%
Cheddar, Brick, Canadian Style Brick, Colby, Farmer's, Jack, Monterey (Monterey Jack), Mozzarella (Scamorza), Part Skim Mozzarella (Part Skim Scamorza), Part Skim Pizza and any other variety of cheese not referred to	83%
Aged Cheddar Cheese	100%

Asiago, Baby Edam, Baby Gouda, Butterkase, Bra, Brie, Caciovallo, Camembert, Dando, Edam, Elbo, Emmental, Esrom, Féta, Fontina, Fynbo, Gouda, Gournay, Gruyère, Havarti, Kasseri, Limburger, Maribo, Montasio, Muenster, Neufchâtel, Parmesan, Provolone, Romano, St-Jorge, Saint-Paulin, Samsöë, Tilsiter et Tybo	95 %
Cheddar, Brick, Brick canadien, Colby, Farmer's, Jack, Monterey (Monterey Jack), Mozzarella (Scamorza), Mozzarella partiellement écrémé (Scamorza partiellement écrémé), Pizza partiellement écrémé et autres variétés de fromage non mentionnées	83 %
Cheddar vieilli	100 %

[73] As indicated in the RIAs, the ratios proposed by the Moderator were used as the basis for the amendments to the compositional standards for different types of cheese. It should be noted, however, that the ratios contained in the new Regulations were not the same as those the Moderator had proposed, as adjustments were made that provided somewhat greater flexibility to processors.

Benefits and Costs

[74] As a standard part of the regulation-making process, the RIAs contained a section on benefits and costs associated with the new Regulations, notably, in respect of the financial impacts on dairy processors and producers. Using assumed ratios of 60 percent for Mozzarella, 70 percent for Cheddar and Cheddar-types, and 80 percent

[73] Comme l'indique le REIR, on a fondé les modifications aux normes de composition de différentes variétés de fromage sur les ratios proposés par le modérateur. Il est cependant à noter que les ratios retenus dans le nouveau Règlement ne sont pas les mêmes que ceux proposés par le modérateur étant donné qu'on a fait des ajustements de nature à élargir quelque peu la marge de manœuvre des transformateurs.

Les avantages et les coûts

[74] Le REIR, comme il est d'usage dans le processus d'élaboration des règlements, contenait une section sur les avantages et les coûts liés au nouveau Règlement, concernant notamment ses incidences financières sur les transformateurs et les producteurs. On présumait dans le document que les ratios étaient de 60 pour cent pour la

for other varietal cheeses (i.e. assuming considerably higher use of milk derivatives than estimated by the DIWG Moderator), the economic model suggested an increase in cheese ingredient cost of \$71 463 471 and an increase in dairy producer revenue of \$185 673 610.

[75] The RIAS also observed that, in respect of dairy producers, the new Regulations “will stabilize the proportion of protein in cheese sourced directly from raw milk” and that “[t]his brings higher returns to producers than alternative markets for milk protein (e.g. animal feed).”

[76] In respect of dairy processors, the RIAS observed that the impact on cheese processors would vary depending on the extent of their use of milk derivatives. It was also noted that there could be additional one-time costs to modify labels, as well as costs related to infrastructure adjustments, reformulation, innovation, and competitiveness.

[77] The additional flexibility provided for lower fat cheeses, as well as the clarification on the use of ultrafiltered milk, as it was suggested, will help to allay the increased costs for some processors. The one-year transition clause included in the amendments will also serve to mitigate some of the costs. In addition, the point was made that some of these costs might be recovered by passing them along the food value chain. The RIAS also referred to an estimate, provided by DPAC, of the impact of the new Regulations on direct sales of cheese to retail, food service, and industrial customers.

[78] At this point, the Court notes that the applicants have made reference to the World Trade Organization’s (WTO) final ruling in December 2002 [*Canada—Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*, Appellate Body Report, WT/DS103/AB/RW2], which prevented dairy producers from disposing of excess milk through export (the WTO

mozzarella, 70 pour cent pour le cheddar et les autres types de cheddar, et de 80 pour cent pour les autres variétés de fromage (ce qui représente une proportion de dérivés du lait considérablement plus élevée que l’estimation du modérateur du GTIL), ce qui, selon le modèle économique, laissait prévoir une augmentation de 71 463 471 \$ du coût des ingrédients du fromage, et un accroissement des revenus des producteurs laitiers de 185 673 610 \$.

[75] Le REIR faisait aussi observer, à propos des producteurs laitiers, que le nouveau Règlement permettrait « de stabiliser la proportion de protéines dans le fromage fabriqué directement à partir de lait cru », ce qui engendrerait « pour les producteurs des recettes plus élevées que les autres débouchés pour les protéines du lait (par exemple la fabrication d’aliments du bétail) ».

[76] En ce qui concerne les transformateurs de produits laitiers, le REIR indiquait que l’impact sur les fromagers varierait selon la proportion de dérivés du lait dans la composition de leurs produits. Il notait aussi la possibilité de coûts ponctuels pour la modification des étiquettes, ainsi que de coûts liés à l’adaptation des infrastructures, à la reformulation, à l’innovation et à la compétitivité.

[77] La flexibilité accrue accordée à l’égard des fromages maigres ainsi que les éclaircissements apportés concernant l’usage de lait ultrafiltré contribueront, comme on l’a fait remarquer, à atténuer l’effet de l’augmentation des coûts pour certains transformateurs. La période de transition d’un an que prévoient les modifications allégera aussi les coûts à certains égards. En outre, le REIR fait observer qu’on pourrait récupérer une partie de ces coûts en les répercutant sur d’autres maillons de la chaîne de valeur des produits alimentaires. Le REIR cite aussi une estimation, communiquée par l’ATLC, des incidences du nouveau Règlement sur la vente directe de fromage aux détaillants, aux services d’alimentation et à l’industrie.

[78] La Cour note que les demanderesse ont fait référence à une décision définitive rendue par l’Organisation mondiale du commerce (l’OMC) en décembre 2002 [*Canada — Mesures visant l’importation de lait et l’exportation de produits laitiers*, Rapport de l’Organe d’appel, WT/DS103/AB/RW2], qui interdisait aux producteurs laitiers d’écouler leur excédent de lait sur les

ruling), and the Canadian International Trade Tribunal's decision in March 2005 [*Les Produits Laitiers Advidia Inc. v. Commissioner, CCRA* (2005), 9 T.T.R. (2d) 596], which had the effect of allowing certain milk products to be imported at a lower rate of duty (the CITT decision). While these decisions may have been in the minds of the dairy processors and the dairy producers alike, these decisions were not mentioned in the RIAS. This undermines the applicants' contention that the dominant purpose or intent of the new Regulations, including the impugned provisions, is to address these decisions.

[79] A clear distinction must be drawn between the direct effects of legislation and its "consequential or incidental effects". Unless the effect is immediate, deliberate, and direct, it does not speak to the intended purpose of the legislation. It is only when the effect of the legislation so directly impinges on some other subject-matter as to reflect some alternative or ulterior purpose that the effects themselves acquire analytical significance (Le Dain, Gerald. "Sir Lyman Duff and the Constitution" (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 261, at pages 298–301; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paragraph 44).

[80] On a fair reading of the regulatory scheme as a whole, as amended by the new Regulations, it cannot be said in the Court's opinion that the essential or dominant purpose of the impugned provisions is to effect an economic transfer from dairy processors to dairy producers. The RIAS does acknowledge that there are benefits and costs associated with the new Regulations—it is after all an impact analysis statement. However, to equate the economic analysis of costs and benefits in the RIAS with the dominant purpose of the new Regulations is to grossly distort the evidence and the legal character of the overall scheme of compositional standards for cheese.

[81] Another important aspect of the extrinsic evidence submitted by the applicants concerns the compliance

marchés d'exportation (la décision de l'OMC), ainsi qu'à une décision rendue par le Tribunal canadien du commerce extérieur en mars 2005 [*Les Produits Laitiers Advidia Inc. c. Commissaire de l'Agence des douanes et du revenu du Canada et Producteurs laitiers du Canada*, appel n° AP-2003-040], ayant eu pour effet de subordonner l'importation de certains produits laitiers au paiement de droits de douane moins élevés (la décision du TCCE). Les transformateurs comme les producteurs avaient peut-être à l'esprit ces décisions, mais il n'en est pas fait mention dans le REIR, ce qui affaiblit la thèse des demandesses selon laquelle l'objet ou le but dominant du nouveau Règlement, notamment des dispositions contestées, aurait été de leur donner suite.

[79] Il convient d'établir une distinction très nette entre les effets directs de dispositions législatives et leurs « effets indirects ou accessoires ». L'effet de dispositions législatives ne dit rien sur leur objet envisagé, à moins d'être immédiat, délibéré et direct. Ce n'est que lorsqu'une loi a des effets qui empiètent si directement sur un autre domaine qu'elle doit avoir un objet dissimulé que lesdits effets prennent eux-mêmes de l'importance aux fins de l'analyse : voir Le Dain, Gerald. « Sir Lyman Duff and the Constitution » (1974), 12 *Osgoode Hall L.J.* 261, aux pages 298 à 301; et *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, au paragraphe 44.

[80] Un examen impartial du dispositif réglementaire dans son ensemble, modifié par le nouveau Règlement, ne donne pas à penser, selon la Cour, que l'objet essentiel ou dominant des dispositions contestées soit d'opérer un transfert économique des transformateurs de produits laitiers vers les producteurs laitiers. Le REIR reconnaît, il est vrai, que le nouveau Règlement procure des avantages et entraîne des coûts, puisqu'il s'agit après tout d'une étude d'impact. Cependant, assimiler l'analyse économique des coûts et des avantages que propose le REIR à l'objet dominant du nouveau Règlement, équivaut à dénaturer grossièrement la preuve et le caractère juridique du dispositif d'ensemble réglant la composition des fromages.

[81] Un autre aspect important de la preuve extrinsèque produite par les demandesses concerne l'approche

approach and related formula developed by the CFIA, which would demonstrate that the impugned provisions are meaningless or impermissibly sub-delegate undue discretion to the CFIA.

[82] The efficacy of the impugned provisions is not a valid consideration in the pith and substance analysis the Court is called upon to make in assessing whether the new Regulations, including the impugned provisions, are laws in relation to interprovincial and international trade (*Ward*, above, at paragraphs 16 and 18). But more importantly, the CFIA's proposed compliance approach does not form part of the new Regulations. Today, no proposed action or decision taken by the CFIA is legally before this Court or part of the present judicial review application.

[83] Finally, considering both the law and the evidence on record, the Court dismisses all constitutional and administrative grounds of attack alternately raised by the applicants or subsidiary to the arguments already addressed by the Court.

V. CONCLUSION

[84] For the reasons mentioned above, the present judicial review application must fail.

[85] In summary, the Court has found that the main purpose of the revised compositional standards introduced by the new Regulations, including the impugned provisions, is to describe the basic requirements for cheese destined for interprovincial or international trade, so that cheese available to consumers has a consistent composition and characteristics. Indeed, sections B.08.033 and B.08.034 of the FDR, and sections 6 and 28 of the DPR, respectively, describe the essential characteristics of cheese and cheddar cheese (including aged cheddar cheese), as the case may be. Similar to other food compositional standards, those for cheese and cheddar cheese also include essential ingredients used in its manufacture, along with permitted additives.

fondée sur la conformité et la formule correspondante élaborée par l'ACIA, qui démontreraient que les dispositions contestées sont dénuées de sens et subdélèguent de manière illégitime un pouvoir discrétionnaire indu à cet organisme.

[82] L'efficacité des dispositions contestées n'est pas un facteur que la Cour peut valablement prendre en considération aux fins de l'analyse du caractère véritable qu'elle doit effectuer pour établir si le nouveau Règlement, notamment par les dispositions contestées, se rapporte au commerce interprovincial et international (*Ward*, précité, aux paragraphes 16 et 18). Chose plus importante encore, l'approche fondée sur la conformité proposée par l'ACIA ne fait pas partie du nouveau Règlement. Pour l'heure, la Cour n'est valablement saisie d'aucune mesure ou décision prise ou proposée par l'ACIA, et aucune telle mesure ou décision n'est en litige dans la présente demande de contrôle judiciaire.

[83] Enfin, vu le droit et la preuve au dossier, la Cour rejette tous les moyens de nature constitutionnelle ou administrative invoqués par les demanderesse subsidiairement ou accessoirement aux arguments qu'elle a déjà examinés.

V. CONCLUSION

[84] Pour les motifs susmentionnés, la présente demande de contrôle judiciaire doit être rejetée.

[85] En résumé, la Cour conclut que l'objet principal des normes révisées de composition mises en œuvre par le nouveau Règlement, notamment les dispositions contestées, est d'énoncer les conditions fondamentales que doivent remplir les fromages destinés au commerce interprovincial ou international, de manière que les fromages offerts aux consommateurs présentent une composition et des caractéristiques uniformes. En fait, les articles B.08.033 et B.08.034 du RAD et les articles 6 et 28 du RPL exposent respectivement les caractéristiques essentielles du fromage et du cheddar (y compris le cheddar vieilli), selon le cas. Comme les normes de composition des autres produits alimentaires, celles du fromage et du cheddar précisent les ingrédients essentiels qu'ils doivent comprendre ainsi que les additifs autorisés.

[86] Further, the Court has found that the new Regulations, including the impugned provisions, when assessed in their statutory context, are in pith and substance laws related to interprovincial and international trade, and as such, fall within the federal legislative authority over trade and commerce pursuant to subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867*.

[87] Finally, the Court has also found that the new Regulations, including the impugned provisions, which prescribe cheese compositional standards, fall squarely under the clear and explicit regulation-making authority bestowed on the Governor in Council by the Parent legislations, namely section 32 of the CAPA and section 30 [as enacted by S.C. 1993, c. 44, s. 158; 1994, c. 47, s. 117; 1999, c. 33, s. 347; 2004, c. 23, s. 2; 2005, c. 42, s. 2] of the FDA.

[88] In conclusion, the compositional standards for cheese and cheddar cheese (and aged cheddar cheese), as the case may be, including the casein and whey ratios prescribed by the impugned provisions, are in all respects constitutionally and legally valid inasmuch as they apply to cheese destined for interprovincial or international trade (including cheese imported in Canada).

[89] Accordingly, the present application shall be dismissed with costs in favour of the respondent.

JUDGMENT

THIS COURT ORDERS AND ADJUDGES that the application for judicial review made by the applicants be dismissed with costs in favour of the respondent.

Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870

B.08.033. (1) [S]. (Naming the variety) Cheese, other than cheddar cheese, cream cheese, whey cheese, cream cheese with (named added ingredients), cream cheese spread, cream cheese spread with (named added ingredients), processed (named

[86] En outre, la Cour conclut que les dispositions du nouveau Règlement, y compris les dispositions contestées, considérées dans leur contexte législatif, se rapportent de par leur caractère véritable au commerce interprovincial et international et relèvent en conséquence de la compétence législative sur les échanges et le commerce attribuée au fédéral par le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[87] Enfin, la Cour conclut que les dispositions du nouveau Règlement, y compris les dispositions contestées, qui énoncent les normes de composition des fromages, s'inscrivent tout à fait dans le champ du pouvoir de réglementation clairement et explicitement conféré au gouverneur en conseil par les lois-cadres, plus précisément par l'article 32 de la LPAC et l'article 30 [édicte par L.C. 1993, ch. 44, art. 158; 1994, ch. 47, art. 117; 1999, ch. 33, art. 347; 2004, ch. 23, art. 2; 2005, ch. 42, art. 2] de la LAD.

[88] En conclusion, les normes de composition du fromage et du cheddar (y compris le cheddar vieilli), selon le cas, notamment le ratio caséine/protéines et le ratio protéines de petit-lait/caséine que prévoient les dispositions contestées, sont à tous égards valables du point de vue constitutionnel et juridique en général, pour autant qu'elles s'appliquent au fromage destiné au commerce interprovincial ou international (y compris au fromage importé au Canada).

[89] En conséquence, la présente demande sera rejetée et les dépens seront adjugés au défendeur.

JUGEMENT

LA COUR STATUE que la demande de contrôle judiciaire formée par les demandresses est rejetée et que les dépens sont adjugés au défendeur.

Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870

B.08.033. (1) [N]. Le fromage (indication de la variété) autre que le fromage cheddar, le fromage à la crème, le fromage de petit-lait, le fromage à la crème (avec indication des ingrédients ajoutés), le fromage à la crème à tartiner, le fromage à la crème

variety) cheese, processed (named variety) cheese with (named added ingredients), processed cheese food, processed cheese food with (named added ingredients), processed cheese spread, processed cheese spread with (named added ingredients), cold-pack (named variety) cheese, cold-pack (named variety) cheese with (named added ingredients), cold-pack cheese food, cold-pack cheese food with (named added ingredients), cottage cheese and creamed cottage cheese,

(a) shall

...

(i.1) except for feta cheese, have a casein content that is derived from milk or from ultrafiltered milk, partly skimmed milk, ultrafiltered partly skimmed milk, skim milk, ultrafiltered skim milk or cream, rather than from other milk products, that is at least the following percentage of the total protein content of the cheese, namely,

(A) 63 per cent in the case of Pizza Mozzarella cheese and Part Skim Pizza Mozzarella cheese,

(B) 83 per cent, in the case of Brick cheese, Canadian Style Brick cheese, Canadian Style Munster cheese, Colby cheese, Farmer's cheese, Jack cheese, Monterey (Monterey Jack) cheese, Mozzarella (Scamorza) cheese, Part Skim Mozzarella (Part Skim Scamorza) cheese, Part Skim Pizza cheese, Pizza cheese, Skim milk cheese and any other variety of cheese not referred to in clause (A) or (C), and

(C) 95 per cent, in the case of any other variety of cheese named in the table to this section,

(i.2) have a whey protein to casein ratio that does not exceed the whey protein to casein ratio of milk,

...

(1.2) The reference to "83 per cent" in clause (1)(a)(i.1)(B) shall be read as "78 per cent", and the reference to "95 per cent" in clause (1)(a)(i.1)(C) shall be read as "90 per cent", with respect to the named variety of cheese if

(a) a statement or claim set out in column 4 of any of items 12 to 14, 16, 20, 21 and 45 of the table following section B.01.513 is shown on the label of the product as part of the common name; and

à tartiner (avec indication des ingrédients ajoutés), le fromage fondu (indication de la variété), le fromage fondu (indication de la variété) (avec indication des ingrédients ajoutés), une préparation de fromage fondu, une préparation de fromage fondu (avec indication des ingrédients ajoutés), le fromage fondu à tartiner, le fromage fondu à tartiner (avec indication des ingrédients ajoutés), le fromage conditionné à froid (indication de la variété) (avec indication des ingrédients ajoutés), le fromage conditionné à froid (indication de la variété) (avec indication des ingrédients ajoutés), une préparation de fromage conditionné à froid, une préparation de fromage conditionné à froid (avec indication des ingrédients ajoutés), le fromage cottage et le fromage cottage en crème,

a) doit

[...]

(i.1) sauf pour le fromage Féta, avoir une teneur en caséine dérivée du lait ou du lait ultrafiltré, du lait partiellement écrémé, du lait partiellement écrémé ultrafiltré, du lait écrémé, du lait écrémé ultrafiltré ou de la crème, plutôt que de tout autre produit du lait, au moins équivalente aux pourcentages ci-après de la teneur totale en protéines du fromage :

(A) 63 %, dans le cas du fromage Pizza mozzarella ou Pizza mozzarella partiellement écrémé,

(B) 83 %, dans le cas du fromage de lait écrémé, Brick, Brick canadien, Colby, Farmer's, Jack, Monterey (Monterey Jack), Mozzarella (Scamorza), Mozzarella partiellement écrémé (Scamorza partiellement écrémé), Munster canadien, Pizza partiellement écrémé ou Pizza et des autres variétés de fromage non mentionnées aux divisions (A) ou (C),

(C) 95 %, dans le cas des autres variétés de fromage visées au tableau du présent article,

(i.2) avoir un rapport protéines de petit-lait à la caséine qui ne dépasse pas celui du lait,

[...]

(1.2) La mention « 83 % » dans la division (1)(a)(i.1)(B) vaut mention de « 78 % » et la mention « 95 % » dans la division (1)(a)(i.1)(C) vaut mention de « 90 % », dans le cas des variétés de fromage visées, si les conditions suivantes sont réunies :

a) la mention ou l'allégation figurant à la colonne 4 de l'un des articles 12 à 14, 16, 20, 21 et 45 du tableau suivant l'article B.01.513 est indiquée sur l'étiquette du produit dans le nom usuel de celui-ci;

(b) the cheese has the characteristic flavour and texture of the named variety of cheese.

...

B.08.034. (1) [S]. Cheddar Cheese

(a) shall

(i) be the product that is made by coagulating milk, milk products or a combination of those things with the aid of bacteria to form a curd and subjecting the curd to the cheddar process or any process other than the cheddar process that produces a cheese having the same physical, chemical and organoleptic properties as those of cheese produced by the cheddar process,

(i.1) have a casein content that is derived from milk or from ultrafiltered milk, partly skimmed milk, ultrafiltered partly skimmed milk, skim milk, ultrafiltered skim milk or cream, rather than from other milk products, that is at least 83 per cent of the total protein content of the cheese,

(i.2) have a whey protein to casein ratio that does not exceed the whey protein to casein ratio of milk, and

...

(c) shall not be labelled or advertised as cheddar cheese that has been aged unless

(i) it is made solely with milk, ultrafiltered milk, partly skimmed milk, ultrafiltered partly skimmed milk, skim milk, ultrafiltered skim milk or cream or a combination of those things, and

...

(1.2) The reference to “83 per cent” in subparagraph (1)(a)(i.1) shall be read as “78 per cent” if

(a) a statement or claim set out in column 4 of any of items 12 to 14, 16, 20, 21 and 45 of the table following section B.01.513 is shown on the label of the product as part of the common name; and

(b) the cheese has the characteristic flavour and texture of cheddar cheese.

b) le fromage a la saveur et la texture caractéristiques de la variété de fromage visée.

[...]

B.08.034. (1) [N]. Le fromage cheddar

a) doit

(i) être le produit de la coagulation — à l’aide de bactéries — du lait, de produits du lait ou d’un mélange de ceux-ci, en vue de former un caillé soumis par la suite soit au procédé cheddar, soit à tout autre procédé qui donne du fromage possédant les mêmes propriétés physiques, chimiques et organoleptiques que le fromage produit par le procédé cheddar,

(i.1) avoir une teneur en caséine dérivée du lait ou du lait ultrafiltré, du lait partiellement écrémé, du lait partiellement écrémé ultrafiltré, du lait écrémé, du lait écrémé ultrafiltré ou de la crème, plutôt que de tout autre produit du lait, d’au moins 83 % de la teneur totale en protéines du fromage,

(i.2) avoir un rapport protéines de petit-lait à la caséine qui ne dépasse pas celui du lait,

[...]

c) ne peut être étiqueté et annoncé comme étant un fromage cheddar qui a été vieilli que s’il remplit les conditions suivantes :

(i) il est fait uniquement de lait, de lait ultrafiltré, de lait partiellement écrémé, de lait partiellement écrémé ultrafiltré, de lait écrémé, de lait écrémé ultrafiltré, de crème ou d’un mélange de ceux-ci,

[...]

(1.2) la mention « 83 % » au sous alinéa (1)a(i.1) vaut mention de « 78 % », si les conditions suivantes sont réunies :

a) la mention ou l’allégation figurant à la colonne 4 de l’un des articles 12 à 14, 16, 20, 21 et 45 du tableau suivant l’article B.01.513 est indiquée sur l’étiquette du produit dans le nom usuel de celui-ci;

b) le fromage a la saveur et la texture caractéristiques du fromage cheddar.

Dairy Products Regulations, SOR/79-840

6. (1) ...

(3) Cheddar cheese shall be the product made by coagulating milk, milk products or a combination thereof with the aid of bacteria to form a curd and subjecting the curd to the cheddar process or any process other than the cheddar process that produces a cheese having the same physical, chemical and organoleptic properties as those of cheese produced by the cheddar process, and

...

(c) shall have

(i) a casein content that is derived from milk or from ultrafiltered milk, partly skimmed milk, ultrafiltered partly skimmed milk, skim milk, ultrafiltered skim milk or cream, rather than from other milk products, that is at least 83 per cent of the total protein content of the cheese, and

(ii) a whey protein to casein ratio that does not exceed the whey protein to casein ratio of milk; and

(d) shall not be designated as cheddar cheese that has been aged unless

(i) it is made solely with milk, ultrafiltered milk, partly skimmed milk, ultrafiltered partly skimmed milk, skim milk, ultrafiltered skim milk or cream or a combination of those things, and

...

(5) The reference to “83 per cent” in subparagraph (3)(c)(i) shall be read as “78 per cent” if

(a) a statement or claim set out in column 4 of any of items 12 to 14, 16, 20, 21 and 45 of the table following section B.01.513 of the *Food and Drug Regulations* is shown on the label of the product as part of the common name; and

(b) the cheese has the characteristic flavour and texture of cheddar cheese.

...

Règlement sur les produits laitiers, DORS/79-840

6. (1) [...]

(3) Le fromage cheddar est le produit de la coagulation, à l'aide de bactéries, du lait, de produits du lait ou d'un mélange de ceux-ci, en vue de former un caillé qui est ensuite soumis au procédé cheddar ou à un autre procédé qui donne un fromage possédant les mêmes propriétés physiques, chimiques et organoleptiques que le fromage produit par le procédé cheddar, et :

[...]

c) doit avoir :

(i) une teneur en caséine dérivée du lait ou du lait ultrafiltré, du lait partiellement écrémé, du lait partiellement écrémé ultrafiltré, du lait écrémé, du lait écrémé ultrafiltré ou de la crème, plutôt que de tout autre produit du lait, d'au moins 83 % de la teneur totale en protéines du fromage,

(ii) un rapport protéines de lactosérum à la caséine qui ne dépasse pas celui du lait;

d) ne peut être désigné comme étant un fromage cheddar qui a été vieilli que s'il remplit les conditions suivantes :

(i) il est fait uniquement de lait, de lait ultrafiltré, de lait partiellement écrémé, de lait partiellement écrémé ultrafiltré, de lait écrémé, de lait écrémé ultrafiltré, de crème ou d'un mélange de ceux-ci,

[...]

(5) la mention « 83 % » au sous-alinéa (3)c)(i) vaut mention de « 78 % », si les conditions suivantes sont réunies :

a) la mention ou l'allégation figurant à la colonne 4 de l'un des articles 12 à 14, 16, 20, 21 et 45 du tableau suivant l'article B.01.513 du *Règlement sur les aliments et drogues* est indiquée sur l'étiquette du produit dans le nom usuel de celui-ci;

b) le fromage a la saveur et la texture caractéristiques du fromage cheddar.

[...]

28. (1) (Naming the variety) Cheese, other than cheddar cheese, cream cheese, whey cheese, cream cheese with (named added ingredients), cream cheese spread, cream cheese spread with (named added ingredients), processed (named variety) cheese, processed (named variety) cheese with (named added ingredients), processed cheese food, processed cheese food with (named added ingredients), processed cheese spread, processed cheese spread with (named added ingredients), cold-pack (named variety) cheese, cold-pack (named variety) cheese with (named added ingredients), cold-pack cheese food, cold-pack cheese food with (named added ingredients), cottage cheese and creamed cottage cheese,

(a) shall

...

(i.1) except for feta cheese, have a casein content that is derived from milk or from ultrafiltered milk, partly skimmed milk, ultrafiltered partly skimmed milk, skim milk, ultrafiltered skim milk or cream, rather than from other milk products, that is at least the following percentage of the total protein content of the cheese, namely,

(A) 63 per cent, in the case of Pizza Mozzarella cheese and Part Skim Pizza Mozzarella cheese,

(B) 83 per cent, in the case of Brick cheese, Canadian Style Brick cheese, Canadian Style Munster cheese, Colby cheese, Farmer's cheese, Jack cheese, Monterey (Monterey Jack) cheese, Mozzarella (Scamorza) cheese, Part Skim Mozzarella (Part Skim Scamorza) cheese, Part Skim Pizza cheese, Pizza cheese, Skim Milk cheese and any other variety of cheese not referred to in clause (A) or (C), and

(C) 95 per cent, in the case of any other variety of cheese named in the table to this section,

(i.2) have a whey protein to casein ratio that does not exceed the whey protein to casein ratio of milk,

...

(4) The reference to "83 per cent" in clause (1)(a)(i.1)(B) shall be read as "78 per cent", and the reference to "95 per cent" in clause (1)(a)(i.1)(C) shall be read as "90 per cent", with respect to the named variety of cheese if

28. (1) Le fromage (indication de la variété) autre que le fromage cheddar, le fromage à la crème, le fromage de lactosérum, le fromage à la crème (avec indication des ingrédients ajoutés) le fromage à la crème à tartiner, le fromage à la crème à tartiner (avec indication des ingrédients ajoutés), le fromage fondu (indication de la variété), le fromage fondu (indication de la variété) (avec indication des ingrédients ajoutés), une préparation de fromage fondu, une préparation de fromage fondu (avec indication des ingrédients ajoutés), le fromage fondu à tartiner, le fromage fondu à tartiner (avec indication des ingrédients ajoutés), le fromage conditionné à froid (indication de la variété), le fromage conditionné à froid (indication de la variété) (avec indication des ingrédients ajoutés), une préparation de fromage conditionné à froid, une préparation de fromage conditionné à froid (avec indication des ingrédients ajoutés), le fromage cottage et le fromage cottage en crème,

a) doivent

[...]

(i.1) sauf pour le fromage Feta, avoir une teneur en caséine dérivée du lait ou du lait ultrafiltré, du lait partiellement écrémé, du lait partiellement écrémé ultrafiltré, du lait écrémé, du lait écrémé ultrafiltré ou de la crème, plutôt que de tout autre produit du lait, au moins équivalente aux pourcentages ci-après de la teneur totale en protéines du fromage :

(A) 63 %, dans le cas du fromage Pizza mozzarella ou Pizza mozzarella partiellement écrémé,

(B) 83 %, dans le cas du fromage de lait écrémé, Brick, Brick canadien, Colby, Farmer's, Jack, Monterey (Monterey Jack), Mozzarella (Scamorza), Mozzarella partiellement écrémé (Scamorza partiellement écrémé), Munster canadien, Pizza partiellement écrémé ou Pizza et des autres variétés de fromage non mentionnées aux divisions (A) ou (C),

(C) 95 %, dans le cas des autres variétés de fromage visées au tableau du présent article,

(i.2) avoir un rapport protéines de lactosérum à la caséine qui ne dépasse pas celui du lait,

[...]

(4) La mention « 83 % » dans la division (1)a(i.1)(B) vaut mention de « 78 % » et la mention « 95 % » dans la division (1)a(i.1)(C) vaut mention de « 90 % », dans le cas des variétés de fromage visées, si les conditions suivantes sont réunies :

(a) a statement or claim set out in column 4 of any of items 12 to 14, 16, 20, 21 and 45 of the table following section B.01.513 of the *Food and Drug Regulations* is shown on the label of the product as part of the common name; and

(b) the cheese has the characteristic flavour and texture of the named variety of cheese.

a) la mention ou l'allégation figurant à la colonne 4 de l'un des articles 12 à 14, 16, 20, 21 et 45 du tableau suivant l'article B.01.513 du *Règlement sur les aliments et drogues* est indiquée sur l'étiquette du produit dans le nom usuel de celui-ci;

b) le fromage a la saveur et la texture caractéristiques de la variété de fromage visée.

T-2080-07
2009 FC 1077

T-2080-07
2009 CF 1077

Sanofi-Aventis Canada Inc. (*Applicant*)

Sanofi-Aventis Canada Inc. (*demanderesse*)

v.

c.

Hospira Healthcare Corporation and the Minister of Health (*Respondents*)

La Corporation de soins de la santé Hospira et le ministre de la Santé (*défendeurs*)

INDEXED AS: SANOFI-AVENTIS CANADA INC. v. HOSPIRA HEALTHCARE CORP.

RÉPERTORIÉ : SANOFI-AVENTIS CANADA INC. c. CORPORATION DE SOINS DE LA SANTÉ HOSPIRA

Federal Court, Zinn J.—Ottawa, September 21, 22, 23 and October 22, 2009.

Cour fédérale, juge Zinn—Ottawa, 21, 22, 23 septembre et 22 octobre 2009.

Patents — Infringement — Application pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6 for order prohibiting Minister from issuing notice of compliance to respondent with respect to docetaxel until after expiration of Canadian Patent No. 2102778 ('778 patent) — Respondent Hospira Healthcare Corporation's notice of allegation (NOA) alleging non-infringement, invalidity against '778 patent — Applicant disclaiming claims of '778 patent — Application proceeding until prior to hearing on disclaimed claims — Respondent submitting that patent should be considered as it read on date NOA served, relying on three Federal Court decisions — Issue whether justification of allegations determined with reference to '778 patent claims as they read when NOA served or as they read at date of hearing — Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare), [1998] 2 S.C.R. 193, binding — Supreme Court finding therein date of hearing relevant date for assessing justification for NOA, allegations of non-infringement to be determined as of that date — Accordingly, decisions relied on by respondent wrongly decided, not followed — However, respondent not estopped from arguing disclaimer invalid — Disclaimer not meeting requirements of the Patent Act, s. 48(6) — Disclaimer therefore invalid — Application dismissed.

Brevets — Contrefaçon — Demande présentée en vertu de l'art. 6 du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à la défenderesse à l'égard du docetaxel avant l'expiration du brevet canadien n° 2102778 (le brevet '778) — Dans son avis d'allégation, la défenderesse Corporation de soins de la santé Hospira alléguait la non-contrefaçon et l'invalidité du brevet '778 — La demanderesse a renoncé aux revendications du brevet '778 — La demande a suivi son cours jusqu'avant l'audience sur les revendications après renonciation — La défenderesse affirmait que le brevet devait être examiné selon son libellé au moment de la signification de l'avis d'allégation et invoquait trois décisions de la Cour fédérale — La question en litige était celle de savoir si le bien-fondé des allégations devait être décidé en tenant compte du libellé des revendications du brevet '778 à la date de la signification de l'avis d'allégation ou de leur libellé à la date de l'audience — L'arrêt Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), [1998] 2 R.C.S. 193, liait la Cour — Dans cet arrêt, la Cour suprême a conclu que la date pertinente pour évaluer si un avis d'allégation est fondé est la date de l'audience et qu'il fallait qu'elle détermine si l'allégation de non-contrefaçon était fondée à cette date — En conséquence, les décisions invoquées par la défenderesse étaient erronées et elles n'ont pas été suivies — Cependant, la défenderesse n'était pas empêchée par préclusion d'alléguer l'invalidité de la renonciation — La renonciation ne respectait pas les conditions de l'art. 48(6) de la Loi sur les brevets — La renonciation n'était donc pas valide — Demande rejetée.

This was an application brought under section 6 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (NOC Regulations) for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance (NOC) to the respondent with respect

Il s'agissait d'une demande présentée en vertu de l'article 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement AC) en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à la défenderesse

to docetaxel until after the expiration of Canadian Patent No. 2102778 (the '778 patent).

The applicant distributes and sells docetaxel, a drug used to treat various forms of cancer. The respondent Hospira Healthcare Corporation, a generic drug company, filed with the Minister a new drug submission for docetaxel. In its notice of allegation (NOA), it alleged non-infringement and invalidity against the applicant's '778 patent. Prior to filing for the order prohibiting the issuance of an NOC, the applicant disclaimed the claims of the '778 patent. The application then proceeded until just prior to hearing on the claims of the '778 patent as disclaimed. However, the respondent, relying on *Bristol-Myers Squibb Canada Co. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 137; *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)*, 2009 FC 648; and *Janssen-Ortho Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 650, submitted that the patent should be considered as it read on the date the NOA was served.

The principal issue was whether the justification of the respondent's allegations should be determined with reference to the '778 patent claims as they read when it served its NOA, or as they read at the date of the hearing after the disclaimer was filed. It also had to be determined whether the respondent was estopped from arguing the validity of the disclaimer, and whether the disclaimer was valid.

Held, the application should be dismissed.

The Supreme Court of Canada's decision in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193, was binding. In that decision, the Court found that the relevant date for assessing the justification for an NOA is the date of hearing, and then observed that it had to determine allegations of non-infringement as of that date. That is the issue that must always be decided in an NOC proceeding, whether or not a disclaimer has been filed. There was no persuasive argument to say that a determination of the justification of the allegations should be made on different dates depending on whether the allegations relate to invalidity or to infringement. As to subsections 5(3) and 5(4) of the NOC Regulations, they were amended to prevent a generic drug company from serving an NOA before filing its new drug submission, and thereafter to freeze the patent register. Those amendments were not made in response to *Merck*, nor do they have any impact on the finding in that decision. Subsection 5(4) deals with events subsequent to the NOA and is relevant only if the date at which one determines the justification of the allegations is the date of hearing. Accordingly, the decisions relied on by the respondent were wrongly decided and were not to be followed.

à l'égard du docetaxel avant l'expiration du brevet canadien n° 2102778 (le brevet '778).

La demanderesse distribue et vend du docetaxel, un médicament utilisé pour traiter divers types de cancer. La défenderesse la Corporation de soins de la santé Hospira, un fabricant de médicaments génériques, avait déposé auprès du ministre une présentation de drogue nouvelle visant le docetaxel. Dans son avis d'allégation, elle a allégué la non-contrefaçon et l'invalidité du brevet '778 de la demanderesse. Avant le dépôt de la demande sollicitant une ordonnance interdisant la délivrance d'un avis de conformité, la demanderesse a renoncé aux revendications du brevet '778. La demande a alors suivi son cours jusqu'à l'audience sur les revendications du brevet '778 après renonciation. Cependant, la défenderesse, invoquant les arrêts *Bristol-Myers Squibb Canada Co. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 137; *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2009 CF 648; et *Janssen-Ortho Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 650, a affirmé que le brevet devait être examiné selon son libellé au moment de la signification de l'avis d'allégation.

La principale question en litige était celle de savoir si le bien-fondé des allégations de la défenderesse devait être décidé en tenant compte du libellé des revendications du brevet '778 à la date de la signification de l'avis d'allégation ou de leur libellé à la date de l'audience, laquelle a été tenue après le dépôt de la renonciation. La Cour devait aussi trancher la question de savoir si la défenderesse était empêchée par préclusion d'alléguer l'invalidité de la renonciation et si cette dernière était valide.

Jugement : la demande doit être rejetée.

La décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193, liait la Cour. Dans cette décision, la Cour suprême a conclu que la date pertinente pour évaluer si un avis d'allégation est fondé est la date de l'audience, et elle a ensuite indiqué qu'il fallait qu'elle détermine si l'allégation de non-contrefaçon était fondée à cette date. Il s'agit de la question que la Cour doit toujours trancher dans les instances relatives aux avis de conformité, peu importe qu'une renonciation ait été déposée ou non. Il n'y avait aucun argument justifiant une conclusion selon laquelle le bien-fondé des allégations doit être décidé suivant des dates différentes selon que l'allégation porte sur l'invalidité ou sur la contrefaçon. Pour ce qui est des paragraphes 5(3) et 5(4) du Règlement AC, ils ont été modifiés pour empêcher qu'un fabricant de médicaments génériques signifie un avis d'allégation avant qu'il dépose sa présentation de drogue nouvelle et gèle le registre des brevets par la suite. Ces modifications n'ont pas été apportées en réponse à l'arrêt *Merck*, et elles n'ont aucun effet sur la conclusion de cet arrêt. Le paragraphe 5(4) traite de faits postérieurs à l'avis d'allégation et il n'est pertinent que si la date quant à l'évaluation du bien-fondé des allégations est

The respondent's concern that focussing on the patent as it reads at the date of hearing will lead innovator companies to use disclaimers as a tactical defence to NOC applications overlooks the fact that this is an improper use of a disclaimer, and subsection 48(1) of the *Patent Act*, which forbids the "wilful intent to defraud or mislead the public" on the part of the person filing the disclaimer. Using the disclaimer provisions to defeat a generic from entering the market could be a wilful defrauding of the public. The *Patent Act* specifically permits the filing of disclaimers by patentees, provided that the requirements of section 48 are met. The proper use of disclaimers therefore does not create unfairness. Having filed a disclaimer the patentee cannot also rely on the patent as it read before the disclaimer. The patentee admits that the patent was overbroad, and this admission is not affected by a subsequent finding that the disclaimer was invalid.

The respondent was not estopped from arguing that the applicant's disclaimer was invalid, which it was because it did not meet the requirements of section 48(6). The applicant failed to prove on a balance of probabilities that through mistake, accident or inadvertence its patent as filed was overly broad. The application was therefore dismissed.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 27(3) (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 192), (4) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31), 28.2(1) (as enacted *idem*, s. 33), 43 (as am. *idem*, s. 42), 48 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 17; S.C. 1993, c. 15, s. 44), 55.2(4) (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5(1) (as am. by SOR/2006-242, s. 2; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)), (2) (as am. by SOR/2006-242, s. 2), (3) (as am. *idem*), (4) (as am. *idem*), 6 (as am. by SOR/98-166, s. 5; 2006-242, s. 3; 2008-211, s. 3), 8 (as am. by SOR/98-166, ss. 7, 8; 2006-242, s. 5).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention), October 5, 1973.

la date d'audience. En conséquence, les décisions invoquées par la défenderesse étaient erronées et n'ont pas été suivies.

Les préoccupations de la défenderesse selon lesquelles le fait de mettre l'accent sur le brevet selon son libellé à la date de l'audience fera en sorte que les entreprises innovatrices utiliseront les renoncations comme tactique de défense envers les demandes d'avis de conformité fait abstraction du fait qu'il n'est pas approprié d'utiliser une renonciation d'une telle façon, et du paragraphe 48(1) de la *Loi sur les brevets*, qui dispose que la personne doit déposer la renonciation « sans intention de frauder ou de tromper le public ». Le fait d'utiliser les dispositions relatives à la renonciation afin d'empêcher un fabricant de médicaments génériques d'entrer sur le marché aurait pour objet de frauder le public. La *Loi sur les brevets* permet expressément que des renoncations soient déposées par un titulaire de brevet si les exigences prévues à l'article 48 de cette loi sont respectées. L'utilisation adéquate d'une revendication ne crée pas d'iniquité. Le titulaire de brevet ayant déposé une renonciation ne peut pas également se fonder sur le brevet tel qu'il était libellé avant la renonciation. Le titulaire de brevet admet que le brevet avait une portée excessive et cette admission reste en vigueur malgré une conclusion ultérieure selon laquelle la renonciation n'était pas valide.

