



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2008, Vol. 3, Part 2**

**2008, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2008] 3 F.C.R., 227–475

Renvoi [2008] 3 R.C.F., 227–475

---

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

---

LEGAL EDITORS

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

ARRÊTISTES

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager  
LAURA VANIER

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE  
NATHALIE LALONDE

Préposées à la recherche et à la documentation  
juridiques

LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE  
NATHALIE LALONDE

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.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2008.

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

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

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2008.

*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'arrêtiŕiste en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2899.*

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

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

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

---

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

## **CONTENTS**

Judgments .....	227-475
Digests .....	D-5

<b>Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar) (F.C.) .....</b>	<b>248</b>
--	------------

Administrative Law—Application under *Canada Evidence Act* (CEA), s. 38.04 for order prohibiting disclosure of certain redacted portions of public report issued by Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar on basis disclosure would be injurious to international relations, national defence or national security—Maher Arar, Syrian-Canadian, sent to Syria by American officials while transiting through New York City airport—Imprisoned, interrogated, tortured while in Syria—Public commission of inquiry established to investigate, report on actions of Canadian officials in relation to deportation, detention of Maher Arar—After inquiry, Commissioner preparing in camera, public report—Government contesting release of 1500 words contained in public report—To determine whether information can be disclosed under CEA, s. 38.04, Court having to apply criteria set out at s. 38.06—Once filed with Governor in Council, Commission's report prepared after inquiry becoming

*Continued on next page*

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

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

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

---

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

## **SOMMAIRE**

Jugements.....	227-475
Fiches analytiques .....	F-5

<b>Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar) (C.F.) .....</b>	<b>248</b>
--	------------

Droit administratif— Demande présentée en application de l'art. 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC) pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certaines parties expurgées du rapport public présenté par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale—Maher Arar, un Canadien d'origine syrienne, a été expulsé vers la Syrie par des fonctionnaires américains alors qu'il transitait par un aéroport de la ville de New York— Il a été emprisonné, interrogé et torturé en Syrie—Une commission publique d'enquête a été établie pour enquêter et faire rapport sur les actions des responsables canadiens relativement à la détention et à l'expulsion de Maher Arar— Après l'enquête, le commissaire a préparé un rapport confidentiel et un rapport public— Le gouvernement contestait la divulgation de 1500 mots du rapport public— Pour établir si des renseignements

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

confidence of Privy Council—Therefore, executive having complete power over whether to make final report public—Information, disclosure of which identified as not injurious, for which public interest in disclosure prevailing, authorized for disclosure while remaining information ordered not disclosed—Application allowed in part.

Evidence—Application under *Canada Evidence Act* (CEA), s. 38.04 for order prohibiting disclosure of certain redacted portions of public report issued by Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar on basis disclosure would be injurious to international relations, national defence or national security—No deference to be afforded to Commissioner’s rulings as to whether information at issue can be disclosed— Court having to apply criteria set out in CEA, s. 38.06 to determine whether disclosure of information at issue should be prohibited—S. 38.06 scheme demanding Court apply three-step test: (1) Party seeking disclosure must establish relevance of information sought; (2) Attorney General must establish disclosure of information at issue injurious to international relations, national defence or national security; (3) If injury proven to exist, Court must determine whether public interest in disclosure outweighing public interest in non-disclosure, whether information at issue should be disclosed—Last step involving assessment of several factors, i.e. extent of injury if information disclosed, importance of open court principle, etc. before making determination—Concepts of third-party rule, “mosaic effect” also examined.

Security Intelligence—Application under *Canada Evidence Act*, s. 38.04 for order prohibiting disclosure of redacted portions of public report issued by Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar on basis disclosure injurious to international relations, national defence, national security—Meaning of term “national security” entailing, at minimum, preservation of Canadian way of life, safeguarding security of persons, institutions, freedoms in Canada—Grounds on which national security claims capable of succeeding considered—Third-party rule (understanding among information-sharing parties providers

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

peuvent être divulgués en vertu de l’art. 38.04 de la LPC, la Cour doit appliquer les critères exposés dans l’art. 38.06— Une fois déposé auprès du gouverneur en conseil, le rapport qu’une commission prépare à la suite d’une enquête devient un document confidentiel du Conseil privé—C’est donc l’exécutif qui détient le pouvoir intégral de décider s’il convient ou non de rendre public le rapport final—A été autorisée la divulgation des renseignements dont la divulgation a été jugée non préjudiciable et à l’égard desquels les raisons d’intérêt public justifient la divulgation alors que les renseignements restants étaient visés par une ordonnance interdisant leur divulgation— Demande accueillie en partie.

Preuve— Demande présentée en application de l’art. 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada (LPC) pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certaines parties expurgées du rapport public présenté par la Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale—Les conclusions du commissaire sur la question de savoir si les renseignements en cause pouvaient être divulgués ne devaient bénéficier d’aucune retenue—La Cour devait appliquer les critères énoncés à l’art. 38.06 de la LPC pour établir si la divulgation des renseignements en cause devait être interdite—Le régime de l’art. 38.06 oblige la Cour à appliquer un critère en trois volets: 1) la partie qui sollicite la divulgation doit établir la pertinence des renseignements dont elle souhaite la divulgation; 2) le procureur général doit démontrer que la divulgation des renseignements en cause serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale; 3) si la Cour conclut à l’éventualité d’un préjudice, elle doit se demander si les raisons d’intérêt public qui militent pour la divulgation l’emportent sur les raisons d’intérêt public qui militent contre la divulgation, et donc si les renseignements en cause devraient être divulgués—La dernière étape porte sur l’appréciation de nombreux facteurs, notamment l’étendue du préjudice qui serait subi si les renseignements étaient divulgués, l’importance du principe de la publicité des débats judiciaires, etc. avant de prendre une décision—Examen de la règle des tiers et de l’«effet de mosaïque».

Renseignement de sécurité—Demande présentée en application de l’art. 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certaines parties expurgées du rapport public présenté par la Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale—L’expression «sécurité nationale» s’entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

of information maintaining control over its subsequent disclosure, use) of essence to guarantee proper functioning of modern police, intelligence agencies—Harm caused by breach of third-party rule assessed when judge balancing public interest in disclosure against public interest in non-disclosure.

### **Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Limited (F.C.A.) ..... 449**

Patents—Practice—Motion to dismiss appeal from Federal Court order dismissing application for order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance (NOC) to Novopharm for olanzapine tablets on ground appeal was moot—After Federal Court order issued, Minister granting NOC to Novopharm—Per Sexton J.A. (Ryer J.A. concurring): (1) Federal Court consistently dismissing as moot appeals from orders refusing prohibition applications under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (NOC Regulations) once NOC issued—*Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 F.C.R. 174 (F.C.A.) not changing test for mootness nor giving court right to quash NOC—Appeal moot—(2) Main point in controversy (threshold for sufficient disclosure in selection patent) can be addressed in infringement action already commenced by appellant—Existing adversarial context between parties in another proceeding (infringement action) not supporting exercise of Court’s discretion to hear appeal—Question of judicial economy suggesting appeal should not be heard—NOC proceedings summary in nature—Not intended to be substitutes for infringement action—Inappropriate to rely thereon to set binding precedent on controversial, uncertain questions in patent law—Motion granted—Per Pelletier J.A. (dissenting): Matter moot but Court should exercise discretion to hear appeal—Even though proceedings under NOC Regulations not resulting in in rem finding of invalidity, patent law principles applied in NOC proceedings necessarily same as those applied in infringement action—Uncertainty surrounding validity of selection patents not containing comparative data undesirable, should be resolved sooner rather than later.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

institutions et des libertés au Canada—Examen des moyens pouvant rendre recevables les allégations fondées sur la sécurité nationale—La règle des tiers (entente entre des parties qui échangent des renseignements selon laquelle la partie qui communique les renseignements conserve un droit de regard sur leur divulgation et l’utilisation ultérieures) est essentielle pour garantir le bon fonctionnement des organisations modernes chargées du renseignement ou de l’application de la loi— La gravité du préjudice pouvant résulter d’un manquement à la règle des tiers pourra être mesurée lorsque le juge chargé du contrôle mettra en balance les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation et les raisons d’intérêt public qui justifient la non-divulgation.

### **Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Limited (C.A.F.) ..... 449**

Brevets—Pratique—Requête en rejet de l’appel interjeté à l’encontre de l’ordonnance rendue par la Cour fédérale rejetant la demande d’ordonnance visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à Novopharm pour ses comprimés d’olanzapine au motif que l’appel est devenu théorique—Après que l’ordonnance de la Cour fédérale a été rendue, Novopharm a reçu du ministre un AC—Le juge Sexton (le juge Ryer souscrivant à ses motifs) : 1) La Cour fédérale a constamment rejeté, en raison de leur caractère théorique, les appels relatifs à des ordonnances rejetant des demandes d’interdiction en vertu du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (le Règlement) lorsqu’un AC a été délivré—L’arrêt *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 R.C.F. 174 (C.A.F.), ne modifie en rien le critère du caractère théorique ni ne confère à la Cour le droit d’annuler un AC—L’appel est devenu théorique—2) Le principal point en litige (la question du caractère suffisant des renseignements divulgués dans les brevets de sélection) peut être tranchée dans le cadre d’une action en contrefaçon, déjà intentée par l’appelante—L’existence d’un débat contradictoire entre les parties situé dans une autre instance (action en contrefaçon) ne milite pas en faveur de l’exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour d’entendre l’appel—La question de l’économie des ressources judiciaires semble laisser croire que l’appel ne devrait pas être entendu—L’instance relative à un AC devrait être de nature sommaire—Elle n’a jamais été destinée à remplacer une action en contrefaçon—Elle ne devrait pas constituer un précédent faisant autorité en ce qui a trait aux aspects controversés et flous du droit des brevets—Requête accueillie—Le juge Pelletier (dissident) : L’appel est devenu théorique, mais la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d’entendre l’appel—Même si les instances régies par le Règlement ne donnent pas lieu à une conclusion in rem d’invalidité, les principes du droit des brevets appliqués dans le cadre des instances relatives à un AC sont nécessairement les mêmes que ceux qui s’appliquent dans le cadre des actions en contrefaçon—L’incertitude concernant la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Khadr v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . . 306**

Evidence—Motion for appointment of amicus curiae to assist Court in *Canada Evidence Act* (CEA), s. 38 proceedings in context of request for applicant's extradition to face charges in United States—Applicant filed motion for voir dire before extradition Judge, for order requiring Attorney General of Canada (AG), requesting state to produce all documents relevant thereto—Federal Crown counsel issuing four notices to AG under CEA, s. 38.01(1)—Extensive redactions made to documents disclosed thereafter—Applicant filed application for Federal Court order seeking disclosure of information subject to four notices—To succeed on motion, applicant must articulate reasons why appointment of amicus necessary for Court to fully exercise jurisdiction—Applicant made compelling argument that amicus needed for Court to make full, fair determination of disclosure issues—Motion for appointment of amicus granted.