La défenderesse n'était pas empêchée par préclusion de soutenir que la renonciation de la demanderesse était invalide, ce qui était le cas parce qu'elle ne respectait pas les conditions du paragraphe 48(6). La demanderesse n'a pas établi selon la prépondérance de la preuve qu'elle avait donné par erreur, accident ou inadvertance trop d'étendue au brevet tel qu'il a été déposé. La demande a donc été rejetée.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 27(3) (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 192), (4) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31), 28.2 (1) (édicte, *idem*, art. 33), 43 (mod., *idem*, art. 42), 48 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 17; L.C. 1993, ch. 15, art. 44), 55.2(4) (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4).
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(1) (mod. par DORS/2006-242, art. 2; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1874(A)), (2) (mod. par DORS/2006-242, art. 2), (3) (mod., *idem*), (4) (mod., *idem*), 6 (mod. par DORS/98-166, art. 5; 2006-242, art. 3; 2008-211, art. 3), 8 (mod. par DORS/98-166, art. 7, 8; 2006-242, art. 5).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen), 5 octobre 1973.

Patent Cooperation Treaty, June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22.

Traité de coopération en matière de brevets, 19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22.

CASES CITED

FOLLOWED:

Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare), [1998] 2 S.C.R. 193, (1998), 161 D.L.R. (4th) 47, 80 C.P.R. (3d) 368, revg (1996), 67 C.P.R. (3d) 455, 197 N.R. 294 (F.C.A.), affg (1995), 65 C.P.R. (3d) 483, 106 F.T.R. 294 (F.C.T.D.).

NOT FOLLOWED:

Bristol-Myers Squibb Canada Co. v. Apotex Inc., 2009 FC 137, 74 C.P.R. (4th) 85, 342 F.T.R. 161; *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)*, 2009 FC 648, 77 C.P.R. (4th) 201, 347 F.T.R. 159; *Janssen-Ortho Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 650, 77 C.P.R. (4th) 385, 353 F.T.R. 246, affd 2009 FC 783, 81 C.P.R. (4th) 66, affd 2009 FCA 250, 76 C.P.R. (4th) 165, 392 N.R. 308.

APPLIED:

Ryan v. Moore, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53, 247 Nfld. & P.E.I.R. 286, 254 D.L.R. (4th) 1; *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3, [1993] 2 C.T.C. 213, (1993), 93 D.T.C. 5357 (C.A.); *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024, 194 D.L.R. (4th) 232, 9 C.P.R. (4th) 168; *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265, 298 D.L.R. (4th) 385, 69 C.P.R. (4th) 251.

CONSIDERED:

Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (1997), 74 C.P.R. (3d) 131, 132 F.T.R. 60 (F.C.T.D.); *Can. Celanese Ltd. v. B.V.D. Co.*, [1939] 2 D.L.R. 289, (1939), 56 R.P.C. 122, [1939] 1 All E.R. 140 (P.C.), affg *sub nom. B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] S.C.R. 441, [1937] 2 D.L.R. 449; *B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] S.C.R. 221, [1937] 2 D.L.R. 481; *G.D. Searle & Co. v. Merck & Co. Inc.*, 2002 FCT 540, 20 C.P.R. (4th) 103, 219 F.T.R. 64; *Glaxo Group Ltd. v. Canada (Minister of National Health & Welfare)* (1995), 64 C.P.R. (3d) 65, 103 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) v. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84 (C.A.); *HersHKovitz v. Tyco Safety Products Canada Ltd.*, 2009 FC 256, 73 C.P.R. (4th) 331, 341 F.T.R. 228; *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.); *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; *Shire*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION SUIVIE :

Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), [1998] 2 R.C.S. 193, infirmant [1996] A.C.F. n° 595 (C.A.) (QL), confirmant [1995] A.C.F. n° 1720 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISION NON SUIVIE :

Bristol-Myers Squibb Canada Co. c. Apotex Inc., 2009 CF 137; *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2009 CF 648; *Janssen-Ortho Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 650, conf. par 2009 CF 783, conf. par 2009 CAF 250.

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Ryan c. Moore, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Canderel Ltée c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3 (C.A.); *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024; *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), [1997] A.C.F. n° 709 (1^{re} inst.) (QL); *Can. Celanese Ltd. v. B.V.D. Co.*, [1939] 2 D.L.R. 289, (1939), 56 R.P.C. 122, [1939] 1 All E.R. 140 (C.P.), confirmant *sub nom. B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] R.C.S. 441, [1937] 2 D.L.R. 449; *B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] R.C.S. 221, [1937] 2 D.L.R. 481; *G.D. Searle & Co. c. Merck & Co. Inc.*, 2002 CFPI 540; *Glaxo Group Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. n° 1430 (1^{re} inst.) (QL); *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) v. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84 (C.A.); *HersHKovitz c. Tyco Safety Products Canada Ltd.*, 2009 CF 256; *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.); *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; *Shire Biochem Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2008 CF 538.

Biochem Inc. v. Canada (Minister of Health), 2008 FC 538, 67 C.P.R. (4th) 94, 328 F.T.R. 123.

REFERRED TO:

Gillette Safety Razor Co. v. Anglo American Trading Co. (1913), 30 R.P.C. 465 (H.L.); *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, (1998), 161 D.L.R. (4th) 1, 80 C.P.R. (3d) 321; *Richards Packaging Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 11, 59 C.P.R. (4th) 84, 305 F.T.R. 99, affd 2008 FCA 4, 66 C.P.R. (4th) 1, 371 N.R. 377; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067, 194 D.L.R. (4th) 193, 9 C.P.R. (4th) 129; *Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 320, 75 C.P.R. (4th) 165, 346 F.T.R. 78; *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2004 FCA 393, [2005] 2 F.C.R. 269, 248 D.L.R. (4th) 674, 37 C.P.R. (4th) 289, leave to appeal to S.C.C. refused [2005] 1 S.C.R. x; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2008 FC 11, [2008] 4 F.C.R. 189, 69 C.P.R. (4th) 191, 322 F.T.R. 86.

AUTHORS CITED

Guéritte-Voegelein, Françoise *et al.*, “Relationship between the Structure of Taxol Analogues and Their Antimitotic Activity” (1991), 34 *J. Med. Chem.* 992.
Tarr, B.D. *et al.*, “A New Parenteral Vehicle for the Administration of Some Poorly Water Soluble Anti-Cancer Drugs” (1987), 41 *J. Parenter. Sci. Technol.* 31.

APPLICATION under section 6 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the respondent with respect to docetaxel until after the expiration of Canadian Patent No. 2102778. Application dismissed.

APPEARANCES

Anthony G. Creber and *James E. Mills* for applicant.

Warren N. Sprigings and *George S. Murti* for respondent Hospira Healthcare Corporation.

SOLICITORS OF RECORD

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for applicant.

DÉCISIONS CITÉES :

Gillette Safety Razor Co. v. Anglo American Trading Co. (1913), 30 R.P.C. 465 (H.L.); *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; *Richards Packaging Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 11, conf. par 2008 CAF 4; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067; *Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 320; *Cie pharmaceutique Procter & Gamble Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CAF 393, [2005] 2 R.C.F. 269, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2005] 1 R.C.S. x.; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2008 CF 11, [2008] 4 R.C.F. 189.

DOCTRINE CITÉE

Guéritte-Voegelein, Françoise *et al.*, « Relationship between the Structure of Taxol Analogues and Their Antimitotic Activity » (1991), 34 *J. Med. Chem.* 992.
Tarr, B.D. *et al.*, « A New Parenteral Vehicle for the Administration of Some Poorly Water Soluble Anti-Cancer Drugs » (1987), 41 *J. Parenter. Sci. Technol.* 31.

DEMANDE présentée en vertu de l'article 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à la défenderesse à l'égard du docetaxel avant l'expiration du brevet canadien n° 2102778. Demande rejetée.

ONT COMPARU

Anthony G. Creber et *James E. Mills* pour la demanderesse.

Warren N. Sprigings et *George S. Murti* pour la défenderesse Corporation de soins de la santé Hospira.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour la demanderesse.

Sprigings Intellectual Property Law, Toronto, for respondent Hospira Healthcare Corporation.

Sprigings Intellectual Property Law, Toronto, pour la défenderesse Corporation de soins de la santé Hospira.

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] ZINN J.: This is an application brought by Sanofi-Aventis Canada Inc. (Sanofi Canada) under section 6 [as am. by SOR/98-166, s. 5; 2006-242, s. 3; 2008-211, s. 3] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, as amended (NOC Regulations) for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance (NOC) to Hospira Healthcare Corporation (Hospira) until after the expiration of Canadian Patent No. 2102778 (the '778 patent).

[1] LE JUGE ZINN : Il s'agit d'une demande présentée par Sanofi-Aventis Canada Inc. (Sanofi Canada) en vertu de l'article 6 [mod. par DORS/98-166, art. 5; 2006-242, art. 3; 2008-211, art. 3] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, tel qu'il a été modifié (le Règlement AC), afin que la Cour rende une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité (ci-après l'avis de conformité, l'AC ou l'ADC) à la Corporation de soins de la santé Hospira (Hospira), avant l'expiration du brevet canadien n° 2102778 (le brevet '778).

[2] In its notice of allegation (NOA) dated October 15, 2007, Hospira alleged non-infringement and invalidity against the '778 patent, and two other patents marketed by Sanofi Canada: Canadian Patent No. 2102777 (the '777 patent) and Canadian Patent No. 2150576 (the '576 patent). Hospira accepted that its notice of compliance would not issue until after the expiration of a fourth patent marketed by Sanofi Canada, Canadian Patent No. 1278304, which expired December 27, 2007. The alleged non-infringement and invalidity of the '777 patent and '576 patent are not at issue between the parties since Sanofi Canada subsequently limited its notice of application to the '778 patent.

[2] Dans son avis d'allégation daté du 15 octobre 2007, Hospira a allégué la non-contrefaçon et l'invalidité du brevet '778 et de deux autres brevets commercialisés par Sanofi Canada, soit les brevets canadiens n°s 2102777 et 2150576 (respectivement, le brevet '777 et le brevet '576). Hospira a accepté que son avis de conformité ne soit pas délivré avant l'expiration d'un quatrième brevet commercialisé par Sanofi Canada, soit le brevet canadien n° 1278304, qui a expiré le 27 décembre 2007. Les allégations de non-contrefaçon et d'invalidité à l'égard du brevet '777 et du brevet '576 ne sont pas en litige entre les parties parce que Sanofi Canada a par la suite limité son avis de demande au brevet '778.

[3] On November 28, 2007, the patentee filed a notice of disclaimer disclaiming parts of claims 1 to 8 of the '778 patent. On the next day, Sanofi Canada commenced this proceeding. Claim 8, as disclaimed, is the only claim of the '778 patent at issue in these proceedings. Where relevant, I will refer to the patent and claims 1 and 8 after the disclaimer as the disclaimed '778 patent, disclaimed claim 1 and disclaimed claim 8.

[3] Le 28 novembre 2007, le titulaire de brevet a déposé un avis de renonciation, dans lequel il renonçait en partie aux revendications 1 à 8 du brevet '778. Le jour suivant, Sanofi Canada a instruit la présente affaire. La seule revendication en litige en l'espèce est la revendication 8 ayant fait l'objet d'une renonciation. Lorsqu'il sera opportun de le faire, j'emploierai ci-après « brevet '778 après renonciation », « revendication 8 après renonciation » et « revendication 1 après renonciation » pour désigner le brevet '778 et les revendications 1 et 8 ayant fait l'objet de renonciation.

[4] For the reasons that follow the application is dismissed.

[4] Pour les motifs qui suivent, la demande sera rejetée.

THE PARTIES

[5] The applicant, Sanofi Canada, distributes and sells pharmaceutical products. One such product, the drug at issue, is docetaxel which it markets in Canada under the brand name Taxotere. Sanofi Canada is known as the “first person” under the NOC Regulations.

[6] The respondent Hospira is a generic drug company, known as the “second person” under the NOC Regulations. Hospira has filed with the Minister a new drug submission (NDS) for docetaxel for injection comprising docetaxel, in a strength of 10 mg/mL, in 2 mL, 8 mL and 16 mL vials (the Hospira Product). Under the NOC Regulations Hospira was obliged to provide an NOA to Sanofi Canada, which had the patents mentioned above listed on the patent register in respect of docetaxel.

[7] The Minister, following receipt of a drug submission and after following the required procedures has the responsibility to issue an NOC to permit the sale and distribution of certain drugs in Canada. The Minister was not represented in these proceedings although she was served with the necessary documents.

THE DRUG

[8] Docetaxel is a drug used to treat various forms of cancer. Sanofi Canada supplies it in a concentrated solution under the trade name Taxotere, which then must be diluted to form an infusion prior to its injection into the body. Docetaxel is synthetically derived from paclitaxel. Both docetaxel and paclitaxel are members of the taxane class of chemotherapy drugs derived from the European yew tree (*Taxus baccata*).

[9] In an ideal world, medical researchers would discover compounds that are non-toxic, highly soluble and physically stable in aqueous solutions. If drugs are toxic then their harmful side effects may outweigh their pharmacological benefits. If drugs have low solubility in water (of which humans are composed) then other solvents must be used to dissolve the compounds, and various

LES PARTIES

[5] La demanderesse, Sanofi Canada, distribue et vend des produits pharmaceutiques. Un de ces produits, le médicament en cause, est le docetaxel, qui est commercialisé au Canada sous le nom commercial Taxotere. Sanofi Canada est la « première personne » au titre du Règlement AC.

[6] La défenderesse Hospira, un fabricant de médicaments génériques, est la « seconde personne » au titre du Règlement AC. Elle a déposé une présentation de drogue nouvelle visant le docetaxel administré par injection en concentration de 10 mg/ml dans des ampoules de 2 ml, 8 ml et 16 ml (le produit de Hospira). En application du Règlement AC, Hospira a dû signifier un avis d'allégation à Sanofi Canada, qui avait fait inscrire les brevets mentionnés ci-dessus concernant le docetaxel au registre des brevets.

[7] Le ministre, après avoir reçu une présentation de drogue et avoir suivi la procédure nécessaire, a la responsabilité de délivrer un avis de conformité permettant la vente et la distribution de certaines drogues au Canada. Le ministre n'était pas représenté en l'espèce bien qu'il ait reçu signification des documents nécessaires.

LE MÉDICAMENT

[8] Le docetaxel est un médicament utilisé pour traiter divers types de cancer. Sanofi Canada le distribue sous forme de solution concentrée vendue sous le nom commercial Taxotere; cette solution doit être diluée pour la préparation d'une perfusion avant d'être injectée dans le corps. Le docetaxel est un dérivé synthétique du paclitaxel. Ces deux médicaments appartiennent à la classe des taxanes, des agents chimiothérapeutiques dérivés de l'if européen (*Taxus baccata*).

[9] Dans un monde idéal, les chercheurs médicaux découvriraient des composés non toxiques qui sont très solubles et physiquement stables en solution aqueuse. Lorsque des médicaments sont toxiques, leurs effets secondaires nocifs peuvent l'emporter sur leurs avantages pharmacologiques. Si des médicaments sont peu solubles dans l'eau (substance dont les humains sont composés),

techniques must be employed to ensure continued solubility when the compound is prepared in a water-based infusion for the administration into the human body. Quite frequently these solvents are themselves toxic. Further, low solubility can result in only solutions with a small amount of active drug being able to be made, which can diminish their effectiveness. If drugs are not physically stable, then when they are introduced into the human body, they can quickly precipitate out of their solution (i.e. form solid clumps) and either not be transferred to the place in the body where they need to work, or have their chemical structure changed in such a manner as to render them less than useful or useless at treating the ailment for which they were designed. The world is not ideal. Pharmaceutical companies must address all these issues in bringing their novel compounds from the scientist's bench to the pharmacist's shelf.

[10] While taxanes are known to have significant effects on malignant tumours, they are difficult to formulate because of their poor water solubility. Docetaxel and paclitaxel are no different. This poses problems as described above. The invention in question protected by the '778 patent does not relate to the specific structure of either docetaxel or paclitaxel. Rather, the invention relates to how these drugs can be formulated with other ingredients so as to permit their administration into the human body in an effective form.

[11] Prior to Sanofi Canada's invention, the prior art taught the following formulation: a stock solution was prepared by mixing docetaxel with equal parts of ethanol and Cremophor® EL (Cremophor). This solution was then mixed with an infusion fluid such as saline or dextrose. Ethanol is a common solvent used in drug formulation. Cremophor is a surfactant. Surfactants, in effect, cling to the surface of other molecules thereby altering their chemical behaviour. One important way that surfactants can alter a molecule's behaviour is by increasing solubility without altering other attributes. It was precisely this modification, increased solubility, that the surfactant Cremophor brought to the solution that made it an essential component.

d'autres solvants doivent alors être utilisés pour dissoudre les composés, et diverses techniques doivent être employées pour s'assurer que le composé demeure soluble pendant la préparation de la perfusion à base d'eau qui doit être injectée dans le corps humain. Assez souvent, ces solvants sont eux-mêmes toxiques. De plus, si le médicament actif est peu soluble, les solutions préparées ne pourront en contenir qu'une petite quantité, ce qui peut réduire leur efficacité. Si les médicaments ne sont pas physiquement stables, ils peuvent rapidement précipiter hors de la solution (c.-à-d. former des amas solides) lorsqu'ils sont introduits dans le corps humain et peuvent souvent ne pas être transférés là où ils doivent agir ou encore leur structure chimique peut être modifiée de telle sorte qu'ils seront moins utiles ou ne permettront pas de traiter la maladie pour laquelle ils ont été conçus. Nous ne vivons pas dans un monde idéal. Les entreprises pharmaceutiques doivent donc régler tous ces problèmes avant que leurs nouveaux composés ne quittent le laboratoire pour se retrouver à la pharmacie.

[10] On sait que les taxanes ont des effets importants sur les tumeurs malignes, mais elles sont difficiles à formuler à cause de leur piètre solubilité dans l'eau. Il en va de même pour le docetaxel et le paclitaxel. D'où les problèmes décrits ci-dessus. L'invention en question, protégée par le brevet '778, n'a pas trait à la structure particulière du docetaxel ni à celle du paclitaxel. L'invention concerne plutôt la façon dont ces médicaments peuvent être mélangés avec d'autres ingrédients pour pouvoir être administrés dans le corps humain sous une forme efficace.

[11] Avant l'invention de Sanofi Canada, la formulation proposée dans les réalisations antérieures était la suivante : une solution mère était préparée en mélangeant du docetaxel avec des parties égales d'éthanol et de Cremophor^{MD} EL (crémophore). Cette solution était ensuite mélangée avec un liquide de perfusion tel qu'une solution saline ou du dextrose. L'éthanol est un solvant couramment utilisé dans la formulation de médicaments. Le crémophore est un surfactant. Les surfactants adhèrent à la surface d'autres molécules, ce qui altère leur comportement chimique. Les surfactants peuvent modifier de façon importante le comportement d'une molécule en augmentant sa solubilité sans en changer les autres attributs. C'était précisément cette modification, c.-à-d. l'augmentation de la solubilité

[12] The problems with this formulation were twofold. Firstly, both ethanol and Cremophor have side effects. Ethanol results in intoxication. Cremophor can result in anaphylactic shock. Secondly, in order to achieve a formulation that is both physically and chemically stable it was necessary to limit the docetaxel concentration to 0.03–0.6 mg/mL. To be clinically useful, docetaxel concentrations ranging from 0.3–1 mg/mL are needed. As a result, the prior art formulation would require large volumes of solution being injected into a patient to administer the desired quantity of the active ingredient, thus increasing the likelihood of the patient becoming intoxicated from the ethanol or experiencing anaphylactic shock caused by the Cremophor.

[13] The Sanofi Canada invention lessened these problems. Sanofi Canada discovered that Cremophor could be replaced with polysorbate 80, an alternative surfactant. With this alteration, Sanofi Canada removed Cremophor from the stock solution, the source of possible anaphylactic shock. Further, it found that with this modification the previously required amount of ethanol could also be reduced and that the concentration of the active ingredient docetaxel could be increased. The Sanofi Canada stock product consists of docetaxel as the active ingredient, mixed with ethanol and polysorbate 80.

[14] The Hospira stock solution consists of docetaxel as the active ingredient, mixed with ethanol, polysorbate 80 and two other ingredients: Ingredient A and ingredient B. It is unknown or unclear what value ingredient A adds to the formulation. However, much but not all of the polysorbate 80 is replaced with ingredient B, another surfactant, and this permits the concentration of docetaxel to be increased. The Hospira Product permits the stock solution to have docetaxel in a strength of 10 mg/mL whereas the Sanofi Canada product has a strength of 1 mg/mL. Like the Sanofi Canada product, the Hospira Product must be added to an infusion solution prior to injection into the human body.

apportée par le crémophore, qui a fait de ce surfactant un élément essentiel.

[12] Cette formulation présentait deux problèmes. Tout d'abord, tant l'éthanol que le crémophore comportaient des effets secondaires. L'éthanol entraîne une intoxication alors que le crémophore peut provoquer un choc anaphylactique. Ensuite, pour obtenir une formulation qui est stable tant sur le plan physique que chimique, il était nécessaire de limiter la concentration de docetaxel à 0,03 à 0,6 mg/ml. Pour être utiles en clinique, les concentrations de docetaxel doivent varier entre 0,3 et 1 mg/ml. Par conséquent, la formulation dans les réalisations antérieures nécessiterait l'injection de forts volumes de la solution chez un patient pour que la quantité souhaitée de principe actif soit administrée, ce qui accroîtrait le risque d'intoxication par l'éthanol chez le patient ou de choc anaphylactique dû au crémophore.

[13] L'invention de Sanofi Canada est venue atténuer ces problèmes. L'entreprise a découvert que le crémophore pouvait être remplacé par le polysorbate 80, un autre surfactant. Grâce à ce changement, elle a pu retirer de la solution mère la source de risque de choc anaphylactique. En outre, Sanofi Canada a constaté que cette modification permettait de réduire également la quantité d'éthanol auparavant requise et d'accroître la concentration du principe actif, le docetaxel. La solution mère de Sanofi Canada contient donc comme ingrédient actif du docetaxel, mélangé à de l'éthanol et à du polysorbate 80.

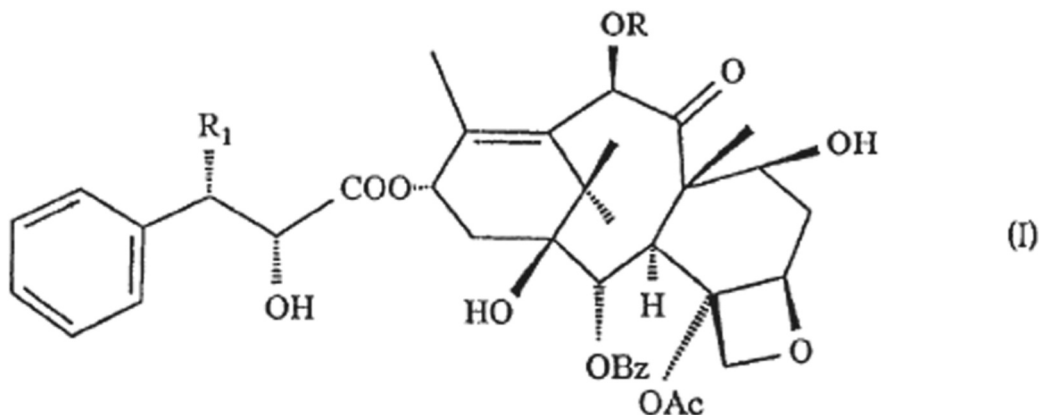
[14] La solution mère de Hospira consiste en du docetaxel, l'ingrédient actif, mélangé avec de l'éthanol, du polysorbate 80 et deux autres ingrédients : ingrédient A et ingrédient B. On ignore ou ne voit pas clairement quelle valeur ajoutée apporte l'ingrédient A à la formulation. Une bonne part mais non la totalité du polysorbate 80 est toutefois remplacée par l'ingrédient B, un autre surfactant, ce qui permet d'accroître la concentration de docetaxel. Dans le produit de Hospira, la solution mère peut donc contenir une concentration de docetaxel de 10 mg/ml alors que dans le produit de Sanofi Canada, la concentration est de 1 mg/ml. Tout comme le produit de Sanofi Canada, celui de Hospira doit être ajouté à une solution pour perfusion avant d'être injecté dans le corps humain.

THE PATENT

[15] As noted above, the only patent remaining at issue is the '778 patent. The '778 patent entitled “Novel Compositions Based on Taxane Class Derivatives” was filed in Canada on July 3, 1992, and issued on April 20, 2004. It claims priority to French Patent Application 91 08527 dated July 8, 1991. The '778 patent was filed in the French language. The parties relied on the English language translation of the patent that was filed as part of the record in this proceeding.

[16] The relevant portion of the description of the '778 patent is as follows:

[TRANSLATION] The present invention concerns a novel pharmaceutical form made from a therapeutic agent with antitumor and antileukemic activity. More specifically, it concerns a novel injectable form containing products from the taxane family, such as, notably, taxol or one of its analogues or derivatives with the following general formula:



[17] Claims 1, 2 and 8 of the '778 patent read as follows:

[TRANSLATION] 1. Compositions made from at least one product in the taxane family or one of its analogues or derivatives in a solution of ethanol and polysorbate.

2. Composition made from a formula (I) derivative:

LE BREVET

[15] Comme je l'ai mentionné ci-dessus, le brevet '778 est le seul brevet encore en litige. Le brevet '778, intitulé « Nouvelles compositions à base de dérivés de la classe des taxanes », a été déposé au Canada le 3 juillet 1992 et délivré le 20 avril 2004. Il porte revendication de priorité sur le brevet français n° 91 08527 daté du 8 juillet 1991. Le brevet '778 a été déposé en français. Les parties se sont fiées à la traduction anglaise du brevet '778, qui a été déposée dans le cadre de la présente affaire.

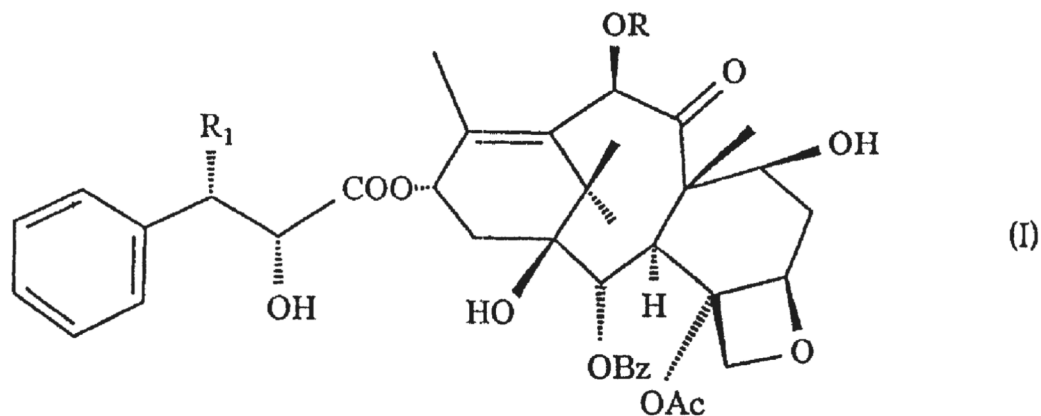
[16] La partie pertinente de la description du brevet '778 est ainsi rédigée :

La présente invention concerne une nouvelle forme pharmaceutique à base d'un agent thérapeutique ayant une activité antitumorale et antileucémique. Elle concerne plus particulièrement, une nouvelle forme injectable contenant des produits de la famille des taxanes, tels que notamment le taxol ou un de ses analogues ou dérivés de formule générale suivante:

[17] Les revendications 1, 2 et 8 du brevet '778 se lisent ainsi :

1. Composition à base d'au moins un produit de la famille des taxanes ou un de ses analogues ou dérivés en solution dans un mélange d'éthanol et de polysorbate.

2. Composition à base d'un dérivé de formule (I) :



in which R represents a hydrogen atom or an acetyl radical, the symbol R_1 represents a *tert*-butoxycarbonylamino or benzoylamino radical in solution in a mixture of ethanol and polysorbate.

dans laquelle R représente un atome d'hydrogène ou un radical acétyle, le symbole R_1 représente un radical tertibutoxycarbonylamino ou benzoylamino en solution dans un mélange d'éthanol et de polysorbate.

...

[...]

8. Infusion that contains approximately 1 mg/mL or less of formula (I) compounds as defined in claim 2 and that contains less than 35 mL/L of ethanol and less than 35 mL/L of polysorbate.

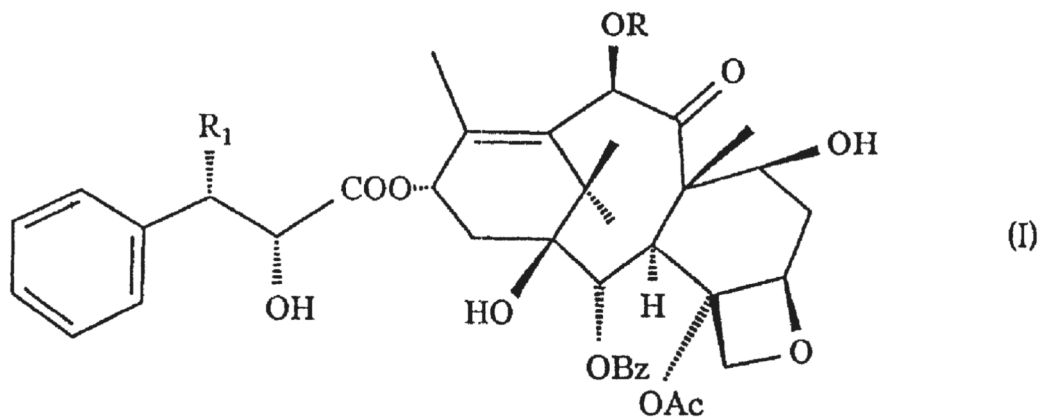
8. Perfusion caractérisée en ce qu'elle contient environ 1 mg/ml ou moins de composé de formule (I) tel que défini à la revendication 2, et qu'elle contient moins de 35 ml/l d'éthanol et moins de 35 ml/l de polysorbate.

[18] All of the claims of the '778 patent were disclaimed, except that claims 1 and 8 were disclaimed to the following:

[18] Sanofi Canada a renoncé à l'ensemble des revendications du brevet '778, à l'exception des revendications 1 et 8, qui ont fait l'objet de la renonciation suivante :

[TRANSLATION] 1. A composition under the form of a solution designed to be formulated for infusion, containing between 6 to 15 mg/mL of a derivative with formula (I)

1. Une composition sous la forme d'une solution destinée à être formulée en une perfusion, comprenant de 6 à 15 mg/ml d'un dérivé de formule (I)



in which R represents a hydrogen atom and R₁ is a *tert*-butoxycarbonylamino radical, in a mixture of ethanol and polysorbate, the ethanol concentration being greater than 5%.

dans laquelle R représente un atome d'hydrogène et R₁ est un radical tertibutoxycarbonylamino, dans un mélange d'éthanol et de polysorbate, la concentration en éthanol étant supérieure à 5 %.

[...]

8. An infusion including more than 0.1 mg/mL and less than 1 mg/mL of a compound with formula (I) as defined here above, and which includes more than 5 ml/L and less than 35 ml/L of ethanol and more than 5 ml/L and less than 35 ml/L of polysorbate.

8. Une perfusion comprenant plus de 0,1 mg/ml et moins de 1 mg/ml d'un composé de la formule (I) tel que défini ci-dessus, et qui comprend plus de 5 ml/L et moins de 35 ml/L d'éthanol et plus de 5 ml/L et moins de 35 ml/L de polysorbate.

[19] The disclaimer with respect to claim 1 meant that the patentee was claiming only for docetaxel and not paclitaxel or any other taxane as the active ingredient. The disclaimer with respect to claim 8 narrowed the range of docetaxel as well as the ranges of ethanol and polysorbate.

[19] La renonciation concernant la revendication 1 faisait en sorte que le titulaire de brevet revendiquait seulement le docetaxel comme ingrédient actif et non le paclitaxel ni tout autre taxane. La renonciation concernant la revendication 8 a réduit l'intervalle quant au docetaxel ainsi que les intervalles quant à l'éthanol et le polysorbate.

THE NOA AND DISCLAIMER

L'AVIS D'ALLÉGATION ET LA RENONCIATION

[20] The NOA, as directed to the '778 patent (prior to the disclaimer), alleges (1) no claim for the medicinal ingredient, no claim for the formulation, no claim for the dosage form and no claim for the use of the medicinal ingredient would be infringed or induced to be infringed by the making, constructing, using or selling by Hospira of the Hospira Product, in accordance with the NDS; (2) that the claims of the '778 patent are invalid for anticipation, obviousness, claims broader than the invention made and/or disclosed (contrary to subsection 27(4) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31] of the *Patent Act* [R.S.C., 1985, c. P-4]), material misstatement (contrary to subsection 27(3) [as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 192] of the *Patent Act*), lack of utility, double patenting, the *Gillette* defence [*Gillette Safety Razor Co. v. Anglo American Trading Co.* (1913), 30 R.P.C. 465 (H.L.)], and ineligibility for listing on the patent register.

[20] L'avis d'allégation, qui portait sur le brevet '778 (avant renonciation), allègue 1) que, suivant la présentation de drogue nouvelle, aucune revendication portant sur l'ingrédient médicinal, la formulation, la forme posologique ou l'utilisation de l'ingrédient médicinal ne serait contrefaite, ou inciterait les autres à la contrefaire, par la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente du produit de Hospira par Hospira; 2) que les revendications du brevet '778 sont invalides parce que les revendications sont de portée plus large que l'invention réalisée ou divulguée (en violation du paragraphe 27(4) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31] de la *Loi sur les brevets* [L.R.C. (1985), ch. P-4]) ou bien pour cause d'antériorité, d'évidence, de déclaration inexacte importante (en violation du paragraphe 27(3) [mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 192] de la *Loi sur les brevets*), d'absence d'utilité, de double brevet, du moyen de défense fondé sur l'arrêt *Gillette* [*Gillette Safety Razor Co. v. Anglo American Trading Co.* (1913), 30 R.P.C. 465 (H.L.)] et d'inadmissibilité à l'inscription au registre des brevets.

[21] After the NOA was served on the applicant and prior to it filing this application, Sanofi Canada disclaimed the claims of the '778 patent, as described above. The application proceeded until just prior to hearing on the claims of the '778 patent as disclaimed. Hospira

[21] Après la signification de l'avis d'allégation à la demanderesse et avant le dépôt de la présente demande, Sanofi Canada a renoncé aux revendications du brevet '778 de la façon décrite précédemment. La demande a suivi son cours et, juste avant l'audience sur les revendications

reduced its attack on disclaimed claim 8 to the following allegations:

- a. The Hospira Product does not infringe the disclaimed '778 patent; and
- b. Disclaimed claim 8 is invalid on the following grounds:
 - i. claims broader than the invention made or disclosed;
 - ii. anticipation;
 - iii. obviousness;
 - iv. avoidable ambiguity;
 - v. sufficiency; and
 - vi. method of medical treatment.

[22] With respect to anticipation Hospira submitted that disclaimed claim 8 was anticipated by the following prior art references: (1) Françoise Guéritte-Voegelein *et al.*, “Relationship between the Structure of Taxol Analogues and Their Antimitotic Activity” (1991), 34 *J. Med. Chem.* 992 (the GV article); (2) B. D. Tarr *et al.*, “A New Parenteral Vehicle for the Administration of Some Poorly Water Soluble Anti-Cancer Drugs” (1987), 41 *J. Parenter. Sci. Technol.* 31 (the Tarr article); and (3) U.S. Patent No. 4206221, Miller (the '221 patent).

[23] In its memorandum of fact and law filed June 8, 2009, Hospira raised as an issue whether it was required to respond to the '778 patent as it read at the date the NOA was served or as it read after having been disclaimed. It took the position that as the NOA was served prior to the disclaimer, this Court’s recent jurisprudence was that the Court must consider only the patent as it read on the date the NOA was served and not as it read after the disclaimer was filed. Hospira also made submissions relating to the validity of the disclaimer, avoidable ambiguity, and method of medical treatment. Hospira submits that the disclaimer is not valid for two reasons. First, it submits that Sanofi

du brevet '778 après renonciation, Hospira a abandonné certaines contestations portant sur la revendication 8 après renonciation et a présenté les allégations suivantes :

- a. Le produit de Hospira ne contrefait pas le brevet '778 après renonciation;
- b. La revendication 8 après renonciation est invalide pour les raisons suivantes :
 - i. parce que sa portée est plus large que l’invention réalisée ou divulguée;
 - ii. pour cause d’antériorité;
 - iii. pour cause d’évidence;
 - iv. pour cause d’ambiguïté qui aurait pu être évitée;
 - v. pour cause d’insuffisance;
 - vi. en raison de la méthode de traitement médical.

[22] En ce qui concerne l’antériorité, Hospira soutient que la revendication 8 après renonciation se heurtait aux documents d’antériorité suivants : 1) Françoise Guéritte-Voegelein *et al.*, « Relationship between the Structure of Taxol Analogues and Their Antimitotic Activity » (1991), 34 *J. Med. Chem.* 992 (l’article GV); 2) B. D. Tarr *et al.*, « A New Parenteral Vehicle for the Administration of Some Poorly Water Soluble Anti-Cancer Drugs » (1987), 41 *J. Parent. Sci. Technol.* 31 (l’article Tarr); et 3) le brevet n° 4206221, délivré par les États-Unis à Miller (le brevet '221).

[23] Dans son mémoire des faits et du droit déposé le 8 juin 2009, Hospira a soulevé la question de savoir si elle devait contester le brevet '778 selon son libellé au moment de la signification de l’avis d’allégation ou selon son libellé après renonciation. Elle plaide que, selon la récente jurisprudence de la Cour, étant donné que l’avis d’allégation a été signifié avant la renonciation, la Cour devait seulement tenir compte du brevet selon son libellé au moment de la signification de l’avis d’allégation et non selon son libellé après le dépôt de la renonciation. Hospira a également fait des observations sur la validité de la renonciation, sur des ambiguïtés qui auraient pu

Canada has failed to discharge its burden of establishing that the disclaimer meets the requirements of subsection 48(4) of the *Patent Act*. Secondly, it submits that it is invalid as it improperly broadens the scope of the claim rather than narrowing it. In this respect, it submits that disclaimed claim 8 changed the word “contains” to “includes” in an “attempt to recast the claim to broaden the scope of the claims to cover additional ingredients as is contained in Hospira’s formulation”.

[24] Sanofi Canada responded with a motion to strike the paragraphs from Hospira’s memorandum of fact and law that raised these issues and, in the alternative, sought leave to file reply evidence in response to what it said were new allegations. Hospira countered with its own motion seeking to strike the entirety of Sanofi Canada’s application on the basis that only the patent as it read at the date the NOA was served was relevant and, as Sanofi Canada had failed to lead any evidence on infringement and validity of the '778 patent as construed according to their original claims, its application was an abuse of process and ought to be dismissed.

[25] Prothonotary Tabib dismissed both motions. In her amended order dated September 8, 2009, Prothonotary Tabib held that Hospira ought not to have brought its motion so late and that it was not plain and obvious that the application could not succeed. Prothonotary Tabib also held that Sanofi Canada would be allowed to file additional evidence on the validity of the disclaimer and on the issue raised as to whether Hospira was estopped from challenging the disclaimer at this point. The Court subsequently permitted Hospira to file sur-reply evidence.

être évitées et sur la méthode de traitement médical. Elle soutient que la renonciation est invalide pour deux raisons. Tout d’abord, elle avance que Sanofi Canada ne s’est pas acquittée du fardeau d’établir que la renonciation respectait les conditions du paragraphe 48(4) de la *Loi sur les brevets*. Ensuite, elle allègue que la renonciation était invalide parce qu’elle élargissait à tort la portée de la revendication plutôt que de la restreindre. À cet égard, elle soutient que la revendication 8 après renonciation emploie le mot « contient » plutôt que le mot « comprend » afin [TRADUCTION] « [d’]essayer de remanier la revendication dans le but d’élargir la portée des revendications, lesquelles viseraient ainsi d’autres ingrédients utilisés dans la formulation de Hospira ».

[24] Sanofi Canada a répondu en présentant une requête en radiation des paragraphes du mémoire des faits et du droit de Hospira qui portaient sur ces questions et, subsidiairement, a demandé l’autorisation de déposer une contre-preuve quant aux nouvelles allégations de Hospira. Hospira a répliqué avec sa propre requête en radiation de l’ensemble de la demande de Sanofi Canada au motif que seul le brevet tel qu’il était libellé le jour de la signification de l’avis d’allégation était pertinent et, étant donné que Sanofi Canada n’a présenté aucune preuve quant à la contrefaçon et à l’invalidité du brevet '778 tel qu’il était libellé selon les revendications initiales, sa demande constituait un abus de procédure et devrait être rejetée.

[25] La protonotaire Tabib a rejeté les deux requêtes. Dans son ordonnance modifiée datée du 8 septembre 2009, elle a conclu que Hospira n’aurait pas dû présenter sa requête si tardivement et qu’il n’était pas clair et évident que la demande n’avait aucune chance de succès. La protonotaire Tabib a également conclu que Sanofi Canada pourrait déposer d’autres éléments de preuve sur la validité de la renonciation et sur la question de savoir si Hospira était empêchée par préclusion de contester la renonciation à ce moment-là. La Cour a par la suite permis à Hospira de déposer une contre-preuve.

THE EVIDENCE

[26] Sanofi Canada submitted affidavits in support of its application from Franca Mancino, Dr. Panayiotis P. Constantinides, and Dr. Jean-Christophe Leroux. Hospira submitted affidavits from Dr. David Attwood and Dr. Joseph Bogardus.

[27] After the issues relating to the disclaimer were identified by Hospira and with leave of the Court, Sanofi Canada submitted affidavits from Gerald V. Dahling, Michael Alt, Thierry Orlhac and Robert Kajubi in reply to these new arguments of Hospira.

The Applicant's Evidence on the Merits of the Application

[28] Franca Mancino is the Senior Director, Regulatory Affairs, Pharmacovigilance and Medical Quality and Compliance at Sanofi Canada. She swore an affidavit on May 22, 2008 describing the concentrated formulations of docetaxel for which Sanofi Canada had received NOCs. Ms. Mancino provided a copy of the product monograph of Taxotere that explained how these concentrated formulations are to be diluted into a perfusion for administration to the patient. She also swore that the '778 patent was listed on the patent register, and listed on the form IV patent list as part of the original new drug submission for the various NOCs.

[29] Dr. Panayiotis P. Constantinides is the founder and principal of a pharmaceutical consulting company. He obtained his PhD in biochemistry at Brown University where his thesis work related to the physical chemistry of surfactant micelles. Polysorbate 80, used in the invention of Sanofi Canada, is a surfactant that forms micelles with docetaxel, thereby facilitating the latter's solubility in aqueous solutions. Dr. Constantinides did post-doctoral work at Yale University, and has experience in the pharmaceutical sector on drug solubilisation issues, including the use of taxanes.

[30] Dr. Constantinides swore an affidavit on May 27, 2008 commenting on Hospira's allegations of invalidity

LA PREUVE

[26] À l'appui de sa demande, Sanofi Canada a déposé les affidavits de M^{me} Franca Mancino, de MM. Panayiotis P. Constantinides et Jean-Christophe Leroux; Hospira a déposé les affidavits de MM. David Attwood et Joseph Bogardus.

[27] Après que Hospira a soulevé les questions liées à la renonciation, Sanofi Canada a déposé, avec l'autorisation de la Cour, les affidavits de MM. Gerald V. Dahling, Michael Alt, Thierry Orlhac et Robert Kajubi en réponse aux nouveaux arguments de Hospira.

La preuve de la demanderesse sur le fond de la demande

[28] M^{me} Franca Mancino est la directrice principale, Affaires réglementaires, Pharmacovigilance et Qualité et Conformité médicales à Sanofi Canada. Elle a signé un affidavit le 22 mai 2008; elle y décrivait les formulations concentrées de docetaxel pour lesquelles Sanofi Canada a reçu des avis de conformité. M^{me} Mancino a fourni une copie de la monographie de produit du Taxotere qui explique comment ces formulations concentrées devaient être diluées dans une perfusion avant son administration au patient. Elle a également déclaré que le brevet '778 était inscrit au registre des brevets et mentionné dans le formulaire IV — liste des brevets, qui faisait partie de la présentation de drogue nouvelle initiale visant les divers avis de conformité.

[29] M. Panayiotis P. Constantinides est le fondateur et directeur général d'une société offrant des services de consultations en pharmacologie. Il détient un doctorat en biochimie de l'Université Brown, où il a rédigé sa thèse, qui portait sur la chimie physique, précisément sur les micelles de surfactant. Le polysorbate 80, utilisé dans l'invention de Sanofi Canada, est un surfactant qui forme des micelles avec le docetaxel, ce qui facilite la solubilité du docetaxel dans les solutions aqueuses. M. Constantinides a obtenu un postdoctorat à l'Université Yale et possède de l'expérience dans le secteur pharmaceutique sur les questions liées à la solubilisation des médicaments, y compris sur l'utilisation des taxanes.

[30] M. Constantinides a signé un affidavit le 27 mai 2008, dans lequel il a présenté des observations sur

relating to the '778 patent. Prior to making his comments, counsel for Sanofi Canada provided him with Hospira's NOA, the references referred to in the NOA, the '778 patent, and the disclaimer dated November 28, 2007.

[31] Dr. Constantinides describes the invention as disclosed by the '778 patent. He asserts that the person skilled in the art (PSIA) would have at least a Bachelor of Science degree in the life sciences, along with relevant scientific or non-scientific work experience in developing intravenous formulations of poorly soluble drugs. Dr. Constantinides construes the disclaimed claim 8 of the '778 patent to include the following essential elements:

- a. an infusion of docetaxel of more than 0.1 mg/mL and less than 1 mg/mL;
- b. more than 5 mL/L and less than 35 mL/L of ethanol; and
- c. more than 5 mL/L and less than 35 mL/L of polysorbate.

[32] Dr. Constantinides' view is that a PSIA would read the disclaimed claim 8 to include other components beyond the essential elements listed.

[33] Dr. Constantinides concludes that none of the prior art references would inevitably teach all the components of disclaimed claim 8 as construed. He says that the GV article failed to anticipate because even though it disclosed docetaxel dissolved in ethanol and polysorbate, it did not relate to an infusion, and provided no information on the relative concentrations of the solvent vehicle.

[34] Dr. Constantinides concludes that the Tarr article did not anticipate because it referred to paclitaxel and not docetaxel as required by the disclaimed claim 8. Additionally, he observes that the paclitaxel infusion disclosed was not stable and therefore not useful for administration intravenously.

les allégations d'invalidité de Hospira concernant le brevet '778. Avant que M. Constantinides fasse ses observations, l'avocat de Sanofi Canada lui a fourni l'avis d'allégation de Hospira, les documents d'antériorité auxquels renvoyait l'avis d'allégation, le brevet '778 et la renonciation datée du 28 novembre 2007.

[31] M. Constantinides décrit l'invention comme le divulguait le brevet '778. Il allègue que la personne versée dans l'art aurait au moins un baccalauréat en sciences de la vie ainsi qu'une expérience de travail en science ou non dans l'élaboration de formulations intraveineuses de médicaments peu solubles. Selon l'interprétation de M. Constantinides, la revendication 8 après renonciation comprend les éléments essentiels suivants :

- a. une perfusion de docetaxel de plus de 0,1 mg/ml et de moins de 1 mg/ml;
- b. plus de 5 ml/l et moins de 35 ml/l d'éthanol;
- c. plus de 5 ml/l et moins de 35 ml/l de polysorbate.

[32] M. Constantinides est d'avis que la personne versée dans l'art interpréterait la revendication 8 après renonciation comme comprenant d'autres éléments que les éléments essentiels mentionnés dans la liste.

[33] M. Constantinides conclut qu'aucun document d'antériorité n'enseignerait à coup sûr l'ensemble des éléments de la revendication 8 après renonciation comme il les a interprétés. Il affirme que l'article GV ne constitue pas une antériorité parce que, même si cet article divulgue que le docetaxel se dissout dans l'éthanol et le polysorbate, il ne portait pas sur une perfusion et ne fournissait aucun renseignement sur les concentrations relatives du véhicule solvant.

[34] M. Constantinides conclut que l'article Tarr ne constitue pas une antériorité parce qu'il ne mentionne ni le paclitaxel ni le docetaxel, lesquels sont prévus par la revendication 8 après renonciation. En outre, il soutient que la perfusion de paclitaxel divulguée n'était pas stable et ne pouvait donc pas être administrée de façon intraveineuse.

[35] He says that the '221 patent did not anticipate because it implied a bolus injection, as opposed to an intravenous injection, and did not disclose the specific composition of the injectate.

[36] Dr. Constantinides states that it is not possible to predict a drug's solubility in a given solvent mixture, and that solubility has to be determined through experimentation. Dr. Constantinides says that minor variations to a drug's structure could alter its solubility, preventing definitive conclusions from experimentation on one drug to be drawn for another. He describes the various solvent vehicles available to a PSIA in the late 1980s and early 1990s, as well as the other methods available for solubilising poorly soluble drugs and concludes that it would not be obvious to a PSIA which method would be best to solubilise docetaxel in a manner that excluded Cremophor and that it would not be obvious to take what worked with paclitaxel and apply it to docetaxel.

[37] Dr. Jean-Christophe Leroux is a Professor in the Faculty of Pharmacy at the University of Montréal. He completed his PhD in pharmaceutical sciences at the University of Geneva. Prior to becoming a member of the faculty at the University of Montréal, Dr. Leroux was a post-doctoral fellow at the University of Geneva and the University of California, San Francisco. Dr. Leroux's principal areas of research are in surface active molecules and methods to dissolve hydrophobic drugs, including paclitaxel and docetaxel. He has published a number of peer-reviewed articles on micelles and the related solubilisation of hydrophobic drugs.

[38] Dr. Leroux swore an affidavit on May 26, 2008 in which he comments on whether Hospira's product fell within the range of what was set out in the disclaimed claim 8 of the '778 patent. He also comments on Hospira's allegations of invalidity relating to the '778 patent. In making these comments, Dr. Leroux referred to the NOA of Hospira, the references referred to in the NOA, Hospira's formulation information, the '778 patent, and

[35] M. Constantinides affirme que le brevet '221 ne constitue pas une antériorité parce qu'il donne à penser qu'il s'agit d'une injection bolus plutôt qu'une injection intraveineuse et parce qu'il ne divulgue pas la composition précise du produit injecté.

[36] M. Constantinides déclare qu'il n'est pas possible de prédire la solubilité d'un médicament dans un mélange solvant donné et que la solubilité doit être déterminée par des expériences. Il soutient que des variations mineures de la structure d'un médicament pourraient altérer sa solubilité, de sorte que les conclusions définitives tirées d'expériences sur un médicament ne peuvent être appliquées à un autre. Il décrit les divers véhicules pouvant être utilisés comme solvants par une personne versée dans l'art à la fin des années 1980 et au début des années 1990, de même que les autres méthodes pour solubiliser des médicaments peu solubles. Il conclut que la meilleure méthode pour solubiliser le docetaxel sans faire appel au crémosphore ne serait pas évidente pour une personne versée dans l'art et qu'il ne serait pas non plus évident de prendre ce qui a fonctionné dans le cas du paclitaxel et de l'appliquer au docetaxel.

[37] M. Jean-Christophe Leroux est professeur à la faculté de pharmacie de l'Université de Montréal. Il possède un doctorat en sciences pharmaceutiques de l'Université de Genève. Avant d'être membre du corps professoral de la faculté de pharmacie de l'Université de Montréal, M. Leroux était titulaire d'une bourse de recherche postdoctorale à l'Université de la Californie à San Francisco. Ses principaux domaines de recherche sont les molécules surfactives et les méthodes pour dissoudre les médicaments hydrophobes, y compris le paclitaxel et le docetaxel. M. Leroux a publié un certain nombre de publications, lesquelles ont été approuvées par un comité de lecture, concernant les micelles et la solubilisation connexes des médicaments hydrophobes.

[38] M. Leroux a signé un affidavit le 26 mai 2008, dans lequel il a présenté des observations sur la question de savoir si le produit de Hospira respectait l'intervalle établi dans la revendication 8 après renonciation. Ses observations portaient également sur les allégations d'invalidité de Hospira concernant le brevet '778. Dans ces observations, M. Leroux a renvoyé à l'avis d'allégation de Hospira, aux documents d'antériorité mentionnés

the disclaimer filed on November 28, 2007. He was asked to focus only on disclaimed claim 8 of the '778 patent.

[39] Dr. Leroux describes solubility studies that his research group has conducted on paclitaxel and docetaxel. These studies show that despite structural similarities, the two molecules are characterized by different physicochemical properties. According to Dr. Leroux, these differences would have been apparent to the PSIA in the late 1980s or early 1990s.

[40] Dr. Leroux also describes the challenge this insolubility causes in preparing an intravenous infusion of docetaxel, and the inventive aspect of Sanofi Canada's formulation. He states that the prior art did not sufficiently disclose the invention. Dr. Leroux states that even today formulating such drugs proceeds on the basis of trial and error and that this is particularly so because it is not always possible to apply experience in formulating one drug to the formulation process of a second drug.

[41] After reviewing the legal principles of claim construction provided by counsel for Sanofi Canada, Dr. Leroux construed the disclaimed claim 8 of the '778 patent to include the following essential elements: an infusion solution containing the following: (i) 0.1 to 1 mg/mL of docetaxel, (ii) 5 to 35 mL/L of ethanol, and (iii) 5 to 35 mL/L of polysorbate. Dr. Leroux states that the word "includes" in the context of the disclaimed claim 8 would be read by the PSIA to be non-exhaustive—it would not mean "includes only".

[42] Dr. Leroux calculated Hospira's product to include: (i) 0.3 to 0.74 mg/mL of docetaxel, (ii) 6.9 to 17.02 mL/L of ethanol, and (iii) 7.22 to 17.81 mL/L of polysorbate 80. These ranges fall within the ranges stated in disclaimed claim 8 of the '778 patent.

[43] Dr. Leroux reviewed the GV article, concluding that it did not relate to an infusion solution, did not focus

dans l'avis d'allégation, aux renseignements ayant trait à la formulation de Hospira, au brevet '778 et à la renonciation déposée le 28 novembre 2007. On lui a demandé de seulement mettre l'accent sur la revendication 8 après renonciation.

[39] M. Leroux décrit les études sur la solubilité du paclitaxel et du docetaxel que son groupe de recherche a effectuées. Ces études révèlent que, bien que leur structure soit semblable, les deux molécules sont caractérisées par des propriétés physicochimiques différentes. Selon M. Leroux, la personne versée dans l'art aurait été au fait de ces différences à la fin des années 80 ou au début des années 90.

[40] M. Leroux décrit également les difficultés que cette insolubilité entraîne lors de la préparation de perfusion intraveineuse du docetaxel ainsi que l'aspect inventif de la formulation de Sanofi Canada. Il affirme que les documents d'antériorité ne divulguent pas suffisamment l'invention. Il soutient que, même de nos jours, la formulation de tels médicaments s'effectue par essais et erreurs et que c'est d'autant plus vrai parce qu'il n'est pas toujours possible d'avoir recours à l'expérience acquise lors de la formulation d'un médicament afin d'en formuler un autre.

[41] Après avoir examiné les principes juridiques liés à l'interprétation des revendications fournis par l'avocat de Sanofi Canada, M. Leroux a interprété la revendication 8 après renonciation comme comprenant les éléments essentiels suivants : une solution pour perfusion contenant i) 0,1 à 1 mg/ml de docetaxel, ii) 5 à 35 ml/l d'éthanol et iii) 5 à 35 ml/l de polysorbate. M. Leroux a affirmé que le mot « comprenant » dans le contexte de la revendication 8 après renonciation serait interprété par la personne versée dans l'art comme étant non exhaustif, « comprenant » ne voudrait pas dire « comprenant seulement ».

[42] M. Leroux a calculé que le produit de Hospira comprend : i) 0,3 à 0,74 mg/ml de docetaxel, ii) 6,9 à 17,02 ml/l d'éthanol et iii) 7,22 à 17,81 ml/l de polysorbate 80. Ces intervalles respectent les intervalles précisés dans la revendication 8 du brevet '778 après renonciation.

[43] M. Leroux a analysé l'article GV et a conclu que cet article ne portait pas sur une solution pour perfusion,

on the stability needed for intravenous injection, and did not include the percentage of ethanol and polysorbate present in the final solution. He also reviewed the Tarr Article, concluding that it did not refer to docetaxel, but even to the extent that it discussed paclitaxel, that it did not relate to an infusion. Dr. Leroux also reviewed the '221 patent, concluding that docetaxel was not referred to, and that there was no information on the percentage of ethanol and polysorbate in the solution.

[44] Dr. Leroux describes the various options available in the early 1990s for formulating highly insoluble molecules, such as cosolvents, low molecular weight surfactants, polymeric surfactants, emulsions, complexing agents, and mixtures of excipients when applicable. Dr. Leroux concludes that the prior art would not lead a PSIA directly and without difficulty to the invention taught by the '778 patent because each piece of prior art either did not refer to an infusion and/or did not refer to docetaxel. He notes that one piece of prior art did refer to a docetaxel infusion, but this piece contained emulphor, not polysorbate. Given these various options, and prior art, Dr. Leroux expresses the view that a PSIA would not be led directly and without difficulty to the ethanol and polysorbate combination of Sanofi Canada's '778 patent.

[45] Dr. Leroux states that a PSIA would read the disclaimed claim 8 of the '778 patent as a non-exhaustive list, including the essential elements of docetaxel, ethanol and polysorbate, but not limited to these elements. Dr. Leroux also says that the disclaimed '778 patent is sufficiently clear to allow the PSIA to work the invention.

The Respondent's Evidence on the Merits of the Application

[46] Dr. David Attwood was a Professor in the School of Pharmacy and Pharmaceutical Sciences at the University of Manchester prior to his retirement in 2008.

ne mettait pas l'accent sur la stabilité nécessaire pour l'injection intraveineuse et ne renfermait pas les pourcentages d'éthanol et de polysorbate se trouvant dans la solution définitive. Il a également analysé l'article Tarr et a conclu qu'il ne mentionnait pas le docetaxel, mais, même dans la mesure où il traitait du paclitaxel, il ne portait pas sur une infusion. M. Leroux a aussi analysé le brevet '221 et a conclu qu'il ne mentionnait pas le docetaxel et qu'il ne renfermait aucun renseignement quant aux pourcentages d'éthanol et de polysorbate se trouvant dans la solution.

[44] M. Leroux a décrit les diverses options qui existaient au début des années 1990 pour formuler des molécules vraiment peu solubles, tel que des cosolvants, des surfactants de faible poids moléculaire, des surfactants polymères, des émulsions, des agents complexants et des mélanges d'excipients, le cas échéant. M. Leroux a conclu que les documents d'antériorité ne permettraient pas à la personne versée dans l'art d'arriver directement et facilement à l'invention décrite dans le brevet '778, car aucun des documents d'antériorité ne portait sur une perfusion ou ne concernait le docetaxel. Il a souligné qu'un des documents d'antériorité faisait référence à une perfusion de docetaxel, mais on utilisait dans ce cas de l'emulphor et non du polysorbate. Compte tenu de ces diverses options et des documents d'antériorité, M. Leroux estime que la personne versée dans l'art ne pourrait pas arriver directement et facilement à la combinaison d'éthanol et de polysorbate du brevet '778 de Sanofi Canada.

[45] M. Leroux affirme que la personne versée dans l'art interpréterait la revendication 8 après renonciation comme étant une liste non exhaustive; la liste des éléments essentiels, à savoir le docetaxel, l'éthanol et le polysorbate, ne serait pas exhaustive non plus. M. Leroux affirme également que le brevet '778 après renonciation est assez clair pour permettre à la personne versée dans l'art de réaliser l'invention.

La preuve de la défenderesse sur le fond de la demande

[46] M. David Attwood était professeur à la faculté de pharmacie et de sciences pharmaceutiques à l'Université de Manchester avant sa retraite en 2008. Il est maintenant

He is now Professor emeritus at the University of Manchester. He obtained his PhD from the School of Pharmacy at the University of London. He has taught courses and supervised graduate research on the formulation of pharmaceutical systems. Dr. Attwood has consulted on formulation issues, particularly involving surfactants, with a number of pharmaceutical companies, and he has also co-authored textbooks on surfactant systems.

[47] Dr. Attwood swore an affidavit on September 12, 2008 commenting on the relevant PSIA, the construction of the disclaimed '778 patent, and Hospira's allegations of non-infringement and invalidity. Prior to making these comments, Dr. Attwood was provided with copies of the '778 patent, the November 28, 2007 disclaimer, the prior art referred to in Hospira's NOA, the Mancino affidavit, the Leroux affidavit, the Constantinides affidavit, Hospira's formulation and product monograph, and Hospira's NOA.

[48] Dr. Attwood characterizes the PSIA as someone with at least a Bachelor of Science in a relevant discipline, two years of post-graduate experience in pharmaceutical formulations or several years in formulations generally, and experience in the development of intravenous formulations of poorly water-soluble drugs. The PSIA would have knowledge of the use of surfactants to facilitate solubilisation of drugs in aqueous solutions through the formation of micelles.

[49] Dr. Attwood states that the disclaimed '778 patent relates to pharmaceutical injectable formulations of four members of the taxane class of drugs. In construing the disclaimed '778 patent, Dr. Attwood says that the essential elements are an infusion solution containing a taxane, polysorbate and ethanol. Dr. Attwood contends that the ranges of docetaxel, ethanol and polysorbate would not have been essential from the perspective of the PSIA in January 1993. Dr. Attwood says that there is no rationale for the range of concentrations listed in the disclaimed claim 8 with respect to docetaxel, ethanol, or polysorbate, and that they appear to be arbitrary in the context of the inventive replacement of Cremophor with polysorbate.

professeur émérite à l'Université de Manchester. Il détient un doctorat de la faculté de pharmacie de l'Université de Londres. Il a enseigné des cours et supervisé des recherches de deuxième cycle sur la formulation de systèmes pharmaceutiques. M. Attwood a travaillé comme consultant sur des problèmes de formulation, touchant particulièrement les surfactants, auprès d'un certain nombre d'entreprises pharmaceutiques et il a corédigé des ouvrages de référence sur les systèmes des surfactants.

[47] M. Attwood a signé un affidavit le 12 septembre 2008, dans lequel il a présenté des observations sur la personne versée dans l'art pertinente, sur l'interprétation du brevet '778 après renonciation et sur les allégations de Hospira de non-contrefaçon et d'invalidité. Avant que M. Attwood fasse ces commentaires, on lui a fourni des copies du brevet '778, la renonciation datée du 28 novembre 2007, les documents d'antériorité auquel renvoyait l'avis d'allégation de Hospira, les affidavits de M^{me} Mancino, de M. Leroux et de M. Constantinides, la formulation et la monographie de produit de Hospira et l'avis d'allégation de Hospira.

[48] Selon M. Attwood, la personne versée dans l'art a au moins un baccalauréat en sciences dans une discipline pertinente, deux ans d'études supérieures en formulations pharmaceutiques ou plusieurs années d'expérience en formulations en général ainsi que de l'expérience dans l'élaboration de formulations intraveineuses de médicaments peu solubles dans l'eau. La personne versée dans l'art aurait des connaissances sur l'utilisation des surfactants afin de faciliter la solubilisation de médicaments dans des solutions aqueuses par la formation de micelles.

[49] M. Attwood soutient que le brevet '778 après renonciation porte sur des formulations pharmaceutiques injectables de quatre médicaments de la classe des taxanes. Selon l'interprétation de M. Attwood du brevet '778 après renonciation, les éléments essentiels de ce brevet sont une solution pour perfusion contenant un médicament de la classe des taxanes, du polysorbate et de l'éthanol. M. Attwood soutient que les intervalles de docetaxel, d'éthanol et de polysorbate n'auraient pas été essentiels du point de vue de la personne versée dans l'art en janvier 1993. Il affirme que rien n'explique l'intervalle dans les concentrations énoncées dans la revendication 8 après renonciation quant au docetaxel, à l'éthanol et au

[50] After reviewing and describing the invention disclosed by the '778 patent, Dr. Attwood says that the use of the word “contains” in the original claim 8 would be read by a PSIA to mean an exhaustive list. Dr. Attwood also says that the use of the word “including” in the disclaimed claim 8 would also be read to mean an exhaustive list, because ethanol was listed as the only solvent used, polysorbate was listed as the only surfactant used, the examples included no other ingredients, and a PSIA would have known that additional surfactants, stabilizers and/or preservatives could affect the formation and properties of micelles. According to Dr. Attwood, the PSIA would have expected the inventors to list any additional ingredients in the formulation, particularly given that the inventive step was the removal of Cremophor.

[51] Dr. Attwood determined that the GV article did disclose the formulation of disclaimed claim 8. The GV article teaches a solvent vehicle for docetaxel of 1:1 ethanol to polysorbate that is identical to the '778 patent. According to Dr. Attwood, a PSIA would have understood that this formulation would have to be diluted into an infusion prior to administration in humans. Dr. Attwood states that a stock solution containing 6 mg/mL of paclitaxel would have been known to the PSIA, and that the ideal concentration for an infusion would also have been known. From this knowledge, a PSIA could make the invention described in the disclaimed claim 8 of the '778 patent. Dr. Attwood concludes that only routine solubility testing would be required to take this information and prepare a stable infusion within the specifications of the '778 patent.

[52] Dr. Attwood also concludes that the Tarr article anticipates the disclaimed claim 8 of the '778 patent. According to Dr. Attwood, the Tarr article disclosed the

polysorbate et que ces concentrations semblent être arbitraires dans le contexte d'une invention ayant trait au remplacement du crémophore avec le polysorbate.

[50] Après avoir examiné et décrit l'invention divulguée dans le brevet '778, M. Attwood affirme que l'emploi du mot « contient » dans la revendication 8 initiale aurait été interprétée par la personne versée dans l'art comme voulant dire qu'il s'agissait d'une liste exhaustive. M. Attwood affirme également que l'emploi du mot « comprenant » dans la revendication 8 après renonciation serait également interprété comme voulant dire qu'il s'agissait d'une liste exhaustive, parce qu'il y était mentionné que l'éthanol était le seul solvant utilisé et que le polysorbate était le seul surfactant utilisé et parce que les exemples ne renfermaient aucun autre ingrédient et que la personne versée dans l'art aurait su que d'autres surfactants, stabilisateurs ou agents de conservation auraient eu un effet sur la formation et les propriétés des micelles. Selon M. Attwood, la personne versée dans l'art se serait attendue à ce que les inventeurs énumèrent tout autre ingrédient de la formulation, surtout étant donné que l'étape inventive était l'arrêt de l'utilisation du crémophore.

[51] M. Attwood a conclu que l'article GV divulguait bien la formulation de la revendication 8 après renonciation. L'article GV décrit un véhicule solvant pour le docetaxel contenant de l'éthanol et du polysorbate dans un rapport 1:1, véhicule qui est identique à celui revendiqué dans le brevet '778. Selon M. Attwood, la personne versée dans l'art aurait compris que cette formulation devait être diluée dans une perfusion avant son administration à des humains. Selon lui, la personne versée dans l'art aurait connu l'existence d'une solution mère contenant 6 mg/ml de paclitaxel ainsi que la concentration idéale pour une perfusion. Grâce à ces connaissances, la personne versée dans l'art aurait pu réaliser l'invention décrite dans la revendication 8 après renonciation. M. Attwood conclut que seuls des tests de solubilités de routine auraient été nécessaires pour que la personne versée dans l'art puisse utiliser ces renseignements afin de préparer une perfusion stable respectant les caractéristiques du brevet '778.

[52] M. Attwood conclut également que l'article Tarr antécipise la revendication 8 après renonciation. D'après M. Attwood, l'article Tarr décrit la solubilisation du

solubilisation of paclitaxel in a mixture of polysorbate and ethanol, along with other ingredients, to form a stock solution of 5 mg/mL, in preparation for the formulation of an infusion, with the final formulation having polysorbate and ethanol concentrations within the range of the disclaimed claim 8.

[53] Dr. Attwood maintains that the '221 patent disclosed an infusion containing paclitaxel, polysorbate and alcohol. According to Dr. Attwood, a PSIA would know that alcohol in this context means ethanol, and that the polysorbate would be included to function as a surfactant in the formation of micelles. Dr. Attwood noted that the '221 patent did not disclose the concentrations of ethanol and polysorbate in the final infusion, but that this was not important because the concentrations in disclaimed claim 8 were not essential to the invention.

[54] Dr. Attwood is of the view that the PSIA desiring to formulate docetaxel for an infusion, would have been aware of the available stock solutions of paclitaxel, would have been aware of the problems with Cremophor, and would have been immediately led to polysorbate as a replacement. The PSIA would have started with a 6 mg/mL stock solution of docetaxel, and would only have had to conduct minor solubilisation studies to make a final formulation according to the clinician's desired final concentration. While other solvent vehicles were available, Dr. Attwood says that the PSIA would have chosen polysorbate and ethanol as the first and most practical choice.

[55] Dr. Attwood comments on the allegations of over breadth. He repeats his view that the disclaimed claim 8 was limited to the delineated ingredients, and argues that otherwise, the claim would be broader than the invention described. Alternatively, if claim 8 did include other ingredients, Dr. Attwood argues that it insufficiently explained how those ingredients were to be incorporated in the formulation.

[56] Dr. Attwood contrasts his conclusions on these issues to those of Dr. Leroux and Dr. Constantinides,

paclitaxel dans un mélange de polysorbate et d'éthanol, ainsi que d'autres ingrédients, en vue d'obtenir une solution mère de 5 mg/ml pour préparer une perfusion, les concentrations de polysorbate et d'éthanol dans la formulation finale se situant dans le même intervalle que celui énoncé dans la revendication 8 après renonciation.

[53] M. Attwood soutient que le brevet '221 divulgue une infusion contenant du paclitaxel, du polysorbate et de l'alcool. Selon M. Attwood, la personne versée dans l'art saurait que l'alcool dans ce contexte veut dire l'emploi d'éthanol et que le polysorbate serait utilisé afin d'agir en tant que surfactant dans la formation des micelles. M. Attwood a noté que le brevet '221 ne divulguait pas les concentrations d'éthanol et de polysorbate dans la perfusion définitive, mais que cela importait peu parce que les concentrations dans la revendication 8 après renonciation n'étaient pas essentielles à l'invention.

[54] M. Attwood est d'avis que la personne versée dans l'art voulant formuler du docetaxel pour une infusion aurait su qu'il existait une solution mère de paclitaxel, aurait connu les problèmes liés au crémosphore et aurait immédiatement pensé au polysorbate comme remplacement. La personne versée dans l'art aurait commencé avec une solution mère de 6 mg/ml de docetaxel et n'aurait eu qu'à mener de petites expériences de solubilisation pour réaliser une formulation finale respectant la concentration définitive souhaitée par le clinicien. Bien que d'autres véhicules solvants étaient accessibles, M. Attwood affirme que la personne versée dans l'art aurait choisi le polysorbate et l'éthanol : il s'agit du choix qui s'impose, car c'est le choix le plus pratique.

[55] M. Attwood a fait des commentaires sur les allégations de portée excessive. Il affirme à nouveau que la revendication 8 après renonciation se limite aux ingrédients mentionnés et soutient que, autrement, la revendication aurait une portée plus large que l'invention décrite. Subsidiairement, M. Attwood affirme que, si la revendication 8 comprend d'autres ingrédients, elle n'explique pas suffisamment comment ces ingrédients devraient être incorporés dans la formulation.

[56] M. Attwood compare ses conclusions sur ces questions à celles de MM. Leroux et Constantinides et

stating where he agreed and disagreed with their analysis; there was very little agreement.

[57] Dr. Bogardus is a consultant for the pharmaceutical industry. He obtained his PhD in pharmaceutical chemistry from the University of Kansas. His thesis focused on solubilising certain drugs. He was a Professor in the College of Pharmacy at the University of Kentucky. Dr. Bogardus also worked for a number of years at Bristol-Myers Squibb where he was responsible for the development of paclitaxel as well as other poorly water-soluble anti-cancer drugs. He has authored a number of articles on this subject.

[58] Dr. Bogardus swore an affidavit on September 17, 2008 commenting on the PSIA, the essential elements of disclaimed claim 8 of the '778 patent, whether disclaimed claim 8 was exhaustive, and the allegations of non-infringement and invalidity. Dr. Bogardus was referred to the same materials as Dr. Attwood.

[59] Dr. Bogardus is of the view that the PSIA would have at least a Bachelor of Science in a relevant scientific discipline, with experience in parenteral dosage forms, and some experience in formulations of poorly water-soluble drugs. The PSIA would also be expected to have access to relevant texts on solubilisation, as well as access to related scientific professionals.

[60] Dr. Bogardus says that the essential elements of disclaimed claim 8 are:

- a. an infusion of,
- b. a taxane;
- c. polysorbate; and
- d. ethanol.

[61] After reviewing the disclaimed '778 patent, Dr. Bogardus concludes that the ranges within the disclaimed

mentionne les points de leur analyse auxquels il souscrit et ceux auquel il ne souscrit pas; il y avait bien peu de points sur lesquels ils s'entendaient.

[57] M. Bogardus est consultant dans le secteur pharmaceutique. Il détient un doctorat en chimie pharmaceutique de l'Université du Kansas. Sa thèse portait essentiellement sur la solubilisation de certains médicaments. Il été professeur à la faculté de pharmacie de l'Université du Kentucky. M. Bogardus a également travaillé un certain nombre d'années pour Bristol-Myers Squibb, où il était responsable de l'élaboration du paclitaxel et d'autres médicaments anticancéreux peu solubles dans l'eau. Il a rédigé un certain nombre d'articles à ce sujet.

[58] M. Bogardus a signé un affidavit le 17 septembre 2008, dans lequel il a présenté des observations sur la personne versée dans l'art, sur les éléments essentiels de la revendication 8 après renonciation, sur la question de savoir si la revendication 8 après renonciation était exhaustive et sur les allégations de non-contrefaçon et d'invalidité. M. Bogardus a eu accès aux mêmes documents que M. Attwood.

[59] M. Bogardus est d'avis que la personne versée dans l'art détiendrait au moins un baccalauréat en sciences dans une discipline pertinente et posséderait de l'expérience dans les formes posologiques parentérales et une certaine expérience dans les formulations de médicaments peu solubles dans l'eau. Il s'attendrait également à ce que la personne versée dans l'art ait accès aux textes pertinents quant à la solubilisation ainsi qu'à des scientifiques travaillant dans ce domaine.

[60] M. Bogardus soutient que les éléments essentiels de la revendication 8 après renonciation sont les suivants :

- a. une perfusion renfermant,
- b. un taxane;
- c. du polysorbate;
- d. de l'éthanol.

[61] À la suite de l'examen du brevet '778 après renonciation, M. Bogardus conclut que les intervalles de la

claim 8 appear to be arbitrary, and that there is nothing inventive in the ranges. Dr. Bogardus also says that the disclaimed claim 8 was limited to the items listed, and does not include additional ingredients.

[62] Dr. Bogardus reviewed the formulation of Hospira, and determined that the inclusion of ingredient B in that formulation would have a material affect, and in particular, on the formation of micelles and stability.

[63] Dr. Bogardus states that the PSIA would not normally read the journal containing the GV article, but that in the early 1990s, a search of the literature would have identified the GV article, as well as the Tarr article and the '221 patent. Dr. Bogardus argues that regardless, the PSIA would have other professionals who would have informed the PSIA on the information contained in the GV article. Dr. Bogardus concluded that the GV article disclosed all the elements of the disclaimed claim 8, namely docetaxel, in a 1:1 polysorbate to ethanol infusion. It would have been logical to the PSIA to start with docetaxel stock solution concentrations in line with the already known stock concentrations of paclitaxel, i.e. 6 mg/mL. From this information, the PSIA could make the invention as described in disclaimed claim 8.

[64] Dr. Bogardus determines that the Tarr article disclosed an infusion with paclitaxel, ethanol and polysorbate. Given Dr. Bogardus's conclusion that docetaxel was not essential to disclaimed claim 8, he determined that this information disclosed the invention. Dr. Bogardus also commented that the PSIA would have been aware that the problems of crystallization described in the Tarr article would be problematic clinically.

[65] Dr. Bogardus concludes that the '221 patent disclosed the infusion characterized by the disclaimed claim 8, and that even though the formulation was prepared for administration to mice, the PSIA would be able to apply the same formulating principles to humans.

revendication 8 après renonciation semblent être arbitraires et que ces intervalles n'ont rien d'inventif. Il affirme également que la revendication 8 après renonciation se limite aux éléments énumérés et ne renferme aucun autre ingrédient.

[62] M. Bogardus a examiné la formulation de Hospira et a conclu que l'ajout de l'ingrédient B dans cette formulation aurait un effet important en particulier sur la formation des micelles et sur la stabilité.

[63] M. Bogardus avance que la personne versée dans l'art ne lirait pas habituellement le journal dans lequel a été publié l'article GV, mais qu'au début des années 90, une recherche dans la littérature aurait permis de trouver l'article GV, ainsi que l'article Tarr et le brevet '221. M. Bogardus soutient que, malgré tout, la personne versée dans l'art connaîtrait d'autres professionnels qui lui auraient donné l'information se trouvant dans l'article GV. M. Bogardus conclut que l'article GV divulgue tous les éléments de la revendication 8 après renonciation, à savoir le docetaxel dans une perfusion renfermant de l'éthanol et du polysorbate dans un rapport 1:1. Il aurait été logique pour la personne versée dans l'art de commencer avec une solution mère de docetaxel renfermant une concentration correspondant à la concentration de la solution mère de paclitaxel, laquelle concentration était déjà connue, soit 6 mg/ml. Grâce à ces renseignements, la personne versée dans l'art pourrait réaliser l'invention décrite dans la revendication 8 après renonciation.

[64] M. Bogardus conclut que l'article Tarr divulgue une perfusion renfermant du paclitaxel, de l'éthanol et du polysorbate. Étant donné sa conclusion selon laquelle le docetaxel n'était pas un élément essentiel de la revendication 8 après renonciation, M. Bogardus conclut que ce renseignement divulguait l'invention. Il mentionne également que la personne versée dans l'art saurait que les problèmes de cristallisation décrits dans l'article Tarr causeraient des difficultés sur le plan clinique.

[65] M. Bogardus conclut que le brevet '221 divulgue la perfusion établie dans la revendication 8 après renonciation et que, même si la formulation était préparée afin de l'administrer à des souris, la personne versée dans l'art serait capable d'appliquer les mêmes principes de formulation pour l'administration aux humains.

[66] Dr. Bogardus describes the steps that a PSIA would take in approaching the formulation of a docetaxel infusion to be as follows:

- i. consider the formulation of paclitaxel as a starting point due to structural similarities of the two molecules, as well as the problems with Cremophor;
- ii. consider polysorbate 80 as an alternative to Cremophor given its similar non-ionic characteristics and the available prior art; and
- iii. start with a stock solution of 6 mg/mL given the knowledge that such a stock solution worked with paclitaxel.

[67] Dr. Bogardus says that these steps, combined with clinical instructions on final concentration requirements, and routine stability testing, would lead directly and without difficulty to the invention.

[68] Dr. Bogardus argues that if the disclaimed claim 8 was construed to include additional ingredients then the invention is broader than what is described, and does not adequately instruct how to make it. Dr. Bogardus also argues that if the concentration ranges of the various components are essential then the invention does not describe how to make it.

[69] Dr. Bogardus compared and contrasted his conclusions with those of Dr. Leroux and Dr. Constantinides; there was substantial disagreement on the main issues.

Applicant's Evidence on the Disclaimer

[70] Gerald V. Dahling in an affidavit sworn on September 3, 2009 states that prior to his retirement on June 1, 2008 he was Vice-President Group Patent Counsel for the Sanofi Canada group. He was involved in recommending and making the decision to file the disclaimer of the '778 patent. He provides the following as to the reason for filing the disclaimer:

[66] M. Bogardus décrit de la façon suivante les étapes que la personne versée dans l'art prendrait pour réaliser la formulation de perfusion de docetaxel :

- i. prendre la formulation de paclitaxel comme point de départ sur le fondement de la similitude des structures des deux molécules et des problèmes liés au crémosphore;
- ii. établir que le polysorbate 80 peut remplacer le crémosphore sur le fondement de leurs caractéristiques non ioniques semblables et des documents d'antériorité accessibles;
- iii. commencer avec une solution mère de 6 mg/ml, étant donné qu'elle sait qu'une telle solution mère fonctionne avec le paclitaxel.

[67] M. Bogardus affirme que ces étapes, de concert avec des directives cliniques sur les exigences liées à la concentration définitive et avec des expériences de routine sur la stabilité, mèneraient directement et sans difficulté à la réalisation de l'invention.

[68] M. Bogardus soutient que, si la revendication 8 après renonciation est interprétée comme contenant d'autres ingrédients, alors l'invention est de portée plus large que ce qui est décrit et elle ne donne pas les instructions nécessaires à sa réalisation. Il avance également que, si les intervalles de concentration des divers éléments sont essentiels, alors il n'est pas mentionné comment faire pour réaliser l'invention.

[69] M. Bogardus a comparé ses conclusions à celles de MM. Leroux et Constantinides; il n'était pas d'accord avec eux en ce qui a trait aux principaux points.

La preuve de la demanderesse sur la renonciation

[70] M. Gerald V. Dahling, dans un affidavit signé le 3 septembre 2009, mentionne qu'avant sa retraite le 1^{er} juin 2008, il était le vice-président du groupe d'avocats spécialisés en propriété intellectuelle pour la société Sanofi Canada. Il a participé à la recommandation et à la prise de décisions liées au dépôt de la renonciation du brevet '778. Il a expliqué de la façon suivante les raisons du dépôt de la renonciation :

On October 15, 2007, Hospira sent a Notice of Allegation relating to, among others, the '778 Patent. In the Notice of Allegation, Hospira alleged that the '778 Patent was invalid for Double Patenting in light of Canadian Patent 2,102,777 (the " '777 Patent"). This was the first such allegation of Double Patenting relating to the '778 Patent in view of the '777 Patent that anyone in the sanofi-aventis organization was aware of. Upon review of the issue, we recognize that there was potential overlap in the scope of the claims of these two patents and a decision was made to narrow the scope of Claim 8 of the '778 Patent to limit the active substance to docetaxel (thereby removing paclitaxel from the scope of the claim) and to narrow the range of docetaxel as well as the ranges of ethanol and polysorbate.

[71] Thierry Orlhac swore an affidavit on September 2, 2009. He is a partner at Léger Robic Richard LLP and a registered patent agent in both Canada and the United States. He filed the disclaimer. He states that:

As a result of Hospira's allegation, and to ensure that the Canadian patents were being handled in accordance with then-applicable Canadian law, I was asked to file a disclaimer to remove any possible overlap between the '777 Patent and the '778 Patent. I was also asked to remove paclitaxel from the scope of the claims to address any potential prior art concerns with that compound and to limit the claims to docetaxel.

He further attests that the word "contient" ("contains") in the original patent and the word "comprenant" ("including") in the disclaimer, "in Canadian prosecution ... are equivalent and that the disclaimer does not therefore broaden the scope of the original claim".

[72] Dr. Michael Alt, a consultant with partner status at Bird & Bird LLP, Germany, swore an affidavit on August 31, 2009. He was asked to provide an opinion on whether the overlapping subject-matter, to the extent that there is any, in the *Patent Cooperation Treaty* [June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22] (PCT) applications, would be of concern under the PCT and European Patent Convention [*Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention)*, October 5, 1973] and patent practice at the time they were filed and prosecuted in the international phase. He explains that he is "not aware that the PCT provides any legal basis for raising a double patenting

[TRANSDUCTION] Le 15 octobre 2007, Hospira a envoyé un avis d'allégation portant entre autres sur le brevet '778. Dans cet avis d'allégation, Hospira alléguait que le brevet '778 était invalide pour cause de double brevet à la lumière du brevet canadien 2102777 (le brevet '777). Selon les membres de l'organisation Sanofi-Aventis, c'était la première fois qu'une telle allégation de double brevet quant au brevet '778 à la lumière du brevet '777 était avancée. Après examen de la question, nous reconnaissons qu'il est possible que la portée des revendications de ces deux brevets se chevauchent, et nous avons décidé de restreindre la portée de la revendication 8 du brevet '778 afin que seul le docetaxel constitue l'ingrédient actif (le paclitaxel n'étant ainsi plus visé par la revendication) et de restreindre les intervalles du docetaxel, de l'éthanol et du polysorbate.

[71] M. Thierry Orlhac a signé un affidavit le 2 septembre 2009. Il est un partenaire du cabinet Léger Robic Richard SENCRL et un agent de brevets enregistré au Canada et aux États-Unis. Il a déposé la renonciation. Il déclare que :

[TRANSDUCTION] Par suite de l'allégation de Hospira et en vue de veiller à ce que les brevets canadiens soient traités suivant le droit canadien applicable à cette époque, on m'a demandé de déposer une renonciation afin d'écartier tout chevauchement possible entre le brevet '777 et le brevet '778. On m'a également demandé de soustraire le paclitaxel de la portée des revendications afin de répondre à toute réserve liée à l'antériorité quant à ce composé et de limiter les revendications au docetaxel.

Il soutient également que le mot « contient » dans la version initiale et que le mot « comprenant » dans la renonciation [TRANSDUCTION] « sont équivalents en droit canadien et que la renonciation n'élargit donc pas la portée de la revendication initiale ».

[72] M. Micheal Alt, un consultant ayant le statut de partenaire au cabinet Bird & Bird LLP, en Allemagne, a signé un affidavit le 31 août 2009. On lui a demandé de donner son opinion sur la question de savoir si les points qui se chevauchent, dans la mesure où il y a chevauchement, dans les demandes présentées suivant le *Traité de coopération en matière de brevets* [19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22] (le PCT) poseraient problème au regard du PCT, de la Convention sur le brevet européen [*Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen)*, 5 octobre 1973] ou des pratiques en matière de brevet à l'époque où les demandes ont été

objection ... [and he has] never seen a double protection objection when prosecuting PCT phase applications”.