Judges and Courts—Motion for appointment of amicus curiae to assist Court in *Canada Evidence Act* (CEA), s. 38 proceedings in context of request for applicant's extradition to face charges in United States—Role of amicus characterized as disinterested person appointed to assist court to serve generally one of three purposes: represent unrepresented interests before court; inform court of some fact or circumstance that court may otherwise be unaware of; advise court on point of law—Amicus having no solicitor-client relationship with individual; role to assist court in arriving at just determination of issues—Motion granted.

### **Mazda Canada Inc. v. Cougar Ace (The) (F.C.) . . . . . 423**

Maritime Law—Practice—Motion to stay action for loss of, damage to cargo, for indemnity with respect to salvage of ship—Ship leaving Japan with cargo of automobiles, trucks,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

validité des brevets de sélection qui ne renferment pas de données comparatives n'est pas souhaitable et devrait être réglée le plus rapidement possible.

### **Khadr c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . . . 306**

Preuve—Requête déposée en vue d'obtenir la nomination d'un amicus curiae afin que celui-ci aide la Cour dans une instance introduite en vertu de l'art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC) et présentée dans le contexte d'une demande visant l'extradition du demandeur afin que ce dernier réponde, aux États-Unis, à des accusations portées contre lui—Le demandeur a déposé devant le juge d'extradition une requête visant à obtenir un voir dire et une ordonnance enjoignant au procureur général et à l'État requérant de produire tous les documents pertinents au voir dire—L'avocat de la Couronne a délivré quatre avis au procureur général en vertu de l'art. 38.01(1) de la LPC—Des suppressions importantes ont été apportées aux documents divulgués par la suite—Le demandeur a déposé une demande en Cour fédérale en vue d'obtenir une ordonnance de divulgation des renseignements qui faisaient l'objet des quatre avis—Pour qu'une requête soit accueillie, le demandeur doit exposer les motifs pour lesquels il est nécessaire de nommer un amicus pour que la Cour puisse pleinement exercer sa compétence—Le demandeur a présenté un argument convaincant selon lequel la nomination d'un amicus serait nécessaire pour que la Cour puisse trancher de façon complète et équitable les questions de divulgation—La requête déposée en vue d'obtenir la nomination d'un amicus a été accueillie.

Juges et Tribunaux—Requête déposée en vue d'obtenir la nomination d'un amicus curiae afin que celui-ci aide la Cour dans une instance introduite en vertu de l'art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC) et présentée dans le contexte d'une demande visant l'extradition du demandeur afin que ce dernier réponde, aux États-Unis, à des accusations portées contre lui—Le rôle que devrait jouer l'amicus a été décrit comme étant celui d'une personne désintéressée nommée en vue d'aider la cour à atteindre, d'une manière générale, l'un de trois objectifs : représenter les intérêts non représentés devant la cour; informer la cour de certains facteurs dont la cour n'est pas au courant et conseiller la cour quant à une question de droit—L'amicus n'entretient aucune relation avocat-client avec la personne et son rôle consiste à aider la Cour à trancher les questions de façon équitable—Requête accueillie.

### **Mazda Canada Inc. c. Cougar Ace (Le) (C.F.) . . . . . 423**

Droit maritime—Pratique—Requête en vue de faire suspendre une action réclamant les pertes et les avaries causées à la cargaison d'un navire et une indemnité relativement au

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

bound for Canada, U.S.A.—Cargo damaged during ballasting operation—Defendant shipowner, time charterer submitting Japanese jurisdiction agreed to in bill of lading having closest connection with dispute—Under *Marine Liability Act*, s. 46, notwithstanding foreign jurisdiction clause, cargo action may be instituted in Canada if intended port of discharge Canadian—Case law on forum selection reviewed—Factors to be considered in choosing appropriate forum—Canada having real, substantial connection with instant case as New Westminster intended port of discharge—Motion dismissed.

Conflict of Laws—Plaintiff commencing action in Federal Court for loss of, damage to cargo aboard ship sailing from Japan to Canada—Under clause 28 of governing bill of lading, action against carrier must be brought exclusively in Japan—Defendant shipowner, time charterer seeking stay of proceedings in favour of Japanese jurisdiction—Canadian maritime law including conflict of law rules—Whether Japanese law differs from Canadian law—Like Canada, Japan giving effect to Hague-Visby Rules, to Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976—Unlike Canada, at time of casualty, Japan not giving effect to 1996 Protocol which more than doubles limit of liability—Effect of *Marine Liability Act*, s. 46—Motion to stay action dismissed.

### **M.N.R. v. Greater Montréal Real Estate Board (F.C.A.) ..... 366**

Income Tax—Practice—Appeal from Federal Court decision setting aside ex parte order made under *Income Tax Act* (Act), s. 231.2(3), authorizing M.N.R. to impose requirement on respondent to provide information, documents relating to group of unnamed taxpayers—Canada Customs and Revenue Agency investigating whether respondent's member real estate agents, licensed brokers living or carrying on business in Montérégie/Rive-Sud area complying with Act—Under Act, s. 231.2(3), ex parte order made if person or group referred to in application for authorization ascertainable; if information or documents required to verify compliance with duty or obligation thereunder—(1) Federal Court correctly concluding group referred to in appellant's application ascertainable under Act, s. 231.2(3)(a) since audit involving group composed of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

sauvetage—Le navire a quitté le Japon avec une cargaison d'automobiles et de camions à destination du Canada et des É.-U.—La cargaison a été endommagée pendant une opération de ballastage—Le propriétaire du navire et l'affrèteur à temps défendeurs prétendaient que la compétence japonaise convenue dans le connaissement présente les liens les plus étroits avec le litige—En vertu de l'art. 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, et indépendamment de l'existence d'une clause conférant la compétence à un tribunal étranger, une action peut être intentée au Canada au sujet de la cargaison si le port de déchargement prévu est situé au Canada—Examen de la jurisprudence relative à l'élection du for—Facteurs qu'il faut prendre en considération pour choisir le tribunal approprié—Le Canada possédait des liens véritables et substantiels avec la présente affaire parce que New Westminster était le port de débarquement prévu—Requête rejetée.

Conflit de lois—La demanderesse a introduit une action devant la Cour fédérale pour réclamer les pertes et les avaries causées à la cargaison d'un navire qui a quitté le Japon à destination du Canada—En vertu de l'art. 28 du connaissement, l'action intentée contre le transporteur ressortit au Japon—Le propriétaire du navire et l'affrèteur à temps défendeurs ont cherché à faire suspendre l'instance en faveur de la compétence japonaise—Les règles de conflit des lois font partie du droit maritime canadien—Il s'agissait de savoir si le droit japonais diffère du droit canadien—À l'instar du Canada, le Japon a entériné les Règles de La Haye-Visby ainsi que la Convention de 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes—À l'encontre du Canada, le Japon n'avait pas, au moment où l'accident est survenu, entériné le Protocole de 1996, qui augmente de plus du double la limite de responsabilité—Effet de l'art. 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*—Requête en suspension de l'action rejetée.

### **M.R.N. c. Chambre immobilière du Grand Montréal (C.A.F.) ..... 366**

Impôt sur le revenu—Pratique—Appel de la décision de la Cour fédérale annulant une ordonnance ex parte délivrée en vertu de l'art. 231.2(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [Loi], autorisant le M.R.N. à exiger de l'intimée qu'elle fournisse des renseignements et documents concernant un groupe de contribuables non désignés nommément—L'Agence des douanes et du revenu du Canada cherchait à vérifier si les agents immobiliers et courtiers agréés membres de l'intimée qui demeuraient ou faisaient affaire sur le territoire de la Montérégie/Rive-Sud respectaient la Loi—En vertu de l'art. 231.2(3) de la Loi, l'ordonnance ex parte sera émise si la personne ou le groupe visé par la demande d'autorisation est identifiable et si la fourniture ou la production est exigée pour vérifier le respect des devoirs et obligations imposés par la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

real estate agents, brokers living or carrying on business in area served by Canada Revenue Agency's Montérégie/Rive-Sud area—(2) Test under s. 231.2(3) whether Federal Court satisfied information or documents relating to unnamed persons required to verify compliance with Act—Since conditions in s. 231.2(3)(c), (d) to obtain authorization repealed, Parliament intended to ease M.N.R.'s burden of proof—Federal Court erring in finding M.N.R. having to fulfill requirement of “genuine and serious inquiry” of specific persons to obtain authorization—Erroneously perpetuating reasoning in cases decided prior to repeal of s. 231.2 (3) (c), (d)—Based on Act, s. 231.2(3)(b), ex parte application granted if Federal Court satisfied information, documents required for tax audit conducted in good faith—Evidence showing M.N.R. satisfying requirements in Act, s. 231.2—Appeal allowed.

Construction of Statutes—*Income Tax Act* (Act), s. 231.2(3)—Appeal from Federal Court decision setting aside ex parte order made under Act, s. 231.2(3), authorizing M.N.R. to impose requirement on respondent to provide information, documents relating to group of unnamed taxpayers—Context examined—Act, ss. 231.1(1), 231.2(1) intended to be used for “administration and enforcement of Act,”—S. 231.2 referring to M.N.R.'s audit powers, not investigative powers—In repealing Act, s. 231.2(3)(c), (d), Parliament permitting form of fishing expedition, with Court's authorization, on conditions prescribed by Act, to facilitate M.N.R.'s access to information—Federal Court's strict approach to s. 231.2 not appropriate.

### **Qasem v. M.N.R. (F.C.) ..... 385**

Customs and Excise—*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*—Judicial review of Minister's delegate's decision confirming forfeiture of money seized from applicant based on suspicion representing proceeds of crime pursuant to Act, s. 18(2)—Request for ministerial review imposing evidentiary burden on applicant, not legal burden on criminal standard of proof beyond reasonable

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Loi—1) La Cour fédérale a conclu à juste titre que le groupe visé par la requête du demandeur était identifiable en vertu de l'art. 231.2(3)a) de la Loi parce que la vérification portait sur le groupe formé des agents et courtiers immobiliers domiciliés ou pratiquant sur le territoire desservi par le bureau de la Montérégie/Rive-Sud de l'Agence du revenu du Canada—2) Le critère en vertu de l'art. 231.2(3) est celui de savoir si la Cour fédérale est convaincue que les renseignements ou documents concernant des personnes non désignées nommément sont exigés pour vérifier le respect de la Loi— Comme les conditions énoncées aux art. 231.2(3)c) et d) pour obtenir l'autorisation ont été abrogées, le législateur avait l'intention d'alléger le fardeau de preuve du M.R.N.— La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le M.R.N. devait démontrer que des personnes déterminées faisaient l'objet d'une « enquête sérieuse et véritable » pour être autorisé à procéder— Cette conclusion perpétuait à tort le raisonnement formulé dans des affaires qui ont été tranchées avant l'abrogation des art. 231.2(3)c) et d)— À la lumière de l'art. 231.2(3)b) de la Loi, la demande ex parte sera accordée si la Cour fédérale est convaincue que les renseignements ou documents sont requis dans le cadre d'une vérification fiscale entreprise de bonne foi— La preuve démontrait que le M.R.N. s'est conformé aux prescriptions de l'art. 231.2— Appel accueilli.

Interprétation des lois— Art. 231.2(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [Loi]— Appel de la décision de la Cour fédérale annulant une ordonnance ex parte délivrée en vertu de l'art. 231.2(3) de la Loi, autorisant le M.R.N. à exiger de l'intimée qu'elle fournisse des renseignements et documents concernant un groupe de contribuables non désignés nommément— Examen du contexte— Les art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi sont destinés à être utilisés « pour l'application et l'exécution de la Loi »— L'art. 231.2 fait référence aux pouvoirs de vérification du M.R.N. par opposition à ses pouvoirs d'enquête— En abolissant les art. 231.2(3)c) et d) de la Loi, le législateur a permis une certaine forme de recherche à l'aveuglette, avec l'autorisation de la Cour et aux conditions prescrites par la Loi, dans le but de rendre l'accès aux renseignements plus facile au M.R.N.— Le point de vue restrictif adopté par la Cour fédérale à l'égard de l'art. 231.2 ne convenait pas.

### **Qasem c. M.R.N. (C.F.) ..... 385**

Douanes et Accise— *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*— Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le représentant du ministre a confirmé la confiscation d'une somme d'argent saisie du demandeur parce que l'agent soupçonnait que cet argent constituait un produit de la criminalité en vertu de l'art. 18(2) de la Loi— La demande de révision soumise au ministre

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

doubt—Minister’s delegate thus erred when applied strict form of criminal standard requiring applicant do more than present evidence dispelling reasonable suspicion funds coming from crime—Application allowed.

### **Sfetkopoulos v. Canada (Attorney General) (F.C.) 399**

Constitutional Law —Charter of Rights —Life, Liberty and Security—Judicial review seeking order declaring Marihuana Medical Access Regulations, s. 41(b.1) invalid —S. 41(b.1) providing person designated under Regulations to produce marihuana for authorized user suffering from serious medical condition only capable of doing so for one such user —This restriction on access infringing applicants’ liberty, security rights under Charter, s. 7 as, inter alia, forcing authorized users not capable of growing for themselves or of engaging designated producer to seek marihuana on black market—No substantial, compelling collective interests justifying s. 41(b.1)—S. 41(b.1) arbitrary, inconsistent with rule of law, fundamental justice—Application allowed.

Food and Drugs—Marihuana Medical Access Regulations allowing certain persons with serious medical conditions to apply for authorization to possess (ATP) marihuana—Regulations limiting lawful sources of supply to marihuana produced by ATP holder, by person they designate, or from licensed dealer—Regulations, s. 41(b.1) providing designated person may only produce for one ATP holder—This restriction contrary to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

### **Shire Biochem Inc. v. Canada (Attorney General) (F.C.) ..... 227**

Patents—Patented Medicine Prices Review Board having jurisdiction under *Patent Act*, s. 83(2) to review pricing of medicine where patentee selling medicine at excessive price “while a patentee”—Judicial review of decisions wherein Board holding its jurisdiction extending to pricing for period where patent application for medicine open for public inspection—Patentee, once patent granted, enjoying patent

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

impose au demandeur un fardeau de présentation d’éléments de preuve, pas la norme de preuve en vigueur au pénal qui découle de la loi, soit la preuve hors de tout doute raisonnable— Le représentant du ministre a donc commis une erreur lorsqu’il a appliqué une forme stricte de la norme hors de tout doute raisonnable applicable au criminel, obligeant le demandeur à faire plus que présenter une preuve dissipant un soupçon raisonnable selon lequel l’argent provenait d’un crime— Demande accueillie.

### **Sfetkopoulos c. Canada (Procureur général) (C.F.) 399**

Droit constitutionnel —Charte des droits —Vie, liberté et sécurité—Contrôle judiciaire en vue de faire déclarer invalide l’art. 41b.1) du Règlement sur l’accès à la marihuana à des fins médicales—L’art. 41b.1) précise que la personne désignée en vertu du Règlement pour produire de la marihuana pour un utilisateur autorisé souffrant d’un grave problème de santé ne peut le faire qu’à l’égard d’un seul utilisateur—Cette restriction à l’accès viole les droits à la liberté et à la sécurité des demandeurs prévus à l’art. 7 de la Charte puisqu’elle oblige notamment les utilisateurs autorisés qui ne peuvent pas cultiver leur propre marihuana et qui ne peuvent pas avoir recours aux services d’un producteur désigné à acheter de la marihuana au marché noir—Il n’y avait pas d’intérêts collectifs importants et impérieux qui justifiaient l’art. 41b.1)—L’art. 41b.1) est arbitraire et il n’est pas conforme à la primauté du droit et aux principes de justice fondamentale—Demande accueillie.

Aliments et Drogues—Le Règlement sur l’accès à la marihuana à des fins médicales permet à certaines personnes souffrant de graves problèmes de santé de présenter une demande pour obtenir une autorisation de possession (AP) de marihuana—Le Règlement limite les sources licites d’approvisionnement en marihuana aux titulaires d’AP qui produisent leur marihuana, aux personnes que les titulaires d’AP désignent comme producteurs ou au producteur titulaire de licence—L’art. 41b.1) du Règlement précise que la personne désignée ne peut produire que pour un seul titulaire d’AP—Cette restriction contrevient à l’art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés.

### **Shire Biochem Inc. c. Canada (Procureur général) (C.F.) ..... 227**

Brevets—Le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés a compétence en vertu de l’art. 83(2) de la *Loi sur les brevets* pour examiner les prix auxquels un breveté a vendu des médicaments « alors qu’il était titulaire du brevet » — Contrôle judiciaire des décisions par lesquelles le Conseil a statué qu’il avait compétence pendant la période où les demandes de brevets visant les médicaments étaient

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

rights from time patent application open for public inspection—As such, patentee deemed by *Patent Act* to enjoy those rights as patentee, must be taken to have sold medicines “while a patentee”—Patents granted to applicants herein—Board correct as to jurisdiction—Applications dismissed.

Construction of Statutes—*Patent Act*, s. 83(2) giving Patented Medicine Prices Review Board jurisdiction to review pricing of medicine where patentee selling medicine at excessive price “while a patentee”—Act, s. 79 defining “patentee” as “person for the time being entitled to the benefit of the patent”—Nothing in Act suggesting “benefit” meaning every enforcement option available to patentee—Patentee, once patent issues, enjoying patent rights from time patent laid open for public inspection—Patentee deemed by *Patent Act* to enjoy those rights as patentee, must be taken to have sold medicines “while a patentee”—Parliament intending Board’s jurisdiction over prices for medicines to extend to pricing for period where patent open for public inspection—Relevant provisions having prospective rather than retroactive, retrospective application—Board’s ability to review prices crystallizing on date patent granted but becoming effective on date patent laid open.

Constitutional Law—Distribution of Powers—Parliament having legislative authority over “Patents of Invention and Discovery”—By extension, definition of patentee meaning patentee enjoying rights during laid-open period once patent granted—Legislation giving Patented Medicine Prices Review Board power to regulate prices during that period not *ultra vires*.

### **Taylor v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) . . . . . 324**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Appeal from Federal Court decision concluding respondent Canadian citizen, directing citizenship certificate be issued—Respondent born out of wedlock in U.K. in 1944 to Canadian father, English mother—Landing in Canada with mother in 1946, but returning to England before coming into force of The *Canadian Citizenship Act*, S.C. 1946, c. 15 (1947 Act)—Arguing provisions of 1947 Act determining citizenship based on parent’s marital status, requiring application be made before 24th birthday to retain citizenship

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

accessibles au public— Le breveté, une fois le brevet délivré, jouit de droits de brevet depuis le moment où le brevet est rendu accessible au public— Le breveté est donc réputé jouir de ces droits à titre de breveté selon la Loi sur les brevets et doit être considéré comme ayant vendu des médicaments « alors qu’il était titulaire du brevet »—Les brevets avaient été délivrés aux demanderesse en l’espèce— Le Conseil avait raison lorsqu’il a statué qu’il avait compétence— Demandes rejetées.

Interprétation des lois— L’art. 83(2) de la *Loi sur les brevets* confère au Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés compétence pour examiner l’établissement des prix des médicaments lorsque le breveté vend des médicaments à des prix excessifs « alors qu’il était titulaire du brevet »— L’art. 79 de la Loi définit un « breveté » comme étant « la personne ayant pour le moment droit à l’avantage d’un brevet pour une invention »— Rien dans la Loi ne donne à entendre qu’« avantage » doit s’interpréter comme évoquant tous les recours que peut exercer un breveté— Le breveté, une fois le brevet délivré, jouit de droits de brevet depuis le moment où le brevet est rendu accessible au public— Le breveté est réputé jouir de ces droits à titre de breveté selon la *Loi sur les brevets* et doit être considéré comme ayant vendu des médicaments « alors qu’il était titulaire du brevet »—Il était dans l’intention du Parlement que la compétence du Conseil sur les prix des médicaments s’étende à la période où le brevet est rendu accessible au public— Les dispositions pertinentes ont une application prospective plutôt que rétroactive ou rétrospective—Le pouvoir du Conseil d’examiner des prix se cristallise à la date où le brevet est accordé, mais prend effet à la date où le brevet est mis à la disposition du public.

Droit constitutionnel—Partage des pouvoirs— Le Parlement a compétence sur les « brevets d’invention et de découverte »— La définition de breveté s’entend du breveté qui jouit de droits pendant la période de mise à la disposition du public une fois que le brevet est délivré— La loi conférant au Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés le pouvoir de réglementer les prix pendant cette période n’est pas *ultra vires*.

### **Taylor c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) . . . . . 324**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a conclu que l’intimé est un citoyen canadien et a ordonné qu’un certificat de citoyenneté lui soit délivré—L’intimé est né au R.-U. en 1944 hors des liens du mariage d’un père canadien et d’une mère britannique—Il est débarqué au Canada avec sa mère en 1946, mais il est retourné en Angleterre avant l’entrée en vigueur de la *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, ch. 15 (la Loi de 1947)—Il soutenait que les dispositions de la Loi de 1947 établissant que

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

violating Canadian Charter of Rights and Freedoms, Canadian Bill of Rights—Such argument requiring Charter be given retrospective effect, which it could not have—To gain citizenship status after coming into force of 1947 Act, respondent had to come within one of its provisions, which he did not—Even if respondent within such provisions, caught by loss of citizenship provisions of 1947 Act, ss. 4(2) (as enacted by S.C.1952-53, c. 23, s. 2), 20—Appeal allowed.

Construction of Statutes—The *Canadian Citizenship Act*, S.C. 1946, c. 15 consolidating previous legislation, status, constituting complete code for Canadian citizenship, introducing Canadian citizenship instead of British subject status, Canadian nationality—Act, s. 46 making it clear possession of national status by person not natural-born Canadian citizen prior to coming into force of Act not automatically conferring status of Canadian citizen.

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—The *Canadian Citizenship Act*, S.C. 1946, c. 15 (1947 Act), s. 4(b) drawing distinction between children born outside Canada in wedlock and out of wedlock—Alleged discrimination resulting from 1947 Act—That Act since repealed by Citizenship Act, S.C. 1974-75-76 (1977 Act)—Applying Charter, s. 15 to 1947 Act, s. 4(b) would give Charter retrospective effect not capable of having—Argument Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3(1)(d),(e) drawing discriminatory distinction on basis of respondent's date of birth also requiring retrospective application of Charter as incorporating by reference 1947 Act, s. 4(b) into current Act.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Fundamental justice under Charter, s. 7 not requiring fair hearing and notice before citizen loses citizenship.