[73] Lastly, Robert Kajubi, the Director, Patent Counsel in the litigation group of Sanofi Canada swore an affidavit asserting that until Hospira had recently filed its memorandum of fact and law in this proceeding it had not asserted that the disclaimer was in any way invalid. He asserts that “to allow Hospira to change its position now to attack the validity of the disclaimer or assert that claims other than the disclaimed claims are in issue is unfair and prejudicial to the Applicant, particularly in light of the liability that the Applicant has potentially accrued in the meantime under s. 8 of the *Regulations*”.

ISSUES

[74] The following are the issues that arise in this proceeding:

1. Whether the justification of Hospira’s allegations are determined with reference to the claims of the patent as they read when it served its NOA or as they read as at the date of the hearing which was after the disclaimer had been filed;
 2. Whether Hospira is estopped from arguing the invalidity of the disclaimer;
 3. Whether the disclaimer is valid; and
 4. Whether none of Hospira’s allegations are justified.
1. Whether the Court looks at the claims as they read when the NOA was served or at the date of hearing

déposées et instruites lors de l’étape internationale. Il a expliqué qu’il [TRADUCTION] « ne savait pas si le PCT fournissait un fondement légal permettant de plaider une contestation fondée sur l’existence d’un double brevet [...] [et qu’il n’a] jamais vu de contestation fondée sur une double protection lorsqu’il a instruit des demandes lors de l’étape du PCT ».

[73] Enfin, M. Robert Kajubi, le directeur, Contentieux en matière de brevet au sein du contentieux de Sanofi Canada, a signé un affidavit dans lequel il déclare que, avant que Hospira ait déposé tout dernièrement son mémoire des faits et droit en l’espèce, elle n’avait pas allégué que la renonciation était invalide d’une façon ou d’une autre. Il affirme que [TRADUCTION] « de permettre à Hospira de changer sa position maintenant et d’attaquer la validité de la renonciation ou d’alléguer que d’autres revendications que celles ayant fait l’objet d’une renonciation sont en litige portent préjudice à la demanderesse et est injuste, particulièrement à la lumière du fait que la responsabilité qui pourrait incomber à la demanderesse en application de l’article 8 du Règlement AC a augmenté entre-temps ».

LES QUESTIONS EN LITIGE

[74] Les questions en litige en l’espèce sont les suivantes :

1. Le bien-fondé des allégations de Hospira doit-il être décidé en tenant compte du libellé des revendications du brevet à la date de la signification de l’avis d’allégation ou de leur libellé à la date de l’audience, laquelle a été tenue après que la renonciation a été déposée?
 2. Hospira est-elle empêchée par préclusion d’alléguer l’invalidité de la renonciation?
 3. La renonciation est-elle valide?
 4. Y a-t-il au moins une des allégations de Hospira qui est fondée?
1. La Cour doit-elle interpréter les revendications selon leur libellé à la date de signification de l’avis d’allégation ou selon leur libellé à la date de l’audience?

[75] Subsection 6(2) of the NOC Regulations requires the Court to issue a prohibition order if “it finds that none of those allegations is justified.” Hospira submits that when making that determination the Court is to examine the claims of the patent as at the date the NOA was served. Sanofi Canada submits that when making that determination the Court is to examine the claims of the patent as at the date of hearing. If Hospira is correct, we look to the claims of the '778 patent as originally filed. If Sanofi Canada is correct we look to the claims of the '778 patent after the disclaimer.

[76] Hospira relies on three recent decisions of this Court which have held that a disclaimer or dedication filed after the NOA was served are ineffective in the context of an application under the NOC Regulations: *Bristol-Myers Squibb Canada Co. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 137, 74 C.P.R. (4th) 85 (*BMS*); *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)*, 2009 FC 648, 77 C.P.R. (4th) 201 (*Abbott*); and *Janssen-Ortho Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 650, 77 C.P.R. (4th) 385, affd 2009 FC 783, 81 C.P.R. (4th) 66 (*Janssen-Ortho*). Hospira submits that because the disclaimer was ineffective in this proceeding and because Sanofi Canada has failed to lead any evidence on infringement and validity of the '778 patent as first filed, this application is an abuse of process and ought to be dismissed.

[77] For its part, Sanofi Canada submits that insofar as the decisions of this Court have held that the relevant time for considering the claims of a patent in a proceeding under the NOC Regulations is the date the NOA is served, they are manifestly wrong. Sanofi Canada relies on the decision of the Supreme Court of Canada in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*, [1998] 2 S.C.R. 193 (*Merck*) and a companion decision made on the same date, *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, together with an earlier decision of Justice Muldoon of this Court, *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 74 C.P.R. (3d) 131 (F.C.T.D.) that was relied on by the Supreme Court. Sanofi Canada notes that none of these decisions were before the decision makers in *BMS*, *Abbott*, or *Janssen-Ortho*. Decisions of the Supreme Court are binding on this Court and Sanofi

[75] Le paragraphe 6(2) du Règlement AC dispose que la Cour doit rendre une ordonnance d'interdiction si « elle conclut qu'aucune des allégations n'est fondée ». Hospira soutient que la Cour qui doit trancher cette question doit examiner les revendications du brevet selon leur libellé à la date de signification de l'avis d'allégation. Sanofi Canada soutient que la Cour qui doit trancher cette question doit examiner les revendications du brevet selon leur libellé à la date de l'audience. Si Hospira a raison, la Cour doit interpréter les revendications du brevet '778 selon leur libellé lors de leur dépôt initial. Si Sanofi Canada a raison, la Cour doit interpréter les revendications du brevet '778 selon leur libellé après la renonciation.

[76] Hospira se fonde sur trois décisions récentes rendues par la Cour, dans laquelle la Cour a conclu que la renonciation ou la cession déposée après la signification de l'avis d'allégation sont sans effet dans le contexte d'une demande présentée en vertu du Règlement AC : *Bristol-Myers Squibb Canada Co. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 137 (*BMS*); *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2009 CF 648 (*Abbott*); et *Janssen-Ortho Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 650, conf. par 2009 CF 783 (*Janssen-Ortho*). Hospira soutient que, étant donné que la renonciation était sans effet en l'espèce et que Sanofi Canada n'a présenté aucune preuve sur la contrefaçon et la validité du brevet '778 tel qu'il a été initialement déposé, la présente demande constitue un abus de procédure et devrait être rejetée.

[77] Pour sa part, Sanofi Canada avance que dans la mesure où la Cour a conclu dans ses décisions que la date pertinente quant à l'évaluation des revendications d'un brevet dans une instance engagée en vertu du Règlement AC est la date de signification de l'avis d'allégation, ces décisions sont manifestement erronées. Sanofi Canada se fonde sur l'arrêt *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1998] 2 R.C.S. 193 (*Merck*), rendu par la Cour suprême du Canada et sur l'arrêt connexe *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, rendu la même date, ainsi que sur une décision antérieure rendue par le juge Muldoon de la Cour, soit *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1997] A.C.F. n° 709 (1^{re} inst.) (QL), sur laquelle la Cour suprême s'était fondée. Sanofi Canada souligne que les juges dans les décisions *BMS*, *Abbott* ou *Janssen-*

Canada submits that had they been brought to the attention of the learned Judges and Prothonotary in the decisions relied on by Hospira, the results would have been different.

[78] I turn first to the authorities relied on by Hospira.

[79] In *BMS* this Court held that in context of NOC proceedings, the date to assess the construction of claims within a patent is the date the NOA is filed, even if those claims have since been disclaimed. In *BMS*, as here, the first person, after receiving an NOA, filed a disclaimer the day prior to filing its notice of application. The disclaimer was directed to only some of the claims at issue. In construing the patent's claims, Justice Hughes considered the effect, if any, of the disclaimer on the NOC proceeding.

[80] Justice Hughes considered and relied on the reasoning of the Privy Council in *Can. Celanese Ltd. v. B.V.D. Co.*, [1939] 2 D.L.R. 289 (P.C.) (*BVD*). In *BVD*, the Supreme Court of Canada had ruled that a patent was invalid for over-breadth [*B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] S.C.R. 221]. The Court's reasons for judgment were delivered before its formal judgment was entered. Before the Court's formal judgment was entered, the patentee filed a disclaimer, disclaiming the patent in accordance with the Court's issued reasons. It then sought to have the matter reheard by the Court on the basis that the patent as it read at the date of formal judgment was not overly broad, although it had been at the date reasons were given. It was submitted that the relevant date for construing the patent was the date of formal judgment and not an earlier date. The Supreme Court refused to rehear the matter and issued formal judgment [*B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] S.C.R. 441]. An appeal was made to the Privy Council. The Privy Council held that it was not open to the patentee to change the patent mid-stream in order to overcome the construction of the patent as determined by the Court. It held that the patent was to be construed as at the date of the Supreme Court hearing.

Ortho ne disposaient d'aucune de ces décisions. Les arrêts de la Cour suprême lient la Cour, et Sanofi Canada allègue que, si ces arrêts avaient été portés à l'attention des juges et des protonotaires qui ont rendu les décisions sur lesquelles se fonde Hospira, leurs issues auraient été différentes.

[78] J'examinerai d'abord les décisions sur lesquelles Hospira se fonde.

[79] Dans la décision *BMS*, la Cour a conclu que, dans le cadre des instances relatives à un avis de conformité, les revendications d'un brevet doivent être interprétées selon leur libellé à la date du dépôt de l'avis d'allégation, et ce, même si elles ont fait l'objet d'une renonciation par la suite. Dans l'affaire *BMS*, comme en l'espèce, la première personne, après avoir reçu un avis d'allégation, a déposé une renonciation le jour précédent le dépôt de son avis de demande. La renonciation ne portait que sur certaines des revendications en litige. Lorsqu'il a interprété les revendications du brevet, le juge Hughes a tenu compte de l'effet, le cas échéant, de la renonciation sur l'instance relative à l'avis de conformité.

[80] Le juge Hughes a examiné et fait valoir le raisonnement du Conseil privé dans l'arrêt *Can. Celanese Ltd. v. B.V.D. Co.*, [1939] 2 D.L.R. 289 (C.P.) (*BVD*). Dans l'affaire *BVD*, la Cour suprême du Canada avait décidé qu'un brevet était invalide pour cause de portée excessive [*B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] R.C.S. 221]. Les motifs du jugement de la Cour suprême ont été prononcés avant que le jugement formel soit rendu. Avant que la Cour suprême rende son jugement formel, le titulaire du brevet a déposé une renonciation, dans laquelle il renonçait au brevet selon les motifs prononcés par la Cour suprême. Il a par la suite demandé que l'affaire soit réentendue par la Cour suprême parce que la portée du brevet, tel qu'il était libellé à la date du jugement formel, n'était pas excessive, même si elle l'était à la date du prononcé des motifs. Il a été plaidé que la date pertinente quant à l'interprétation du brevet était la date du jugement formel et non une date antérieure. La Cour suprême a refusé de réentendre l'affaire et a rendu son jugement formel [*B.V.D. Company v. Canadian Celanese Ltd.*, [1937] R.C.S. 441]. Le titulaire du brevet a interjeté appel au Conseil privé, qui a conclu qu'il n'était pas loisible au titulaire du brevet de modifier son brevet en cours d'instance afin de respecter l'interprétation du brevet

[81] Justice Hughes reviewed the NOC Regulations and the procedure thereunder noting [at paragraphs 52–53], as have many, that an NOA “is a document beyond the reach of a Court’s jurisdiction.” The Court has no jurisdiction over the NOA because it is not filed with the Court. However, the NOA “casts a long shadow” over NOC proceedings because “it serves to frame the issues.” In contrast to a patent infringement action, where a disclaimer could be met with amended pleadings, the NOC Regulations do not permit the second person to respond with such an amendment.

[82] Taking these facts, jurisprudence, and legislation into consideration Justice Hughes then considered at what date, in the context of NOC proceedings, the claims of the patent at issue are to be assessed by the Court and held that it was as they read on the date the NOA was served (at paragraphs 54–57):

Therefore the Court must consider the various possibilities since the Court cannot amend a Notice of Allegation. If the patentee disclaimed certain claims but did not commence proceedings in the court, the generic would get its Notice of Compliance as soon as the 45 day period provide [*sic*] by subsection 7(1)(d) of the *NOC Regulations*. If the patentee commenced proceedings and the generic did not defend, the patentee would get judgment prohibiting the generic from receiving a Notice of Compliance until the patent expired. If a generic wishes to attack the validity of the claims as reformulated by the disclaimer, it cannot revise its Notice of Application since proceedings, as in this case, have already been commenced. [The second person] cannot raise new grounds for invalidity nor allege non-infringement since the proceedings in this Court were initiated immediately after the filing of the Disclaimer thus, in effect, locking in the Notice of Allegation.

The only proper way to approach the matter is to do so in the way that the Privy Council did in *BVD* namely fix a date prior to the disclaimer for the purpose of construing the claims. The Privy Council fixed that date as the date of the Supreme Court

donnée par la Cour suprême. Le Conseil privé a conclu que le brevet devait être interprété à la date de l’audience de la Cour suprême.

[81] Le juge Hughes a examiné le Règlement AC et la procédure sous-jacente et a noté [aux paragraphes 52 et 53], comme plusieurs avant lui, que l’avis d’allégation « est un document qui échappe à la compétence de la Cour ». La Cour n’a pas compétence sur l’avis d’allégation parce qu’il n’est pas déposé à la Cour. Cependant, l’avis d’allégation « avait une influence [...] prédominante » sur les instances en matière d’AC, car il « sert à définir les questions ». Contrairement à ce qui se passe lors d’une action en contrefaçon de brevet, dans laquelle une renonciation peut être modifiée par voie de modifications apportées aux actes de procédure, le Règlement AC ne permet pas à la seconde personne de présenter de telles modifications en réponse.

[82] Tenant compte de ces faits, de la jurisprudence et de la loi, le juge Hughes a par la suite examiné à quelle date, dans le contexte des instances relatives aux avis de conformité, les revendications d’un brevet en litige devaient être interprétées par la Cour et a conclu qu’elles devaient l’être à la date de signification de l’avis d’allégation (aux paragraphes 54 à 57) :

En conséquence, étant donné que la Cour ne peut modifier un avis d’allégation, elle doit prendre en compte les diverses possibilités. Si le breveté a renoncé à certaines revendications sans introduire d’instance devant la Cour, l’avis de conformité du fabricant de médicaments génériques sera délivré dès l’expiration de la période de 45 jours prévue à l’al. 7(1)d) du *Règlement sur les AC*. Si le breveté initie des procédures sans que le fabricant ne se défende, il obtiendra un jugement interdisant la délivrance d’un avis de conformité au fabricant avant l’expiration du brevet. Si un fabricant de médicaments génériques souhaite contester la validité des revendications telles que reformulées par la renonciation, il ne peut revoir son avis de conformité car les procédures, comme en l’espèce, ont déjà été introduites. [La seconde personne] ne peut soulever de nouveaux motifs d’invalidité ni invoquer la contrefaçon étant donné que les procédures dont notre Cour est saisie ont été introduites immédiatement après le dépôt de la renonciation, entraînant le gel de l’avis d’allégation.

La seule façon convenable d’aborder la question consiste à faire comme le Conseil privé l’a fait dans *BVD*, c’est-à-dire se placer à une date antérieure à la renonciation pour interpréter les revendications. Le Conseil privé a choisi la date de la

decision even though formal judgment had not yet been entered. Here that date must be April 2, 2007, the date that the Notice of Allegation was served. I must add however, that this date for construction relates only to claim 2 and only for purposes of this particular NOC proceeding.

Should the Applicants assert the patent subsequent to the date of the disclaimer in an action or other proceeding, then claim 2 may well be considered in the form as disclaimed.

If this were not a proceeding under the *NOC Regulations* but an ordinary patent infringement action, then a disclaimer even if filed during the course of the action, would serve to amend the patent and, therefore, possibly change the issues as to validity and infringement. In an action parties may amend their pleadings and conduct further discovery. This was, for instance, the circumstance in *Cooper & Beatty v. Alpha Graphics Ltd.* (1980), 49 C.P.R. (2d) 145 (FC) per Mahoney J. at pages 162-164. None of this is possible in a proceeding under the *NOC Regulations*.

[83] A similar issue arose before Prothonotary Aalto in *Janssen-Ortho*. Prior to filing its notice of application, but subsequent to the second person's NOA, the first person filed a disclaimer in respect of all the original claims in the patent at issue. In filing their notice of application, the first person did not address the second person's allegations, and instead argued that the second person's NOA was deficient because it failed to address the claims as disclaimed. I pause to observe that it is hardly surprising that the NOA failed to address the subsequently disclaimed claims as that would have been impossible unless the second person was blessed with the ability to predict the future. The second person then brought a motion to strike the first person's application. Prothonotary Aalto posed the issue between the parties as follows (at paragraph 1):

[W]hether a generic manufacturer has to respond to claims in a patent which changed as the result of a disclaimer by the innovator subsequent to the generic's notice of allegation and prior to the commencement of a notice of application to prohibit the issuance of a notice of compliance.

décision de la Cour suprême, même si le dispositif du jugement n'était pas encore enregistré. En l'espèce, cette date doit être le 2 avril 2007, soit la date de signification de l'avis d'allégation. J'ajoute cependant que cette date aux fins d'interprétation ne concerne que la revendication 2 et ne s'applique qu'à la présente instance relative à un avis de conformité.

Si les demandresses devaient faire valoir le brevet à une date postérieure à la renonciation dans le cadre d'une action ou d'une autre instance, la revendication 2 pourrait alors bien être prise en compte dans la teneur modifiée par la renonciation.

S'il ne s'agissait pas d'une procédure engagée en vertu du *Règlement sur les AC* mais d'une action ordinaire en contrefaçon de brevet, alors une renonciation, même déposée en cours d'instance, aurait pour effet de modifier le brevet et donc de possiblement changer les questions relatives à la validité et à la contrefaçon. Dans une action, les parties peuvent modifier leurs actes de procédure et procéder à de nouveaux interrogatoires. C'était le cas, par exemple, dans *Cooper & Beatty c. Alpha Graphics Ltd.* (1980), 49 C.P.R. (2d) 145 (CF), le juge Mahoney, aux p. 162-164. Rien de tout cela n'est possible dans le cadre de procédures engagées en vertu du *Règlement sur les AC*.

[83] Le protonotaire Aalto a été saisi d'une question semblable dans l'affaire *Janssen-Ortho*. Avant de déposer son avis de demande, mais après que la seconde personne eut déposé son avis d'allégation, la première personne a déposé une renonciation visant toutes les revendications initiales dans le brevet en cause. Dans l'avis de demande déposé, la première personne n'a pas traité des allégations de la seconde personne et a plutôt plaidé que l'avis d'allégation de la seconde personne était déficient parce qu'il ne portait pas sur les revendications ayant fait l'objet d'une renonciation. J'ouvre ici une parenthèse pour souligner qu'il n'est guère surprenant que l'avis d'allégation ne traitât pas des revendications ayant par la suite fait l'objet de la renonciation : c'eût été impossible à moins que la seconde personne n'ait eu le don de prédire l'avenir. La seconde personne a par la suite présenté une requête en radiation de la demande de la première personne. Le protonotaire Aalto a formulé la question en litige entre les parties de la façon suivante (au paragraphe 1) :

[I]l s'agit de savoir si le fabricant de médicaments génériques doit tenir compte des revendications d'un brevet qui ont changé par suite d'une renonciation de la part de la société innovatrice survenue après l'avis d'allégation dudit fabricant mais avant le dépôt d'un avis de demande visant à interdire la délivrance d'un avis de conformité.

[84] Relying on *BMS*, and substantive reasoning of his own, Prothonotary Aalto answered this question in the negative stating (at paragraphs 19–20):

It defies logic that [the second person] should have to respond to “claims” that were not in existence at the time of either its ANDS or its NOA. [The first person] was required to respond to the NOA by commencing a prohibition application. For whatever tactical reasons, it chose to disclaim the claims and then seek a prohibition order. From a simple policy perspective and a consideration of the way in which the Regulations operate, an innovator should not be able to change the landscape after the patent has been put in play by the NOA.

The allegations in the NOA do not relate to the patent as disclaimed. It is effectively a new patent. It is no answer to say that [the second person] should start the process all over again. The rug has been pulled out from under [the second person] in a tactical move by [the first person] which decided to disclaim all the claims in [its patent].

[85] Prothonotary Aalto held that the rights of the respective parties crystallized upon the receipt by the first person of the second person’s NOA and that the filing of an NOA in effect freezes the patent registry at that date. Prothonotary Aalto concluded that disclaimers have prospective and not retrospective effect. He supported his conclusion by an analysis of amendments to the *Patent Act*, the *BVD* decision and the policy objective of certainty and predictability. Prothonotary Aalto asks at paragraph 35: “What would stop any innovator from disclaiming even a minor part of a patent after receiving a NOA in order to make the NOA non-compliant with the Regulations.” He expressed the concern that if such conduct were permitted the innovator could inappropriately and unfairly prolong the period in which the generic product would be kept off the market.

[86] Based on these reasons, and the fact that the first person had not filed any submissions rebutting the second person’s allegations, Prothonotary Aalto struck the application. The first person appealed. That appeal

[84] Sur le fondement de la décision *BMS* et d’un raisonnement étoffé de son propre cru, le protonotaire Aalto a répondu à cette question par la négative de la façon suivante (aux paragraphes 19 et 20) :

Il n’est pas logique de prétendre [que la seconde personne] aurait dû tenir compte de « revendications » qui n’existaient pas tant au moment de sa PADN [présentation abrégée de nouvelle drogue] que de son AA. [La première personne] devait répondre à l’AA en introduisant une demande d’interdiction. Pour des raisons stratégiques, elle a choisi de renoncer aux revendications avant de solliciter une ordonnance d’interdiction. Du simple point de vue de la politique générale et compte tenu de la façon dont le Règlement fonctionne, une société innovatrice ne devrait pas pouvoir modifier le paysage une fois le brevet mis en jeu par l’AA.

Les allégations contenues dans l’AA ne concernent pas le brevet tel qu’il existait après la renonciation. Il s’agit en fait d’un nouveau brevet. Il ne suffit pas de répondre [que la seconde personne] devrait recommencer le processus depuis le début. [La seconde personne] s’est fait tirer le tapis sous les pieds dans le cadre d’une stratégie imaginée par [la première personne] qui a décidé de renoncer à toutes les revendications [de son brevet].

[85] Le protonotaire Aalto a conclu que les droits respectifs des parties se sont cristallisés au moment de la réception par la première personne de l’avis d’allégation de la seconde personne et que le dépôt d’un avis d’allégation gèle le registre des brevets à cette date. Le protonotaire Aalto a conclu que les renonciations devaient prendre effet de manière prospective et non rétroactive. Il a appuyé sa conclusion sur une analyse des modifications de la *Loi sur les brevets*, de la décision *BVD* et des objectifs de politique générale liée à la certitude et à la prévisibilité. Il a posé la question suivante au paragraphe 35 : « Qu’est-ce qui empêcherait une société innovatrice de renoncer ne serait-ce qu’à une infime partie de son brevet après avoir reçu un AA dans le but de rendre cet AA non conforme au Règlement? » Il a dit craindre que, si une telle conduite était permise, l’innovateur puisse prolonger de façon inappropriée et injuste la période pendant laquelle le produit générique ne pourrait pas être commercialisé.

[86] Pour les motifs exposés ci-dessus et parce que la première personne n’avait pas déposé d’observations réfutant les allégations de la seconde personne, le protonotaire Aalto a radié la demande. La première personne a

was heard by Justice Hughes, who dismissed the appeal, and affirmed Prothonotary Aalto's decision: see 2009 FC 783, 81 C.P.R. (4th) 66. A further appeal to the Federal Court of Appeal is pending [reasons for order have now been rendered, 2009 FCA 250, 76 C.P.R. (4th) 165].

[87] Justice Heneghan in *Abbott* considered a similar issue but in the context of a notice of dedication rather than in the context of a disclaimer. She reached a conclusion similar to those reached by Justice Hughes and Prothonotary Aalto.

[88] In *Abbott* the second party submitted that the relevant patent was invalid on the basis of double patenting over Canadian Patent No. 2325541 (the '541 patent). *Abbott*, after receiving the NOA that contained this allegation, submitted a notice of dedication to the Canadian Patent Office dedicating the '541 patent to the public. The Court in *G.D. Searle & Co. v. Merck & Co. Inc.*, 2002 FCT 540, 20 C.P.R. (4th) 103, at paragraph 96 held that “[u]pon the dedication of the claims, the patent is to be read as if those claims had never issued, subject to any claim for past infringement.” *Abbott* submitted accordingly that there was no basis for the allegation of invalidity on the basis of double patenting as the '541 patent, in effect, had never issued.

[89] Justice Heneghan, relying on the *BMS* decision, held at paragraph 199 that the dedication was without effect in so far as the NOC proceeding was concerned (paragraphs 201, 203 and 204):

I am not persuaded by the Applicants' arguments as to the effect of their Notice of Dedication in the context of this proceeding. The issue of prejudice to a respondent is not the starting point in dealing with an allegation of invalidity in a prohibition proceeding. Rather, the commencement point is the NOA, the document which frames the grounds upon which a second person advances allegations of invalidity or non-infringement, as the case may be, against one or more patents: *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272 (F.C.A.) at para. 20. It was upon the content of the NOA that the Applicants decided to commence these proceedings and so it must be upon the date that the NOA was issued that the status of the '541 Patent is considered.

interjeté appel de cette décision. L'appel a été rejeté par le juge Hughes, qui a confirmé la décision du protonotaire Aalto; voir 2009 CF 783. Un autre appel interjeté à la Cour d'appel fédérale est en instance [les motifs de l'ordonnance ont depuis lors été rendus, 2009 CAF 250].

[87] La juge Heneghan dans la décision *Abbott* a examiné une question semblable, mais dans le contexte d'un avis de cession plutôt que dans le contexte d'une renonciation. Elle a tiré une conclusion semblable aux conclusions tirées par le juge Hughes et le protonotaire Aalto.

[88] Dans l'affaire *Abbott*, la seconde personne a avancé que le brevet en cause était invalide pour cause de double brevet par rapport au brevet canadien n° 2325541 (le brevet '541). *Abbott*, après avoir reçu l'avis d'allégation, dans lequel l'allégation de double brevet était avancé, a déposé un avis de cession au Bureau des brevets, dans lequel il céda au public le brevet '541. La Cour, au paragraphe 96 de la décision *G.D. Searle & Co. c. Merck & Co. Inc.*, 2002 CFPI 540, a conclu que « [l]orsqu'il y a cession des revendications, le brevet doit être interprété comme si ces revendications n'avaient jamais existé, sous réserve de toute poursuite pour contrefaçon passée ». *Abbott* a donc plaidé que l'allégation d'invalidité pour cause de double brevet n'avait aucun fondement puisque, dans les faits, le brevet '541 n'avait jamais été délivré.

[89] La juge Heneghan, se fondant sur la décision *BMS*, a conclu au paragraphe 199 que la cession était sans effet en ce qui avait trait à l'instance en matière d'avis de conformité (paragraphes 201, 203 et 204) :

[L]es arguments des demandresses, en ce qui concerne l'effet de leur avis de cession dans le contexte de la présente instance, ne me convainquent pas. La question du préjudice causé à un défendeur n'est pas le point de départ de l'examen d'une allégation d'invalidité dans une procédure d'interdiction. Le point de départ est plutôt l'AA, le document qui énonce les motifs pour lesquels la seconde personne allègue l'invalidité ou l'absence de contrefaçon, selon le cas, contre un ou plusieurs brevets; *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272 (C.A.F.), paragraphe 20. C'est en se fondant sur le contenu de l'AA que les demandresses ont décidé d'engager la présente instance, de sorte que la situation, quant au brevet 541, doit être examinée à la date de délivrance de l'AA.

...

In the context of prohibition proceedings, the NOA is the critical document. According to the NOC Regulations, service of a NOA puts a patentee in the position of deciding whether to commence prohibition proceedings or not.

As noted in *Bristol-Myers* at para. 48, in “proceedings under the *NOC Regulations* all that a Court may do is determine whether the allegations made ... in the Notice of Allegation, are justified”.

[90] Judicial comity provides that a court is bound to follow a previous decision of the same court unless it can be shown that the previous decision was manifestly wrong, or should no longer be followed. Justice Richard of the Federal Court of Canada—Trial Division, as he then was, in *Glaxo Group Ltd. v. Canada (Minister of National Health & Welfare)* (1995), 64 C.P.R. (3d) 65 (F.C.T.D.), accepted that a decision is manifestly wrong if it fails to consider legislation or binding authority which would have produced a different result. Relying on the principle of judicial comity and the three decisions above, Hospira submits that the '778 patent and its claims are to be construed by the Court as they existed when it served its NOA.

[91] Sanofi Canada submits that *Merck*, a decision of the Supreme Court of Canada, which was not considered in *BMS*, *Janssen-Ortho*, or *Abbott* is a binding authority which, had it been considered, would have produced a different result. *Merck*, it is submitted, stands for the proposition that the date for assessing a patent in an NOC proceeding is the date of the hearing and not the date the NOA was served. In this case, that would require the Court to construe the claims of the disclaimed '778 patent. It further submits that the Court in the decisions relied on by Hospira also failed to consider relevant legislative provisions, namely subsection 48(6) of the *Patent Act*.

[...]

Dans le contexte des procédures d'interdiction, l'AA est le document crucial. Selon le Règlement AC, la signification d'un AA place le titulaire d'un brevet dans la situation où il doit décider si des procédures d'interdiction doivent être engagées.

Comme le juge Hughes l'a fait remarquer au paragraphe 48 de la décision *Bristol-Myers* : « Dans le cadre de procédures instituées sous le régime du *Règlement sur les AC*, la Cour ne peut statuer que sur la question de savoir si les allégations faites, [...] dans [l']avis d'allégation, sont justifiées. »

[90] La courtoisie judiciaire prévoit qu'un tribunal doit se conformer à ses décisions antérieures à moins qu'il soit établi que ces décisions antérieures étaient manifestement erronées ou ne devraient plus être suivies. Le juge Richard de la Section de première instance de la Cour fédérale du Canada, plus tard juge en chef de la Cour d'appel fédérale, dans la décision *Glaxo Group Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. n° 1430 (1^{re} inst.) (QL), a accepté qu'une décision était manifestement erronée si elle ne tenait pas compte de dispositions législatives ou de précédents qui auraient entraîné une issue différente. Sur le fondement du principe de la courtoisie judiciaire et des trois décisions mentionnées ci-dessus, Hospira soutient que le brevet '778 et ses revendications doivent être interprétés par la Cour selon leur libellé à la date de la signification de son avis d'allégation.

[91] Sanofi Canada allègue que l'arrêt *Merck*, soit l'arrêt rendu par la Cour suprême du Canada, lequel n'a pas été examiné dans les décisions *BMS*, *Janssen-Ortho* et *Abbott*, constitue un précédent qui, si la Cour en avait tenu compte, aurait entraîné des issues différentes. Elle plaide que l'arrêt *Merck* a établi que la date à laquelle il faut interpréter un brevet dans une instance relative à un avis de conformité est la date de l'audience et non la date de signification de l'avis d'allégation. En l'espèce, il faudrait alors que la Cour interprète les revendications du brevet '778 ayant fait l'objet d'une renonciation. Sanofi Canada soutient également que la Cour, dans les décisions invoquées par Hospira, a également omis de tenir compte d'une disposition législative pertinente, à savoir le paragraphe 48(6) de la *Loi sur les brevets*.

[92] I find no merit in the submission that the Court in the three decisions cited by Hospira failed to consider subsection 48(6) of the *Patent Act*. It is referred to by Justice Hughes in *BMS* which was heavily relied upon in the other decisions.

[93] The Court in *Merck* dealt with NOC proceedings that arose in relation to the compulsory licensing scheme that was then in place. Merck Frosst sought an order prohibiting the Minister from issuing an NOC to Apotex for the drug norfloxacin until the expiry of a Canadian patent held by Kyorin and for which the applicant was the exclusive holder of a licence and sole sublicense. Apotex alleged non-infringement on the basis that it would obtain norfloxacin from or through Novopharm who held a valid compulsory licence for norfloxacin. Merck Frosst argued “that the NOA was premature because, on the 46th day after its service, the first date on which the NOC theoretically could have been issued in accordance with the Regulations, there was no non-infringing activity possible, owing to the statutory restrictions on Novopharm’s compulsory licence”: *Merck*, at paragraph 12. Justice Simpson agreed, finding that the allegation of non-infringement was not justified and was premature. She allowed the application and granted the prohibition order [(1995), 65 C.P.R. (3d) 483]. The Federal Court of Appeal rejected an appeal by Apotex but did not deal with this issue [(1996), 67 C.P.R. (3d) 455]. An appeal was then made to the Supreme Court of Canada.

[94] Justice Iacobucci for the Supreme Court phrased the issue before the Court as follows: “What is the relevant date for assessing the justification for a NOA?”: *Merck*, at paragraph 17. The Court rejected the conclusions of Justice Simpson that the appropriate date was either the date of serving the NOA or the 46th day thereafter. The Court cited *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* with approval. In that judgment, Justice Muldoon expressly rejected the reasoning of Justice Simpson; he concluded that the appropriate date for assessing the justification of an NOA is the date

[92] À mon avis, l’argument selon lequel la Cour, dans les trois décisions invoquées par Hospira, n’a pas tenu compte du paragraphe 48(6) de la *Loi sur les brevets*, est sans fondement. Le juge Hughes mentionne ce paragraphe dans la décision *BMS* sur laquelle les autres décisions se sont largement fondées.

[93] La Cour dans l’affaire *Merck* devait se pencher sur une instance relative à un avis de conformité qui avait découlé du régime de licence obligatoire en vigueur à l’époque. Merck Frosst avait sollicité une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Apotex pour le médicament norfloxacine — dont le brevet canadien était détenu par Kyorin et dont Merck était le titulaire exclusif de la licence et de la sous-licence — jusqu’à ce que le brevet soit expiré. Apotex alléguait la non-contrefaçon sur le fait qu’elle obtiendrait la norfloxacine de Novopharm, qui était titulaire d’une licence obligatoire valide pour la norfloxacine. Merck Frosst a plaidé que « l’[avis d’allégation] était prématuré du fait que, le 46^e jour suivant sa signification, qui est la première date à laquelle l’ADC aurait pu théoriquement être délivré conformément au Règlement, aucune activité n’emportant pas contrefaçon n’était possible en raison des restrictions légales auxquelles la licence obligatoire de Novopharm était assujettie » : *Merck*, au paragraphe 12. Le juge Simpson a souscrit à l’avis de Merck Frosst et a conclu que l’allégation de non-contrefaçon n’était pas justifiée et était prématurée. Elle a accueilli la demande et a accordé l’ordonnance d’interdiction [[1995] A.C.F. n° 1720 (QL)]. La Cour d’appel fédérale a rejeté l’appel d’Apotex, mais n’a pas traité de la présente question [[1996] A.C.F. n° 595 (QL)]. Par la suite, la Cour suprême du Canada a été saisie d’un appel.

[94] Le juge Iacobucci de la Cour suprême a formulé la question en litige comme suit : « Quelle est la date pertinente pour évaluer si un ADA était fondé? » : arrêt *Merck*, au paragraphe 17. La Cour suprême a rejeté la conclusion de la juge Simpson, selon laquelle la date pertinente était soit la date de la signification de l’avis d’allégation, soit le 46^e jour suivant sa signification. Elle a cité et approuvé la décision *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*. Dans cette décision, le juge Muldoon a expressément écarté le raisonnement de la juge Simpson. Il a

of the hearing. Justice Muldoon's reasoning was summarized and reproduced by Justice Iacobucci, as follows (at paragraphs 26–27):

In *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1997), 132 F.T.R. 60, Muldoon J. specifically rejected the reasoning of Simpson J., holding instead that the appropriate date for assessing the justification of a NOA is the date of hearing. In reaching this conclusion, Muldoon J. disputed the relevancy of the 46th day after the issuance of the NOA, given that, in most cases, no NOC can issue until either the application for a prohibition order is disposed of or the 30-month “statutory stay” occasioned by such an application has elapsed. In his view, at p. 71, such “known and predictable delays” should be considered in assessing the sufficiency of an allegation. Further, he questioned whether, even if no application for prohibition were filed, the Minister would in fact be obliged to issue the requested NOC on the 46th day after the issuance of the NOA, even if it would be unlawful for the applicant to exploit the NOC at that time. In his view, at p. 71, “the Minister is not a robot” and has the discretion, under the Regulations, not to issue the NOC immediately.

Muldoon J. noted at p. 73 that, by s. 6(2) of the Regulations, the court is required to make an order of prohibition “if it finds that none of those allegations [i.e., those contained in the NOA] is justified” (emphasis added). In his words, at p. 73:

When does or can the court make such a finding? Not earlier than the hearing of the motion for prohibition, is when. It is noteworthy that the regulation does not provide: “... it finds that none of those allegations was justified”, i.e. “both at the date of the Notice and at the date a NOC could have issued under the Notice”... Clearly, if time be the critical consideration, however, the time of the allegations’ “prematurity” or “ripeness” is the time at which the court “finds that none of those allegations is justified”, which at earliest is the hearing of the prohibition motion and at latest is the date of the court’s order and reasons for order, if reasons there be. After all, is that not precisely the time reg. 6(2) provides in so many words, and not some earlier? As above illustrated reg. 6(2) could easily have exacted what the learned judge found about “prematurity”, but it does not exact that. [Emphasis in original.]

conclu que la date appropriée quant à l’évaluation du bien-fondé d’un avis de conformité est la date de l’audience. Le raisonnement du juge Muldoon a été résumé et cité par le juge Iacobucci de la façon suivante (aux paragraphes 26 et 27) :

Dans *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale du Bien-être social)* (1997), 132 F.T.R. 60, le juge Muldoon a rejeté expressément le raisonnement du juge Simpson et a plutôt conclu que la date appropriée pour évaluer si un ADA était fondé est la date de l’audition. Pour tirer cette conclusion, le juge Muldoon a mis en doute la pertinence du 46^e jour suivant le dépôt de l’ADA, étant donné que, dans la plupart des cas, aucun ADC ne peut être délivré avant qu’il ne soit statué sur la demande d’ordonnance d’interdiction ou que n’ait expiré la «suspension de nature législative» de 30 mois découlant de cette demande. À son avis, à la p. 71, de tels «délais connus et prévisibles» devraient être pris en considération pour évaluer le bien-fondé d’une allégation. En outre, il s’est demandé si le Ministre serait en fait tenu de délivrer l’ADC demandé le 46^e jour suivant le dépôt de l’ADA, même si aucune demande d’ordonnance d’interdiction n’était présentée et même s’il était alors illégal pour la partie requérante de se prévaloir de l’ADC. Selon lui, à la p. 71, «le Ministre n’est pas un robot», et le Règlement lui confère le pouvoir discrétionnaire de ne pas délivrer l’ADC immédiatement.

Le juge Muldoon a fait remarquer, à la p. 73, que, aux termes du par. 6(2) du Règlement, la cour doit rendre une ordonnance d’interdiction «si elle conclut qu’aucune des allégations [c.-à-d. celles contenues dans l’ADA] n’est fondée» (je souligne). Il ajoute, à la p. 73 :

À quelle date la cour arrive-t-elle ou peut-elle arriver à une telle conclusion? Pas avant l’audition de la demande d’interdiction, telle est cette date. Il y a lieu de noter que le règlement ne dit pas : «elle conclut qu’aucune des allégations n’était fondée», c.-à-d. «à la date de l’avis d’allégation et à la date à laquelle un ADC aurait pu être délivré sur le fondement de l’avis d’allégation» [...] Il est clair toutefois que si le temps est l’élément crucial à considérer, la date relative au caractère «prématuré» ou à la «maturité» des allégations est celle où la cour «conclut qu’aucune des allégations n’est fondée», ce qui correspond au plus tôt à la date de l’audition de la demande d’interdiction et, au plus tard, à celle de l’ordonnance du tribunal et de ses motifs, si tant est qu’il y en ait. Après tout, n’est-ce pas là précisément la date que prévoit textuellement le paragraphe 6(2) et non une date antérieure quelconque? Comme on l’a montré ci-dessus, ce paragraphe du règlement aurait pu exiger ce que la distinguée juge a conclu au sujet du caractère «prématuré», mais il ne l’a pas fait. [Souligné dans l’original.]

[95] Justice Iacobucci states [at paragraph 30] that “the matter comes down to a question of common sense.” He agrees that it would be inappropriate “to permit the premature grant of a NOC where the statutory conditions have not been met” but finds that where the conditions have been met at the date of hearing, it would be inappropriate to prohibit the Minister from granting an NOC. His conclusion is based, in large part, on the purpose of the NOC Regulations which he says “is simply to prevent patent infringement by delaying the issuance of NOCs until such time as their implementation would not result in such infringement” (emphasis added). This purpose follows from the fact that the NOC Regulations are made pursuant to subsection 55.2(4) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4] of the *Patent Act* which permits the Governor in Council to make such regulations as it considers necessary “for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention”. As will be discussed below, it is my view that the answer to the question raised in this application by these parties is also largely determined by examining the issue in light of the purpose of the NOC Regulations.

[96] The Supreme Court in *Merck* [at paragraph 30] was of the view that if the generic can accurately predict the date on which its rights under an NOC would not infringe and is able to time its NOA accordingly, the NOA should not be rejected “solely on the basis that the allegation made in its support was not justified when the NOA was issued, notwithstanding that there was no possibility that the NOC could be granted on that date.” The Court notes [at paragraph 33] that this interpretation is “not inconsistent with s. 6(2) of the Regulations, which provides only that the court shall make an order of prohibition ‘if it finds that none of those allegations is justified’ a finding which can only be made, at the earliest, on the date of hearing” (emphasis added). The Supreme Court holds that the answer to the question “[w]hat is the relevant date for assessing the justification for a NOA?” is “as at the date of hearing”.

[97] Hospira submits that *Merck* is not a binding authority on the issue before this Court for four reasons: (1) *Merck* dealt with different facts and did not deal with

[95] Le juge Iacobucci affirme [au paragraphe 30] qu’il « s’agit selon [lui] d’une simple question de bon sens ». Il convient qu’il ne serait pas opportun d’« autorise[r] la délivrance prématurée d’un ADC lorsque les conditions prévues par la loi n’ont pas été remplies », mais il conclut que, si les conditions ont été remplies à la date de l’audience, il ne serait pas opportun d’interdire au ministre de délivrer un avis de conformité. Ses conclusions sont fondées, en grande partie, sur l’objet du Règlement AC qui, selon lui, « vise simplement à empêcher la contrefaçon en retardant la délivrance de l’ADC jusqu’à ce qu’aucune contrefaçon ne puisse en résulter » (non souligné dans l’original). Cet objet découle du fait que le Règlement AC a été pris en vertu du paragraphe 55.2(4) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4] de la *Loi sur les brevets* qui permet au gouverneur en conseil de prendre les règlements qu’il estime nécessaires « [a]fin d’empêcher la contrefaçon d’un brevet d’invention par l’utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d’une invention brevetée ». Comme je l’expliquerai ci-dessous, je suis d’avis que la question soulevée par les parties en l’espèce sera en grande partie répondue grâce à l’examen de l’objet du Règlement AC.