Bill of Rights—Concepts of fair hearing in Canadian Bill of Rights, s. 2(e), procedural fairness not engaged with respect to loss of citizenship provisions in The *Canadian Citizenship Act* as no administrative proceedings in issue—“[D]ue process of law” under Bill of Rights, s. 1(a) not requiring prior notice be given to persons at risk of being deprived of citizenship through forthcoming legislation.

## SOMMAIRE (Fin)

la citoyenneté était fonction de la situation matrimoniale des parents et prévoyant que la demande devait être présentée avant son 24<sup>e</sup> anniversaire pour conserver la citoyenneté violait la Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration canadienne des droits—Cet argument donnerait à la Charte un effet rétrospectif qu'elle ne peut avoir—Pour obtenir le statut de citoyen après l'entrée en vigueur de la Loi de 1947, l'intimé devait satisfaire à l'une de ses dispositions, ce qui n'était pas le cas—Même si l'intimé avait satisfait à ces dispositions, il était visé par les dispositions relatives à la perte de citoyenneté prévues aux art. 4(2) (édicte par S.C. 1952-53, ch. 23, art. 2) et 20 de la Loi de 1947—Appel accueilli.

Interprétation des lois—La *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, ch. 15 était une consolidation des lois et des statuts précédents, elle constituait un code complet au sujet de la citoyenneté canadienne et elle a substitué la citoyenneté canadienne au statut de sujet britannique ou à la nationalité canadienne—L'art. 46 de la Loi établissait clairement que pour un citoyen canadien qui n'est pas né au Canada, le fait de posséder un statut national avant l'entrée en vigueur de la Loi ne lui conférerait pas automatiquement le statut de citoyen canadien.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l'égalité—L'art. 4b) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, ch. 15 (la Loi de 1947) opère une distinction entre les enfants nés hors du Canada dans les liens du mariage et hors des liens du mariage—La présumée discrimination découle de la Loi de 1947—Cette Loi a été abrogée par la Loi sur la citoyenneté, S.C. 1974-75-76 (la Loi de 1977)—L'application de l'art. 15 de la Charte à l'art. 4b) de la Loi de 1947 donnerait à la Charte un effet rétrospectif qu'elle ne peut avoir—L'argument selon lequel les art. 3(1)d) et e) de la Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, opère une distinction en raison de la date de naissance de l'intimé entraînait aussi une application rétrospective de la Charte puisqu'il intègre l'art. 4b) de la Loi de 1947 dans la Loi actuelle.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Le principe de justice fondamentale prévu à l'art. 7 de la Charte n'exige pas une audition et un préavis équitables avant que le citoyen se voie retirer sa citoyenneté.

Déclaration des droits—Comme il n'y avait aucune procédure administrative en question, ni le concept d'audition impartiale, mentionné à l'art. 2e) de la Déclaration canadienne des droits ni celui d'application régulière de la loi n'entraient en jeu à l'égard des dispositions relatives à la perte de citoyenneté de la *Loi sur la citoyenneté canadienne*—L'« application régulière de la loi » en vertu de l'art. 1a) de la Déclaration canadienne des droits n'exige pas qu'un avis préalable soit donné aux personnes qui risquent de perdre leur citoyenneté en raison d'une loi à venir.

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Canadian Council for Refugees v. Canada*, (IMM-7818-08, 2007 FC 1262) has been reversed on appeal (A-37-08, 2008 FCA 229). The reasons for judgment, handed down 27/6/08, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Hinton v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (IMM-5015-06, 2008 FC 7) has been reversed in part on appeal (A-11-08, 2008 FCA 215). The reasons for judgment, handed down 13/6/08, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Mazda Canada Inc. v. Cougar Ace (The)*, (T-1844-06, 2007 FC 916) has been reversed on appeal (A-420-07, 2008 FCA 219). The reasons for judgment, handed down 19/6/08, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*MiningWatch Canada v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, (T-954-06, 2007 FC 955) has been reversed on appeal (A-478-07, A-479-07, 2008 FCA 209). The reasons for judgment, handed down 13/6/08, will be published in the *Federal Courts Reports*.

*Quebec (Attorney General) v. Canada*, (T-2176-95, 2007 FC 826) has been affirmed on appeal (A-439-07, 2008 FCA 201), reasons for judgment handed down 11/6/08.

### SUPREME COURT OF CANADA

*Blood Tribe (Department of Health) v. Canada (Privacy Commissioner)*, [2007] 2 F.C.R. 561 (F.C.A.), has been affirmed on appeal (2008 SCC 44). The reasons for judgment handed down 17/7/08, will be published in the *Supreme Court Reports*.

*Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, (A-105-05, 2006 FCA 206), has been

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Conseil canadien pour les réfugiés c. Canada*, (IMM-7818-08, 2007 CF 1262) a été infirmée en appel (A-37-08, 2008 CAF 229). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 27-6-08, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (IMM-5015-06, 2008 CF 7) a été infirmée en partie en appel (A-11-08, 2008 CAF 215). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 13-6-08, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Mazda Canada Inc. c. Cougar Ace (Le)*, (T-1844-06, 2007 CF 916) a été infirmée en appel (A-420-07, 2008 CAF 219). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 19-6-08, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *MiningWatch Canada c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, (T-954-06, 2007 CF 955) a été infirmée en appel (A-478-07, A-479-07, 2008 CAF 209). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 13-6-08, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Québec (Procureur général) c. Canada*, (T-2176-95, 2007 CF 826) a été confirmée en appel (A-439-07, 2008 CAF 201), les motifs du jugement ayant été prononcés le 11-6-08.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Blood Tribe (Department of Health) c. Canada (Commissaire à la protection de la vie privée)*, [2007] 2 R.C.F. 561 (C.A.F.), a été confirmé en appel (2008 CSC 44). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 17-7-08, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (A-105-05, 2006 CAF 206), a été

reversed in part on appeal (2008 SCC 38). The reasons for judgment handed down 26/6/08, will be published in the *Supreme Court Reports*.

*Redeemer Foundation v. M.N.R.*, [2007] 3 F.C.R. 40 (F.C.A.), has been affirmed on appeal (2008 SCC 46). The reasons for judgment handed down 31/7/08, will be published in the *Supreme Court Reports*.

#### *Applications for leave to appeal*

*Canada v. United Parcel Service Canada Ltd.*, A-604-06, 2008 FCA 48, Pelletier J.A., judgment dated 7/2/08, leave to appeal to S.C.C. granted 26/6/08.

*Guzman v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, A-467-06, 2007 FCA 358, Sharlow J.A., judgment dated 5/11/07, leave to appeal to S.C.C. refused 3/7/08.

*Lavigne v. Canada Post Corp.*, A-508-06, 2007 FCA 123, Létourneau J.A., judgment dated 26/3/08, leave to appeal to S.C.C. refused 10/7/08.

*Minde v. Ermineskin Cree Nation*, A-45-07, 2008 FCA 52, Noël J.A., judgment dated 11/2/08, leave to appeal to S.C.C. refused 3/7/08.

*Nisker v. Canada*, A-2-07, 2008 FCA 37, Létourneau J.A., judgment dated 31/1/08, leave to appeal to S.C.C. refused 31/7/08.

*Pankiw v. Canada (Human Rights Commission)*, A-50-07, 2007 FCA 386, Nadon J.A., judgment dated 4/12/07, leave to appeal to S.C.C. refused 26/6/08.

infirmé en partie en appel (2008 CSC 38). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 26-6-08, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Fondation Redeemer c. M.R.N.*, [2007] 3 R.C.F. 40 (C.A.F.), a été confirmé en appel (2008 CSC 46). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 31-7-08, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Canada c. United Parcel Service Canada Ltd.*, A-604-06, 2008 CAF 48, le juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 7-2-08, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée, 26-6-08.

*Guzman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, A-467-06, 2007 CAF 358, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 5-11-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 3-7-08.

*Lavigne c. Société canadienne des postes*, A-508-06, 2007 CAF 123, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 26-3-08, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 10-7-08.

*Minde c. Nation crie Ermineskin*, A-45-07, 2008 CAF 52, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 11-2-08, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 3-7-08.

*Nisker c. Canada*, A-2-07, 2008 CAF 37, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 31-1-08, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 31-7-08.

*Pankiw c. Canada (Commission des droits de la personne)*, A-50-07, 2007 CAF 386, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 4-12-07, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 26-6-08.

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2008, Vol. 3, Part 2**

**2008, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**

## ERRATUM

ON THE SPINE OF [2008], VOLUME 3, PART 1, THE SEQUENTIAL NUMBER WRONGLY APPEARS AS "52". THE CORRECT NUMBER IS "55".

## ERRATUM

UNE ERREUR S'EST GLISSÉE DANS LA NUMÉROTATION SÉQUENTIELLE APPARAISSANT SUR LE DOS DE [2008], VOLUME 3, 1<sup>ER</sup> FASCICULE. LE NOMBRE QUI DEVRAIT APPARAÎTRE EST « 55 » ET NON « 52 ».

2007 FC 1316  
T-101-072007 CF 1316  
T-101-07**Shire Biochem Inc.** (*Applicant*)**Shire Biochem Inc.** (*demanderesse*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*)**Procureur général du Canada** (*défendeur*)

and

et

**Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies** (*Intervener*)**Les Compagnies de recherche pharmaceutique du Canada** (*intervenante*)

T-100-07

T-100-07

**Janssen-Ortho Inc.** (*Applicant*)**Janssen-Ortho Inc.** (*demanderesse*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*)**Procureur général du Canada** (*défendeur*)**INDEXED AS: SHIRE BIOCHEM INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)****RÉPERTORIÉ : SHIRE BIOCHEM INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)**

Federal Court, Russell J.—Ottawa, November 7 and December 13, 2007.

Cour fédérale, juge Russell—Ottawa, 7 novembre et 13 décembre 2007.

*Patents — Patented Medicine Prices Review Board having jurisdiction under Patent Act, s. 83(2) to review pricing of medicine where patentee selling medicine at excessive price “while a patentee” — Judicial review of decisions wherein Board holding its jurisdiction extending to pricing for period where patent application for medicine open for public inspection — Patentee, once patent granted, enjoying patent rights from time patent application open for public inspection — As such, patentee deemed by Patent Act to enjoy those rights as patentee, must be taken to have sold medicines “while a patentee” — Patents granted to applicants herein — Board correct as to jurisdiction — Applications dismissed.*

*Brevets — Le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés a compétence en vertu de l'art. 83(2) de la Loi sur les brevets pour examiner les prix auxquels un breveté a vendu des médicaments « alors qu'il était titulaire du brevet » — Contrôle judiciaire des décisions par lesquelles le Conseil a statué qu'il avait compétence pendant la période où les demandes de brevets visant les médicaments étaient accessibles au public — Le breveté, une fois le brevet délivré, jouit de droits de brevet depuis le moment où le brevet est rendu accessible au public — Le breveté est donc réputé jouir de ces droits à titre de breveté selon la Loi sur les brevets et doit être considéré comme ayant vendu des médicaments « alors qu'il était titulaire du brevet » — Les brevets avaient été délivrés aux demanderessees en l'espèce — Le Conseil avait raison lorsqu'il a statué qu'il avait compétence — Demandes rejetées.*

*Construction of Statutes — Patent Act, s. 83(2) giving Patented Medicine Prices Review Board jurisdiction to review pricing of medicine where patentee selling medicine at excessive price “while a patentee” — Act, s. 79 defining “patentee” as “person for the time being entitled to the*

*Interprétation des lois — L'art. 83(2) de la Loi sur les brevets confère au Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés compétence pour examiner l'établissement des prix des médicaments lorsque le breveté vend des médicaments à des prix excessifs « alors qu'il était titulaire du brevet » —*

*benefit of the patent*” — Nothing in Act suggesting “benefit” meaning every enforcement option available to patentee — Patentee, once patent issues, enjoying patent rights from time patent laid open for public inspection — Patentee deemed by Patent Act to enjoy those rights as patentee, must be taken to have sold medicines “while a patentee” — Parliament intending Board’s jurisdiction over prices for medicines to extend to pricing for period where patent open for public inspection — Relevant provisions having prospective rather than retroactive, retrospective application — Board’s ability to review prices crystallizing on date patent granted but becoming effective on date patent laid open.

*Constitutional Law—Distribution of Powers—Parliament having legislative authority over “Patents of Invention and Discovery”* — By extension, definition of patentee meaning patentee enjoying rights during laid-open period once patent granted — Legislation giving Patented Medicine Prices Review Board power to regulate prices during that period not *ultra vires*.

These were applications for judicial review of decisions wherein the Patented Medicine Prices Review Board held that it had jurisdiction to review the pricing of the applicants’ drugs “Adderall XR” and “Concerta” for the period when the patent applications for these drugs were open for public inspection (the laid-open period).

The Board had commenced hearings into allegations the applicants were selling their drugs at excessive prices. Shire Biochem Inc. brought a motion contesting the Board’s jurisdiction to make an order under section 83 of the *Patent Act* pertaining to the laid-open period. This motion led to the decisions at issue here.

*Held*, the applications should be dismissed.

*Hoechst Marion Roussel Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, wherein it was held that the Board does not have jurisdiction to review prices when a patent is laid open, was distinguished. The relevant patents in *Hoechst* had not yet issued. Since the Board’s jurisdiction is with respect to patentees, it had no jurisdiction to review the prices in that case. The applicants in the present instance were patentees

*L’art. 79 de la Loi définit un « breveté » comme étant « la personne ayant pour le moment droit à l’avantage d’un brevet pour une invention » — Rien dans la Loi ne donne à entendre qu’« avantage » doit s’interpréter comme évoquant tous les recours que peut exercer un breveté — Le breveté, une fois le brevet délivré, jouit de droits de brevet depuis le moment où le brevet est rendu accessible au public — Le breveté est réputé jouir de ces droits à titre de breveté selon la Loi sur les brevets et doit être considéré comme ayant vendu des médicaments « alors qu’il était titulaire du brevet » — Il était dans l’intention du Parlement que la compétence du Conseil sur les prix des médicaments s’étende à la période où le brevet est rendu accessible au public — Les dispositions pertinentes ont une application prospective plutôt que rétroactive ou rétrospective — Le pouvoir du Conseil d’examiner des prix se cristallise à la date où le brevet est accordé, mais prend effet à la date où le brevet est mis à la disposition du public.*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Le Parlement a compétence sur les « brevets d’invention et de découverte » — La définition de breveté s’entend du breveté qui jouit de droits pendant la période de mise à la disposition du public une fois que le brevet est délivré — La loi conférant au Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés le pouvoir de réglementer les prix pendant cette période n’est pas ultra vires.*

Il s’agissait de demandes de contrôle judiciaire des décisions par lesquelles le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés a statué qu’il avait compétence pour examiner l’établissement des prix des produits médicamenteux des demanderesse, soit « Adderall XR » et « Concerta », pendant la période où les demandes de brevet visant ces produits médicamenteux étaient accessibles au public (la période de mise à la disposition du public).

Le Conseil a tenu des audiences relativement à des allégations selon lesquelles les demanderesse vendaient leurs produits médicamenteux à des prix excessifs. Shire Biochem Inc. a présenté une requête contestant la compétence du Conseil pour rendre une ordonnance en vertu de l’article 83 de la *Loi sur les brevets* visant la période où la demande de brevet avait été mise à la disposition du public. Cette requête a mené aux décisions en cause en l’espèce.

*Jugement* : les demandes doivent être rejetées.

La Cour a opéré une distinction à l’égard de l’affaire *Hoechst Marion Roussel Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, où la juge a statué que le Conseil n’avait pas compétence pour examiner des prix lorsqu’un brevet est rendu accessible au public. Les brevets en cause dans l’affaire *Hoechst* n’avaient pas encore été délivrés. Comme le Conseil a compétence à l’égard des brevetés, il n’avait pas compétence

when the Board considered the allegations of excessive pricing. The question was whether the Board's power could extend back to the time when the patents were laid open.

The purpose of the Board is "to address the 'mischief' that the patentee's monopoly over pharmaceuticals during the exclusivity period might cause prices to rise to unacceptable levels." The provisions of the *Patent Act* must be interpreted in a manner consistent with that purpose. Subsection 83(2) of the *Patent Act* provides that the Board may make remedial orders where "a patentee . . . has, while a patentee" sold medicine at an excessive price. A "patentee" is defined in section 79 of the *Patent Act* as "the person for the time being entitled to the benefit of the patent for that invention". This benefit includes the patentee's right to exercise a number of enforcement options against those who infringe the patent, including the ability to sue for reasonable compensation under subsection 55(2) for any infringement that resulted after the patent application was laid open. Pursuant to subsection 55(4), any such action for reasonable compensation "is deemed to be an action for the infringement of a patent". In effect, the *Patent Act* makes the reasonable compensation right granted under subsection 55(2) part of the bundle of enforcement rights enjoyed by a patentee under the relevant patent once that patent has issued. It follows that since the patentee, once the patent issues, enjoys patent rights from the time the patent is laid open, then the patentee is deemed by the Act to enjoy those rights as a patentee and must be taken to have sold medicines "while a patentee" within the meaning of subsection 83(2). It was Parliament's intention that the Board's jurisdiction over prices for medicines should extend to the period in question between laying the patent open and the grant of the patent, provided that a patent is granted. The purposive analysis carried out by the Board and referred to in its decisions was therefore correct.

This interpretation does not lead to a retroactive or retrospective application of the *Patent Act*. The relevant provisions do not purport to operate as of a time prior to the 1987 amendments that brought them into being. Nor do they attach new consequences to an event that took place before the statute was enacted. Rather, the provisions have a prospective operation, i.e. patent applicants know when they file their applications that if the patent is subsequently granted, they will have the benefit of subsection 55(2) from the date the application is laid open. For the same reasons, the Board's

pour examiner les prix dans cette affaire. Les demandereses en l'espèce étaient des brevetées lorsque le Conseil s'est penché sur les allégations selon lesquelles des prix excessifs avaient été pratiqués. La question qui se posait était celle de savoir si le pouvoir du Conseil pouvait remonter jusqu'à l'époque où les brevets étaient mis à la disposition du public.

Le Conseil a pour objet de « pallier le "préjudice" découlant du fait que le monopole accordé au breveté en matière de produits pharmaceutiques durant la période d'exclusivité pouvait entraîner une hausse des prix à des niveaux inacceptables ». Les dispositions de la *Loi sur les brevets* doivent s'interpréter d'une manière qui s'accorde avec cet objet. Le paragraphe 83(2) de la *Loi sur les brevets* précise que le Conseil peut rendre une ordonnance réparatrice lorsqu'il estime que « le breveté a vendu, alors qu'il était titulaire du brevet » du médicament à des prix excessifs. L'article 79 de la *Loi sur les brevets* définit un breveté comme étant « la personne ayant pour le moment droit à l'avantage d'un brevet pour une invention ». Cet avantage comprend le droit du breveté d'exercer différents recours contre les contrefacteurs du brevet, notamment le recours, prévu au paragraphe 55(2), visant l'obtention d'une indemnité raisonnable pour toute contrefaçon survenue après que la demande de brevet est devenue accessible au public. En vertu du paragraphe 55(4), ce recours visant l'obtention d'une indemnité raisonnable « est réputé être une action en contrefaçon de brevet ». En effet, la *Loi sur les brevets* range le droit à une indemnité raisonnable en vertu du paragraphe 55(2) parmi l'ensemble des droits d'exécution dont jouit un breveté en vertu de son brevet une fois celui-ci délivré. Il s'ensuit que, puisqu'une fois le brevet délivré le breveté jouit de droits de brevet depuis le moment où le brevet est rendu accessible au public, le breveté est donc réputé jouir de ces droits à titre de breveté selon la Loi et doit être considéré comme ayant vendu des médicaments « alors qu'il était titulaire du brevet » au sens du paragraphe 83(2). Il était dans l'intention du Parlement que la compétence du Conseil sur les prix des médicaments brevetés s'étende à cette période comprise entre le moment où la demande de brevet est rendue accessible au public et l'octroi du brevet, à condition qu'un brevet soit accordé. L'analyse téléologique effectuée par le Conseil et évoquée dans ses décisions était donc bien fondée.

Cette interprétation ne donne pas lieu à une application rétroactive ou rétrospective de la *Loi sur les brevets*. Les dispositions pertinentes ne sont pas censées s'appliquer à une époque antérieure aux modifications de 1987 qui les ont prévues. De même, elles n'attachent pas de nouvelles conséquences à un événement qui est survenu avant l'adoption de la loi. Les dispositions ont plutôt une application prospective, c'est-à-dire que les demandeurs de brevet savent lorsqu'ils déposent leurs demandes que si un brevet est par la suite accordé, ils pourront se prévaloir du paragraphe 55(2)

ability to review prices is crystallized on the date the patent is granted but becomes effective the date the patentee obtains the benefit of the patent, i.e. the date it was laid open.

The applicant Janssen-Ortho argued that Parliament may only regulate the prices of products pursuant to its exclusive legislative competence over patents and, since the relevant patents were not granted during the time in question, the Board was attempting to regulate prices in a manner beyond the patent power of Parliament. This argument failed. Parliament has legislative authority over “Patents of Invention and Discovery”. Because the definition of patentee encompasses the rights enjoyed during the laid-open period once the patent is granted, the legislation is *intra vires*.