[96] La Cour suprême dans l’arrêt *Merck* [au paragraphe 30] était d’avis que, si le fabricant de médicaments génériques peut prévoir exactement à quelle date l’exercice des droits conférés par un avis de conformité n’emportera pas contrefaçon d’un brevet et est capable de choisir en conséquence le moment où présenter son avis d’allégation, l’avis d’allégation ne devrait pas être rejeté « seulement parce que l’allégation présentée à son appui n’était pas fondée au moment où l’ADA a été produit, même s’il n’y avait aucune possibilité que l’ADC soit délivré à cette date ». La Cour suprême note [au paragraphe 33] que cette interprétation « n’est pas incompatible avec le par. 6(2) du Règlement, qui prévoit seulement que la cour rend une ordonnance d’interdiction “si elle conclut qu’aucune des allégations n’est fondée”, une conclusion qui ne peut être tirée, au plus tôt, qu’à la date de l’audition » (non souligné dans l’original). La Cour suprême a conclu que la réponse à la question « [q]uelle est la date pertinente pour évaluer si un ADA était fondé? » est « à la date de l’audition ».

[97] Hospira plaide que l’arrêt *Merck* ne constitue pas un précédent quant à la présente question dont est saisie la Cour, et ce, pour quatre raisons : 1) l’affaire *Merck*

a situation involving a disclaimer; (2) the decision in *Merck* is not inconsistent with the position Hospira is taking; (3) the law in *Merck* is no longer applicable in light of subsequent amendments to the NOC Regulations; and (4) the approach of the Supreme Court in *Merck* was the common sense approach which is the approach taken by Justices Heneghan and Hughes and Prothonotary Aalto. I find none of these arguments to be persuasive.

[98] *Merck* did not deal with a situation where the innovator had filed a disclaimer, and to that extent the factual situations are different. However, the submission that this fact alone is sufficient for this Court to distinguish *Merck* and to not follow it is misguided. The ratio of *Merck* is not as narrow as Hospira suggests. The issue before the Supreme Court was whether Apotex' allegation of non-infringement was justified. Similarly, the issue here is whether Hospira's allegations of non-infringement and invalidity are justified. In *Merck*, the Court noted that this required that it first determine the relevant date for assessing the justification of an NOA and held that it was the date of hearing. The Court then observed, and this is the relevant finding, that it had to determine whether Apotex' allegation of non-infringement was justified as of the relevant date. There was no question that it was not justified if the relevant date was the date of the NOA as there was no possible way that Apotex could obtain norfloxacin without infringement on that date. Having found that the relevant date is the date of hearing, then the question the Supreme Court in *Merck* says must be asked is whether the allegations of non-infringement are justified as of that date. That is precisely the issue that this Court must always decide in an NOC proceeding, whether or not a disclaimer has been filed: Are none of the allegations justified as of the relevant date?

[99] There is a second difference between the three decisions on which Hospira relies and *Merck*. *BMS*, *Janssen-Ortho*, and *Abbott* were each cases where the issue was the validity of the patent whereas *Merck* dealt with infringement. In *BMS*, *Janssen-Ortho*, and *Abbott*

portait sur des faits différents et non sur une affaire concernant une renonciation; 2) l'arrêt rendu dans l'affaire *Merck* n'est pas incompatible avec sa position; 3) le droit en vigueur à l'époque de l'affaire *Merck* n'est plus applicable compte tenu des modifications apportées par la suite au Règlement AC; et 4) la Cour suprême s'est fondée sur le bon sens dans l'arrêt *Merck*, et le protonotaire Aalto et les juges Heneghan et Hughes ont utilisé la même approche. Aucune de ces raisons ne me convainc.

[98] L'affaire *Merck* ne portait pas sur une situation où l'innovateur avait déposé une renonciation et, dans cette mesure, les circonstances factuelles sont différentes de l'espèce. Cependant, la prétention selon laquelle ce seul fait justifierait que la Cour conclue que l'affaire *Merck* et l'espèce sont différentes et qu'elle ne doit pas la suivre est erronée. La *ratio decidendi* dans l'arrêt *Merck* n'est pas aussi restreinte que l'avance Hospira. La question que devrait trancher la Cour suprême était de savoir si l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex était fondée. De façon semblable, la question en l'espèce est de savoir si les allégations de non-contrefaçon et d'invalidité de Hospira sont fondées. Dans l'arrêt *Merck*, la Cour suprême a noté qu'il fallait d'abord qu'elle détermine la date pertinente pour évaluer si un avis d'allégation est fondé et elle a conclu qu'il s'agissait de la date de l'audience. La Cour suprême a par la suite mentionné, et il s'agit de la conclusion dont il faut tenir compte, qu'il fallait qu'elle détermine si l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex était fondée à la date pertinente. Il ne faisait aucun doute que l'allégation n'était pas fondée si la date pertinente était la date de l'avis d'allégation, car Apotex n'aurait d'aucune façon pu obtenir de la norfloxacin sans qu'il y ait contrefaçon à cette date. Selon la Cour suprême dans l'arrêt *Merck*, après avoir conclu que la date pertinente était la date de l'audience, il faut par la suite se demander si les allégations de non-contrefaçon sont fondées à la date pertinente. Il s'agit précisément de la question que la Cour doit trancher dans les instances relatives aux avis de conformité, et ce, peu importe qu'une renonciation ait été déposée ou non : Y a-t-il ne serait-ce qu'une seule allégation fondée à la date pertinente?

[99] Il existe une deuxième différence entre les trois décisions invoquées par Hospira et l'arrêt *Merck*. Les affaires *BMS*, *Janssen-Ortho* et *Abbott* portaient toutes sur la question de la validité d'un brevet alors que l'affaire *Merck* portait sur la contrefaçon. Dans les affaires *BMS*,

the innovator shifted ground in an attempt to preserve the validity of its patent whereas in *Merck* the generic shifted ground in an attempt to argue non-infringement. Although *Merck* involved a generic attempting to take advantage of the NOC Regulations by filing an “early” NOA, while *BMS*, *Janssen-Ortho*, and *Abbott* involved an innovator who filed a disclaimer or dedication to avoid invalidity, I can see no principled basis to hold that the relevant date should differ depending on whom is taking advantage of the legislative provisions. In the end what is being determined by the Court in these cases, and in every NOC, is whether the allegations, whatever they are, are justified and I can see no persuasive argument to say that a determination of the justification of the allegations should be made as of different dates depending on whether the allegation is one relating to invalidity or one relating to infringement.

[100] Hospira submits that the decision in *Merck* is not inconsistent with the position it is taking, namely, that the proper date for considering the allegation is the date of hearing. What this overlooks is that the Supreme Court then went on to determine whether the allegation is justified as at that date and not, as Hospira submits, as at the date the allegation was made. Accordingly, *Merck* is inconsistent with the position Hospira takes in this proceeding.

[101] Hospira submits that the amendments to subsections 5(3) [as am. by SOR/2006-242, s. 2] and 5(4) [as am. *idem*] of the NOC Regulations, which it is claimed were in direct response to the *Merck* decision, impact the applicability of that decision. The amendments in question were changes to prevent a generic from serving an NOA before filing its NDS (paragraph 5(3)(a)) and to freeze the patent register so that a generic who had filed an NDS did not need to respond to a new patent filed after the NDS was filed (subsection 5(4)). Both amendments post-dated *Merck*. However, I agree with the submissions of Sanofi Canada that neither was in response to *Merck* and neither amendment has any impact on the finding in *Merck*. There is no reason to believe that the decision of

Janssen-Ortho et Abbott, l’innovateur a modifié sa position pour essayer de conserver la validité de leur brevet alors que, dans l’affaire *Merck*, le fabriquant de médicament générique a modifié sa position pour essayer de plaider la non-contrefaçon. Bien que l’affaire *Merck* portait sur un fabriquant de médicament générique essayant de tirer avantage du Règlement AC par le dépôt « rapide » d’un avis d’allégation alors que les affaires *BMS*, *Janssen-Ortho et Abbott* portaient sur des innovateurs qui avaient déposé une renonciation ou une cession afin d’éviter une déclaration d’invalidité, je ne vois aucun fondement pour conclure que la date pertinente devrait être différente selon la personne qui tire avantage des dispositions réglementaires. En définitive, la question que les cours devaient trancher dans toutes ces affaires — et il s’agit de la question que les cours doivent trancher dans toute instance relative à un avis de conformité —, est de savoir si les allégations, quelles qu’elles soient, sont fondées. Je ne peux voir aucun argument justifiant une conclusion selon laquelle le bien-fondé des allégations doit être décidé suivant des dates différentes selon que l’allégation porte sur l’invalidité ou sur la contrefaçon.

[100] Hospira soutient que la conclusion de l’arrêt *Merck*, à savoir qu’il faut examiner l’allégation à la date de l’audience, n’est pas incompatible avec sa position. Cette prétention de Hospira ne tient pas compte du fait que la Cour suprême s’est ensuite penchée sur la question de savoir si l’allégation était fondée à la date pertinente et non, comme le soutient Hospira, à la date où l’allégation a été faite. Par conséquent, l’arrêt *Merck* n’est pas compatible avec la position de Hospira en l’espèce.

[101] Hospira avance que les modifications aux paragraphes 5(3) [mod. par DORS/2006-242, art. 2] et 5(4) [mod., *idem*] du Règlement AC, qui, selon Hospira, ont été apportées par suite de l’arrêt *Merck*, remet en question l’applicabilité de cet arrêt. Les modifications en question ont été apportées pour empêcher qu’un fabricant de médicaments génériques signifie un avis d’allégation avant qu’il dépose sa présentation de drogue nouvelle (alinéa 5(3)a)) et pour geler le registre des brevets de façon à ce qu’un fabricant de médicaments génériques qui a déposé une présentation de drogue nouvelle n’ait pas besoin de répondre à un nouveau brevet déposé après que la présentation de drogue nouvelle a été déposée (paragraphe 5(4)). Les deux modifications sont postérieures à

the Supreme Court in *Merck* would have differed if these amendments had been in place at that time as neither impacts nor affects the relevant facts the Supreme Court considered.

[102] In my view, the amendment to freeze the patent register supports the position of Sanofi Canada rather than that of Hospira. If Hospira is correct that the date to determine the justification of the allegations is the date of the NOA, then one must ask why subsection 5(4) of the NOC Regulations is required as it deals with events subsequent to the NOA. It has relevance only if the date as at which one determines the justification of the allegations is the date of hearing, a date after the new patents have been added to the register. Without subsection 5(4) of the NOC Regulations it might be thought that the generic would also have to address those more recent patents.

[103] Lastly, Hospira submitted that the Supreme Court applied a common sense approach and it is suggested that if this Court were to do likewise, it would follow the decisions of Justices Heneghan and Hughes, and Prothonotary Aalto. Even if it is accepted that theirs is a common sense approach, that is no answer when there is a higher authority that is to be followed.

[104] I am of the view that *Merck* is binding on this Court on the question as to what the relevant date is for assessing the justification for an NOA—it is to be assessed as of the date of hearing—and that the decisions in *BMS*, *Abbott* and *Janssen-Ortho* ought not to be followed.

[105] Although that finding is sufficient to deal with this issue, I wish to address some other arguments made by the parties as I have no doubt that this issue will be examined by a higher court at some time.

l'arrêt *Merck*. Cependant, je souscris aux observations de Sanofi Canada, selon lesquelles ni l'une ni l'autre des modifications n'étaient en réponse à l'arrêt *Merck* et n'ont aucun effet sur la conclusion de l'arrêt *Merck*. Il n'existe aucune raison de croire que l'issue de l'arrêt *Merck* rendu par la Cour suprême aurait été différente si ces modifications avaient été en vigueur à cette époque, car ni l'une ni l'autre des modifications n'auraient eu un effet sur les faits pertinents ayant été appréciés par la Cour suprême.

[102] À mon avis, la modification visant le gel du registre des brevets appuie la position de Sanofi Canada plutôt que celle de Hospira. Si Hospira a raison et que la date pertinente pour l'évaluation du bien-fondé des allégations est la date de l'avis d'allégation, alors il faut se demander pourquoi le paragraphe 5(4) du Règlement AC est nécessaire, car il traite de faits postérieurs à l'avis d'allégation. Ce paragraphe n'est pertinent que si la date quant à l'évaluation du bien-fondé des allégations est la date de l'audience, date postérieure à l'ajout de nouveaux brevets au registre. Sans le paragraphe 5(4) du Règlement AC, on pourrait penser que le fabricant de médicaments génériques devrait également répondre à ces brevets, qui sont plus récents.

[103] Enfin, Hospira plaide que la Cour suprême a utilisé une approche fondée sur le bon sens et que si la Cour voulait en faire autant, elle suivrait les décisions rendues par les juges Heneghan et Hughes et par le protonotaire Aalto. Même s'il était accepté que ces derniers ont utilisé une approche fondée sur le bon sens, cela ne trancherait pas la question dans une affaire où il faut suivre une autorité supérieure.

[104] Je conclus que l'arrêt *Merck* lie la Cour en ce qui a trait à la question de savoir quelle est la date pertinente quant à l'évaluation du bien-fondé d'un avis d'allégation — qui doit être évalué selon son libellé à la date de l'audience — et que les décisions *BMS*, *Abbott* et *Janssen-Ortho* ne doivent pas être suivies.

[105] Même si cette conclusion suffit pour trancher la présente question, je souhaite répondre aux autres observations présentées par les parties, car il ne fait aucun doute qu'une cour de juridiction supérieure devra un jour trancher cette question.

[106] Hospira submitted that if the Court in an NOC proceeding were to focus on the patent as it reads at the date of the hearing, then this will lead innovator companies to use disclaimers as a tactical defence to NOC applications. It submits that once the first person has the NOA of the second person, the former can see how the second person assembled its drug, and narrow the claims at issue in a manner that defeats the allegations. This, it is submitted, could be done again and again, effectively resulting in a perpetual prohibition against the generic. This observation and concern was also noted by Prothonotary Aalto in *Janssen-Ortho*.

[107] In my view, this concern overlooks the obvious, namely, that using a disclaimer in such a manner is an improper use of a disclaimer. A disclaimer is valid only when “by any mistake, accident or inadvertence” the original claims were deficient. Furthermore, subsection 48(1) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 17] of the *Patent Act*, requires that there be no “wilful intent to defraud or mislead the public” on the part of the person filing the disclaimer. It would appear, at first blush, that a patentee using the disclaimer provisions for the purposes of defeating a generic from entering the market could be said to be engaged in a wilful defrauding of the public.

[108] Prothonotary Aalto suggests that permitting the NOA to be potentially defeated by a disclaimer filed after it has been served is akin to defeating a team from scoring a field goal by moving the goalposts after the ball is in the air. He uses this example to illustrate the alleged unfairness of the change in the patent claims. With respect, the analogy is not apt. Football has no rule permitting the goalposts to be moved whereas the *Patent Act* specifically permits disclaimers to be filed by a patentee, provided the requirements of section 48 [as am. *idem*; S.C. 1993, c. 15, s. 44] of the *Patent Act* are met.

[106] Hospira soutient que, si la Cour dans une instance relative à un avis de conformité devait mettre l’accent sur le brevet selon son libellé à la date de l’audience, cela ferait en sorte que les entreprises innovatrices utiliseront les renoncations comme tactique de défense envers les demandes d’avis de conformité. Elle plaide que, une fois que la première personne a en main l’avis d’allégation de la seconde personne, la première personne sait comment la seconde personne a formulé son médicament et elle peut alors restreindre les revendications de façon à ce que les allégations soient rejetées. Selon Hospira, cela pourrait être répété *ad vitam aeternam* créant ainsi une interdiction perpétuelle contre le fabricant de médicaments génériques. Le protonotaire Aalto, dans la décision *Janssen-Ortho*, a également fait cette observation et formulé cette réserve.

[107] À mon avis, cette réserve ne tient pas compte d’une évidence, à savoir qu’il n’est pas approprié d’utiliser une renonciation d’une telle façon. Une renonciation n’est valide que si les revendications initiales étaient déficientes « par erreur, accident ou inadvertance ». En outre, le paragraphe 48(1) [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 17] de la *Loi sur les brevets* dispose que la personne doit déposer la renonciation « sans intention de frauder ou de tromper le public ». À première vue, il semble que l’on pourrait estimer que le titulaire de brevet qui utiliserait les dispositions relatives à la renonciation afin d’empêcher un fabricant de médicaments génériques d’entrer sur le marché aurait eu l’intention de frauder le public.

[108] Le protonotaire Aalto laisse entendre que de permettre que l’avis d’allégation soit rejeté en raison d’une renonciation déposée après que l’avis d’allégation a été signifié se compare à empêcher une équipe de marquer en bougeant les poteaux du but alors que le ballon est dans les airs. Il utilise cet exemple pour illustrer le caractère supposément inéquitable des modifications apportées aux revendications d’un brevet. À mon humble avis, cette analogie ne convient pas. Aucun règlement au football ne permet de bouger les poteaux, alors que la *Loi sur les brevets* permet expressément que des renoncations soient déposées par un titulaire de brevet si les exigences prévues à l’article 48 [mod., *idem*; L.C. 1993, ch. 15, art. 44] de cette Loi sont respectées.

[109] The apt sport analogy may be to soccer. A striker who kicks the ball into the net of the opposing party scores a goal, unless he is offside. The striker is offside if he is closer to the other team's goal than both the ball and that team's last defender, at the point when his midfielder passes the ball to him. The clever defender, sensing that the midfielder is about to receive the ball and pass it to the striker, will run downfield past the striker, thus placing him in an offside position. Any ball then kicked into the net by the striker will not count as a goal. In soccer the rules permit the moving of the offside line. With that rule in place, it cannot be said that there is any unfairness when the defender runs to place the striker offside—it is simply clever play. The proper use of a disclaimer creates no more unfairness than the clever defender's use of the offside rule. Both are permitted by the rules.

[110] It was suggested by Hospira that the generic suffers some disadvantage because it acts upon the patent as it read at the time the NOA was served. Prothonotary Aalto shared that view (at paragraphs 39–40):

Janssen argues that Apotex will not suffer any “hardship” if the application is allowed to proceed as there is nothing that prevents Apotex from withdrawing its NOA and re-filing in respect of the disclaimed patent. Janssen notes that they are prepared to consent to this relief on a without costs basis. This approach does not reflect the reality of the circumstances nor the law as discussed above.

Apotex is significantly prejudiced as it has filed its NOA on the basis of the patent register as it found it. It has incurred significant cost in so doing. It is through the tactic of Janssen in delaying its disclaimer until the receipt of the NOA that has precipitated these proceedings. As noted above, the scheme of the Regulations is such that the innovator is given a 45 day window after the receipt of a NOA to determine if it should seek an order of prohibition. That decision is and should be made on the basis of the allegations in the NOA. Obviously, based on Janssen's admission in the disclaimer that the original claims were overbroad, if the decision were made on the basis of the allegations in the NOA this proceeding would not have been brought. Thus, Apotex suffers a hardship if this proceeding is permitted to continue or if it is compelled to effectively restart the clock with a new NOA.

[109] Une analogie avec le soccer serait plus appropriée. Un attaquant qui botte le ballon dans le filet adverse marque un but, à moins qu'il soit hors-jeu. L'attaquant est hors-jeu si, lorsqu'il reçoit une passe d'un milieu de terrain, il est plus près du but adverse que le ballon et le dernier défenseur adverse. L'habile défenseur qui se doute que le milieu de terrain s'apprête à recevoir le ballon et à le passer à l'attaquant courra vers le milieu du terrain au-delà de l'attaquant, ce qui mettra l'attaquant hors-jeu. Tout ballon botté dans le but par la suite par l'attaquant ne comptera pas comme un but. Au soccer, les règles permettent de bouger la ligne de hors-jeu. Cette règle étant en vigueur, on ne peut pas affirmer qu'il n'est pas équitable que le défenseur coure afin de mettre l'attaquant hors-jeu — il s'agit simplement d'un jeu habile. L'utilisation adéquate d'une revendication ne crée pas plus d'iniquité que l'utilisation de la règle du hors-jeu par un habile défenseur: les deux sont permis par les règles.

[110] Hospira a avancé que le fabricant de médicaments génériques est désavantagé parce qu'il tient compte du brevet selon son libellé au moment de la signification de l'avis d'allégation. Le protonotaire Aalto était du même avis (aux paragraphes 39 et 40) :

Janssen fait valoir qu'il ne sera occasionné aucune « difficulté » à Apotex si elle est autorisée à poursuivre sa demande puisque rien n'empêche Apotex de retirer son AA et d'en déposer un nouveau à l'égard du brevet tel qu'il existait après la renonciation. Janssen se dit prête à consentir à cette réparation sans dépens. Comme je l'ai dit plus haut, cette approche ne reflète ni la réalité ni l'état du droit.

Apotex subit un préjudice important du fait qu'elle a déposé son AA en se fondant sur le brevet tel qu'il était inscrit au registre. Elle a engagé des frais importants pour ce faire. C'est la tactique de Janssen visant à différer sa renonciation jusqu'à la réception de l'AA qui a provoqué la présente instance. Comme nous l'avons vu, le Règlement est conçu de manière à accorder à la société innovatrice un délai de 45 jours suivant la réception de l'AA pour décider s'il y a lieu de solliciter une ordonnance d'interdiction. Cette décision est et doit être prise eu égard aux allégations contenues dans l'AA. Compte tenu du fait que Janssen a admis dans sa renonciation que les revendications initiales étaient trop larges, la présente instance n'aurait manifestement jamais été introduite si la décision avait été prise eu égard aux allégations contenues dans l'AA. Il sera donc occasionné une difficulté à Apotex si la poursuite de la présente instance est

[111] With the greatest of respect for the views of the learned Prothonotary, his explanation presumes that the patentee has been lying in the weeds knowing that its claims were too broadly drafted, perhaps hoping that they would discourage a generic from developing a competing product, and has not filed the disclaimer when first aware of the mistake, accident or inadvertence that resulted in the claim being overly broad. In such a circumstance, as I have previously indicated, the disclaimer is arguably invalid. If the first person is unable to prove the validity of its disclaimer, then the second person will realize a potential advantage as the first person can rely only on the patent as disclaimed. I agree with the comment of counsel for Sanofi Canada that having filed a disclaimer the patentee can not appropriately also rely on the patent as it read before the disclaimer. The filing of the disclaimer is an admission that the patent as filed was overbroad and this admission is not affected by a subsequent finding that the disclaimer was not valid.

[112] Hospira also submitted that it relied on the patent as it then read when it filed its NDS and NOA and it will have incurred unnecessary costs that it would not have incurred if the patent read then as it does now. Accordingly, it submits that assessing allegations against a disclaimed patent results in an increase in costs for the generic. In my view, this argument assumes that the generic company that has obtained an NOC on the basis of the pre-disclaimed patent will not subsequently be sued by the patentee for infringement of the disclaimed patent, with all of the costs associated with that action.

[113] In my view, permitting a generic to obtain an NOC when the patent has been disclaimed does not meet the purpose of the NOC Regulations—the Court is not

autorisée ou si elle se voit contrainte de tout recommencer au moyen d'un nouvel AA.

[111] En toute déférence pour le protonotaire Aalto et son opinion, son explication suppose que le titulaire de brevet attend son heure, sachant que ses revendications sont rédigées de façon trop large et espérant peut-être qu'elles découragent un fabricant de médicaments génériques d'élaborer un médicament concurrent, et suppose qu'il n'a pas déposé de renonciation lorsqu'il s'est rendu compte pour la première fois de l'erreur, de l'accident ou de l'inadvertance faisant en sorte que la portée de la revendication est excessive. Dans une telle circonstance, comme je l'ai déjà mentionné, la revendication pourrait être estimée invalide. Si la première personne n'est pas capable d'établir la validité de sa renonciation, alors la seconde personne en tirera peut-être avantage, car la première personne ne pourra se fonder que sur le brevet tel qu'il existe après la renonciation. Je suis d'accord avec l'avocat de Sanofi Canada pour affirmer que le titulaire de brevet ayant déposé une renonciation ne peut pas également se fonder sur le brevet tel qu'il était libellé avant la renonciation. Le dépôt d'une renonciation constitue une admission que le brevet, comme il avait été déposé initialement, avait une portée excessive et cette admission reste en vigueur malgré une conclusion ultérieure selon laquelle la renonciation n'était pas valide.

[112] Hospira soutient également qu'elle s'est fondée sur le brevet tel qu'il était libellé lorsqu'elle a déposé sa présentation de drogue nouvelle et son avis d'allégation et qu'elle a engagé des frais inutiles qu'elle n'aurait pas engagés si le brevet avait eu à cette époque le même libellé qu'il a aujourd'hui. Elle avance donc que l'évaluation des allégations au regard d'un brevet ayant fait l'objet d'une renonciation augmente les frais du fabricant de médicaments génériques. À mon avis, cet argument suppose que le fabricant de médicaments génériques qui a obtenu un avis de conformité sur la base d'un brevet qui fera par la suite l'objet d'une renonciation ne sera pas ultérieurement poursuivi par le titulaire de brevet pour contrefaçon de ce brevet, s'exposant ainsi à tous les frais liés à cette action en contrefaçon.

[113] À mon avis, permettre à un fabricant de médicaments génériques d'obtenir un avis de conformité alors que le brevet a fait l'objet d'une renonciation ne respecte

issuing a decision that prevents infringement when it ignores the reality of a disclaimed patent. While in some cases it may be that the generic will have incurred costs that will be thrown away, determining the proceeding on the basis of patent claims that have since been disclaimed and that are ineffective as at the date the generic drug will be produced and marketed is a waste of the Court's and the parties' time and resources, particularly in light of the fact that the innovator can, and likely would, bring a subsequent action for infringement based on the disclaimed claim.

[114] Justice Iacobucci in *Merck*, at paragraph 30, observed that the purpose of the NOC Regulation is “simply to prevent patent infringement by delaying the issuance of NOCs until such time as their implementation would not result in such infringement.” The proper interpretation of the NOC Regulations should accomplish and not offend that purpose. How can it be said that this purpose has been met if the Court does not consider the disclaimed patent when assessing whether the allegations are made out or not? If that requires that the generic company withdraw and refile its NOA, then there is nothing inappropriate with that procedure.

[115] Justice Heneghan and Justice Hughes rely, in part, on the fact that the NOA is a document that cannot be amended by the generic after it has been served and is a document that the Court cannot amend. This, it is said, is relevant because section 6 of the NOC Regulations provides that the Court will prohibit the Minister from issuing an NOC until after the expiry of the patent “if it finds that none of those allegations is justified” and the allegations cannot be amended. This presumes that the “allegations” the Court is required to assess in the proceeding are those set out in the NOA.

[116] I agree with the applicant that the “allegations” referred to in subsection 6(2) of the NOC Regulations—the allegations that the Court is to assess—are those allegations mentioned in paragraphs 5(1)(b) [as am. by SOR/2006-242, s. 2] and 5(2)(b) [as am. *idem*] and are

pas l'objet du Règlement AC : la Cour ne rend pas une décision empêchant la contrefaçon si elle ne tient pas compte de l'existence d'un brevet ayant fait l'objet d'une renonciation. Bien que dans certaines affaires il se peut que le fabricant de médicaments génériques engage des frais inutilement, trancher les affaires selon des revendications qui ont par la suite fait l'objet de renonciation et qui ne seront plus en vigueur lorsque le médicament générique sera produit et commercialisé constitue une perte de temps et de ressources pour la Cour et les parties, surtout étant donné que l'innovateur peut tenter, et tentera probablement, par la suite une action en contrefaçon fondée sur le brevet ayant fait l'objet d'une renonciation.

[114] Le juge Iacobucci, au paragraphe 30 de l'arrêt *Merck*, a affirmé que le Règlement AC vise « simplement à empêcher la contrefaçon en retardant la délivrance de l'ADC jusqu'à ce qu'aucune contrefaçon ne puisse en résulter ». Une interprétation adéquate du Règlement AC doit respecter cet objet et ne pas le violer. Comment peut-on affirmer que cet objet est respecté si la Cour ne tient pas compte du brevet ayant fait l'objet d'une renonciation lorsqu'elle détermine si les allégations sont fondées? Si pour ce faire le fabricant de médicaments génériques doit retirer son avis d'allégation et en déposer un nouvel, alors il s'agit de la procédure appropriée qu'il faut appliquer.

[115] Les juges Heneghan et Hughes se sont fondés en partie sur le fait que l'avis d'allégation est un document qui ne peut pas être modifié par le fabricant de médicaments génériques après avoir été signifié et qui ne peut pas non plus être modifié par la Cour. On allègue que c'est pertinent parce que l'article 6 du Règlement AC dispose que la Cour interdit au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration du brevet « si elle conclut qu'aucune des allégations n'est fondée », et les allégations ne peuvent pas être modifiées. Cela suppose que les « allégations » que la Cour doit examiner lors de l'instance sont celles énoncées dans l'avis d'allégation.

[116] Je suis d'accord avec la demanderesse que les « allégations » dont il est question au paragraphe 6(2) du Règlement AC — les allégations que la Cour doit examiner — sont les allégations dont il est question aux alinéas 5(1)(b) [mod. par DORS/2006-242, art. 2] et 5(2)(b)

not the “detailed statement of the legal and factual basis for the allegation” described in subparagraph 5(3)(b)(ii) of the NOC Regulations.

[117] Paragraph 5(1)(b) of the NOC Regulations provides that if a second person files a submission for a notice of compliance, then in that submission, the second person must:

5. (1) ...

(b) allege that

(i) the statement made by the first person under paragraph 4(4)(d) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicinal ingredient, no claim for the formulation, no claim for the dosage form and no claim for the use of the medicinal ingredient would be infringed by the second person making, constructing, using or selling the drug for which the submission is filed. [Emphasis added.]

[118] The “allegation” the second person makes is limited to one of the four allegations described in the subsection. Indeed, form V, the form required to be completed by the second person, merely requires the checking of an appropriate box—no detail supporting the allegation is included.

[119] Subsection 5(3) of the NOC Regulations states that “a second person who makes an allegation under paragraph (1)(b) or (2)(b) shall [serve a notice of allegation and] include in the notice of allegation ... a detailed statement of the legal and factual basis for the allegation” (emphasis added). Subsection 6(2) of the NOC Regulations states that the Court shall issue a prohibition order “in respect of a patent that is the subject of one or more allegations if it finds that none of those allegations is justified” (emphasis added). In my assessment it is clear that the “allegations” that are referenced throughout these provisions are the allegations made by the second party as described in paragraphs 5(1)(b) and 5(2)(b)—it is not the detailed submissions contained in the NOA.

[mod., *idem*] et non l’« énoncé détaillé du fondement juridique et factuel de l’allégation » prévu au sous-alinéa 5(3)(b)(ii) du Règlement AC.

[117] L’alinéa 5(1)(b) du Règlement AC dispose que si une seconde personne dépose une présentation pour un avis de conformité, alors elle doit inclure dans cette présentation :

5. (1) [...]

b) soit une allégation portant que, selon le cas :

(i) la déclaration présentée par la première personne aux termes de l’alinéa 4(4)(d) est fautive,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n’est pas valide,

(iv) elle ne contreferait aucune revendication de l’ingrédient médicinal, revendication de la formulation, revendication de la forme posologique ni revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal en fabricant, construisant, utilisant ou vendant la drogue pour laquelle la présentation est déposée. [Non souligné dans l’original.]

[118] L’« allégation » de la seconde personne se limite à l’une des quatre allégations prévues dans le paragraphe ci-dessus. En effet, le formulaire V, soit le formulaire devant être rempli par la seconde personne, ne permet que de cocher la case appropriée — aucun renseignement à l’appui de l’allégation n’est inclus.

[119] Le paragraphe 5(3) du Règlement AC dispose que la « seconde personne qui inclut l’allégation visée à l’alinéa (1)(b) ou (2)(b) doit [...] signifier [...] un avis de l’allégation [...] [et] insérer dans l’avis de l’allégation [...] un énoncé détaillé du fondement juridique et factuel de l’allégation » (non souligné dans l’original). Le paragraphe 6(2) du Règlement AC prévoit que la Cour rend une ordonnance d’interdiction « à l’égard du brevet visé par une ou plusieurs allégations si elle conclut qu’aucune des allégations n’est fondée » (non souligné dans l’original). Selon mon examen, il est clair que les « allégations » dont il est question dans ces dispositions sont les allégations présentées par la seconde partie suivant les alinéas 5(1)(b) et 5(2)(b) — il ne s’agit pas de l’énoncé détaillé inséré dans l’avis d’allégation.

[120] The NOA merely creates the cause of action and alerts the innovator to the basis on which the generic is alleging that it will not infringe its patent. The innovator has no basis to institute a proceeding against the generic prior to receiving the NOA. The NOA is detailed in order that the innovator can reasonably assess whether or not to challenge the allegations. It binds the generic because the innovator makes its decision as to whether to challenge the generic on the basis of the detail it provides. The first party may decide to launch an application challenging only some of the allegations or it may decide to challenge all of them or none of them. If the generic were permitted to change its allegations or add new allegations after the innovator had commenced its application that would render an injustice to the innovator who has relied on the NOA in making an assessment as to whether or not to bring a prohibition application and if so, the scope thereof.

[121] However, it is the notice of application not the NOA that closely defines the issues in dispute. The notice of application deals with the allegations against the patent as it reads on the date when the application is filed with the Court. If the patent has been disclaimed prior to the application then it is the disclaimed patent that is under consideration against the allegations made under subsections 5(1) [as am. by SOR/2006-242, s. 2; *erratum C. Gaz.* 2006.II.1874(E)] and 5(2) [as am. by SOR/2006, s. 2] of the NOC Regulations. In that application, if the generic challenges the *bona fides* of the disclaimer, the burden of proof is on the innovator to establish that the disclaimer is valid and proper as will be explained below.

[122] In summary, and with the greatest of respect for the contrary findings of Justice Heneghan, Justice Hughes and Prothonotary Aalto, I can see no basis on which to find that the date to assess the allegations of the second party is other than the date of hearing as was held by the Supreme Court of Canada in *Merck*. Accordingly, I find that the three previous decisions of this Court relied on

[120] L'avis d'allégation ne fait que créer une cause d'action et informer l'innovateur du fondement sur lequel le fabricant de médicaments génériques allègue ne pas contrefaire son brevet. Avant de recevoir l'avis d'allégation, l'innovateur n'a aucun fondement pour intenter une action contre le fabricant de médicaments génériques. L'avis d'allégation renferme les renseignements permettant à l'innovateur de raisonnablement déterminer s'il contestera les allégations. Il lie le fabricant de médicaments génériques parce que l'innovateur prend la décision de contester ou non les allégations du fabricant de médicaments génériques sur le fondement des renseignements que l'avis d'allégation fournit. La première personne peut décider de présenter une demande contestant seulement certaines allégations ou l'ensemble des allégations ou bien décider de ne contester aucune allégation. Si le fabricant de médicaments génériques pouvait changer ses allégations ou en ajouter des nouvelles après que l'innovateur a présenté sa demande, cela serait injuste envers l'innovateur qui s'est fondé sur l'avis d'allégation pour déterminer s'il présenterait une demande d'ordonnance d'interdiction et, le cas échéant, la portée de cette demande.

[121] Cependant, ce n'est pas l'avis d'allégation mais bien l'avis de demande qui énonce précisément les questions en litige. L'avis de demande porte sur les allégations contre le brevet tel qu'il est libellé à la date du dépôt de la demande à la Cour. Si le brevet a fait l'objet d'une renonciation avant la demande, alors il faut examiner le brevet ayant fait l'objet de la renonciation au regard des allégations présentées en vertu des paragraphes 5(1) [mod. par DORS/2006-242, art. 2; *erratum Gaz. C.* 2006.II.1874(A)] et 5(2) [mod. par DORS/2006-242, art. 2] du Règlement AC. Dans cette demande, si le fabricant de médicaments génériques conteste le caractère authentique de la renonciation, le fardeau de la preuve incombe à l'innovateur, qui doit établir que la renonciation est valide et appropriée, comme je l'ai expliqué ci-dessus.

[122] En résumé, avec déférence pour les juges Heneghan et Hughes et le protonotaire Aalto et leurs conclusions, je ne vois aucun fondement pour conclure que la date pertinente quant à l'évaluation des allégations de la seconde personne n'est pas la date de l'audience, comme la Cour suprême du Canada l'a conclu dans l'arrêt *Merck*. Par conséquent, je conclus que les trois

by Hospira were wrongly decided and would have been decided differently had the *Merck* decision been brought to the attention of the Court.

[123] The justification of the allegations of Hospira in its submission for a notice of compliance is to be assessed on the basis of the disclaimed '778 patent. If I am in error in this finding, then this application must be dismissed as Sanofi Canada has led no evidence related to the '778 patent as filed on which the Court could find that none of the allegations of Hospira are justified.

2. Whether Hospira is estopped from arguing the invalidity of the disclaimer

[124] Sanofi Canada argues that Hospira is estopped from arguing that the disclaimer is invalid. Sanofi Canada relies on the dicta of Lord Denning in *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) v. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84 (C.A.), which was cited by the Supreme Court of Canada in *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53 (*Ryan*), at paragraph 51. Lord Denning summarizes estoppel as follows:

When the parties to a transaction proceed on the basis of an underlying assumption — either of fact or of law — whether due to misrepresentation or mistake makes no difference — on which they have conducted the dealings between them — neither of them will be allowed to go back on that assumption when it would be unfair or unjust to allow him to do so. If one of them does seek to go back on it, the courts will give the other such remedy as the equity of the case demands.

[125] In *Ryan*, at paragraph 59, the Supreme Court held that the following three factors form the basis of estoppel by convention:

- (1) The parties' dealings must have been based on a shared assumption of fact or law: estoppel requires manifest representation by statement or conduct creating a mutual assumption. Nevertheless, estoppel can arise out of *silence* (impliedly).

décisions précédentes rendues par la Cour et invoquées par Hospira étaient erronées et que la Cour aurait rendu des décisions différentes si l'arrêt *Merck* avait été porté à son attention.

[123] Le bien-fondé des allégations présentées par Hospira dans sa demande d'avis de conformité sera évalué sur le fondement du brevet '778 après renonciation. Si la présente conclusion est erronée, alors la présente demande doit être rejetée, car Sanofi Canada n'a présenté aucune preuve concernant le brevet '778 tel qu'il a été déposé et sur laquelle la Cour pourrait se fonder pour conclure qu'aucune des allégations de Hospira n'est justifiée.

2. Hospira est-elle empêchée par préclusion d'alléguer l'invalidité de la renonciation?

[124] Sanofi Canada soutient que Hospira est empêchée par préclusion d'alléguer l'invalidité de la renonciation. Elle se fonde sur le principe établi par lord Denning dans l'arrêt *Amalgamated Investment & Property Co. (In Liquidation) v. Texas Commerce International Bank Ltd.*, [1982] 1 Q.B. 84 (C.A.), qui a été cité par la Cour suprême du Canada au paragraphe 51 de l'arrêt *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53 (*Ryan*). Lord Denning a résumé la préclusion de la façon suivante :

[TRADUCTION]

Lorsque les parties à une opération se fondent sur une présupposition sous-jacente — de fait ou de droit — peu importe qu'elle découle d'une affirmation inexacte ou d'une erreur — qui a guidé leurs rapports —, aucune d'elles ne peut revenir sur cette présupposition lorsqu'il serait inéquitable ou injuste de lui permettre de le faire. Si l'une des parties souhaite revenir sur la présupposition, les tribunaux accorderont à l'autre partie la réparation qui s'impose en equity.

[125] Au paragraphe 59 de l'arrêt *Ryan*, la Cour suprême a conclu que les trois facteurs qui suivent constituent le fondement de la préclusion par convention :

- (1) Les rapports des parties doivent avoir reposé sur une présupposition de fait ou de droit commune : la préclusion exige qu'une assertion manifeste émanant d'une déclaration ou d'une conduite ait créé une présupposition commune. La préclusion peut néanmoins résulter (implicitement) d'un *silence*.

- (2) A party must have conducted itself, i.e. acted, in reliance on such shared assumption, its actions resulting in a change of its legal position.
- (3) It must also be unjust or unfair to allow one of the parties to resile or depart from the common assumption. The party seeking to establish estoppel therefore has to prove that detriment will be suffered if the other party is allowed to resile from the assumption since there has been a change from the presumed position. [Emphasis in original.]
- (2) Une partie doit avoir agi sur la foi de cette présupposition commune, et ses actes doivent avoir entraîné une modification de sa situation juridique.
- (3) Il doit également être injuste ou inéquitable de permettre à l'une des parties de revenir sur la présupposition commune ou de s'en écarter. La partie qui cherche à établir la préclusion doit donc démontrer que, s'il est permis à l'autre partie de revenir sur la présupposition, elle subira un préjudice en raison du changement de la situation présupposée. [Soulignement dans l'original.]

[126] Sanofi Canada and Hospira both appear to have assumed that the disclaimer was valid and effective, until very recently. Both parties led evidence only on the claims as disclaimed. Hospira did not challenge the validity of the disclaimer until well after the completion of the submission and cross-examination of expert evidence. Hence, step 1 of the estoppel by convention test is met.

[126] Sanofi Canada et Hospira semblent toutes deux avoir présupposé que la renonciation était valide et en vigueur jusqu'à tout récemment. Les deux parties n'ont déposé des éléments de preuve que sur les revendications après renonciation. Hospira n'a contesté la validité de la renonciation que bien après la présentation de la preuve d'expert et le contre-interrogatoire à ce sujet. Par conséquent, le premier facteur du critère de la préclusion par convention est respecté.

[127] The same cannot be said for the second step. The Supreme Court states that there must be reliance on the shared assumption for estoppel by convention to arise. In these proceedings, Sanofi Canada has not relied on the shared assumption of the parties. These proceedings were instigated because Hospira served an NOA on Sanofi Canada. The NOA addressed the original claims of the patents in question. It was Sanofi Canada who then filed a notice of application, limiting its argument to the disclaimed claims of the '778 patent. Sanofi Canada was first to raise the issue of the disclaimed patent. It was also Sanofi Canada that filed evidence first; Hospira filed its evidence subsequently. Although Hospira's evidence addressed the claims as disclaimed, this was in response to both Sanofi Canada's notice of application, as well as its expert evidence. There is no evidence in the record that Sanofi Canada changed its legal position in reliance on the shared assumption.

[127] On ne peut en dire autant du deuxième facteur. La Cour suprême affirme que l'on doit se fonder sur une présupposition commune pour qu'il y ait préclusion par convention. En l'espèce, Sanofi Canada ne s'est pas fondée sur une présupposition commune des parties. La présente affaire a été engagée parce que Hospira a signifié un avis d'allégation à Sanofi Canada. L'avis d'allégation portait sur les revendications initiales des brevets en cause. C'est Sanofi Canada qui a par la suite déposé un avis de demande et qui a limité ses observations aux revendications après renonciation du brevet '778. La question du brevet ayant fait l'objet d'une revendication d'abord été soulevée par Sanofi Canada. C'est également Sanofi Canada qui a déposé sa preuve en premier; Hospira a déposé la sienne par la suite. Même si la preuve de Hospira traitait des revendications après renonciation, cette preuve a été présentée en réponse à l'avis de demande de Sanofi Canada et à la preuve d'expert. Rien dans le dossier ne révèle que Sanofi Canada a changé sa position juridique compte tenu de la présupposition commune.