Finally, Shire’s argument that the Board erred because there was no evidence of mischief was rejected. Parliament created the Board to address the possibility of mischief. Evidence of mischief is not necessary to provide a basis for that jurisdiction.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act to amend the Patent Act and to provide for certain matters in relation thereto*, S.C. 1987, c. 41, s. 15.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27).  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 10 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 28), 39.18 (as enacted by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 15), s. 42 (as am. *idem* s. 16), 54 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 182), 55 (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 48), 55.01 (as enacted *idem*), 55.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; c. 44, s. 193), 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2), 56 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 194), 57, 58, 59, 79 “Board” (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7), “patentee” (as enacted *idem*), 83 (as enacted *idem*; 1994, c. 26, s. 54(F)).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Hoechst Marion Roussel Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3 F.C.R. 536; (2005), 48 Admin. L.R. (4th) 214; 48 C.P.R. (4th) 1; 283 F.T.R. 278; 2005 FC 1552 (as to standard of review).

depuis la date à laquelle la demande est mise à la disposition du public. Pour les mêmes raisons, le pouvoir du Conseil d’examiner des prix se cristallise à la date où le brevet est accordé mais prend effet à la date où le breveté obtient l’avantage du brevet, c’est-à-dire à la date où celui-ci est devenu accessible au public.

La demanderesse Janssen-Ortho a soutenu que le Parlement peut seulement réglementer les prix de produits en vertu de sa compétence législative exclusive en matière de brevets et, puisque les brevets en cause n’avaient pas été accordés pendant la période visée, le Conseil tentait de réglementer des prix au-delà des limites de la compétence du Parlement en matière de brevets. Cet argument a été rejeté. Le Parlement a compétence sur les « brevets d’invention et de découverte ». Puisque la définition de « breveté » englobe les droits applicables à la période de mise à la disposition du public une fois que le brevet est accordé, la loi est *intra vires*.

Enfin, l’argument de Shire selon lequel le Conseil a commis une erreur parce qu’il n’y avait aucune preuve de « préjudice » a été rejeté. Le Parlement a créé le Conseil pour pallier un tel préjudice éventuel. La preuve d’un préjudice n’est pas nécessaire pour fonder cette compétence.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.  
*Loi modifiant la Loi sur les brevets et prévoyant certaines dispositions connexes*, L.C. 1987, ch. 41, art. 15.  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 10 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 28), 39.18 (édicte par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 15), 42 (mod., *idem*, art. 16), 54 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 182), 55 (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 48), 55.01 (édicte, *idem*), 55.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; ch. 44, art. 193), 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2), 56 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 194), 57, 58, 59, 79 « Conseil » (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7), « breveté » (édicte, *idem*), 83 (édicte, *idem*; 1994, ch. 26, art. 54(F)).  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Hoechst Marion Roussel Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 536; 2005 CF 1552 (quant à la norme de contrôle judiciaire).

## DISTINGUISHED:

*Hoechst Marion Roussel Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3 F.C.R. 536; (2005), 48 Admin. L.R. (4th) 214; 48 C.P.R. (4th) 1; 283 F.T.R. 278; 2005 FC 1552 (concerning jurisdiction of Patented Medicine Prices Review Board).

## CONSIDERED:

*ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board)* (1996), 66 C.P.R. (3d) 45; 108 F.T.R. 190 (F.C.T.D.); *affd sub nom. ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Canada (Staff of the Patented Medicine Prices Review Board)*, [1997] 1 F.C. 32; (1996), 138 D.L.R. (4th) 71; 68 C.P.R. (3d) 417; 200 N.R. 376 (C.A.); *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401.

## REFERRED TO:

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37 Imm. L.R. (2d) 195.

## AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002.

APPLICATIONS for judicial review of the decisions of the Patented Medicine Prices Review Board holding it had jurisdiction to review the pricing of the applicants' drugs for the period when the patent applications for these drugs were open for public inspection. Applications dismissed.

## APPEARANCES:

*Martin W. Mason and Graham Ragan* for applicant in T-100-07.

*Malcolm N. Ruby* for applicant in T-101-07.

*Michael G. Roach* for respondent in T-100-07 and in T-101-07.

*Martin W. Mason* for intervenor in T-101-07.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Hoechst Marion Roussel Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 536; 2005 CF 1552 (quant à la compétence du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1996] A.C.F. n° 206 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *conf. par sub nom. ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1997] 1 C.F. 32 (C.A.); *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358.

## DOCTRINE CITÉE

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 2002.

DEMANDES de contrôle judiciaire des décisions par lesquelles le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés a statué qu'il avait compétence pour examiner l'établissement des prix des produits médicamenteux des demanderesse pendant la période où les demandes de brevet visant ces produits médicamenteux étaient accessibles au public. Demandes rejetées.

## ONT COMPARU :

*Martin W. Mason et Graham Ragan* pour la demanderesse dans l'affaire T-100-07.

*Malcolm N. Ruby* pour la demanderesse dans l'affaire T-101-07.

*Michael G. Roach* pour le défendeur dans les affaires T-100-07 et T-101-07.

*Martin W. Mason* pour l'intervenante dans l'affaire T-101-07.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for applicant in T-100-07.

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Toronto, for applicant in T-101-07.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent in T-100-07 and in T-101-07.

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for intervener in T-101-07.

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

RUSSELL J.:

## THE APPLICATIONS

[1] The applicants, Shire Biochem Inc. (Shire) and Janssen-Ortho Inc. (Janssen-Ortho) are seeking judicial review pursuant to section 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] of decisions (decisions) made by the Patented Medicine Prices Review Board (Board) and issued December 18, 2006, in which the Board held it had jurisdiction to review the pricing of Shire's drug product "Adderall XR" and Janssen-Ortho's drug product "Concerta" for that period of time between the laying open and the granting of the relevant patents.

[2] These two matters are separate applications. However, the Board's reasons and conclusions are substantially the same for both decisions so that, with the consent of all parties, the Court ordered that both applications should be heard consecutively on the same day.

[3] Canada's Research-based Pharmaceutical Companies (Rx&D) is an intervener in file T-101-07 and was also an intervener in the hearing before the Board below. Rx&D's arguments support and largely duplicate the arguments of the applicants.

## BACKGROUND

(i) The Patented Medicine Prices Review Board

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L.*, Ottawa, pour la demanderesse dans l'affaire T-100-07.

*Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L.*, Toronto, pour la demanderesse dans l'affaire T-101-07.

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur dans les affaires T-100-07 et T-101-07.

*Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L.*, Ottawa, pour l'intervenante dans l'affaire T-101-07.

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

LE JUGE RUSSELL :

## LES DEMANDES

[1] Les demanderesse, Shire Biochem Inc. (Shire) et Janssen-Ortho Inc. (Janssen-Ortho) sollicitent, conformément à l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod., *idem*, art. 14)], le contrôle judiciaire des décisions, rendues le 18 décembre 2006, par lesquelles le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le Conseil) a statué qu'il avait compétence pour examiner l'établissement des prix des produits médicamenteux « Adderall XR » de Shire, et « Concerta » de Janssen-Ortho, pendant la période comprise entre la date où les demandes de brevet en cause sont devenues accessibles au public et la date où les brevets demandés ont été délivrés.

[2] Ces deux affaires sont des demandes distinctes. Cependant, les motifs et les conclusions du Conseil sont essentiellement les mêmes dans les deux décisions, de sorte que la Cour a ordonné, avec le consentement de toutes les parties, que les deux demandes soient entendues successivement le même jour.

[3] Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada (Rx&D) est une intervenante dans le dossier n° T-101-07 et elle était aussi intervenante à l'audience devant le Conseil. Les arguments de Rx&D étayaient et recoupaient dans une large mesure les arguments des demanderesse.

## CONTEXTE

i) Le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés

[4] The Board is established under the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 [section 39.18] as enacted in 1987 by *An Act to amend the Patent Act and to provide for certain matters in relation thereto*, S.C. 1987, c. 41, section 15 [now R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33]. Parliament created the Board to prevent patentees from abusing the increased patent protection or exclusivity for new inventions of medicines (which were also granted protection in the 1987 amendments) by charging excessive prices. The powers of the Board were strengthened in 1993 [S.C. 1993, c. 2, s. 7] in conjunction with further increased patent protection or exclusivity for new inventions of medicines.

(ii) Patent Applications

[5] Under section 10 [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 28] of the *Patent Act*, patent applications are laid open for public inspection prior to the patent being granted. An applicant cannot prevent anyone from infringing on the application during this time. However, once a patent is granted, anyone who does infringe on the patent during the laid-open period is liable to the patentee under subsection 55(2) [as am. *idem*, s. 48] for reasonable compensation for any damages suffered. Also, once the patent is granted, it confers on a patentee a wider range of privileges, rights, entitlements, protection and remedies, including the ability to enjoin others from continuing to use, manufacture or sell the subject-matter of the patent.

(iii) Shire's "Adderall XR"

[6] "Adderall XR" is a drug used for the treatment of attention deficit hyperactivity disorder (ADHD).

[7] Shire's U.S. affiliate was granted Canadian patent No. 3348090 on April 13, 2004. Shire is a licensee of the patent and for purposes of the proceedings before the Board and this Court is considered to be the Canadian patentee. All the parties agree that this patent is for an invention pertaining to a medicine.

[4] Le Conseil est constitué en vertu de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 [article 39.18], édicté en 1987 par la *Loi modifiant la Loi sur les brevets et prévoyant certaines dispositions connexes*, L.C. 1987, ch. 41, article 15 [maintenant L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33]. Le Parlement a créé le Conseil pour empêcher les brevetés d'abuser de la protection accrue des brevets ou de l'exclusivité à l'égard des nouvelles inventions de médicaments (auxquelles les modifications de 1987 accordaient également une protection) en fixant des prix excessifs. Les pouvoirs du Conseil ont été renforcés en 1993 [L.C. 1993, ch. 2, art. 7] lorsque le Parlement a accru la protection des brevets ou l'exclusivité pour les nouvelles inventions de médicaments.

ii) Demandes de brevet

[5] En vertu de l'article 10 [mod. par L.C. 1993, ch. 5, art. 28] de la *Loi sur les brevets*, les demandes de brevet sont mises à la disposition du public pour consultation avant l'octroi du brevet. Un demandeur ne peut empêcher une personne de contrefaire le brevet visé par la demande pendant cette période. Cependant, une fois qu'un brevet est accordé, quiconque a effectivement contrefait le brevet pendant la période où la demande de brevet était accessible au public est, en vertu du paragraphe 55(2) [mod., *idem*, art. 48], responsable envers le breveté à concurrence d'une indemnité raisonnable pour tout dommage subi. De plus, une fois que le brevet est octroyé, il confère au breveté une gamme plus large de privilèges, droits, protections et recours, dont la possibilité d'enjoindre à autrui de cesser d'utiliser, de fabriquer ou de vendre l'objet du brevet.

iii) « Adderall XR » de Shire

[6] L'« Adderall XR » est un médicament utilisé pour le traitement du trouble d'hyperactivité avec déficit de l'attention (THADA).

[7] La filiale américaine de Shire s'est vu accorder le brevet canadien n° 3348090 le 13 avril 2004. Shire détient une licence d'exploitation du brevet et est considérée comme la brevetée canadienne aux fins des procédures devant le Conseil et devant la Cour. Toutes les parties conviennent que ce brevet a pour objet une invention liée à un médicament.

[8] Shire began selling “Adderall XR” on September 12, 2002, about 19 months before the patent was granted. The patent application was laid open on April 27, 2000.