[128] The party relying on estoppel by convention has the burden of proving detriment. Sanofi Canada's evidence on this point is scant. Sanofi Canada argues that it decided what evidence to file based on the silence of Hospira at a case conference between the parties. This seems untenable given that Sanofi Canada had already filed its notice of application, which limited the issues in play to the disclaimed '778 patent. Further, Sanofi Canada disclaimed the '778 patent on its own accord and, as its counsel admitted at the hearing:

[H]ow can I argue the original claims when my client has put in an unconditional disclaimer. That would be misleading the court. That would be asking the court to rule on something that doesn't exist. That would be inappropriate, in my view, to ask the court to do that.

[129] Sanofi Canada submits that the possibility of a claim for costs under section 8 [as am. by SOR/98-166, ss. 7, 8; 2006-242, s. 5] of the NOC Regulations is also a detriment. This argument presumes that had Hospira challenged the validity of the disclaimer immediately following the filing of the notice of application, Sanofi Canada would have withdrawn its application so as to limit any such possible costs. There is no evidence to support that assumption. In any event, it was acknowledged at the hearing that Hospira does not yet have regulatory approval for its NDS, so no damages yet arise.

[130] I am of the opinion that Sanofi Canada has not lead sufficient evidence to prove detriment. Consequently, the third step of estoppel by convention is also not satisfied.

[131] For these reasons, I hold that Hospira may challenge the validity of the disclaimer.

3. Whether the disclaimer is valid

[132] The *Patent Act* specifically provides that a patentee may disclaim all or part of its patent, subject to the conditions set out in section 48 of the *Patent Act* which provides as follows:

[128] La partie qui invoque la préclusion par convention a le fardeau d'établir qu'elle a subi un préjudice. La preuve de Sanofi Canada à ce sujet est mince. Sanofi Canada allègue qu'elle a décidé quelle preuve déposer sur le fondement du silence de Hospira lors d'une conférence de gestion de l'instance entre les parties. Cette allégation semble insoutenable étant donné que Sanofi Canada avait déjà déposé son avis de demande, lequel limitait les questions en litige au brevet '778 après renonciation. En outre, la renonciation du brevet '778 a été faite du propre chef de Sanofi Canada, et son avocat à l'audience a admis ce qui suit :

[TRADUCTION] [C]omment puis-je plaider les revendications initiales alors que mon client a déposé une renonciation inconditionnelle? Je tromperais la Cour si je les plaçais. Cela reviendrait à demander à la Cour de se pencher sur quelque chose qui n'existe plus. À mon avis, il serait inapproprié de demander à la Cour de faire cela.

[129] Sanofi Canada soutient que la possibilité d'une demande pour dépens prévue à l'article 8 [mod. par DORS/98-166, art. 7, 8; 2006-242, art. 5] du Règlement AC constitue également un préjudice. Le présent argument suppose que, si Hospira avait contesté la validité de la renonciation immédiatement après le dépôt de l'avis de demande, Sanofi Canada aurait retiré sa demande afin de limiter ces dépens au minimum. Rien n'appuie cette supposition. De toute façon, il a été reconnu lors de l'audience que Hospira n'a pas encore obtenu l'approbation réglementaire pour sa présentation de drogue nouvelle, par conséquent, aucun préjudice n'a encore été subi.

[130] Je suis d'avis que la preuve déposée par Sanofi Canada n'établit pas qu'il y a eu préjudice. Par conséquent, le troisième facteur du critère de la préclusion par convention n'est pas respecté non plus.

[131] Pour les motifs exposés ci-dessus, je conclus que Hospira peut contester la validité de la renonciation.

3. La renonciation est-elle valide?

[132] La *Loi sur les brevets* dispose que le titulaire d'un brevet peut renoncer à tout ou partie de son brevet s'il respecte les conditions prévues à l'article 48 de cette Loi, qui est ainsi rédigé :

Patentee may disclaim anything included in patent by mistake	<p>48. (1) Whenever, by any mistake, accident or inadvertence, and without any wilful intent to defraud or mislead the public, a patentee has</p> <p>(a) made a specification too broad, claiming more than that of which the patentee or the person through whom the patentee claims was the inventor, or</p> <p>(b) in the specification, claimed that the patentee or the person through whom the patentee claims was the inventor of any material or substantial part of the invention patented of which the patentee was not the inventor, and to which the patentee had no lawful right,</p> <p>the patentee may, on payment of a prescribed fee, make a disclaimer of such parts as the patentee does not claim to hold by virtue of the patent or the assignment thereof.</p>	<p>48. (1) Le breveté peut, en acquittant la taxe réglementaire, renoncer à tel des éléments qu'il ne prétend pas retenir au titre du brevet, ou d'une cession de celui-ci, si, par erreur, accident ou inadvertence, et sans intention de frauder ou tromper le public, dans l'un ou l'autre des cas suivants :</p> <p>a) il a donné trop d'étendue à son mémoire descriptif, en revendiquant plus que la chose dont lui-même, ou son mandataire, est l'inventeur;</p> <p>b) il s'est représenté dans le mémoire descriptif, ou a représenté son mandataire, comme étant l'inventeur d'un élément matériel ou substantiel de l'invention brevetée, alors qu'il n'en était pas l'inventeur et qu'il n'y avait aucun droit.</p>	Cas de renonciation
Form and attestation of disclaimer	(2) A disclaimer shall be filed in the prescribed form and manner.	(2) L'acte de renonciation est déposé selon les modalités réglementaires, notamment de forme.	Forme et attestation de la renonciation
Pending suits not affected	(4) No disclaimer affects any action pending at the time when it is made, unless there is unreasonable neglect or delay in making it.	(4) Dans toute action pendante au moment où elle est faite, aucune renonciation n'a d'effet, sauf à l'égard de la négligence ou du retard inexcusable à la faire.	Sans effet sur les actions pendantes
Death of patentee	(5) In case of the death of an original patentee or of his having assigned the patent, a like right to disclaim vests in his legal representatives, any of whom may exercise it.	(5) Si le breveté original meurt, ou s'il cède son brevet, la faculté qu'il avait de faire une renonciation passe à ses représentants légaux, et chacun d'eux peut exercer cette faculté.	Décès du breveté
Effect of disclaimer	(6) A patent shall, after disclaimer as provided in this section, be deemed to be valid for such material and substantial part of the invention, definitely distinguished from other parts thereof claimed without right, as is not disclaimed and is truly the invention of the disclaimant, and the disclaimant is entitled to maintain an action or suit in respect of that part accordingly.	(6) Après la renonciation, le brevet est considéré comme valide quant à tel élément matériel et substantiel de l'invention, nettement distinct des autres éléments de l'invention qui avaient été indûment revendiqués, auquel il n'a pas été renoncé et qui constitue véritablement l'invention de l'auteur de la renonciation, et celui-ci est admis à soutenir en conséquence une action ou poursuite à l'égard de cet élément.	Effet de la renonciation

[133] Hospira attacks the validity of the disclaimer. First, it submits that the disclaimer as it relates to disclaimed claim 8 is improper as it broadened rather than narrowed claim 8. Second, it submits that Sanofi Canada has presented no evidence to establish that there was a mistake, accident or inadvertence at the time the '778 patent was filed. It takes the position that the burden of

[133] Hospira conteste la validité de la renonciation. Tout d'abord, elle soutient que la renonciation liée à la revendication 8 n'est pas adéquate, car elle étend la revendication 8 plutôt que de la limiter. Ensuite, Hospira avance que Sanofi Canada n'a déposé aucune preuve pour établir qu'il y avait eu erreur, accident ou inadvertence au moment du dépôt du brevet '778. Hospira plaide qu'il

proof is on Sanofi Canada to prove on a balance of probabilities that it meets the essential conditions of section 48. It must prove: (i) that the original specification was too broad; (ii) that this was done by mistake, accident or inadvertence on the part of the patentee; and (iii) there was no wilful intent to defraud or mislead the public.

[134] Sanofi Canada submits that its disclaimer is valid and further submits that Hospira should not be permitted to raise any objection to its validity as it was raised for the first time in its memorandum filed shortly before the hearing. Sanofi Canada submits that it ought to have been raised by Hospira at the case management conference on February 15, 2008, when the parties discussed the order of filing evidence.

[135] Sanofi Canada suggests that if Hospira wanted to argue invalidity of the disclaimer, the proper process would have been to withdraw their NOA, and file a new NOA raising this issue. Sanofi Canada asserts that to allow Hospira to plead these new allegations so late in the game would cause significant prejudice to Sanofi Canada, in part because of the continuing exposure to section 8 [of the NOC Regulations] costs.

[136] First, as noted earlier there is no issue of section 8 costs arising because Hospira has not yet received regulatory approval of its submission. Further, the Prothonotary permitted Sanofi Canada to file reply evidence on the issues relating to the disclaimer as well as an additional memorandum; it did both.

[137] There can be no serious question that Hospira was late in raising the argument on the invalidity of the disclaimer. Even though the case law on which Hospira relies as support for its position that the disclaimed patent is irrelevant did not emerge until recently, there was nothing to stop Hospira from making the argument that the disclaimer was invalid. Hospira was silent at the February 15, 2008 case management conference, and did not raise the issue until after the completion of the evidence.

incombe à Sanofi Canada d'établir, selon la prépondérance de la preuve, qu'elle respecte les conditions essentielles de l'article 48. Sanofi Canada doit établir i) que le mémoire descriptif initial était trop étendu; ii) qu'elle l'a fait par erreur, accident ou inadvertance; et iii) qu'elle n'avait pas l'intention de frauder ou de tromper le public.

[134] Sanofi Canada soutient que la renonciation est valide et qu'il ne devrait pas être permis à Hospira de contester sa validité, parce que Hospira l'a contestée pour la première fois dans son mémoire déposé peu de temps avant l'audience. Sanofi Canada avance que Hospira aurait dû contester la renonciation lors de la conférence de gestion de l'instance tenue le 15 février 2008, lorsque les parties ont discuté de l'échéancier lié au dépôt de la preuve.

[135] Sanofi Canada prétend que, si Hospira voulait plaider l'invalidité de la renonciation, elle aurait dû suivre le processus approprié, à savoir retirer son avis d'allégation et en déposer un nouveau soulevant la présente question. Sanofi Canada allègue qu'elle subirait un préjudice important si la Cour permettait à Hospira de plaider ces nouvelles allégations si tardivement en cours d'instance, en partie en raison des dépens liés à l'article 8 du Règlement AC qui continuent de s'accumuler et qu'elle pourrait être obligée de payer.

[136] Tout d'abord, comme je l'ai mentionné ci-dessus, les dépens liés à l'article 8 ne sont pas en cause parce que Hospira n'a pas reçu l'approbation réglementaire en ce qui a trait à sa présentation. En outre, le protonotaire a permis à Sanofi Canada de déposer une contre-preuve sur les questions portant sur la renonciation et un mémoire supplémentaire, ce qu'elle a fait.

[137] On ne saurait sérieusement contester que Hospira a soulevé tardivement son allégation quant à l'invalidité de la renonciation. Même si les décisions invoquées par Hospira à l'appui de sa position, selon laquelle le brevet après renonciation n'est pas pertinent, n'ont été rendues que récemment, rien ne l'empêchait d'alléguer que la renonciation était invalide. Hospira a gardé le silence le 15 février 2008 lors de la conférence de gestion de l'instance et n'a soulevé la question qu'après la présentation de la preuve.

[138] Effective and fair civil litigation systems must eschew trial by ambush. However, Sanofi Canada cites no law to support its submission that it is too late to permit these arguments by Hospira, and states only that it will be prejudiced. I have found that it is not prejudiced. In *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3 (C.A.), at page 10, the Federal Court of Appeal described the test for determining whether a party should be allowed to amend its pleadings at a late stage:

[A]n amendment should be allowed at any stage of an action for the purpose of determining the real questions in controversy between the parties, provided, notably, that the allowance would not result in an injustice to the other party not capable of being compensated by an award of costs and that it would serve the interests of justice. [Footnote omitted.]

[139] In my view, similar reasoning ought to apply in the circumstances before us. Given the absence of prejudice and the fact that it was Sanofi Canada that is partially responsible in that Sanofi Canada disclaimed that relevant patent after the NOA was served, it is appropriate to consider Hospira's submissions on the validity of the disclaimer.

[140] The *Patent Act* provides the Commissioner of Patents with no discretion to refuse a disclaimer, consequently, when issues arise as to the validity of a disclaimer, the proper place for them to be addressed is before a judge in an infringement action or other proceeding: *Richards Packaging Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 11, 59 C.P.R. (4th) 84, at paragraph 10, aff'd 2008 FCA 4, 66 C.P.R. (4th) 1.

[141] Justice Martineau in *HersHKovitz v. Tyco Safety Products Canada Ltd.*, 2009 FC 256, 73 C.P.R. (4th) 331, at paragraph 79, held that when the propriety of the disclaimer is contested and litigated, "the onus of showing that there was 'mistake, accident or inadvertence' is on the patentee." Sanofi Canada submits that this is in error as it fails to consider the import of subsection 48(6) of the *Patent Act* which provides that "[a] patent shall, after disclaimer as provided in this section, be deemed to be valid". In my view, the submission of Sanofi Canada is

[138] Dans un appareil de justice civile efficace et juste, on devrait se garder de tendre des pièges lors des instructions. Cependant, Sanofi Canada ne cite aucune autorité à l'appui de son observation selon laquelle il ne devrait pas être permis à Hospira de présenter ses allégations parce qu'il est trop tard, et son seul argument est qu'elle subira un préjudice. Je conclus que Sanofi Canada ne subirait aucun préjudice. La Cour d'appel fédérale a décrit à la page 10 de l'arrêt *Canderel Ltée c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3 (C.A.), le critère visant à déterminer si l'on devrait permettre à une partie de modifier ses actes de procédure à une étape tardive de la procédure :

[U]ne modification devrait être autorisée à tout stade de l'action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties, pourvu, notamment, que cette autorisation ne cause pas d'injustice à l'autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu'elle serve les intérêts de la justice. [Note en bas de page omise.]

[139] À mon avis, un raisonnement semblable devrait être appliqué aux circonstances de l'espèce. Étant donné l'absence de préjudice et le fait que c'est Sanofi Canada qui est en partie responsable parce que le brevet en cause a fait l'objet d'une renonciation par Sanofi Canada après que l'avis d'allégation a été signifié, il convient d'examiner les observations présentées par Hospira concernant la validité de la renonciation.

[140] Selon la *Loi sur les brevets*, le commissaire aux brevets ne dispose pas du pouvoir discrétionnaire de rejeter une renonciation; par conséquent, lorsqu'une question liée à la validité d'un brevet est soulevée, il revient au tribunal, dans le cadre d'une action en contrefaçon ou d'une autre procédure, de trancher cette question : *Richards Packaging Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 11, au paragraphe 10, conf. par 2008 CAF 4.

[141] Le juge Martineau, au paragraphe 79 de la décision *HersHKovitz c. Tyco Safety Products Canada Ltd.*, 2009 CF 256, a conclu que, lorsque le bien-fondé d'une renonciation est contesté et fait l'objet d'un litige, « c'est au breveté qu'il incombe de montrer qu'il y a eu "erreur, accident ou inadvertance" ». Sanofi Canada soutient que le juge Martineau a commis une erreur parce qu'il n'a pas tenu compte de l'importance du paragraphe 48(6) de la *Loi sur les brevets* qui prévoit qu'« [a]près la renonciation, le brevet est considéré comme valide ». À mon

misguided as it confuses the validity of the disclaimer with the validity of the disclaimed patent.

[142] All that subsection 48(6) of the *Patent Act* provides is that the presumption of validity that every patent enjoys is not adversely affected by the disclaimer. The patent as disclaimed remains entitled to that presumption of validity. However, the section does not directly address whether the disclaimer itself is entitled to any presumption of validity and, in my view, there is no such presumption. If the validity of the disclaimer is not put in issue, then the patentee will have the benefit of subsection 48(6) as a defence to allegations of invalidity of the patent as disclaimed. However, if the validity of the disclaimer is raised, then the patentee must establish on the balance of probabilities that it is a valid disclaimer.

[143] Hospira submits that the disclaimer filed with respect to the '778 patent was not because of a legitimate mistake, accident or inadvertence but was a deliberate litigation tactic “to preserve an NOC proceeding that was doomed to failure from the start” and it submits that it was not Sanofi Canada who made any mistake or had any accident or was inadvertent in the original filing as the evidence is that Sanofi Canada had no involvement in the disclaimer—it was directed to be filed and was drafted by its counsel in these proceedings.

[144] Sanofi Canada submits that it has established that there was a mistake in the filing of the '778 patent in that the Canadian patent examiner failed to cite the '777 patent against the '778 patent and, as a result, there was a potential for a double patenting attack on its validity. It submits that the law with respect to double patenting in Canada was not developed at the time of filing as the decision in *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067 (*Whirlpool*) had yet to be issued. Further it has filed affidavit evidence that indicates that different patent agents in Canada were prosecuting the

avis, l'allégation de Sanofi Canada n'est pas fondée parce qu'elle confond la validité de la renonciation avec la validité du brevet après renonciation.

[142] Le paragraphe 48(6) de la *Loi sur les brevets* ne fait qu'établir que la renonciation ne porte pas atteinte à la présomption de validité dont jouit tout brevet. Le brevet ayant fait l'objet d'une renonciation jouit encore de la présomption de validité. Par ailleurs, le paragraphe 48(6) ne mentionne pas expressément si la renonciation même jouit d'une présomption quelconque de validité et, à mon avis, elle ne bénéficie pas d'une telle présomption. Si la validité de la renonciation n'est pas remise en question, alors le titulaire de brevet peut plaider le paragraphe 48(6) comme moyen de défense à l'égard des allégations d'invalidité du brevet ayant fait l'objet d'une revendication. Cependant, si la validité de la renonciation est remise en question, alors le titulaire du brevet doit établir, selon la prépondérance de la preuve, que la renonciation est valide.

[143] Hospira soutient que la renonciation déposée dans le cadre du brevet '778 ne découlait pas d'une erreur, d'un accident ou d'une inadvertance de bonne foi, mais qu'elle a plutôt été utilisée sciemment à des fins tactiques dans le cadre du litige [TRADUCTION] « afin de continuer un litige relatif à un avis de conformité qui est voué à l'échec depuis le début ». Hospira avance également que ce n'est pas Sanofi Canada qui a commis une erreur, a été victime d'un accident ou a fait preuve d'inadvertance lors du dépôt initial de la preuve, car la preuve révèle que Sanofi Canada n'a aucunement participé à la renonciation — ce sont les avocats de Sanofi Canada en l'espèce qui ont pris la décision de déposer la renonciation et qui l'ont rédigée.

[144] Sanofi Canada soutient avoir établi qu'il avait eu une erreur lors du dépôt du brevet '778 parce que l'examineur de brevet canadien n'avait pas comparé le brevet '777 au regard du brevet '778 et que, par conséquent, il était possible de contester la validité du brevet '778 pour cause de double brevet. Sanofi Canada soutient que le droit ayant trait au double brevet n'avait pas été établi au moment du dépôt parce que l'arrêt *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067 (*Whirlpool*), n'avait encore pas été rendu. En outre, Sanofi Canada a déposé des éléments de preuve révélant

two patents and neither had both patents at hand. It also filed evidence as to the European patent practice to indicate that the potential double patenting was not an issue that would arise there.

[145] The substantive evidence for Sanofi Canada is in the affidavit of Thierry Orlhac, sworn September 2, 2009, and the affidavit of Gerald V. Dahling sworn on September 3, 2009.

[146] Mr. Orlhac is a patent agent. He was responsible for the filing of the disclaimer at issue. He swears that the disclaimer was filed “to avoid any overlap between the '777 Patent and the '778 Patent as well as to address prior art concerns regarding paclitaxel”. It is evident from his affidavit and cross-examination that he has no knowledge of any prior art concerns. He does not attest as to what prior art was of concern and, most critically, does not attest that the failure to previously consider this prior art was due to mistake, accident or inadvertence. Accordingly, there is simply insufficient evidence to establish that Sanofi Canada was unaware of the prior art raised by Hospira. If the disclaimer was filed, as Mr. Orlhac swears that it was in part, to address prior art concerns, then Sanofi Canada has failed to meet its burden of proof to establish any mistake, accident or inadvertence on its part related to the prior art allegation.

[147] Mr. Orlhac also swears that part of the reason for the filing of the disclaimer was the alleged double patenting. However, he has no direct knowledge of how it was as a result of mistake, accident or inadvertence on the part of Sanofi Canada. His evidence at pages 8–9 of his cross-examination was that Sanofi Canada’s counsel “sent me information explaining why it should be done and what kind of Disclaimer should be done”. As to why it should be done, we are left in the dark as Sanofi Canada objected to producing the exchanges between Mr. Orlhac

que deux agents des brevets au Canada poursuivaient les demandes liées aux deux brevets et que ni l’un ni l’autre n’avaient les deux brevets en main. Sanofi Canada a également déposé des éléments de preuve concernant la pratique en matière de brevet en Europe afin d’établir que la possibilité de double brevet ne constituerait pas un problème en Europe.

[145] Les affidavits de MM. Thierry Orlhac et Gerald V. Dahling, lesquels ont été respectivement signés les 2 et 3 septembre 2009, constituent le cœur de la preuve de Sanofi Canada.

[146] M. Orlhac est un agent de brevets. Il était chargé du dépôt de la renonciation en cause. Il a déclaré que la renonciation a été déposée [TRADUCTION] « afin d’éviter tout chevauchement entre les brevets '777 et '778 et de régler certains problèmes liés à l’antériorité concernant le paclitaxel ». Son affidavit et son contre-interrogatoire révèlent clairement que M. Orlhac n’était au courant d’aucun problème lié à l’antériorité. M. Orlhac n’a fait aucune déclaration quant à savoir quels documents d’antériorité pourraient constituer un problème et, plus important encore, il n’a fait aucune déclaration selon laquelle l’omission de tenir compte de ces documents d’antériorité était due à une erreur, à un accident ou à une inadvertence. Par conséquent, la preuve n’établit tout simplement pas que Sanofi Canada ne connaissait pas les documents d’antériorité présentés par Hospira. Si, comme l’a déclaré M. Orlhac, la renonciation a été déposée en partie pour régler certains problèmes liés à l’antériorité, alors Sanofi Canada ne s’est pas acquittée du fardeau de preuve qui lui incombait, à savoir établir une quelconque erreur, accident ou inadvertence de sa part quant à l’allégation portant sur l’antériorité.

[147] M. Orlhac a déclaré également que la renonciation a été déposée en partie en raison de l’allégation de double brevet. Cependant, il n’a aucune connaissance directe quant à savoir comment la renonciation avait été faite par suite d’une erreur, d’un accident ou d’une inadvertence de la part de Sanofi Canada. Il a affirmé dans son témoignage que l’avocat de Sanofi Canada [TRADUCTION] « lui a envoyé des renseignements lui expliquant pourquoi il devait faire la renonciation et quel type de renonciation devait être fait » (pages 8 et 9 de son contre-interrogatoire).

and Mr. Creber, Sanofi Canada's counsel, on the grounds of privilege.

[148] In summary, Mr. Orlhac offers no evidence to support that the conditions set out in subsection 48(1) of the *Patent Act* have been met.

[149] The other evidence offered by Sanofi Canada is that of Mr. Dahling. He retired from the Sanofi-Aventis Group on June 1, 2008. He had been employed prior to his retirement as in-house patent attorney and he instructed external counsel in this application for Sanofi Canada. He swears that one of his responsibilities prior to his retirement was in recommending and making the decision to file the disclaimer at issue. Although noted previously, his evidence as to the reason for the disclaimer is repeated for ease of reference:

On October 15, 2007, Hospira sent a Notice of Allegation relating to, among others, the '778 Patent. In the Notice of Allegation, Hospira alleged that the '778 Patent was invalid for Double Patenting in light of Canadian Patent 2,102,777 (the "'777 Patent"). This was the first such allegation of Double Patenting relating to the '778 Patent in view of the '777 Patent that anyone in the sanofi-aventis organization was aware of. Upon review of the issue, we recognize that there was potential overlap in the scope of the claims of these two patents and a decision was made to narrow the scope of Claim 8 of the '778 Patent to limit the active substance to docetaxel (thereby removing paclitaxel from the scope of the claim) and to narrow the range of docetaxel as well as the ranges of ethanol and polysorbate.

[150] Mr. Dahling attests that the allegation of double patenting in the NOA was the first such allegation Sanofi Canada had received. The claim of double patenting in the NOA was as follows:

The '778 Patent is invalid for double patenting in view of the '777 Patent. Both patents claim a stock solution, and an infusion

Quant à la raison pour laquelle la renonciation devait être effectuée, nous n'en avons aucune idée, car Sanofi Canada a invoqué le secret professionnel pour contester le dépôt des communications entre M. Orlhac et M. Creber, avocat de Sanofi Canada.

[148] En résumé, rien dans le témoignage de M. Orlhac ne permet d'établir que les conditions prévues au paragraphe 48(1) de la *Loi sur les brevets* sont respectées.

[149] Le témoignage de M. Dahling constitue l'autre preuve présentée par Sanofi Canada. M. Dahling a pris sa retraite du groupe Sanofi-Aventis le 1^{er} juin 2008. Avant sa retraite, il travaillait à l'interne en qualité d'avocat-conseil spécialisé en matière de brevet et il donné des directives à des avocats à l'externe dans le cadre de la présente demande de Sanofi Canada. Il déclare que, dans le cadre de l'une de ces responsabilités avant sa retraite, il avait participé à la recommandation et à la prise de décisions liées au dépôt de la renonciation en cause. Bien que je l'aie déjà cité ci-dessus, je reproduis de nouveau son témoignage portant sur les raisons du dépôt de la renonciation par souci de commodité :

[TRADUCTION] Le 15 octobre 2007, Hospira a envoyé un avis d'allégation portant entre autres sur le brevet '778. Dans cet avis d'allégation, Hospira alléguait que le brevet '778 était invalide pour cause de double brevet à la lumière du brevet canadien 2102777 (le brevet '777). Selon les membres de l'organisation Sanofi-Aventis, c'était la première fois qu'une telle allégation de double brevet quant au brevet '778 à la lumière du brevet '777 était avancée. Après examen de la question, nous reconnaissons qu'il est possible que la portée des revendications de ces deux brevets se chevauchent, et nous avons décidé de restreindre la portée de la revendication 8 du brevet '778 afin que seul le docetaxel constitue l'ingrédient actif (le paclitaxel n'étant ainsi plus visé par la revendication) et de restreindre les intervalles du docetaxel, de l'éthanol et du polysorbate.

[150] M. Dahling a déclaré que l'allégation de double brevet faite dans l'avis d'allégation était la première allégation du genre à être présentée à Sanofi Canada. L'allégation de double brevet présentée dans l'avis d'allégation était ainsi rédigée :

[TRADUCTION] Le brevet '778 est invalide pour cause de double brevet à la lumière du brevet '777. Les deux brevets revendiquent

solution having polysorbate and a taxane (in particular paclitaxel or docetaxel), and ethanol.

Aventis has therefore claimed the benefit of the identical monopoly twice (for example: the infusion solution of claim 16 ('777 Patent) is not patentably distinct from claim 8 ('778 Patent); the composition of claims 1-11 ('777 Patent) are not patentable (*sic*) distinct from the composition claims 1-7 ('778 Patent).

[151] Mr. Dahling attests that as a consequence of this allegation, the disclaimer was made to limit the active substance to docetaxel by removing paclitaxel from the scope of the claim. He further attests that Sanofi Canada decided to narrow the range of docetaxel as well as the ranges of ethanol and polysorbate.

[152] Mr. Dahling admits on cross-examination that he has no recollection of a disclaimer being required as a result of any prior art concerns. His evidence as to why the disclaimer was necessary, was filed in the form it was, and what caused the original patent claims to be too broad is found in the following excerpts from his cross-examination:

Q. So did you read the Notice of Allegation and determine there were validity issues with respect to the '778 Patent or were those identified to you by outside counsel?

A. I am not a Canadian lawyer, so I certainly would not opine about validity issues in relation to Canadian patents. So I, if my recollection is correct, I turned the matter over to Tony Creber.

Q. And at some point Mr. Creber indicated to you that there were issues of validity that were raised in the Notice of Allegation?

A. That is correct.

Q. And can you recollect what the nature of the discussion was or the advice that was given?

une solution mère ainsi qu'une solution pour perfusion renfermant du polysorbate, un taxane (en particulier le paclitaxel ou le docetaxel) et de l'éthanol.

Aventis a par conséquent revendiqué deux fois l'avantage d'un même monopole (par exemple, la solution pour perfusion de la revendication 16 (brevet '777) ne constitue pas un élément brevetable distinct de la revendication 8 (brevet '778); les compositions visées par les revendications 1 à 11 (brevet '777) ne constituent pas des éléments brevetables distincts des compositions visées par les revendications 1 à 7 (brevet '778).

[151] M. Dahling a déclaré que, en réponse à cette allégation, la renonciation devait faire en sorte que la revendication ne vise plus le paclitaxel afin que seul le docetaxel constitue l'ingrédient actif. Il soutient également que Sanofi Canada a décidé de restreindre les intervalles du docetaxel, de l'éthanol et du polysorbate.

[152] En contre-interrogatoire, M. Dahling a admis ne pas se souvenir s'il a été nécessaire de faire une renonciation en raison d'un problème lié à l'antériorité. Son témoignage expliquant pourquoi la renonciation était nécessaire et pourquoi la renonciation a été déposée de la façon qu'elle a été déposée et expliquant ce qui a fait en sorte que les revendications du brevet initial étaient de portée excessive se trouve dans les extraits qui suivent de son contre-interrogatoire :

[TRADUCTION]

Q. Avez-vous donc lu l'avis d'allégation et déterminé que le brevet '778 renfermait des problèmes de validité ou bien est-ce un avocat externe qui a porté ces problèmes à votre attention?

R. Je ne suis pas autorisé à pratiquer le droit au Canada, je ne donnerais donc certainement pas mon avis sur des questions de validité liées à des brevets canadiens. Par conséquent, si ma mémoire est bonne, j'ai saisi Tony Creber de l'affaire.

Q. Et, à un certain moment, M. Creber vous a mentionné que des problèmes de validité avaient été soulevés dans l'avis d'allégation?

R. C'est exact.

Q. Et vous souvenez-vous de ce dont vous avez discuté ou bien du conseil qu'il vous a donné?

A. Yes, I do, in general terms, remember that there was some kind of a conflict between two, two patents and it was Mr. Creber's view that it was a double patenting issue and that something should be done. And, again, I followed his recommendation.

Q. Did you give any advice as to how the claims should be amended in the disclaimed claims?

A. No.

Q. Did anyone at Sanofi verify what Mr. Creber was proposing was the proper course of action?

A. I don't believe so. I am not 100 per cent sure, but I don't believe so. Tony Creber was the expert. His team in Canada understands Canadian patent law and it's a matter of delegating to the people with the right expertise and that was what was done.

...

Q. What was your involvement in recommending and making the decision to file this disclaimer?

A. I called a meeting with outside Canadian counsel, and that was Tony Creber and his team, along with – I don't quite remember everyone who attended the meeting, but I was there and I believe the general counsel of Canada was there and perhaps one or two others. And we heard Tony Creber's assessment of the various patents at issue. And there came a time when Tony Creber recommended and pointed out that there was an issue concerning a possible double patenting situation involving the two patents that are the subject of paragraph 4 and Tony's recommendation was that certain of those claims be disclaimed, and I was the one who had to authorize that and that was my involvement. And I made the decision, and I followed Tony's advice and recommendation.

...

Q. And what was, what Mr. Creber's proposal? Did you get into specifics in terms of what amendments he proposed to the claims?

A. Not the specifics of the precise amendments, but he recommended as a disclaimer to file to alleviate the potential issue, and I authorized that.

...

R. Oui, je me souviens des grandes lignes. Il y avait un certain problème entre les deux brevets et M. Creber était d'avis qu'il s'agissait d'un problème de double brevet et que l'on devrait s'en occuper. Et, je le répète, j'ai suivi sa recommandation.

Q. Avez-vous donné quelque conseil que ce soit quant à la façon dont les revendications devant faire l'objet d'une renonciation devaient être modifiées?

R. Non.

Q. Y a-t-il quelqu'un de Sanofi qui a vérifié si la proposition de M. Creber était la bonne chose à faire?

R. Je ne crois pas. Je n'en suis pas tout à fait certain, mais je ne pense pas. Tony Creber était l'expert. Son équipe au Canada comprend le droit canadien en matière de brevet. Il faut déléguer les dossiers aux personnes ayant l'expertise nécessaire, et c'est ce qui a été fait.

[...]

Q. Quelle a été votre participation dans la recommandation et la prise de décision liées au dépôt de la renonciation en cause?

R. J'ai convoqué une réunion avec l'avocat à l'externe au Canada, il s'agissait de Tony Creber et de son équipe ainsi que — je ne me souviens pas vraiment de toutes les personnes qui ont assisté à la réunion, mais j'y étais et je crois que le chef du contentieux pour le Canada ainsi que deux ou trois autres avocats y ont aussi participé. Tony Creber nous a fait part de son évaluation des divers brevets en cause. Et, à un moment donné, Tony Creber a souligné qu'il y avait un problème lié à un possible double brevet concernant les deux brevets dont il est question au paragraphe 4, et il a recommandé que certaines revendications fassent l'objet d'une renonciation. C'est moi qui devais donner l'autorisation à ce sujet, c'était ma participation. J'ai pris la décision et j'ai suivi le conseil et la recommandation de M. Creber.

[...]

Q. Quelle était la proposition de M. Creber? Avez-vous discuté dans le détail des modifications qu'il proposait d'apporter aux revendications?

R. Non, les détails précis des modifications n'ont pas fait l'objet de discussions, mais il a recommandé le dépôt de la renonciation pour remédier au possible problème, ce que j'ai autorisé.

[...]

Q. Well any other issues in terms of the allegations that were raised in the Notice of Allegation and how to address them vis-à-vis the disclaimer?

A. Well I asked Tony Creber to look at all of the Sanofi patents that related to docetaxel and the Notice of Allegation and come up with a plan for defending our product in Canada. And he followed that instruction. Then I called the meeting to hear the results of his analysis and so he went over the Notice of Allegation, he described the various patents which had been granted in Canada, and the two patents which are the subject of my affidavit, paragraph 4, came up and probably some others did too. But do I remember specifically? No. But it would have been a very strange and short meeting if the entire time would have been focussed only on 777 and 778 from my paragraph 4. [Emphasis added.]

[153] There are a number of difficulties with this evidence. The first and arguably the most significant is that the affiant never swears or provides any basis on which to conclude that there was a mistake, accident or inadvertence on the part of Sanofi Canada in filing the original specifications of the '778 patent that made them too broad. He says that the NOA alerted Sanofi Canada to a “potential overlap”. He does not say that the claims of the two patents did overlap and that therefore the '778 patent claims were too broad; he merely says that there was a potential for an overlap. In order to be a valid disclaimer under the *Patent Act*, the patentee must, at a minimum, unequivocally admit that the original specification is too broad. Admittedly, Sanofi Canada did that when it filed the disclaimer because the statutory form specifically contains an admission by the patentee that it has “by mistake, accident or inadvertence, and without any wilful intent to defraud or mislead the public, made the specification too broad”. However, that statement is precisely what is under attack by Hospira and Sanofi Canada must do more to support the validity of that statement and its disclaimer than have someone swear an affidavit that it was “potentially” too broad. At a minimum, there must be an admission by the relevant witness that the claim was too broad and then set out how this happened, to prove that it was by mistake, accident or inadvertence and with no wilful intent to defraud the public. In this case, Sanofi Canada has failed to prove on a balance of probabilities that through mistake, accident or inadvertence its patent as filed was overly broad. In short, it has failed to meet its burden of proof

Q. Y a-t-il d'autres problèmes quant aux allégations soulevées dans l'avis d'allégation, et comment pourriez-vous les régler par la renonciation?

R. J'ai demandé à Tony Creber de vérifier tous les brevets de Sanofi liés au docetaxel et à l'avis d'allégation et d'établir un plan visant à protéger notre produit au Canada. Tony Creber a suivi cette directive. Par la suite, j'ai convoqué une réunion pour connaître les résultats de son analyse, et Tony Creber a parlé de l'avis d'allégation; il a décrit les divers brevets qui ont été délivrés au Canada, et les deux brevets dont il est question au paragraphe 4 de mon affidavit ont été abordés et certains autres ont certainement aussi été abordés. Est-ce que je m'en souviens précisément? Non. Mais cette réunion aurait été bien étrange et bien courte si elle n'avait porté que sur les brevets '777 et '778 dont il est question au paragraphe 4 de mon affidavit. [Non souligné dans l'original.]

[153] Le témoignage de M. Dahling contient un certain nombre de problèmes. Le premier problème, qui est sans doute le plus important, est que M. Dahling n'a fait aucune déclaration et n'a fourni aucun fondement permettant à la Cour de conclure qu'il y a eu erreur, accident ou inadvertance de la part de Sanofi Canada lors du dépôt du mémoire descriptif initial visant le brevet '778 qui aurait fait en sorte que ce brevet avait une portée excessive. M. Dahling a affirmé que l'avis d'allégation a fait savoir à Sanofi Canada [TRADUCTION] « qu'il est possible que la portée des revendications de ces deux brevets se chevauche ». Il n'a pas affirmé que les revendications des deux brevets se chevauchaient effectivement et que, par conséquent, les revendications du brevet '778 étaient trop étendues; il a seulement affirmé qu'il était possible qu'il y ait chevauchement. Pour qu'une renonciation soit valide au titre de la *Loi sur les brevets*, le titulaire de brevet doit, au minimum, admettre sans équivoque que le mémoire descriptif initial est trop étendu. Il faut convenir que Sanofi Canada a fait cette admission lors du dépôt de la renonciation parce que le formulaire réglementaire contient précisément une admission selon laquelle le titulaire de brevet a « par erreur, accident ou inadvertance et sans intention de frauder ou de tromper le public [...] donné trop d'étendue au mémoire descriptif ». Cependant, cette déclaration est précisément ce qui est contesté par Hospira, et Sanofi Canada doit en faire davantage pour étayer la validité de cette déclaration et de sa renonciation, car il ne suffit pas qu'une personne déclare dans un affidavit qu'il est « possible » que la revendication soit trop étendue. Afin d'établir qu'il a

establishing that the disclaimer meets the prerequisites of subsection 48(1) of the *Patent Act*. Accordingly, I find that for the purposes of this application, the disclaimer is invalid and the disclaimed '778 patent cannot be relied upon by Sanofi Canada.

[154] Hospira also submits that the disclaimer is invalid as it broadens the previous claim. The purpose of the disclaimer is to narrow what was previously claimed and it is therefore invalid if it broadens what was claimed or recasts the invention.

[155] Hospira asserts that the change of the word “contains” in the original patent to “including” and “includes” in the disclaimed patent results in a broader claim than the original. Hospira relies on the admission of Dr. Constantinides in cross-examination that “contains” or “containing” would be more limited than “includes” or “including”.

[156] The claims within a patent are made so that the public can understand them. However, the public, in the context of reading a patent, is not the ordinary lay person, but rather the person skilled in the art. This is why when construing the claims, it is necessary to have expert evidence to inform the decision maker of how a PSIA would read the claims. However, determining whether a patentee correctly employed the disclaimer provisions within the Act is a factual and legal question for the trier of fact. The opinions of the experts are relevant, but not determinative.

donné trop d'étendue à la revendication par erreur, accident ou inadvertance et sans intention de frauder ou de tromper le public, le témoin pertinent doit au minimum admettre que la revendication était trop étendue puis préciser comment cela est arrivé. En l'espèce, Sanofi Canada n'a pas établi selon la prépondérance de la preuve qu'elle avait donné par erreur, accident ou inadvertance trop d'étendue au brevet tel qu'il a été déposé. En résumé, Sanofi Canada ne s'est pas acquittée de son fardeau de preuve : elle n'a pas établi que la renonciation respecte les conditions prévues au paragraphe 48(1) de la *Loi sur les brevets*. Par conséquent, je conclus, aux fins de la présente demande, que la renonciation est invalide et que Sanofi Canada ne peut pas invoquer le brevet '778 après renonciation.

[154] Hospira soutient également que la renonciation est invalide parce qu'elle donne plus d'étendue à la revendication précédente. La renonciation vise à restreindre ce qui était déjà revendiqué et elle est donc invalide si elle donne plus d'étendue à ce qui était revendiqué ou si elle reformule l'invention.

[155] Hospira soutient que le remplacement du mot « contient » dans le brevet initial par « comprenant » et « comprend » dans le brevet ayant fait l'objet d'une renonciation donne plus d'étendue à ce dernier brevet par rapport au brevet initial. Hospira se fonde sur l'admission de M. Constantinides lors du contre-interrogatoire, qui a déclaré que l'emploi de « contient » ou de « contenant » serait plus restrictif que l'emploi de « comprend » ou « comprenant ».

[156] Les revendications d'un brevet sont rédigées de façon à ce que le public puisse les comprendre. Cependant, le public, dans le contexte de l'interprétation des brevets, n'est pas le grand public profane, il s'agit plutôt de la personne versée dans l'art. C'est pourquoi lors de l'interprétation des revendications, il est nécessaire d'obtenir une preuve d'expert pour que le décideur sache comment la personne versée dans l'art interpréterait les revendications. Cependant, c'est au juge des faits qu'il incombe de déterminer si un titulaire de brevet a eu recours à bon escient aux dispositions sur la renonciation prévues dans la *Loi sur les brevets*. Les avis des experts sont pertinents, mais ils ne tranchent pas la question.

[157] I am of the opinion that “contains” or “containing” and “includes” or “including” are synonymous in the context of this patent. The '778 patent has many passages using the word [TRANSLATION] “contains” and [TRANSLATION] “containing” where it is clear that it is meant to refer to an open list of ingredients in that it refers to one of many ingredients in the composition. The following are examples:

[TRANSLATION]

1. “... a first, so-called ‘stock’, solution is prepared that contains approximately 6 mg/mL of taxol in a solvent mixture composed of (50% ethanol and 50% Cremophor® EL by volume)”.
2. “... it is necessary to inject solutions containing, in addition to the active ingredient, concentrations of each of the following compounds, ethanol and Cremophor®”.
3. “According to a preferred embodiment, the composition contains 6 to 15 mg/L of formula (I) compounds.”
4. “Infusions prepared from the previous stock solutions and containing an active ingredient concentration of...”.
5. “After mixing with a 5% glucose solution to obtain a final concentration of 1 mg/L, this solution contained approximately 33 mg/L of polysorbate 80 and 33 mg/L of ethanol.”

[158] Therefore, as read within the patent as a whole, I find that the disclaimer does not broaden the claim from the original, as alleged by Hospira, and it is not invalid on that basis.