(iv) Janssen-Ortho’s “Concerta”

[9] Like “Adderall XR”, “Concerta” is a medicine used for the treatment of ADHD. Janssen-Ortho began selling “Concerta” in Canada on August 7, 2003.

[10] Janssen-Ortho has three relevant Canadian patents which pertain to “Concerta” : (i) Canadian patent No. 1222950 which was granted on June 16, 1987 and expired on June 16, 2004; (ii) Canadian patent No. 2265668 which was granted on August 23, 2005 and will expire on November 12, 2017; and (iii) Canadian patent No. 2264852 which was granted November 1, 2005 and will expire on September 16, 2017. The period in issue for “Concerta” is between the expiry of the first patent and the time when the second patent was granted (June 16, 2004 to August 23, 2005). During this time, the latter two patents were laid open. All the parties agree that these patents are for inventions pertaining to a medicine.

(v) History of Proceedings

[11] By notice of hearing dated January 18, 2006, the Board commenced a hearing into allegations that Shire was selling “Adderall XR” at excessive prices. Part of the period covered by the notice of hearing involved the laid-open period for the patent pertaining to “Adderall XR”.

[12] On February 26, 2006, Shire brought a motion before the Board contesting the Board’s jurisdiction to make an order pertaining to the laid-open period. Janssen-Ortho and Rx&D were granted intervenor status by the Board.

[13] By notice of hearing dated July 24, 2006, the Board commenced a hearing into allegations that Janssen-Ortho had excessively priced “Concerta.” As with the Shire hearing, part of the period covered by the

[8] Shire a commencé à vendre l’« Adderall XR » le 12 septembre 2002, environ 19 mois avant que le brevet ne soit accordé. La demande de brevet a été rendue accessible au public le 27 avril 2000.

iv) « Concerta » de Janssen-Ortho

[9] Tout comme l’« Adderall XR », le « Concerta » est un médicament employé pour le traitement du THADA. Janssen-Ortho a commencé à vendre le « Concerta » au Canada le 7 août 2003.

[10] Janssen-Ortho possède trois brevets canadiens à l’égard du « Concerta » : i) le brevet canadien n° 1222950, octroyé le 16 juin 1987 et expiré le 16 juin 2004; ii) le brevet canadien n° 2265668, qui a été accordé le 23 août 2005 et expirera le 12 novembre 2017; et iii) le brevet canadien n° 2264852, qui a été accordé le 1<sup>er</sup> novembre 2005 et expirera le 16 septembre 2017. La période qui nous intéresse ici relativement au « Concerta » est la période comprise entre l’expiration du premier brevet et le moment où le deuxième brevet a été accordé (du 16 juin 2004 au 23 août 2005). Au cours de cette période, les deux brevets les plus récents ont été mis à la disposition du public. Toutes les parties conviennent que ces brevets ont pour objet des inventions liées à un médicament.

v) Historique de la procédure

[11] Par un avis d’audience daté du 18 janvier 2006, le Conseil a annoncé qu’il tiendrait une audience relativement à des allégations selon lesquelles Shire vendait l’« Adderall XR » à des prix excessifs. L’avis d’audience visait notamment la période où la demande de brevet relative à l’« Adderall XR » avait été mise à la disposition du public.

[12] Le 26 février 2006, Shire a présenté au Conseil une requête contestant la compétence du Conseil pour rendre une ordonnance visant la période où la demande de brevet avait été mise à la disposition du public. Le Conseil a accordé à Janssen-Ortho et à Rx&D la qualité d’intervenantes.

[13] Par un avis d’audience daté du 24 juillet 2006, le Conseil a annoncé qu’il tiendrait une audience relativement aux allégations selon lesquelles Janssen-Ortho avait fixé un prix excessif pour le

notice of hearing involved the laid-open period for the patents pertaining to “Concerta.”

[14] Given that the same jurisdictional issue in the Shire hearing arose in the Janssen-Ortho hearing, the applicants proposed that the Board’s decision on the jurisdictional motion for the Shire hearing be incorporated by reference into the Janssen-Ortho hearing. The Board accepted this proposal on September 14, 2006.

[15] By order dated December 18, 2006, the Board dismissed the motion brought by Shire. The Board also issued a separate order in relation to Janssen-Ortho’s “Concerta” hearing which stated that the reasons given in the Shire order also applied to the “Concerta” hearing.

[16] While the Board’s order was issued on December 18, 2006, the decision itself was dated December 15, 2006. In that decision, the Board provided detailed reasons which included findings that can be summarized as follows:

1. The intention of Parliament was to control excessive pricing during periods of market power related to the patent system and the provisions of the *Patent Act* that create the Board’s remedial powers should be interpreted purposively to give effect to this intent;

2. The effect of sections 10 and 55 of the *Patent Act* is that a party who is granted a patent acquires market power from the date the patent application is laid open to the public;

3. Under section 83 [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7; 1994, c. 26, s. 54(F)] of the *Patent Act* the Board may make remedial orders with respect to prices at which medicines are sold by a patentee “while a patentee.”

« Concerta ». Tout comme dans le cas de l’audience concernant Shire, l’avis d’audience visait notamment la période durant laquelle les demandes de brevet relatives au « Concerta » avaient été mises à la disposition du public.

[14] Étant donné que la même question relative à la compétence a été soulevée dans l’instance mettant en cause Shire et dans celle concernant Janssen-Ortho, les demanderesses ont proposé que la décision du Conseil statuant sur la requête relative à la compétence dans l’instance mettant en cause Shire soit incorporée par renvoi à l’instance mettant en cause Janssen-Ortho. Le Conseil a accepté cette proposition le 14 septembre 2006.

[15] Par ordonnance datée du 18 décembre 2006, le Conseil a rejeté la requête présentée par Shire. Le Conseil a également prononcé une ordonnance distincte à l’égard de l’audience pour le « Concerta » de Janssen-Ortho indiquant que les motifs exposés dans l’ordonnance Shire s’appliquaient aussi à l’audience « Concerta ».

[16] Bien que l’ordonnance du Conseil ait été datée du 18 décembre 2006, la décision comme telle était datée du 15 décembre 2006. Dans cette décision, le Conseil exposait des motifs détaillés qui comprenaient des conclusions pouvant se résumer comme suit :

1. L’intention du Parlement était de contrôler l’établissement de prix excessifs durant les périodes de position dominante sur le marché dans le cadre du régime des brevets, et les dispositions de la *Loi sur les brevets* qui créent les pouvoirs réparateurs du Conseil devraient recevoir une interprétation téléologique de manière à refléter cette intention.

2. Les articles 10 et 55 de la *Loi sur les brevets* ont comme effet que la partie à qui un brevet est octroyé acquiert une position dominante sur le marché à compter de la date où la demande de brevet est rendue accessible au public.

3. En vertu de l’article 83 [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7; 1994, ch. 26, art. 54 (F)] de la *Loi sur les brevets*, le Conseil peut rendre des ordonnances réparatrices relativement aux prix auxquels un breveté a vendu des

Section 79 [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7] defines “patentee” for inventions pertaining to medicine as “the person for the time entitled to the benefit of the patent for that invention”.

4. Once a patent has been granted, the patentee has the “benefit of the patent” from the time after the patent application is laid open. Specifically, a patentee has the benefits of subsection 55(2) once the patent application is laid open.

#### APPLICABLE LEGISLATION

[17] Relevant provisions from the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 are set out below [ss. 42 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16), 79 “Board” (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7)]:

**10.** (1) Subject to subsections (2) to (6) and section 20, all patents, applications for patents and documents filed in connection with patents or applications for patents shall be open to public inspection at the Patent Office, under such conditions as may be prescribed.

...

#### GRANT OF PATENTS

**42.** Every patent granted under this Act shall contain the title or name of the invention, with a reference to the specification, and shall, subject to this Act, grant to the patentee and the patentee’s legal representatives for the term of the patent, from the granting of the patent, the exclusive right, privilege and liberty of making, constructing and using the invention and selling it to others to be used, subject to adjudication in respect thereof before any court of competent jurisdiction.

...

#### INFRINGEMENT

...

**55.** (1) A person who infringes a patent is liable to the patentee and to all persons claiming under the patentee for all damage sustained by the patentee or by any such person, after the grant of the patent, by reason of the infringement.

médicaments « alors qu’il était titulaire du brevet ». L’article 79 définit le « breveté » [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7] comme étant « [l]a personne ayant pour le moment droit à l’avantage d’un brevet pour une invention liée à un médicament ».

4. Une fois qu’un brevet est accordé, le breveté a « l’avantage du brevet » depuis le moment où la demande de brevet est devenue accessible au public. En particulier, le breveté jouit des avantages que confère le paragraphe 55(2) une fois que la demande de brevet est rendue accessible au public.

#### DISPOSITIONS LÉGISLATIVES APPLICABLES

[17] Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, sont les suivantes [art. 42 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 16), 79 « Conseil » (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7)] :

**10.** (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (6) et de l’article 20, les brevets, demandes de brevet et documents relatifs à ceux-ci, déposés au Bureau des brevets, peuvent y être consultés aux conditions réglementaires.

[. . .]

#### OCTROI DES BREVETS

**42.** Tout brevet accordé en vertu de la présente loi contient le titre ou le nom de l’invention avec renvoi au mémoire descriptif et accorde, sous réserve des autres dispositions de la présente loi, au breveté et à ses représentants légaux, pour la durée du brevet à compter de la date où il a été accordé, le droit, la faculté et le privilège exclusif de fabriquer, construire, exploiter et vendre à d’autres, pour qu’ils l’exploitent, l’objet de l’invention, sauf jugement en l’espèce par un tribunal compétent.

[. . .]

#### CONTREFAÇON

[. . .]

**55.** (1) Quiconque contrefait un brevet est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci du dommage que cette contrefaçon leur a fait subir après l’octroi du brevet.

(2) A person is liable to pay reasonable compensation to a patentee and to all persons claiming under the patentee for any damage sustained by the patentee or by any of those persons by reason of any act on the part of that person, after the application for the patent became open to public inspection under section 10 and before the grant of the patent, that would have constituted an infringement of the patent if the patent had been granted on the day the application became open to public inspection under that section.

(3) Unless otherwise expressly provided, the patentee shall or be made a party to any proceeding under subsection (1) or (2).

(4) For the purposes of this section and sections 54 and 55.01 to 59, any proceeding under subsection (2) is deemed to be an action for the infringement of a patent and the act on which that proceeding is based is deemed to be an act of infringement of the patent.

...

#### PATENTED MEDICINES

##### INTERPRETATION

**79.** (1) In this section and in sections 80 to 103,

“Board” means the Patented Medicine Prices Review Board continued by section 91;

“patentee”, in respect of an invention pertaining to a medicine, means the person for the time being entitled to the benefit of the patent for that invention and includes, where any other person is entitled to exercise any rights in relation to that patent other than under a licence continued by subsection 11(1) of the *Patent Act Amendment Act, 1992*, that other person in respect of those rights;

...

(2) For the purposes of subsection (1) and sections 80 to 101, an invention pertains to a medicine if the invention is intended or capable of being used for medicine or for the preparation or production of medicine.