[159] Having found that the justification of the allegations of Hospira are to be determined based on the disclaimed '778 patent and having found that the disclaimer is invalid, this application must be dismissed; however, in the event that there is an appeal of this decision, I shall deal with the remaining issues that were raised by the parties. I shall do so with reference to the

[157] Je suis d’avis que « contient » ou « contenant » et « comprend » ou « comprenant » sont synonymes dans le contexte du présent brevet. Le brevet '778 renferme de nombreux passages où les mots « contient » ou « contenant » sont employés et où il est clair que ces mots renvoient à une liste non exhaustive, car ils renvoient à l’un des nombreux ingrédients formant la composition. Par exemple :

1. « [...] une première solution, dite “solution mère”, contenant environ 6 mg/ml de taxol dans un mélange solvant composé de (50 % en volume d’éthanol et 50 % en volume de Crémophor® EL) ».
2. « [...] il est nécessaire d’injecter des solutions contenant en même temps que le principe actif des concentrations en chacun des composés suivants, éthanol et surtout Crémophor® ».
3. « Selon un mode de réalisation préféré, la composition contient 6 à 15 mg/l de composés de formule (I). »
4. « Les perfusions préparées à partir des solutions mères précédentes et contenant une concentration en principe actif de [...] »
5. « Cette solution après mélange avec une solution de glucose à 5 % de façon à obtenir une concentration finale de 1 mg/ml contient environ 33 ml/l de polysorbate 80 et 33 ml/l d’éthanol. »

[158] Par conséquent, selon mon interprétation du brevet dans son ensemble, je conclus que la renonciation ne donnait pas plus d’étendue à la revendication ayant fait l’objet de la renonciation par rapport à la revendication initiale, comme l’alléguait Hospira, et que la renonciation n’est pas invalide pour cause de portée excessive.

[159] Étant donné que j’ai conclu que le bien-fondé des allégations de Hospira doit être décidé sur le fondement du brevet '778 après renonciation et que la renonciation est invalide, la présente demande doit être rejetée. Cependant, dans l’éventualité où l’on interjetterait appel de la présente décision, je trancherai les autres questions en litige soulevées par les parties. Je trancherai ces

disclaimed '778 patent and the disclaimed claim 8, as Sanofi Canada has admitted that it is not relying on the patent as it read prior to the disclaimer.

4. Whether none of Hospira's allegations are justified

[160] The parties are in agreement on the legal burden of proof in NOC proceedings. Hospira's allegations are presumed to be true. Therefore, Sanofi Canada has the burden of proving, on a balance of probabilities, that the allegations are not justified: *Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FC 320, 75 C.P.R. (4th) 165, at paragraph 41. There is a statutory presumption in section 43 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 42] of the *Patent Act* that the patent is valid. Where the second person alleges invalidity, the first person can rely on the statutory presumption; this shifts the onus to the second person to provide sufficient evidence that, on a balance of probabilities, displaces the statutory presumption: *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2004 FCA 393, [2005] 2 F.C.R. 269, at paragraphs 15–16, leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied, [2005] 1 S.C.R. x. Therefore, the burden of proving invalidity, on a balance of probabilities, rests with Hospira.

Person Skilled in the Art

[161] Patents are not directed to the general public, but rather to the mythical PSIA. The Supreme Court, in *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024 (*Free World Trust*), at paragraph 44, endorsed the following definition of the PSIA provided by Dr. Fox:

[A person skilled in the art is] a hypothetical person possessing the ordinary skill and knowledge of the particular art to which the invention relates, and a mind willing to understand a specification that is addressed to him. This hypothetical person has sometimes been equated with the "reasonable man" used as a standard in negligence cases. He is assumed to be a man who is going to try to achieve success and not one who is looking for difficulties or seeking failure.

questions sur la base du brevet '778 après renonciation et de la revendication 8 après renonciation, puisque Sanofi Canada a admis qu'elle n'invoquait pas le brevet tel qu'il était libellé avant la renonciation.

4. Y a-t-il au moins une des allégations de Hospira qui est fondée?

[160] Les parties conviennent du fardeau de la preuve applicable dans les instances relatives aux avis de conformité. Les allégations de Hospira sont présumées être vraies. Par conséquent, Sanofi Canada a le fardeau d'établir que, selon la prépondérance de la preuve, les allégations ne sont pas fondées : *Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 320, au paragraphe 41. L'article 43 [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 42] de la *Loi sur les brevets* établit une présomption légale selon laquelle le brevet est valide. Si la seconde personne allègue l'invalidité, la première personne peut invoquer la présomption légale; le fardeau de la preuve est alors inversé et il incombe à la seconde personne de réfuter, selon la prépondérance de la preuve, la présomption légale : *Cie pharmaceutique Procter & Gamble, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2004 CAF 393, [2005] 2 R.C.F. 269, aux paragraphes 15 et 16, autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [2005] 1 R.C.S. x. Par conséquent, le fardeau d'établir l'invalidité, selon la prépondérance de la preuve, incombe à Hospira.

La personne versée dans l'art

[161] Les brevets ne s'adressent pas au grand public, mais à l'être fictif qu'est la personne versée dans l'art. La Cour suprême a adopté au paragraphe 44 de l'arrêt *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024 (*Free World Trust*), la définition suivante de la personne versée dans l'art, laquelle a été formulée par M. Fox :

[TRADUCTION] [La personne versée dans l'art est] un être fictif ayant des compétences et des connaissances usuelles dans l'art dont relève l'invention et un esprit désireux de comprendre la description qui lui est destinée. Cette notion de la personne fictive a parfois été assimilée à celle de l'« homme raisonnable » retenue en matière de négligence. On suppose que cette personne va tenter de réussir, et non rechercher les difficultés ou viser l'échec.

[162] The first step in any infringement or invalidity analysis is to determine who this mythical person, this PSIA, is in the circumstances of the particular patent at issue.

[163] The parties agree that the PSIA would have at least a Bachelor of Science degree in a related scientific discipline. Sanofi Canada asserts that the PSIA would have experience in developing intravenous formulations of poorly water-soluble drugs. Hospira asserts that the PSIA would have *some* experience in developing parenteral formulations of poorly water-soluble drugs. Beyond the word “some”, there is very little to separate the parties’ positions on this aspect. The word “some” is congruent with the position that the PSIA had only a first degree in the sciences. If the PSIA had an advanced degree, at a minimum, then it would be expected that he or she had more experience, not just some. I find, therefore that the PSIA is someone with at least a Bachelor of Science degree in a related scientific discipline with some experience developing parenteral formulations of poorly soluble drugs.

Claims Construction

[164] The parties agree on the general legal principles that govern claims construction. Claims construction is a question of law for the Court: *Whirlpool*, at paragraph 61 and the relevant date is the date of publication, i.e. January 21, 1993. The Court must determine, as of this date, how a PSIA would read the patent and interpret the claims.

[165] “A patent specification should be given a purposive ... rather than a purely literal” construction: *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.), at page 243. “We must look to the whole of the disclosure and the claims to ascertain the nature of the invention and methods of its performance ... being neither

[162] La première étape de toute analyse en matière de contrefaçon ou d’invalidité consiste à déterminer qui est cette personne versée dans l’art dans les circonstances du brevet en cause.

[163] Les parties conviennent que la personne versée dans l’art détiendrait au moins un baccalauréat en sciences dans une discipline scientifique connexe. Sanofi Canada soutient que la personne versée dans l’art posséderait de l’expérience dans l’élaboration de formulations intraveineuses de médicaments peu solubles dans l’eau. Hospira soutient que la personne versée dans l’art posséderait une *certaine* expérience dans l’élaboration de formulations parentérales de médicaments peu solubles dans l’eau. Outre le mot « certaine », bien peu de choses séparent les positions des parties à ce sujet. Le mot « certaine » est compatible avec la position selon laquelle la personne versée dans l’art détient seulement un diplôme de premier cycle en sciences. Si la personne versée dans l’art détenait un diplôme d’études supérieures, on s’attendrait au minimum à ce qu’elle possède davantage d’expérience que seulement une certaine expérience. Par conséquent, je conclus que la personne versée dans l’art détient au moins un baccalauréat en sciences dans une discipline scientifique connexe et possède une certaine expérience dans l’élaboration de formulations parentérales de médicaments peu solubles dans l’eau.

L’interprétation des revendications

[164] Les parties conviennent des principes juridiques généraux régissant l’interprétation des revendications. L’interprétation des revendications constitue une question de droit qu’il appartient à la Cour de trancher, *Whirlpool*, au paragraphe 61, et la date pertinente est la date de publication, c’est-à-dire le 21 janvier 1993. La Cour doit déterminer comment la personne versée dans l’art interpréterait le brevet et les revendications à la date pertinente.

[165] Selon l’arrêt *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.), à la page 243, [TRADUCTION] « [I]e mémoire descriptif d’un brevet doit recevoir une interprétation téléologique plutôt qu’une interprétation purement littérale ». Selon l’arrêt *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*,

benevolent nor harsh, but rather seeking a construction which is reasonable and fair to both patentee and public”: *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504 (*Consolboard*), at page 520. If the patent can be read to support a really useful invention then it should be so read: *Consolboard*, at page 521.

[166] The key task in claims construction is determining which elements of the claims are essential, and which are non-essential. According to *Free World Trust*, at paragraph 31 that determination is made:

(i) on the basis of the common knowledge of the worker skilled in the art to which the patent relates;

(ii) as of the date the patent is published;

(iii) having regard to whether or not it was obvious to the skilled reader at the time the patent was published that a variant of a particular element would *not* make a difference to the way in which the invention works; or

(iv) according to the intent of the inventor, expressed or inferred from the claims, that a particular element is essential irrespective of its practical effect;

(v) without, however, resort to extrinsic evidence of the inventor’s intention. [Emphasis in original.]

[167] The parties agree on the general aspects of what is essential to disclaimed claim 8, i.e. that it is an infusion with polysorbate and ethanol. The parties disagree on whether the disclaimed claim 8 claims docetaxel only or the broader class of taxanes. The parties disagree on whether the concentration ranges listed are essential. The parties disagree on whether the items listed in disclaimed claim 8 are exhaustive of what comprises the formulation. I have already found that it is not an exhaustive list, but that does not mean that additional ingredients are essential.

[1981] 1 R.C.S. 504 (*Consolboard*), à la page 520, « [i]l faut considérer l’ensemble de la divulgation et des revendications pour déterminer la nature de l’invention et son mode de fonctionnement, [...] sans être ni indulgent ni dur, mais plutôt en cherchant une interprétation qui soit raisonnable et équitable à la fois pour le titulaire du brevet et pour le public ». Si le brevet peut être interprété comme appuyant une invention vraiment utile, alors il faut lui donner cette interprétation : *Consolboard*, à la page 521.

[166] La tâche principale de la Cour qui interprète des revendications consiste à déterminer quels éléments des revendications sont essentiels et lesquels ne le sont pas. Selon le paragraphe 31 de l’arrêt *Free World Trust*, cette détermination est effectuée :

(i) en fonction des connaissances usuelles d’un travailleur versé dans l’art dont relève l’invention;

(ii) à la date à laquelle le brevet est publié;

(iii) selon qu’il était ou non manifeste, pour un lecteur averti, au moment où le brevet a été publié, que l’emploi d’une variante d’un composant donné *ne* modifierait *pas* le fonctionnement de l’invention, ou

(iv) conformément à l’intention de l’inventeur, expresse ou inférée des revendications, qu’un composant en particulier soit essentiel, peu importe son effet en pratique;

(v) mais indépendamment de toute preuve extrinsèque de l’intention de l’inventeur. [Soulignement dans l’original.]

[167] Les parties conviennent des aspects généraux des éléments essentiels de la revendication 8 après renonciation, c’est-à-dire qu’il s’agit d’une perfusion renfermant du polysorbate et de l’éthanol. Les parties ne s’entendent pas sur la question de savoir si la revendication 8 après renonciation ne revendique que le docetaxel ou revendique la classe générale des taxanes; sur la question de savoir si les intervalles de concentration énumérés constituent des éléments essentiels et sur la question de savoir si la liste des éléments énumérés dans la revendication 8 après renonciation est exhaustive, en ce sens qu’elle fait état de ce qui compose la formulation. J’ai déjà conclu que la liste n’est pas exhaustive, mais cela ne veut pas dire que les ingrédients supplémentaires constituent des éléments essentiels.

[168] Sanofi Canada submits that the essential elements of disclaimed claim 8 are:

- a. An infusion containing the following:
- b. 0.1 mg/mL to 1 mg/mL of docetaxel;
- c. 5 mg/mL to 35 mg/mL of ethanol; and
- d. 5 mg/mL to 35 mg/mL of polysorbate.

[169] Hospira submits that the essential elements of disclaimed claim 8 are:

- a. an infusion containing the following:
- b. a taxane;
- c. ethanol; and
- d. polysorbate.

[170] Hospira argues that if you read disclaimed claim 8 in the context of the disclosure, the use of the word docetaxel should be taken to mean any taxane. I cannot agree with this submission. The whole purpose of the disclaimer was to limit a claim that was previously overly broad to a more discrete claim. The original claim 8 did claim a broad class of taxanes, but this was disclaimed by the patentee to include only docetaxel. The word choice of the patentee was very specific, and this, taken together with the whole reason for the disclaimer, leads to the conclusion that disclaimed claim 8 claims docetaxel only.

[171] I have addressed the issue of whether the language in disclaimed claim 8 is exhaustive and concluded that the wording of disclaimed claim 8 is non-exhaustive. This is not to say that there are essential ingredients that are not listed, only that the disclaimed claim 8 does contemplate the possible inclusion of other, non-essential ingredients.

[172] Hospira argues that the ranges included in disclaimed claim 8 are arbitrary and that the patent does

[168] Sanofi Canada soutient que les éléments essentiels de la revendication 8 après renonciation sont les suivants :

- a. une perfusion renfermant ce qui suit :
- b. de 0,1 mg/ml à 1 mg/ml de docetaxel;
- c. de 5 mg/ml à 35 mg/ml d'éthanol;
- d. de 5 mg/ml à 35 mg/ml de polysorbate.

[169] Hospira soutient que les éléments essentiels de la revendication 8 après renonciation sont les suivants :

- a. une perfusion renfermant ce qui suit :
- b. un taxane;
- c. de l'éthanol;
- d. du polysorbate.

[170] Hospira allègue que, si la revendication 8 est interprétée dans le contexte de la divulgation, l'emploi du mot « docetaxel » devrait vouloir dire tout taxane. Je ne peux pas souscrire à cette allégation. L'objectif même de la renonciation était de restreindre une revendication qui avait trop d'étendue afin que cette revendication soit plus précise. La revendication 8 initiale revendiquait bien une large classe de taxane, mais elle a fait l'objet d'une renonciation par le titulaire du brevet afin qu'elle ne vise que le docetaxel. Le titulaire du brevet a choisi des mots très précis ce qui, de concert avec l'objectif même de la revendication, mène à la conclusion que la revendication 8 après renonciation ne revendique que le docetaxel.

[171] J'ai tranché la question de savoir si le libellé de la revendication 8 après renonciation était exhaustif et j'ai conclu qu'il ne l'était pas. Cela ne veut pas dire que certains éléments essentiels ne sont pas énumérés, mais seulement que la revendication 8 après renonciation prévoit la possibilité que d'autres ingrédients, non essentiels, soient ajoutés.

[172] Hospira soutient que les intervalles prévus dans la revendication 8 après renonciation sont arbitraires et

not explain the inventive aspect of the range, citing *BMS*, above and *Shire Biochem Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2008 FC 538, 67 C.P.R. (4th) 94. Sanofi Canada argues that there is no obligation to explain the reason for the narrow range.

[173] The inventive step is not the identification of the range of each element in the infusion, but rather is the replacement of Cremophor with polysorbate. In my view, the cases cited by Hospira do not assist its position. In *BMS* Justice Hughes held that a range of water within a given formulation was non-essential because it related to the presence of other crystalline forms of the molecule that were not important to what was being claimed. In *Shire* the specification called for an “effective amount” of the active ingredient so as to produce a specific physiological response. On this basis, Justice Hughes concluded that a listed dosage range of active ingredient was not inventive and was non-essential, since what was important was whether the amount was effective, and this was related to particle size not dosage range.

[174] I have reservations about the approach argued by the respondent in this case. Hospira correctly noted that when determining the essential elements of the claim one must do so with an eye to the inventive concept, as Justice Hughes did in the cases cited above. However, a component of a formulation can be essential in that it cannot be substituted without affecting the working of the invention and at the same time, in itself, not be inventive. Hospira has submitted that the ranges are not inventive but merely flow from the demands of clinicians as to the necessary amount of docetaxel that a patient should receive.

[175] In my view, the specified ranges are essential, even though they may not be inventive. The desired concentration of active ingredient flows from clinical demands. If the concentration is too low, then it will take too long to administer the formulation, all the while exposing the patient to an increased amount of solvent, and the associated side effects. If the concentration is too

que le brevet n’explique pas l’aspect inventif des intervalles; elle invoque les décisions *BMS*, précitée, et *Shire Biochem Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2008 CF 538. Sanofi Canada soutient qu’il n’existe aucune obligation d’expliquer pourquoi les intervalles étaient restreints.

[173] L’étape inventive n’est pas l’établissement des intervalles de chaque élément de la perfusion, mais plutôt le remplacement du crémosphore par du polysorbate. À mon avis, les décisions invoquées par Hospira n’appuient pas sa position. Dans la décision *BMS*, le juge Hughes a conclu que l’intervalle d’eau établie pour une formulation donnée ne constituait pas un élément essentiel parce qu’elle concernait la présence d’autres formes cristallines de la molécule, lesquelles n’étaient pas importantes par rapport à l’objet de la revendication. Dans la décision *Shire*, le mémoire descriptif prévoyait une « quantité efficace » de l’ingrédient actif pour qu’il produise une réaction physiologique particulière. Sur ce fondement, le juge Hughes a conclu que la liste des intervalles relatifs aux doses d’ingrédients actifs n’était pas inventive et ne constituait pas un élément essentiel, car qui importait était de savoir si la quantité était efficace, et l’efficacité était liée à la taille des particules et non à l’intervalle relatif aux doses.

[174] J’ai des réserves concernant la position avancée par la défenderesse en l’espèce. Hospira a noté à juste titre que le décideur doit déterminer les éléments essentiels de la revendication au regard de l’idée originale, comme l’a fait le juge Hughes dans les décisions auxquelles j’ai renvoyé ci-dessus. Cependant, un élément de la formulation peut être essentiel, parce qu’il ne peut être remplacé sans modifier le fonctionnement de l’invention, et, en même temps, ne pas être inventif en soi. Hospira a soutenu que les intervalles ne sont pas inventifs parce qu’ils découlent simplement des demandes des cliniciens quant à la quantité nécessaire de docetaxel qu’un patient devrait recevoir.

[175] À mon avis, les intervalles prévus sont essentiels, même s’ils ne sont peut-être pas inventifs. La concentration souhaitée d’ingrédient actif découle des demandes des cliniciens. Si la concentration est trop faible, alors l’administration de la formulation sera trop longue; le patient sera du coup exposé à une dose élevée de solvant et il en subira les effets secondaires. Si la concentration

high, then it can be toxic to the patient and physically or chemically unstable in the infusion solution. In short, the concentrations matter, and a PSIA would read disclaimed claim 8 that the ranges are essential to the formulation.

[176] I conclude that disclaimed claim 8 has the following essential elements:

- a. an infusion containing the following:
- b. 0.1 mg/mL to 1 mg/mL of docetaxel;
- c. 5 mL/L to 35 mL/L of ethanol; and
- d. 5 mL/L to 35 mL/L of polysorbate.

Infringement

[177] Infringement is a question of mixed fact and law. The first person need only show infringement in one claim to be successful. There is no infringement if an essential element is different or omitted, but there may still be infringement if non-essential elements are substituted or omitted: *Free World Trust*.

[178] The Hospira formulation uses all of the essential elements of disclaimed claim 8 as construed above and omits none. Hospira argues that the addition of ingredient B varies their formulation in such a way so as to bring them outside the disclaimed claim 8 of the '778 patent. It submits that ingredient B is a variant and that the principles set out by the Supreme Court of Canada in *Free World Trust*, at paragraph 55 bring its formulation outside the Sanofi Canada invention.

[179] Justice Binnie in *Free World Trust*, at paragraph 55 described the situation of a variant in an infringement claim, as follows:

est trop élevée, alors la formulation peut être toxique pour le patient et être instable du point de vue physique et chimique dans la solution pour perfusion. En résumé, les concentrations sont importantes, et la personne versée dans l'art qui interpréterait la revendication 8 après revendication considérerait les intervalles comme étant des éléments essentiels de la formulation.

[176] Je conclus que la revendication 8 après renoncia-tion renferme les éléments essentiels suivants :

- a. une perfusion renfermant ce qui suit :
- b. 0,1 mg/ml à 1 mg/ml de docetaxel;
- c. 5 ml/l à 35 ml/l d'éthanol;
- d. 5 ml/l à 35 ml/l de polysorbate.

La contrefaçon

[177] La contrefaçon constitue une question mixte de fait et de droit. Afin d'avoir gain de cause, la première personne doit seulement établir qu'une seule des revendications constitue de la contrefaçon. Il n'y a pas contrefaçon lorsqu'un élément essentiel est différent ou omis, mais il peut toutefois y avoir contrefaçon lorsque des éléments non essentiels sont substitués ou omis : voir l'arrêt *Free World Trust*.

[178] Hospira a recours dans sa formulation à l'ensemble des éléments essentiels de la revendication 8 après renonciation, telle qu'elle a été interprétée ci-dessus, et elle n'en omet aucune. Elle soutient que l'ajout de l'ingrédient B différencie leur formulation de celle de Sanofi Canada d'une telle façon qu'elle ne contrefait pas la revendication 8 après renonciation du brevet '778. Hospira soutient que l'ingrédient B est une variante et que les principes établis au paragraphe 55 de l'arrêt *Free World Trust* rendu par la Cour suprême font en sorte que sa formulation ne contrefait pas l'invention de Sanofi Canada.

[179] Au paragraphe 55 de l'arrêt *Free World Trust*, le juge Binnie a décrit le recours à une variante dans le cadre d'une action en contrefaçon de la façon suivante :

It would be unfair to allow a patent monopoly to be breached with impunity by a copycat device that simply switched bells and whistles, to escape the literal claims of the patent. Thus the elements of the invention are identified as either essential elements (where substitution of another element or omission takes the device outside the monopoly), or non-essential elements (where substitution or omission is not necessarily fatal to an allegation of infringement). For an element to be considered non-essential and thus substitutable, it must be shown either (i) that on a purposive construction of the words of the claim it was clearly not intended to be essential, or (ii) that at the date of publication of the patent, the skilled addressees would have appreciated that a particular element could be substituted without affecting the working of the invention, i.e., had the skilled worker at that time been told of both the element specified in the claim and the variant and “asked whether the variant would obviously work in the same way”, the answer would be yes: *Improver Corp. v. Remington, supra*, at p. 192. In this context, I think “work in the same way” should be taken for our purposes as meaning that the variant (or component) would perform substantially the same function in substantially the same way to obtain substantially the same result. [Underlining added.]

[180] One must ask what element of the Sanofi Canada formulation is being varied by Hospira. Hospira varies the amounts of ethanol and polysorbate by replacing *some* of it with ingredient B; however, Hospira’s variation does not bring it outside the ranges in the disclaimed '778 patent nor indeed the original '778 patent. Ethanol and polysorbate have been construed to be essential elements of the patent; accordingly, Hospira cannot non-infringe as a result of (i) in the above test.

[181] The Court characterizes the only other way non-infringement can be shown as whether the PSIA would read the patent in such a way “that a particular element could be substituted without affecting the working of the invention” (emphasis added). In this case, there is no substitution, only an addition, thus, it is not possible to show non-infringement through (ii) in the test above.

Il serait injuste de permettre qu’un appareil qui ne se distingue de celui décrit dans les revendications du brevet que par la permutation de caractéristiques secondaires échappe impunément au monopole conféré par le brevet. En conséquence, les éléments de l’invention sont qualifiés soit d’essentiels (la substitution d’un autre élément ou une omission fait en sorte que l’appareil échappe au monopole), soit de non essentiels (la substitution ou l’omission n’entraîne pas nécessairement le rejet d’une allégation de contrefaçon). Pour qu’un élément soit jugé non essentiel et, partant, remplaçable, il faut établir que (i), suivant une interprétation téléologique des termes employés dans la revendication, l’inventeur n’a manifestement pas voulu qu’il soit essentiel, ou que (ii), à la date de la publication du brevet, le destinataire versé dans l’art aurait constaté qu’un élément donné pouvait être substitué sans que cela ne modifie le fonctionnement de l’invention, c.-à-d. que, si le travailleur versé dans l’art avait alors été informé de l’élément décrit dans la revendication et de la variante et [TRADUCTION] « qu’on lui avait demandé de déterminer si la variante pouvait manifestement fonctionner de la même manière », sa réponse aurait été affirmative: *Improver Corp. c. Remington*, précité, à la p. 192. Dans ce contexte, je crois qu’il faut entendre par « fonctionner de la même manière » que la variante (ou le composant) accomplirait essentiellement la même fonction, d’une manière essentiellement identique pour obtenir essentiellement le même résultat. [Non souligné dans l’original.]

[180] On doit se demander quel élément de la formulation de Sanofi Canada a été modifié par Hospira. Hospira a modifié la quantité d’éthanol et de polysorbate : elle les a *en partie* remplacés par l’ingrédient B; cependant, la variante de Hospira ne fait pas en sorte qu’elle se situe en dehors des intervalles prévus dans le brevet '778 après renonciation ou même de ceux prévus dans le brevet '778 initial. L’éthanol et le polysorbate ont été interprétés comme étant des éléments essentiels du brevet; il est donc impossible que Hospira ne commette pas une contrefaçon compte tenu du point i) du critère énoncé ci-dessus.

[181] La Cour suprême a mentionné que la non-contrefaçon ne pourrait être établie que d’une seule autre manière, soit si la personne versée dans l’art interprétait le brevet d’une telle façon que l’« élément donné pouvait être substitué sans que cela ne modifie le fonctionnement de l’invention » (non souligné dans l’original). Dans la présente affaire, il n’y a eu aucune substitution, seulement un ajout et, par conséquent, il est impossible d’établir la non-contrefaçon grâce au point ii) du critère énoncé ci-dessus.

[182] Hospira has not substituted ingredient B for any of the essential ingredients. Further, Hospira has not substituted ingredient B for part of an essential ingredient such that its formulation is now outside the range claimed by the patentee. In short, there is no variation of an essential element. There is complete infringement of the invention, with what Justice Binnie characterizes [at paragraph 55] as the addition of “bells and whistles”. Even if the “bells and whistles” materially affected how the invention worked, and there is no evidence to support this conclusion, Hospira would still be utilizing the invention of Sanofi in a manner that infringes.

[183] Therefore, I find that Hospira’s formulation is within disclaimed claim 8 and infringes the applicant’s patent.

Validity

[184] The Court heard challenges to the validity of the disclaimed '778 patent based on submissions relating to the claims being overly broad, anticipation, obviousness, material misstatement, and non-patentable subject-matter.

Claims Broader

[185] An invention that claims more than what the inventor actually did, or more than what the disclosure says, is invalid for being overly broad: *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2008 FC 11, [2008] 4 F.C.R. 189, at paragraphs 45–46.

[186] Hospira submits that if the claims of the '778 patent are construed to include additional ingredients then the invention is invalid for being overly broad. I have concluded that a PSIA would not read disclaimed claim 8 to exclude other non-essential ingredients.

[182] Hospira n’a substitué l’ingrédient B à aucun des ingrédients essentiels. En outre, Hospira n’a pas substitué l’ingrédient B à une partie d’un ingrédient essentiel de telle sorte que sa formulation serait actuellement en dehors des intervalles revendiqués par le titulaire de brevet. En résumé, on n’a eu recours à aucune variante des éléments essentiels. L’invention a été entièrement contrefaite, et on lui a seulement ajouté ce que le juge Binnie a qualifié [au paragraphe 55] de « caractéristiques secondaires ». Même si les « caractéristiques secondaires » avaient grandement modifié le fonctionnement de l’invention, et rien n’appuie cette conclusion, Hospira aurait tout de même eu recours à l’invention de Sanofi Canada d’une telle façon qu’il y aurait eu contrefaçon.

[183] Par conséquent, je conclus que la formulation de Hospira tombe dans le champ d’application de la revendication 8 et contrefait le brevet du demandeur.

La validité

[184] La contestation de la validité du brevet '778 après renonciation dont a été saisie la Cour est fondée sur des observations selon lesquelles les revendications sont invalides pour cause de portée excessive, d’antériorité, d’évidence, de déclaration inexacte importante et d’objet non brevetable.

Les revendications de portée excessive

[185] Une invention qui revendique davantage que ce qui a été inventé par l’inventeur ou que ce qui a été décrit dans la divulgation est invalide pour cause de portée excessive : *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2008 CF 11, [2008] 4 R.C.F. 189, aux paragraphes 45 et 46.

[186] Hospira soutient que si les revendications du brevet '778 sont interprétées comme visant des ingrédients supplémentaires, alors l’invention est invalide pour cause de portée excessive. J’ai conclu que la personne versée dans l’art n’interpréterait pas la revendication 8 après renonciation comme excluant d’autres ingrédients non essentiels.

[187] I have found that the patent sets out all of the essential elements—additional elements that may be read into disclaimed claim 8 are non-essential to the invention. A failure to list every additional non-essential ingredient does not make the claim overly broad.

[188] Accordingly, I find that the disclaimed claim 8 covers the invention of the inventors and is not overly broad.

Anticipation

[189] Anticipation is concerned with whether a single disclosure completely enables the PSIA to produce the invention; this is different from obviousness, where the question is how the PSIA would behave given the availability of various pieces of prior art.

[190] Subsection 28.2(1) [as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 33] of the *Patent Act* states:

Subject-matter of claim must not be previously disclosed

28.2 (1) The subject-matter defined by a claim in an application for a patent in Canada (the “pending application”) must not have been disclosed

(a) more than one year before the filing date by the applicant, or by a person who obtained knowledge, directly or indirectly, from the applicant, in such a manner that the subject-matter became available to the public in Canada or elsewhere;

(b) before the claim date by a person not mentioned in paragraph (a) in such a manner that the subject-matter became available to the public in Canada or elsewhere;

(c) in an application for a patent that is filed in Canada by a person other than the applicant, and has a filing date that is before the claim date; or

(d) in an application (the “co-pending application”) for a patent that is filed in Canada by a person other than the applicant and has a filing date that is on or after the claim date if

[187] J’ai conclu que le brevet établit l’ensemble des éléments essentiels — les autres éléments qui pourraient découler de l’interprétation de la revendication 8 après renonciation ne constituent pas des éléments essentiels de l’invention. L’omission d’énumérer chaque ingrédient non essentiel ne fait pas en sorte que la revendication soit de portée excessive.

[188] Par conséquent, je conclus que la revendication 8 après renonciation prévoit l’invention des inventeurs et n’est pas de portée excessive.

L’antériorité

[189] L’antériorité porte sur la question de savoir si une seule divulgation permet à la personne versée dans l’art de réaliser l’invention; l’antériorité est différente de l’évidence, qui porte sur la question de savoir comment la personne versée dans l’art se serait comportée si elle avait eu accès aux divers documents d’antériorité.

[190] Le paragraphe 28.2(1) [édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 33] de la *Loi sur les brevets* est ainsi rédigé :

28.2 (1) L’objet que définit la revendication d’une demande de brevet ne doit pas :

Objet non divulgué

a) plus d’un an avant la date de dépôt de celle-ci, avoir fait, de la part du demandeur ou d’un tiers ayant obtenu de lui l’information à cet égard de façon directe ou autrement, l’objet d’une communication qui l’a rendu accessible au public au Canada ou ailleurs;

b) avant la date de la revendication, avoir fait, de la part d’une autre personne, l’objet d’une communication qui l’a rendu accessible au public au Canada ou ailleurs;

c) avoir été divulgué dans une demande de brevet qui a été déposée au Canada par une personne autre que le demandeur et dont la date de dépôt est antérieure à la date de la revendication de la demande visée à l’alinéa (1)a);

d) avoir été divulgué dans une demande de brevet qui a été déposée au Canada par une personne autre que le demandeur et dont la date de dépôt correspond ou est postérieure à la

- | | |
|---|--|
| <p>(i) the co-pending application is filed by</p> <p style="padding-left: 20px;">(A) a person who has, or whose agent, legal representative or predecessor in title has, previously regularly filed in or for Canada an application for a patent disclosing the subject-matter defined by the claim, or</p> <p style="padding-left: 20px;">(B) a person who is entitled to protection under the terms of any treaty or convention relating to patents to which Canada is a party and who has, or whose agent, legal representative or predecessor in title has, previously regularly filed in or for any other country that by treaty, convention or law affords similar protection to citizens of Canada an application for a patent disclosing the subject-matter defined by the claim,</p> <p>(ii) the filing date of the previously regularly filed application is before the claim date of the pending application,</p> <p>(iii) the filing date of the co-pending application is within twelve months after the filing date of the previously regularly filed application, and</p> <p>(iv) the applicant has, in respect of the co-pending application, made a request for priority on the basis of the previously regularly filed application.</p> | <p>date de la revendication de la demande visée à l'alinéa (1)a) si :</p> <p>(i) cette personne, son agent, son représentant légal ou son prédécesseur en droit, selon le cas :</p> <p style="padding-left: 20px;">(A) a antérieurement déposé de façon régulière, au Canada ou pour le Canada, une demande de brevet divulguant l'objet que définit la revendication de la demande visée à l'alinéa (1)a),</p> <p style="padding-left: 20px;">(B) a antérieurement déposé de façon régulière, dans un autre pays ou pour un autre pays, une demande de brevet divulguant l'objet que définit la revendication de la demande visée à l'alinéa (1)a), dans le cas où ce pays protège les droits de cette personne par traité ou convention, relatif aux brevets, auquel le Canada est partie, et accorde par traité, convention ou loi une protection similaire aux citoyens du Canada,</p> <p>(ii) la date de dépôt de la demande déposée antérieurement est antérieure à la date de la revendication de la demande visée à l'alinéa a),</p> <p>(iii) à la date de dépôt de la demande, il s'est écoulé, depuis la date de dépôt de la demande déposée antérieurement, au plus douze mois,</p> <p>(iv) cette personne a présenté, à l'égard de sa demande, une demande de priorité fondée sur la demande déposée antérieurement.</p> |
|---|--|

[191] The three pieces of prior art raised in Hospira's memorandum of fact and law fall on dates that meet the requirements of the *Patent Act* and consequently they would anticipate the '778 patent if the appropriate legal test is met.

[192] In *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265 (*Sanofi-Synthelabo*), the Supreme Court recasts the test for anticipation. The Court described a two-step test: Does the single piece of prior art disclose the full subject-matter claimed by the patent in question? If yes, does the disclosure enable the PSIA to work the invention?

[191] Les trois documents d'antériorité présentés dans le mémoire des faits et du droit de Hospira ont été publiés à des dates remplissant les exigences de la *Loi sur les brevets* et, par conséquent, ils seraient antérieurs au brevet '778 si le critère juridique était respecté.

[192] Dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265 (*Sanofi-Synthelabo*), la Cour suprême du Canada a reformulé le critère relatif à l'antériorité. La Cour suprême a établi un critère en deux étapes : Un document d'antériorité pris isolément divulgue-t-il au complet l'objet revendiqué par le brevet en cause? Dans l'affirmative, la divulgation permet-elle à la personne versée dans l'art de réaliser l'invention?

[193] At the first step, no trial and error or experimentation is permitted. The PSIA is “simply reading the prior patent for the purposes of understanding it”: *Sanofi-Synthelabo*, at paragraph 25. If the single piece of prior art discloses the full subject-matter claimed by the patent in question then one proceeds to the second step.

[194] At the second step, the PSIA is allowed to conduct some trial and error experimentation, but it must not result in “undue burden”, i.e. it cannot involve too much work. The Court in *Sanofi-Synthelabo*, at paragraph 37 stated that the following non-exhaustive factors may be considered:

1. Enablement is to be assessed having regard to the prior patent as a whole including the specification and the claims. There is no reason to limit what the skilled person may consider in the prior patent in order to discover how to perform or make the invention of the subsequent patent. The entire prior patent constitutes prior art.
2. The skilled person may use his or her common general knowledge to supplement information contained in the prior patent. Common general knowledge means knowledge generally known by persons skilled in the relevant art at the relevant time.
3. The prior patent must provide enough information to allow the subsequently claimed invention to be performed without undue burden. When considering whether there is undue burden, the nature of the invention must be taken into account. For example, if the invention takes place in a field of technology in which trials and experiments are generally carried out, the threshold for undue burden will tend to be higher than in circumstances in which less effort is normal. If inventive steps are required, the prior art will not be considered as enabling. However, routine trials are acceptable and would not be considered undue burden. But experiments or trials and errors are not to be prolonged even in fields of technology in which trials and experiments are generally carried

[193] Lors de la première étape, aucun essai et erreur ni expérience n’est permis. La personne versée dans l’art « se contente de lire le brevet antérieur pour en comprendre la teneur » : arrêt *Sanofi-Synthelabo*, au paragraphe 25. Si un document d’antériorité pris isolément divulgue au complet l’objet revendiqué par le brevet en cause, alors on passe à la seconde étape.

[194] Lors de la seconde étape, la personne versée dans l’art peut effectuer un certain nombre d’expériences par essais et erreurs, mais sans qu’il y ait de « difficultés excessives », c’est-à-dire que les expériences ne doivent pas demander trop de travail. Au paragraphe 37 de l’arrêt *Sanofi-Synthelabo*, la Cour suprême a mentionné que les facteurs non exhaustifs qui suivent peuvent être considérés :

1. Le caractère réalisable est apprécié au regard du brevet antérieur dans son ensemble, mémoire descriptif et revendications compris. Il n’y a aucune raison de limiter les éléments du brevet antérieur dont tient compte la personne versée dans l’art pour découvrir comment exécuter ou réaliser l’invention que vise le brevet subséquent. L’antériorité est constituée de la totalité du brevet antérieur.
2. La personne versée dans l’art peut faire appel à ses connaissances générales courantes pour compléter les données du brevet antérieur. Les connaissances générales courantes s’entendent des connaissances que possède généralement une personne versée dans l’art en cause au moment considéré.
3. Le brevet antérieur doit renfermer suffisamment de renseignements pour permettre l’exécution du brevet subséquent sans trop de difficultés. Le caractère excessif des difficultés dépend de la nature de l’invention. Par exemple, lorsque celle-ci relève d’un domaine technique où les essais sont monnaie courante, le seuil de ce qui constitue une difficulté excessive tend à être plus élevé que lorsque des efforts moindres sont la norme. Lorsqu’il est nécessaire de franchir une étape inventive, la divulgation antérieure ne satisfait pas au critère du caractère réalisable. Les essais courants sont toutefois admis et il n’en résulte pas de difficultés excessives. L’expérimentation ou les essais successifs ne doivent cependant pas se prolonger, et ce, même dans un domaine technique

out. No time limits on exercises of energy can be laid down; however, prolonged or arduous trial and error would not be considered routine.

4. Obvious errors or omissions in the prior patent will not prevent enablement if reasonable skill and knowledge in the art could readily correct the error or find what was omitted.

[195] With these principles in mind, I turn to examine the prior art cited by the respondent.

The GV Article

[196] The GV article discloses a formulation of docetaxel containing a 1:1 solvent vehicle of polysorbate to ethanol. The disclosure relates to a stock solution, and not an infusion.

[197] Sanofi Canada argues that the GV article does not anticipate disclaimed claim 8 because it did not relate to an infusion, did not address stability, and did not teach the relevant percentage of polysorbate and ethanol in the final infusion. Hospira argues that the GV article does anticipate disclaimed claim 8 because it discloses all the essential ingredients in disclaimed claim 8, and would enable a PSIA to produce all the essential elements of the disclaimed claim 8.

[198] The GV article does disclose all the elements of disclaimed claim 8, thus satisfying the first step of the *Sanofi-Synthelabo* test. The real question is whether it would enable the PSIA to produce the invention. The GV article discloses a formulation of docetaxel solubilized in ethanol and polysorbate. The first question is whether the PSIA would have the requisite general knowledge to know that the stock solution had to be prepared in an infusion prior to administration in humans? In my view, that answer to this question would be an affirmative. The next question would be whether the PSIA would have the general knowledge that the desired clinical concentration of docetaxel within a range of 0.1–1 mg/mL. This knowledge was cited by the patentee in its disclosure, stemming from the Rowinsky article discussed in that disclosure. It does not seem likely, based on the evidence

où ils sont monnaie courante. Aucune limite n'est fixée quant à la durée des efforts consacrés; toutefois, les essais successifs prolongés ou ardues ne sont pas tenus pour courants.

4. Les erreurs ou omissions manifestes du brevet antérieur ne font pas obstacle au caractère réalisable lorsque des habiletés et des connaissances raisonnables permettaient d'y remédier.

[195] Gardant à l'esprit ces principes, j'analyserai les documents d'antériorité cités par la défenderesse.

L'article GV

[196] L'article GV divulgue une formulation de docetaxel contenant un véhicule solvant comprenant du polysorbate et de l'éthanol dans un rapport 1:1. La divulgation concernait une solution mère et non une perfusion.

[197] Sanofi Canada soutient que l'article GV n'antériorise pas la revendication 8 après renonciation parce qu'il ne porte pas sur une perfusion, ne traite pas de la stabilité et n'enseigne pas quel est le pourcentage pertinent de polysorbate et d'éthanol dans la perfusion définitive. Hospira soutient que l'article GV antériorise la revendication 8 après renonciation parce qu'il divulgue tous les éléments essentiels de cette revendication et permettrait à la personne versée dans l'art de produire tous les éléments essentiels de cette revendication.

[198] L'article GV divulgue bien tous les éléments de la revendication 8 après renonciation, ce qui respecte la première étape du critère de l'arrêt *Sanofi-Synthelabo*. La véritable question est de savoir si cet article permettrait à la personne versée dans l'art de réaliser l'invention. L'article GV divulgue la formulation de docetaxel solubilisé dans de l'éthanol et du polysorbate. Il faut d'abord se demander si la personne versée dans l'art a les connaissances générales nécessaires : sait-elle qu'une perfusion doit être conçue grâce à la solution mère avant d'être administrée aux humains? À mon avis, il faut répondre par l'affirmative à cette question. Il faut par la suite se demander si la personne versée dans l'art aurait la connaissance générale lui permettant de savoir que la concentration clinique souhaitée de docetaxel devrait être entre 0,1 et 1 mg/ml. Cette connaissance a été

before the Court, that the PSIA being a scientist and not a doctor would have knowledge of this desired range even though it would be readily discoverable. I am not convinced that the PSIA would know they needed to prepare a final infusion with 0.1–1 mg/mL of docetaxel. As a result, the GV article does not lead to enablement, and does not anticipate the '778 patent.

[199] If I am wrong, the next question would be whether the PSIA would produce the requisite concentration of polysorbate and ethanol? The answer to this question has to be affirmative. The concentrations of polysorbate and ethanol in Sanofi Canada's formulation appear to be nothing more than the by-product of diluting the stock solution of 0.1–1 mg/mL of docetaxel in the infusion solution.

[200] The last question to ask would be whether the PSIA could, without undue burden, determine that the final infusion would be stable? This question must also be answered in the affirmative. Stability testing is a relatively routine exercise. It would not take the PSIA much effort to determine the physical and chemical stability of infusions within the ranges as described by the disclaimed '778 patent.

[201] However, since I have found that the PSIA would not have the common knowledge to select a starting docetaxel concentration of between 0.1 and 1 mg/mL, the GV article does not anticipate the disclaimed '778 patent.

The Tarr Article

[202] The Tarr article refers to paclitaxel, but it does not refer to docetaxel. It discloses a solvent vehicle of ethanol and polysorbate in a 3:1 ratio, not a ratio of 1:1. It discloses an infusion, but the infusion has poor physical

mentionnée par le titulaire de brevet dans sa divulgation et elle découlait de l'article Rowinsky dont il était question dans cette divulgation. Vu la preuve dont la Cour disposait, il ne semble pas probable que la personne versée dans l'art, étant donné qu'elle est un scientifique et non un médecin, connaîtrait cet intervalle souhaité même si l'intervalle pourrait être facilement trouvé. Je ne suis pas convaincu que la personne versée dans l'art saurait qu'elle doit préparer une perfusion définitive contenant de 0,1 à 1 mg/ml de docetaxel. Par conséquent, l'article GV ne permettrait pas de réaliser l'invention et n'antécipise pas le brevet '778.

[199] Si j'ai tort, la question suivante serait de savoir si la personne versée dans l'art pourrait produire la concentration nécessaire de polysorbate et d'éthanol. Il faut répondre par l'affirmative à cette question. Les concentrations de polysorbate et d'éthanol dans la formulation de Sanofi Canada semblent n'être qu'une simple conséquence de la dilution de la solution mère de 0,1 et 1 mg/ml de docetaxel dans la solution pour perfusion.

[200] Il faut enfin se demander si la personne versée dans l'art pourrait, sans difficulté excessive, établir que la perfusion définitive serait stable. On doit également répondre à cette question par l'affirmative. Les essais liés à la stabilité sont des exercices plus ou moins de routine. Il ne serait pas difficile pour la personne versée dans l'art d'établir la stabilité physique et chimique des perfusions dans les intervalles décrits dans le brevet '778 après renonciation.

[201] Cependant, étant donné que j'ai conclu que la personne versée dans l'art n'aurait pas la connaissance générale nécessaire pour établir que la concentration de départ de docetaxel devrait être entre 0,1 et 1 mg/ml, l'article GV n'antécipise pas le brevet '778 après renonciation.

L'article Tarr

[202] L'article Tarr mentionnait le paclitaxel, mais non le docetaxel. Il divulguait un véhicule solvant contenant de l'éthanol et du polysorbate dans un rapport 3:1, et non dans un rapport 1:1. Il divulguait une perfusion, mais

stability, and crystallizes in the infusion solution within two hours.

[203] The Tarr article does not refer to docetaxel and therefore fails the first step of the *Sanofi-Synthelabo* test.

The '221 Patent

[204] The '221 patent discloses a formulation of paclitaxel with polysorbate and alcohol, and saline. Sanofi Canada argues that it does not disclose an infusion for humans since the testing was on mice. Hospira argues that a PSIA would interpret alcohol to mean ethanol, and that the same formulating principles for administration to mice would apply for administration to humans.

[205] Since the '221 patent does not disclose a formulation including docetaxel, it cannot anticipate the disclaimed '778 patent.

Obviousness

[206] The test for obviousness was recently reiterated in *Sanofi-Synthelabo*, at paragraph 67:

- (1) (a) Identify the notional “person skilled in the art”;
- (b) Identify the relevant common general knowledge of that person;
- (2) Identify the inventive concept of the claim in question or if that cannot readily be done, construe it;
- (3) Identify what, if any, differences exist between the matter cited as forming part of the “state of the art” and the inventive concept of the claim or the claim as construed;
- (4) Viewed without any knowledge of the alleged invention as claimed, do those differences constitute steps which would have been obvious to the person skilled in the art or do they require any degree of invention?

cette perfusion avait une faible stabilité physique et elle cristallisait dans la solution pour perfusion en deux heures.

[203] L'article Tarr ne mentionnait pas le docetaxel et, par conséquent, ne respecte pas la première étape du critère établi dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo*.

Le brevet '221

[204] Le brevet '221 divulgue une formulation de paclitaxel avec du polysorbate et de l'alcool ainsi qu'une solution saline. Sanofi Canada soutient que ce brevet ne divulgue pas une perfusion pour les humains puisque les expériences ont été effectuées sur des souris. Hospira soutient que la personne versée dans l'art interpréterait l'alcool comme étant synonyme d'éthanol et que les mêmes principes de formulation pour l'administration aux souris s'appliqueraient à l'administration aux humains.

[205] Étant donné que le brevet '221 ne divulgue pas une formulation comprenant du docetaxel, il ne peut pas antécédentiser le brevet '778 après renonciation.

L'évidence

[206] Le critère lié à l'évidence a récemment été confirmé au paragraphe 67 de l'arrêt *Sanofi-Synthelabo* :

[TRADUCTION]

- (1) a) Identifier la « personne versée dans l'art ».
- b) Déterminer les connaissances générales courantes pertinentes de cette personne;
- (2) Définir l'idée originale de la revendication en cause, au besoin par voie d'interprétation;
- (3) Recenser les différences, s'il en est, entre ce qui ferait partie de « l'état de la technique » et l'idée originale qui sous-tend la revendication ou son interprétation;
- (4) Abstraction faite de toute connaissance de l'invention revendiquée, ces différences constituent-elles des étapes évidentes pour la personne versée dans l'art ou dénotent-elles quelque inventivité?

[207] The Court instructs that at the fourth step, the “obvious to try” test can be applied, but it is to be applied with caution. The relevant factors to consider under “obvious to try” are set out at paragraph 69, as follows:

1. Is it more or less self-evident that what is being tried ought to work? Are there a finite number of identified predictable solutions known to persons skilled in the art?
2. What is the extent, nature and amount of effort required to achieve the invention? Are routine trials carried out or is the experimentation prolonged and arduous, such that the trials would not be considered routine?
3. Is there a motive provided in the prior art to find the solution the patent addresses?

[208] I have already identified the PSIA. The parties disagree on what general common knowledge the PSIA would possess. Both parties attempt to characterize the relevant general common knowledge of the PSIA along the lines of their ensuing legal arguments. I find that the PSIA had general common knowledge of the following:

- a. taxanes, and in particular paclitaxel and docetaxel;
- b. solubility issues relating to taxanes;
- c. potential chemical differences between drugs that are members of a common class;
- d. a formulation of some unknown but easily determinable amount of paclitaxel in a 1:1 solvent of ethanol and Cremophor;
- e. how to conduct stability testing for physical and chemical stability in infusions; and

[207] La Cour suprême enseigne que la quatrième étape, le critère relatif à « l’essai allant de soi », peut être appliquée, mais avec prudence. Les facteurs pertinents devant être examinés dans le cadre du critère relatif à « l’essai allant de soi » sont énoncés de la façon suivante au paragraphe 69 de l’arrêt *Sanofi-Synthelabo* :

1. Est-il plus ou moins évident que l’essai sera fructueux? Existe-t-il un nombre déterminé de solutions prévisibles connues des personnes versées dans l’art?
2. Quels efforts — leur nature et leur ampleur — sont requis pour réaliser l’invention? Les essais sont-ils courants ou l’expérimentation est-elle longue et ardue de telle sorte que les essais ne peuvent être qualifiés de courants?
3. L’antériorité fournit-elle un motif de rechercher la solution au problème qui sous-tend le brevet?

[208] J’ai déjà décrit la personne versée dans l’art. Les parties ne s’entendent pas sur les connaissances générales courantes que devrait posséder la personne versée dans l’art. Les deux parties ont essayé de définir les connaissances générales courantes pertinentes de la personne versée dans l’art afin que ces connaissances cadrent avec leurs arguments juridiques. Je conclus que la personne versée dans l’art possède les connaissances générales courantes qui suivent; elle connaît :

- a. les taxanes, en particulier le paclitaxel et le docetaxel;
- b. les problèmes de solubilité propres aux taxanes;
- c. les différences chimiques possibles entre des médicaments qui sont membres d’une même classe;
- d. la formulation d’une certaine quantité inconnue, mais facilement déterminable, de paclitaxel dans un solvant comprenant de l’éthanol et du crémophore dans un rapport 1:1;
- e. la connaissance nécessaire pour mener des essais de stabilité en ce qui à trait à la stabilité physique et chimique des perfusions;

f. various solvent and/or other options available for solubilising poorly water-soluble drugs.

[209] The inventive concept has already been discussed, but to reiterate, it is the replacement of Cremophor with polysorbate so as to formulate an infusion containing docetaxel, ethanol and polysorbate.

[210] Hospira submits that there is no difference between the state of the art and the inventive concept. Sanofi argues that there were relevant differences, namely, not referring to docetaxel, not referring to an infusion, not referring to the relevant concentrations, and not referring to a stable infusion.

[211] The GV article alone discloses a formulation of docetaxel in polysorbate and ethanol. It does not disclose an infusion or whether such an infusion would be stable. The PSIA would not have had general knowledge of the stock concentration of paclitaxel in that formulation. The PSIA would have been aware of the GV article that disclosed the polysorbate/ethanol solvent vehicle. Would it be obvious to the PSIA to try this solvent vehicle first in place of Cremophor/ethanol? I think the answer is yes, both based on the prior art, and based on the fact that Cremophor and polysorbate are similar surfactants. Would it have been obvious that the polysorbate/ethanol vehicle would work in a manner that could replace the Cremophor in the Rowinsky prior art? I do not think so, but it would have been obvious to try. Had the PSIA tried this combination, they would have been led directly, and without difficulty to all the essential elements of disclaimed claim 8. All that would be left would be the routine experiments necessary to achieve stability, which I think would not raise the level of effort to an undue burden. I conclude that the disclaimed '778 patent is invalid for obviousness.

Material Misstatement

[212] Hospira argues that Sanofi Canada made a material misstatement because they failed to correctly

f. les divers solvants, ou les autres options possibles, permettant de solubiliser des médicaments peu solubles dans l'eau.

[209] Bien qu'il ait déjà été question de l'idée originale, je tiens à la rappeler : il s'agit du remplacement du crémosphore par du polysorbate de façon à formuler une perfusion contenant du docetaxel, de l'éthanol et du polysorbate.

[210] Hospira soutient qu'aucune différence n'existe entre l'état de la technique et l'idée originale. Sanofi Canada soutient qu'il y a des différences pertinentes, à savoir qu'il n'était aucunement question du docetaxel, d'une perfusion, des concentrations pertinentes ni d'une perfusion stable.

[211] L'article GV pris isolément divulgue une formulation de docetaxel dans du polysorbate et de l'éthanol. Il ne divulgue pas une perfusion ni si une telle perfusion serait stable. La personne versée dans l'art n'aurait pas la connaissance générale de la concentration de la solution mère de paclitaxel dans cette formulation. Elle aurait été au fait de l'article GV qui divulgue le véhicule solvant comprenant du polysorbate et de l'éthanol. Aurait-il été évident pour la personne versée dans l'art d'essayer d'abord ce véhicule solvant au lieu de celui comprenant du crémosphore et de l'éthanol? Je crois que la réponse est oui, tant sur le fondement de l'antériorité que du fait que le crémosphore et le polysorbate sont des surfactants semblables. Aurait-il été évident que le véhicule comprenant du polysorbate et de l'éthanol fonctionnerait d'une façon telle qu'il pourrait remplacer le crémosphore dans le cadre de l'article Rowinsky? Je ne crois pas, mais il aurait été évident de l'essayer. Si la personne versée dans l'art essayait cette combinaison, elle trouverait directement et sans difficulté l'ensemble des éléments essentiels de la revendication 8 après renonciation. Il ne resterait que des essais de routine à mener afin d'atteindre une formulation stable, ce qui, à mon avis, ne demanderait pas des efforts pouvant être considérés comme des difficultés excessives. Je conclus que le brevet '778 après renonciation est invalide pour cause d'évidence.

Déclaration inexacte importante

[212] Hospira allègue que Sanofi Canada a fait une déclaration inexacte importante parce qu'elle n'a pas

describe the reduction in anaphylaxis achieved by their invention. As evidence of this failure, Hospira cites the Taxotere product monograph, which requires pretreatment of patients prior to drug administration so as to reduce the incidence and severity of anaphylaxis. Sanofi Canada argues that Hospira has provided insufficient evidence to meet their evidential burden, and consequently, this issue ought not to be in play. I agree.

[213] The '778 patent makes no claim to a complete alleviation of anaphylaxis or to alleviation of the need for pretreatment. The '778 patent claims an improvement of toxicity through the removal of Cremophor, which will result in less anaphylaxis. Hospira's allegation of the remaining need for pretreatment does not rebut this statement.

[214] Hospira also argues that the '778 patent is insufficient because it does not list the potential additional ingredients necessary to work the invention. The test for insufficiency is "whether the specification adequately describes the invention for a person skilled in the art" so that when the monopoly expires, the PSIA can work the invention: *Consolboard*, at pages 524–525. The specification does describe the invention, and how to make it. The fact that disclaimed claim 8 may be non-exhaustive does not mean that the patent is insufficient. Consequently, the patent is not invalid for insufficiency.

Non-patentable Subject-Matter

[215] Hospira argues that because professional skill is required in determining the appropriate active ingredient dose to be administered, the patent is invalid as a method of medical treatment. I disagree. The invention is for the replacement of Cremophor with polysorbate. There is no inventiveness in the range of docetaxel selected, even though this range is essential to the invention. Consequently, the patent is not non-patentable subject-matter.

correctement décrit la diminution de l'anaphylaxie résultant de leur invention. À l'appui de cette allégation d'omission, Hospira cite la monographie de produit du Taxotere, qui exige le prétraitement des patients avant d'administrer le médicament afin de diminuer la gravité de l'anaphylaxie et d'en réduire les risques. Sanofi Canada allègue que, vu la mince preuve présentée par Hospira, cette dernière ne s'est pas acquittée de sa charge de présentation et que, par conséquent, la présente question ne devrait pas être en litige. Je suis d'accord avec Sanofi Canada.

[213] Le brevet '778 ne revendique aucunement la capacité de contrer totalement l'anaphylaxie ou la diminution du besoin de prétraitement. Le brevet '778 revendique une réduction de la toxicité par le retrait du crémosphore, ce qui entraîne moins d'anaphylaxie. L'allégation de Hospira, selon laquelle il faut encore faire des prétraitements, ne réfute pas cette revendication.

[214] Hospira soutient également que le brevet '778 est insuffisant parce qu'il n'énumère pas les ingrédients supplémentaires possiblement nécessaires à la réalisation de l'invention. Le critère relatif à l'insuffisance est « de savoir si le mémoire descriptif décrit adéquatement l'invention pour une personne versée dans l'art », de façon à ce que, lorsque le monopole expirera, cette personne puisse réaliser l'invention : *Consolboard*, à la page 525. Le mémoire descriptif décrit bien l'invention et la façon de la réaliser. Le fait que la revendication 8 après renonciation ne soit pas exhaustive ne veut pas dire que le brevet est insuffisant. Par conséquent, le brevet n'est pas invalide pour cause d'insuffisance.

Objet non brevetable

[215] Hospira soutient que, parce que des compétences professionnelles sont nécessaires pour déterminer la dose appropriée d'ingrédient actif devant être administrée, le brevet est invalide comme méthode de traitement médical. Je ne suis pas d'accord. L'invention est le remplacement du crémosphore par du polysorbate. Il n'y a aucun esprit inventif dans l'intervalle de docetaxel choisi, et ce, même si cet intervalle constitue un élément essentiel de l'invention. Par conséquent, l'objet du brevet est brevetable.

SUMMARY OF FINDINGS

[216] The Court finds as follows:

a. In an application for an order of prohibition under the NOC Regulations, where the patentee has filed a disclaimer after the NOA was served, the Court is to assess the allegations of the second party against the claims of the patent as at the date of hearing and not as at the date of the NOA. In this case, the allegations of Hospira are to be assessed against the '778 patent as disclaimed.

b. Hospira is not estopped from arguing the validity of the disclaimer of the '778 patent that was filed by Sanofi Canada on November 28, 2007.

c. Sanofi Canada has failed to prove on a balance of probabilities that the disclaimer it filed on November 28, 2007, meets the requirements of subsection 48(6) of the *Patent Act* and the disclaimer is therefore invalid.

d. If the disclaimer had been valid then Hospira's formulation would have infringed on the disclaimed claim 8.

e. If the disclaimer had been valid then the disclaimed '778 patent would not have been invalid on the basis of being overbroad, anticipation, material misrepresentation, or non-patentable subject-matter; but would have been invalid on the basis of obviousness.

[217] Hospira shall have its costs as against Sanofi Canada. The parties know this Court's recent jurisprudence which sets out reasonable cost parameters in NOC applications. If the parties are unable to agree on costs, then directions or an order on any issues preventing agreement may be sought.

RÉSUMÉ DES CONCLUSIONS

[216] La Cour conclut en ces termes :

a. Dans une demande d'ordonnance d'interdiction présentée en vertu du Règlement AC, où le titulaire du brevet a déposé une renonciation après la signification de l'avis d'allégation, la Cour doit examiner les allégations de la seconde partie à la lumière du brevet tel qu'il était libellé à la date de l'audience et non tel qu'il était libellé à la date de l'avis d'allégation. En l'espèce, les allégations de Hospira doivent être examinées à la lumière du brevet '778 après renonciation.

b. Hospira n'est pas empêchée par préclusion de contester la validité de la renonciation du brevet '778 déposée par Sanofi Canada le 28 novembre 2007.

c. Sanofi Canada n'a pas établi, selon la prépondérance de la preuve, que la renonciation déposée le 28 novembre 2007 respecte les conditions prévues au paragraphe 48(6) de la *Loi sur les brevets*, et la renonciation est donc invalide.

d. Si la revendication avait été valide, alors la formulation de Hospira aurait contrefait la revendication 8 après renonciation.

e. Si la renonciation avait été valide, alors le brevet '778 après renonciation n'aurait pas été invalide pour cause de portée excessive, d'antériorité, de déclaration inexacte importante ou d'objet non brevetable, mais aurait été invalide pour cause d'évidence.

[217] Hospira a droit à ses dépens contre Sanofi Canada. Les parties sont au fait de la jurisprudence récente établissant les paramètres pour l'adjudication de dépens raisonnables applicables dans les demandes relatives aux avis de conformité. Si les parties n'arrivent pas à conclure une entente sur les dépens, alors elles peuvent demander des directives ou solliciter une ordonnance sur toute question nuisant à la conclusion d'une entente.

POSTSCRIPT

[1] The reasons for judgment are unredacted from confidential reasons for judgment which were issued on October 22, 2009 pursuant to direction dated October 22, 2009.

[2] The Court canvassed counsel for the parties whether they had concerns if the reasons were issued to the public without redactions. The parties were advised that in the absence of comments to be received no later than November 2, 2009, the reasons for judgment would be unsealed in their entirety. On October 30, 2009, Hospira advised that there are no portions of the confidential reasons for judgment that should be redacted. Sanofi Canada provided no response.

POST-SCRIPTUM

[1] Les présents motifs de jugement sont la version non expurgée des motifs confidentiels du jugement rendu le 22 octobre 2009 conformément à la directive datée du 22 octobre 2009.

[2] La Cour a demandé aux avocats des parties s'ils voyaient des inconvénients à ce que les motifs soient publiés dans une version non expurgée. Les parties ont été informées que, si aucune observation n'était reçue au plus tard le 2 novembre 2009, les motifs du jugement seraient rendus publics dans leur intégralité. Le 30 octobre 2009, Hospira a fait savoir qu'aucune partie des motifs confidentiels de jugement ne devrait être expurgée. Sanofi Canada n'a donné aucune réponse.

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 decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, 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.*

ABORIGINAL PEOPLES

ELECTIONS

Reference pursuant to *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.3(1) to determine whether referendum legally effective, valid method of ascertaining broad consensus of band membership necessary for determining voter eligibility rules—Applicant moving to set aside chief, council election because American, non-status Indians within meaning of *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (Act) allowed to vote—Parties agreeing to resolve difference of opinion concerning eligible voters within band by way of referendum—Also agreeing unnecessary to follow band’s constitutional amending formula that does not contemplate referendum, as long as broad consensus reached—Band constitution providing citizenship, voting rights even to those without Indian status, registration as band member within meaning of Act—Issues whether (1) referendum limited to registered status band members, (2) broad consensus can be reached without following constitutional amending formula, (3) referendum result reflection of broad consensus—Broad consensus necessary for change consensus within band of Indians, excluding non-Indians—Band constitution not comparable to Constitution Acts—Custom by nature not frozen in time, can change in response to changed circumstances—Circumstances having changed herein, wrong to fetter, tie band to formula no longer relevant—Majority vote in favour, against each referendum question deemed to indicate broad consensus for purpose of determining rules for conducting future chief, council elections—Motion granted.

EIKLAND V. WHITE RIVER FIRST NATION (T-1080-08, 2010 FC 854, Harrington J., order dated August 27, 2010, 10 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Removal of Visitors

Judicial review of decision by Minister’s delegate to issue removal order pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 44—Applicants, U.S. citizens, sponsored by daughter to immigrate to Canada as members of family class—Before obtaining decision, applicants entering Canada without proper authorization—Later applying for visitor status extension—Also submitting application for permanent residence on humanitarian, compassionate (H&C) grounds—Immigration officer subsequently denying extension, directing applicants to leave Canada—During admissibility hearing with Minister’s delegate, applicants requesting adjournment until H&C application processed—Minister’s delegate denying request, issuing removal orders—Issues: (1) whether procedure laid out in Act, s. 44 violating constitutional principle of separation of powers; (2) whether Minister’s delegate breaching duty of fairness by not granting adjournment—Applicants contending Minister’s delegate cannot review report prepared by officer from same department to adjudicate removal—Same department acting in both executive, judicial capacity, thus violating separation of powers—Regulatory administrative agencies authorized to combine investigative, enforcement, adjudicative functions without being unlawfully biased—Such latitude often required to fulfill roles—Working in same department not considered reason to find lack of independence, especially in context of decision in which neither officers involved, nor institution having any substantial interest—With regard to adjournment, administrative agencies masters of own

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

procedure, power to adjourn generally discretionary—Waiting until H&C application processed not having any effect on applicant’s current inadmissibility—Under Act, s. 44, immigration officials under obligation to act on facts indicating inadmissibility—Considering H&C factors not their function—While Minister’s delegate swiftly dealing with adjournment request, no indication she prevented applicants from making important submissions—Application dismissed.

ROSENBERRY V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4042-09, 2010 FC 882, O’Keefe J., judgment dated September 8, 2010, 19 pp.)

STATUS IN CANADA*Convention Refugees*

Judicial review of decision from Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board (RPD), concluding applicant not Convention refugee, person in need of protection—Applicant designated as “vulnerable person” contending not receiving fair hearing by RPD in light of this designation—Whether RPD breaching duty of procedural fairness—Applicant using Nepalese interpreter during RPD hearing—However, answering questions pertaining to job description in English since her job only described in that language—RPD panel member interjecting several times, remaining inflexible towards reverse order of questioning—Court finding panel member not accommodating, sensitive enough to applicant’s vulnerability—By not allowing answers partly in Nepali, partly in English, particularly if question involving job description better communicated in English, panel member too rigid—Fact applicant choosing interpreter not foreclosing panel member from allowing applicant to answer certain questions partly in English in order to better communicate true meaning—Application allowed.

CHAPAGAIN V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6591-09, 2010 FC 887, Kelen J., judgment dated September 9, 2010, 13 pp.)

COPYRIGHT

Judicial review of Copyright Board decision concerning tariff liability of Internet game sites—Board holding *inter alia* that transmission of games over Internet involving transmission of music in games, no *de minimis* rule according to which a tariff only certified if a certain threshold of musical content reached, nature of respondent’s regime precluding possibility that compensation for rights holders may be dealt with by contracts between respondent, music users—Issues whether Board erring (1) in finding video game sites subject to tariff for communicating musical works given music’s minor role in video games, (2) in certifying tariff despite lack of adequate evidence to justify reasonableness of proposed tariff, (3) in failing to consider, weigh evidence of contractual agreements between applicants, music creators—Act, ss. 19(2), 67.1(4) clearly indicating compensation mechanism for performance, communication of sound recording by way of telecommunication enforcement of approved tariffs—Without tariffs, no right to compensation—Such regime not lending itself to a *de minimis* rule—With regard to tariff’s fair, equitable character, collective administration regime depending upon tariff certification—Such system seeking to balance rights of creators, users—Cannot be hobbled by overly rigid approach to assessment of basis upon which tariff certified—With regard to inadequacy of Board’s reasons for not considering particular evidence, Court not inclined to return matter to Board for better reasons on such discrete issue—Matters pending since 1996, interest of finality substantial, little advantage in sending back a matter where decision’s reasonableness apparent on its face—Application dismissed.

ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION V. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA (A-521-07, 2010 FCA 221, Pelletier J.A., judgment dated September 2, 2010, 10 pp.)

INCOME TAX**SEIZURES**

Motion by respondent to set aside jeopardy order issued under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 225.2(2)—Respondent reassessed for taxes owing for 2005, 2006, 2008 tax years—In support of jeopardy order, Canada Revenue Agency’s (CRA) relying on respondent’s allegedly unorthodox manner in conducting tax affairs, i.e. \$109 000 withdrawal from bank account;

INCOME TAX—Concluded

transfer of half his interest in property in Arizona—Issue whether reasonable grounds to believe collection of tax debt jeopardized by delay—Court unsatisfied Minister meeting obligation of making full, frank disclosure—In *ex parte* matters, applicant obliged to draw Court's attention to all facts at issue, including unhelpful, inconvenient ones, with all relevant case law—Minister failing to report reappearance of \$109 000 in respondent's bank account less than two months after withdrawal—Such failure, even without malicious intent, seriously undermining *ex parte* application, therefore jeopardy order cannot stand—Omission of important factual elements, salient features of relevant case law from Minister's written submissions not compliant with spirit of procedures—Respondent providing cogent evidence of reasonable grounds to doubt collection of tax debt jeopardized by delay—Also providing plausible explanations in response to CRA's allegations of dissipating substantial assets—Respondent's only assets in Canada constituting sums of money in various financial institutions—By their virtue, liquid assets easily put beyond Minister's reach—However, by itself, not reasonable ground to believe taxpayer will waste, liquidate, transfer assets—Mere suspicions, concerns insufficient to establish reasonable grounds—Respondent's undertakings constituting relevant factor in deciding whether or not appropriate to confirm, set aside, vary jeopardy order—Minister not showing that jeopardy order, collection actions taken justified considering particular circumstances herein—Motion allowed.

CANADA (NATIONAL REVENUE) v. ROBERTS (T-510-10, 2010 FC 875, Martineau J., order dated September 3, 2010, 29 pp.)

PENITENTIARIES

Judicial review of final level grievance decision denying request by applicant, penitentiary inmate, to purchase thesaurus for educational purpose—Inmates having \$1 500 limit on personal property in cells—Educational textbooks, supplies exempt from limit—Applicant's request denied because thesaurus not required for program in which applicant enrolled, therefore not exempt from limit—Whether thesaurus educational textbook exempt from limit—Thesaurus helping applicant improve written communication skills, therefore educational—No statement in Commissioner's directive that educational textbook, supply one required for course offered, approved by penitentiary—Thesaurus not losing educational textbook, supply status because not required reading in course—Application allowed.

MACKAY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-388-10, 2010 FC 856, Harrington J., order dated August 27, 2010, 8 pp.)

TRADE-MARKS**PRACTICE**

Motion for stay of opposition proceedings before Trade-marks Opposition Board—Defendants applying for registration of trade-mark TSC STORES—Plaintiffs seeking declaration of ownership of TSC STORES trade-mark, subsequently commencing opposition proceeding in relation to defendant's registration application—With regard to proper test governing Court's discretion to grant stay order, factors in *White v. E.B.F. Manufacturing Ltd.*, 2001 FCT 713, *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311 overlapping—Considerations in former case more relevant, appropriate, since issue herein whether having two proceedings continue in tandem amounting to abuse of process—Plaintiffs failing to identify any prejudice if motion dismissed—Although issues raised in both proceedings overlapping, relief sought different—No significant risk of inconsistent findings—No suggestions made that allowing opposition proceedings to continue rendering current action nugatory—Continuing opposition proceedings may cause inconvenience, expenses, however Court not persuaded result oppressive, vexatious, abuse of process—Plaintiffs failing to show motion herein clear case where interests of justice warranting stay—Motion dismissed.

TRACTOR SUPPLY CO. OF TEXAS, LP v. TSC STORES L.P. (T-1804-07, 2010 FC 883, Mactavish J., order dated September 8, 2010, 16 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/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

EXCLUSION ET RENVOI

Renvoi de visiteurs

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la déléguée du ministre a pris une mesure de renvoi en vertu de l'art. 44 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27—Les demandeurs, des citoyens des É.-U., ont été parrainés par leur fille pour immigrer au Canada à titre de membres de la catégorie du regroupement familial—Avant de recevoir la décision, les demandeurs sont entrés au Canada sans avoir obtenu l'approbation nécessaire—Par la suite, ils ont demandé la prorogation de leur statut de visiteur—Ils ont aussi présenté une demande de résidence permanente pour motifs d'ordre humanitaire (CH)—L'agent d'immigration a par la suite refusé la prorogation et a enjoint aux demandeurs de quitter immédiatement le Canada—Pendant l'enquête menée par la déléguée du ministre, les demandeurs ont demandé l'ajournement de l'enquête jusqu'à l'issue de la demande CH—La déléguée du ministre a rejeté la demande et a pris une mesure de renvoi—Il s'agissait de savoir : 1) si la procédure prévue à l'art. 44 de la Loi porte atteinte au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs; et 2) si la déléguée du ministre avait manqué à son obligation d'équité en refusant d'accorder l'ajournement—Les demandeurs affirmaient qu'un délégué du ministre ne peut examiner un rapport préparé par un agent du même service pour décider si la personne visée doit être renvoyée—Le même service exerce à la fois un pouvoir exécutif et un pouvoir judiciaire, ce qui contrevient au principe de la séparation des pouvoirs—Les organismes de réglementation administratifs sont autorisés à exercer à la fois des fonctions d'enquête, des fonctions d'exécution de la loi et des fonctions judiciaires sans pour autant faire preuve de partialité illicite—Cette marge de manœuvre est généralement requise pour remplir adéquatement les rôles—Le fait de travailler dans le même service ne permet pas de conclure au manque d'indépendance, surtout dans le contexte d'une décision qui ne présente d'intérêt direct ni pour les agents concernés, ni pour l'institution—S'agissant de l'ajournement, les organismes administratifs sont maîtres de leur propre procédure, et le pouvoir d'accorder un ajournement est généralement discrétionnaire—Le fait d'attendre l'issue de la demande CH n'aurait aucune incidence sur l'interdiction de territoire actuelle des demandeurs—Selon l'art. 44 de la Loi, les agents d'immigration sont tenus de prendre des mesures quand les faits indiquent qu'un étranger est interdit de territoire—Il ne leur appartient pas d'examiner des motifs d'ordre humanitaire—Même si la déléguée du ministre a traité promptement la demande d'ajournement, rien n'indique qu'elle ait empêché les demandeurs de présenter un argument important—Demande rejetée.

ROSENBERRY C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-4042-09, 2010 CF 882, juge O'Keefe, jugement en date du 8 septembre 2010, 19 p.)

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (la SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la demanderesse n'avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention ni celle de personne à protéger—La demanderesse, qui était désignée « personne vulnérable », soutenait que la SPR ne lui avait pas accordé une audience équitable à la lumière de cette désignation—Il s'agissait de savoir si la SPR avait manqué à son obligation d'équité procédurale—La demanderesse a eu recours aux services d'un interprète népalais pendant l'audience devant la SPR—

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

Cependant, elle a répondu en anglais aux questions portant sur sa description de poste, parce que son poste était seulement décrit dans cette langue—Le commissaire de la SPR est intervenu à plusieurs reprises et est demeuré inflexible quant à l'ordre inverse des interrogatoires—La Cour a conclu que le commissaire n'a pas été assez accommodant ni sensible à la vulnérabilité de la demanderesse—En ne laissant pas la demanderesse répondre aux questions tantôt en népalais, tantôt en anglais, surtout si la question concernait sa description de poste, qu'elle trouvait plus commode d'exposer en anglais, le commissaire a été trop rigide—Le fait que la demanderesse avait choisi d'avoir un interprète n'aurait pas dû empêcher le commissaire de lui permettre de répondre à certaines questions en partie en anglais pour lui permettre de mieux communiquer sa pensée—Demande accueillie.

CHAPAGAIN C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-6591-09, 2010 CF 887, juge Kelen, jugement en date du 9 septembre 2010, 13 p.)

DROIT D'AUTEUR

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d'auteur concernant la responsabilité des sites de jeux sur Internet au titre des tarifs—La Commission avait notamment statué que la transmission de jeux sur Internet comporte la transmission de la musique dans les jeux; il n'y a aucune règle *de minimis* selon laquelle un tarif n'est homologué que si un certain seuil de contenu musical a été atteint, la nature du régime de l'intimée fait obstacle à la possibilité que l'indemnisation de détenteurs de droits soit prévue dans des contrats entre l'intimée et les utilisateurs d'œuvres musicales—Il s'agissait de savoir si la Commission avait commis une erreur : 1) en statuant que les sites de jeux vidéo étaient assujettis à des tarifs relativement à la communication d'œuvres musicales en raison du rôle mineur que joue la musique dans les jeux vidéo; 2) en homologuant un tarif malgré l'absence de preuve suffisante justifiant le caractère raisonnable du projet de tarif; 3) en faisant abstraction de la preuve d'ententes contractuelles entre les demandeurs et les créateurs de la musique et en ne pondérant pas cette preuve—Les art. 19(2) et 67.1(4) de la Loi prévoient manifestement un mécanisme d'indemnisation relativement à l'exécution et à la communication par télécommunication d'un enregistrement sonore qui constitue l'application des tarifs homologués—Sans tarifs, il n'y a aucun droit d'indemnisation—Ce régime ne se prête pas à une règle *de minimis*—S'agissant de la nature juste et équitable du tarif, le régime d'administration collective est tributaire de l'homologation des tarifs—Ce système vise à établir un équilibre entre les droits des créateurs et ceux des utilisateurs—Il ne peut pas être entravé par une approche excessivement rigide à l'évaluation du fondement selon lequel un tarif est homologué—S'agissant de l'insuffisance des motifs de la Commission quant à son omission d'examiner certains éléments de preuve, la Cour n'est pas disposée à renvoyer l'affaire à la Commission pour obtenir de meilleurs motifs quant à une question si discrète—Ces affaires sont en instance depuis 1996, l'intérêt dans la finalité est considérable; il est peu avantageux de renvoyer une affaire où le caractère raisonnable d'une décision paraît à première vue—Demande rejetée.

ENTERTAINMENT SOFTWARE ASSOCIATION C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE (A-521-07, 2010 CAF 221, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 2 septembre 2010, 10 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

SAISIES

Requête présentée par l'intimé pour faire annuler une ordonnance conservatoire rendue en application de l'art. 225.2(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1—Une nouvelle cotisation a été établie à l'égard de l'intimé pour l'impôt redevable à l'égard des années d'imposition 2005, 2006, 2008—À l'appui de l'ordonnance conservatoire, l'Agence du revenu du Canada (l'ARC) a invoqué le mode prétendument peu régulier de l'intimé d'exercer ses activités fiscales, p. ex. un retrait de 109 000 \$ de son compte bancaire; un transfert de la moitié de sa participation dans un bien en Arizona—Il s'agissait de savoir s'il y avait des motifs raisonnables de croire que le retard mettait en péril le recouvrement de l'impôt à payer—La Cour n'était pas convaincue que le ministre s'était acquitté de l'obligation de faire une communication complète et franche—Dans des affaires *ex parte*, le demandeur est tenu de soumettre à l'attention de la Cour tous les faits en litige, même ceux qui sont inutiles ou inopportuns, ainsi que toute la jurisprudence pertinente—Le ministre n'a pas signalé que les 109 000 \$ ont été remis dans le compte bancaire de l'intimé moins de deux mois après le retrait—Cette omission, même sans malveillance, porte sérieusement atteinte à la demande *ex parte*; par conséquent, l'ordonnance conservatoire ne peut pas être confirmée—L'omission d'importantes données de fait et de faits saillants de la jurisprudence pertinente des observations écrites du ministre n'est pas conforme à l'esprit de l'instance—L'intimé avait produit une preuve forte démontrant qu'il y avait des motifs raisonnables de douter que le retard

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

mettrait en péril le recouvrement de l'impôt à payer—En outre, il avait fourni des explications vraisemblables en réponse aux allégations de l'ARC quant à la dissipation d'actifs considérables—Les seuls actifs de l'intimé au Canada étaient des sommes d'argent détenues dans divers établissements financiers—Compte tenu de leur nature, les liquidités peuvent facilement être mises hors de la portée du ministre—Toutefois, ce seul facteur ne constitue pas un motif raisonnable de croire qu'un contribuable gaspillera, liquidera ou transférera les actifs—De simples soupçons et préoccupations ne suffisent pas à établir des motifs raisonnables—Les engagements de l'intimé constituaient un facteur pertinent pour trancher la question de savoir s'il convenait de confirmer, d'annuler ou de modifier l'ordonnance conservatoire—Le ministre n'a pas démontré que l'ordonnance conservatoire et les mesures de recouvrement prises étaient justifiées à la lumière des circonstances particulières des présentes—Requête accueillie.

CANADA (REVENU NATIONAL) C. ROBARTS (T-510-10, 2010 CF 875, juge Martineau, ordonnance en date du 3 septembre 2010, 29 p.)

MARQUES DE COMMERCE

PRATIQUE

Requête en vue de la suspension de la procédure d'opposition devant la Commission des oppositions des marques de commerce—L'intimée avait demandé l'enregistrement de la marque de commerce TSC STORES—Les requérantes sollicitaient une déclaration portant qu'elles sont propriétaires de la marque de commerce TSC STORES, et avaient par la suite entamé une procédure d'opposition à l'égard de la demande d'enregistrement de l'intimée—S'agissant du critère indiqué régissant le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'accorder une ordonnance de suspension, les facteurs énoncés dans *White c. E.B.F. Manufacturing Ltd.*, 2001 CFPI 713 et *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 se chevauchent—Les considérations dans la première affaire étaient plus pertinentes et opportunes parce qu'il s'agissait de savoir en l'espèce si le fait d'avoir deux procédures en tandem constituait un abus de procédure—Les requérantes n'avaient pas précisé de préjudice si la requête était rejetée—Bien que les questions litigieuses soulevées dans les deux procédures se chevauchent, la réparation demandée diffère—Il n'y avait aucun risque important d'en arriver à des conclusions incompatibles—Aucune suggestion n'avait été faite selon laquelle le fait de permettre aux procédures d'opposition d'aller de l'avant rendrait l'action inopérante—Le fait de maintenir les procédures d'opposition peut donner lieu à des inconvénients et à des frais, mais la Cour n'était pas convaincue que l'issue serait abusive, vexatoire et constituerait un abus de procédure—Les requérantes n'ont pas démontré que la requête en l'espèce constituait un cas manifeste où l'intérêt de la justice justifiait une suspension—Requête rejetée.

TRACTOR SUPPLY CO. OF TEXAS, LP C. TSC STORES L.P. (T-1804-07, 2010 CF 883, juge Mactavish, ordonnance en date du 8 septembre 2010, 16 p.)

PÉNITENCIERS

Contrôle judiciaire de la décision rendue au dernier palier de la procédure de règlement de griefs rejetant la demande présentée par le demandeur, un prisonnier dans un pénitencier, pour acheter un dictionnaire analogique à des fins de scolarité—Les prisonniers sont assujettis à une limite de 1 500 \$ visant les effets personnels—Les manuels ou fournitures scolaires ne sont pas assujettis à cette limite—La demande du demandeur a été rejetée parce que le dictionnaire analogique n'était pas requis par le programme auquel le demandeur était inscrit et le livre était donc assujetti à la limite—Il s'agissait de savoir si le dictionnaire analogique est un manuel scolaire soustrait à la limite—Le dictionnaire analogique aidait le demandeur à améliorer ses habiletés de communication écrite et était donc un manuel scolaire—La directive du commissaire ne précise aucunement que les manuels ou fournitures scolaires sont ceux qui sont exigés pour les cours offerts ou approuvés par le pénitencier—Un dictionnaire analogique ne perd pas sa nature de manuel ou fourniture scolaire du fait qu'aucun cours ne requiert sa lecture—Demande accueillie.

MACKAY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-388-10, 2010 CF 856, juge Harrington, ordonnance en date du 27 août 2010, 8 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES

ÉLECTIONS

Renvoi en vertu de l'art. 18.3(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, pour déterminer si un référendum constitue un mode légal et valable pour établir le large consensus de la bande nécessaire pour fixer les règles d'admissibilité à voter—Le demandeur avait présenté une demande pour faire annuler l'élection du chef et du conseil parce que des Américains qui étaient des Indiens non inscrits au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (la Loi), avaient eu le droit de voter—Les parties s'étaient entendues pour éliminer leur divergence d'opinion quant aux électeurs admissibles au sein de la bande au moyen d'un référendum—Elles avaient aussi convenu qu'il n'était pas nécessaire de suivre la formule de modifications constitutionnelles de la bande qui ne prévoit pas de referendum, en autant qu'il y avait un large consensus—La constitution de la bande confère la citoyenneté et des droits de vote même à des personnes qui ne sont pas des Indiens inscrits ou des membres inscrits au sens de la Loi—Il s'agissait de savoir si : 1) le référendum était limité aux membres inscrits de la bande, 2) un large consensus pouvait être atteint sans suivre la formule de modifications constitutionnelles, et 3) le résultat du référendum reflète un large consensus—Le consensus qui s'impose pour la modification est le consensus au sein d'une bande indienne, déduction faite des non-Indiens—La constitution de la bande ne se compare pas aux Lois constitutionnelles—De par sa nature, la coutume n'est pas immuable, elle peut évoluer selon les circonstances—Comme les circonstances avaient changé en l'espèce, il était erroné d'entraver la bande et de la lier à une formule qui n'était plus pertinente—Le vote majoritaire en faveur de chaque question référendaire ou contre chaque question est réputé constituer un large consensus afin de fixer les règles applicables à la tenue d'élections du chef et du conseil à l'avenir—Requête accueillie.

EIKLAND C. PREMIÈRE NATION DE WHITE RIVER (T-1080-08, 2010 CF 854, juge Harrington, ordonnance en date du 27 août 2010, 10 p.)