...

#### EXCESSIVE PRICES

**83.** (1) Where the Board finds that a patentee of an invention pertaining to a medicine is selling the medicine in any market in Canada at a price that, in the Board’s opinion, is excessive, the Board may, by order, direct the patentee to cause the maximum price at which the patentee sells the medicine in that market to be reduced to such level as the

(2) Est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci, à concurrence d’une indemnité raisonnable, quiconque accomplit un acte leur faisant subir un dommage entre la date à laquelle la demande de brevet est devenue accessible au public sous le régime de l’article 10 et l’octroi du brevet, dans le cas où cet acte aurait constitué une contrefaçon si le brevet avait été octroyé à la date où cette demande est ainsi devenue accessible.

(3) Sauf disposition expresse contraire, le breveté est, ou est constitué, partie à tout recours fondé sur les paragraphes (1) ou (2).

(4) Pour l’application des autres dispositions du présent article et des articles 54 et 55.01 à 59, le recours visé au paragraphe (2) est réputé être une action en contrefaçon et l’acte sur lequel il se fonde est réputé être un acte de contrefaçon.

[. . .]

#### MÉDICAMENTS BREVETÉS

##### DÉFINITIONS

**79.** (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article et aux articles 80 à 103.

« breveté » ou « titulaire d’un brevet » La personne ayant pour le moment droit à l’avantage d’un brevet pour une invention liée à un médicament, ainsi que quiconque était titulaire d’un brevet pour une telle invention ou exerce ou a exercé les droits d’un titulaire dans un cadre autre qu’une licence prorogée en vertu du paragraphe 11(1) de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*.

« Conseil » Le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés prorogé au titre de l’article 91.

[. . .]

(2) Pour l’application du paragraphe (1) et des articles 80 à 101, une invention est liée à un médicament si elle est destinée à des médicaments ou à la préparation ou la production de médicaments, ou susceptible d’être utilisée à de telles fins.

[. . .]

#### PRIX EXCESSIFS

**83.** (1) Lorsqu’il estime que le breveté vend sur un marché canadien le médicament à un prix qu’il juge être excessif, le Conseil peut, par ordonnance, lui enjoindre de baisser le prix de vente maximal du médicament dans ce marché au niveau précisé dans l’ordonnance et de façon qu’il ne puisse pas être excessif.

Board considers not to be excessive and as is specified in the order.

(2) Subject to subsection (4), where the Board finds that a patentee of an invention pertaining to a medicine has, while a patentee, sold the medicine in any market in Canada at a price that, in the Board's opinion, was excessive, the Board may, by order, direct the patentee to do any one or more of the following things as will, in the Board's opinion, offset the amount of the excess revenues estimated by it to have been derived by the patentee from the sale of the medicine at an excessive price:

(a) reduce the price at which the patentee sells the medicine in any market in Canada, to such extent and for such period as is specified in the order;

(b) reduce the price at which the patentee sells one other medicine to which a patented invention of the patentee pertains in any market in Canada, to such extent and for such period as is specified in the order; or

(c) pay to Her Majesty in right of Canada an amount specified in the order.

(3) Subject to subsection (4), where the Board finds that a former patentee of an invention pertaining to a medicine had, while a patentee, sold the medicine in any market in Canada at a price that, in the Board's opinion, was excessive, the Board may, by order, direct the former patentee to do any one or more of the following things as will, in the Board's opinion, offset the amount of the excess revenues estimated by it to have been derived by the former patentee from the sale of the medicine at an excessive price:

(a) reduce the price at which the former patentee sells a medicine to which a patented invention of the former patentee pertains in any market in Canada, to such extent and for such period as is specified in the order; or

(b) pay to Her Majesty in right of Canada an amount specified in the order.

(4) Where the Board, having regard to the extent and duration of the sales of the medicine at an excessive price, is of the opinion that the patentee or former patentee has engaged in a policy of selling the medicine at an excessive price, the Board may, by order, in lieu of any order it may make under subsection (2) or (3), as the case may be, direct the patentee or former patentee to do any one or more of the things referred to in that subsection as will, in the Board's opinion, offset not more than twice the amount of the excess revenues estimated by it to have been derived by the patentee or former patentee from the sale of the medicine at an excessive price.

(2) Sous réserve du paragraphe (4), lorsqu'il estime que le breveté a vendu, alors qu'il était titulaire du brevet, le médicament sur un marché canadien à un prix qu'il juge avoir été excessif, le Conseil peut, par ordonnance, lui enjoindre de prendre l'une ou plusieurs des mesures suivantes pour compenser, selon lui, l'excédent qu'aurait procuré au breveté la vente du médicament au prix excessif :

a) baisser, dans un marché canadien, le prix de vente du médicament dans la mesure et pour la période prévue par l'ordonnance;

b) baisser, dans un marché canadien, le prix de vente de tout autre médicament lié à une invention brevetée du titulaire dans la mesure et pour la période prévue par l'ordonnance;

c) payer à Sa Majesté du chef du Canada le montant précisé dans l'ordonnance.

(3) Sous réserve du paragraphe (4), lorsqu'il estime que l'ancien breveté a vendu, alors qu'il était titulaire du brevet, le médicament à un prix qu'il juge avoir été excessif, le Conseil peut, par ordonnance, lui enjoindre de prendre l'une ou plusieurs des mesures suivantes pour compenser, selon lui, l'excédent qu'aurait procuré à l'ancien breveté la vente du médicament au prix excessif :

a) baisser, dans un marché canadien, le prix de vente de tout autre médicament lié à une invention dont il est titulaire du brevet dans la mesure et pour la période prévue par l'ordonnance;

b) payer à Sa Majesté du chef du Canada le montant précisé dans l'ordonnance.

(4) S'il estime que le breveté ou l'ancien breveté s'est livré à une politique de vente du médicament à un prix excessif, compte tenu de l'envergure et de la durée des ventes à un tel prix, le Conseil peut, par ordonnance, au lieu de celles qu'il peut prendre en application, selon le cas, des paragraphes (2) ou (3), lui enjoindre de prendre l'une ou plusieurs des mesures visées par ce paragraphe de façon à réduire suffisamment les recettes pour compenser, selon lui, au plus le double de l'excédent procuré par la vente au prix excessif.

## ISSUES

[18] The primary issue before me is whether the Board erred in determining it had jurisdiction to review the pricing of “Adderall XR” and “Concerta” during the period when the relevant patents were laid open.

## REASONS

(i) Standard of Review

[19] All parties agree that the standard of review is correctness. As noted by Justice Heneghan in *Hoechst Marion Roussel Canada Inc. v. Canada (Attorney General)*, [2006] 3 F.C.R. 536 (F.C.), at paragraphs 99-110 (*HMRC*), questions of jurisdiction are questions of law for which the Board does not possess more expertise than does this Court. While the *Patent Act*'s purpose is to resolve competing policy objectives, pointing to greater deference, there is no privative clause. For these reasons, I accept that the standard of review is correctness.

(ii) Application of *HMRC*

[20] The applicants argue that the Board erred by failing to follow *HMRC*. In that decision, Justice Heneghan held that the Board did not have jurisdiction to review prices when a patent is laid open. However, in *HMRC*, the relevant patents had not issued; they were merely patent applications. As Justice Heneghan noted, at paragraph 136 of her reasons, “a patent application gives rise only to the potential for the grant of a patent.” As no patent had been granted, there was no patentee on the facts before her. The Board’s jurisdiction is with respect to patentees, and for that reason it had no jurisdiction to review the prices in that case.

[21] In the case at bar, the patents have been granted and there is no dispute that, because the applicants are patentees, the Board has jurisdiction to review the prices at least from the date the patents issued. Consequently,

## QUESTIONS EN LITIGE

[18] La principale question dont je suis saisi est celle de savoir si le Conseil a commis une erreur lorsqu’il a statué qu’il avait compétence pour examiner l’établissement des prix de l’« Adderall XR » et du « Concerta » pendant la période où les brevets en cause étaient mis à la disposition du public.

## MOTIFS

i) Norme de contrôle

[19] Toutes les parties conviennent que la norme de contrôle est celle de la décision correcte. Comme l’a noté le juge Heneghan dans *Hoechst Marion Roussel Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2006] 3 R.C.F. 536 (C.F.), aux paragraphes 99 à 110 (*HMRC*), les questions de compétence sont des questions de droit à l’égard desquelles le Conseil ne possède pas une expertise supérieure à celle de la Cour. Bien que la *Loi sur les brevets* ait pour objet de résoudre des objectifs de politique contradictoires, ce qui milite en faveur d’une plus grande retenue, elle ne comporte aucune clause privative. Pour ces raisons, je conviens que la norme de contrôle est celle de la décision correcte.

ii) Application de la décision *HMRC*

[20] Les demandresses soutiennent que le Conseil a commis une erreur en omettant de suivre *HMRC*. Dans cette décision, la juge Heneghan a statué que le Conseil n’avait pas compétence pour examiner des prix lorsqu’un brevet est rendu accessible au public. Cependant, dans *HMRC*, les brevets en cause n’avaient pas été accordés; il s’agissait simplement de demandes de brevet. Comme l’a fait observer la juge Heneghan au paragraphe 136 de ses motifs, « une demande de brevet ouvre uniquement la voie à la possibilité qu’un brevet soit délivré ». Puisqu’aucun brevet n’avait été accordé, il n’y avait aucun breveté dans l’affaire dont elle était saisie. Le Conseil a compétence à l’égard des brevetés et, pour cette raison, il n’avait pas compétence pour examiner les prix dans cette affaire.

[21] En l’espèce, les brevets ont été accordés et il est acquis au débat que, puisque les demandresses sont des brevetées, le Conseil a compétence pour examiner les prix au moins depuis la date d’octroi des brevets. Par

because of the important difference in the fact situations regarding the relevant patents, the decision in *HMRC* is not, in my view, determinative of whether the Board can, subsequent to the granting of a patent, review prices during the laid-open period. Hence, in my view, the Board did not err in distinguishing the case at bar from Justice Heneghan's decision in *HMRC*. My own review of *HMRC* convinces me that there is nothing in Justice Heneghan's reasons to suggest that she intended to address a situation such as exists on the facts before me where the relevant patents have been granted and the applicants are patentees within the meaning of the *Patent Act*. Having achieved that status, the applicants are now beyond the conceptual difficulties that confronted Justice Heneghan in *HMRC*. The question now is whether, given the fact that the applicants are patentees, the Board's power can be extended back to the time when the patents were laid open.

(iii) Statutory Interpretation

[22] In my view, the question of jurisdiction raised in these applications depends upon the interpretation of the relevant provisions of the *Patent Act*. This requires a purposive analysis, giving such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the *Patent Act's* objective in accordance with the relevant jurisprudence (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, section 12).

[23] The Federal Court has held that the purpose of the Board is "to address the 'mischief' that the patentee's monopoly over pharmaceuticals during the exclusivity period might cause prices to rise to unacceptable levels" (*ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board)* (1996), 66 C.P.R. (3d) 45 (F.C.T.D.), at paragraph 24, affd [*sub nom. ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Canada (Staff of the Patented Medicine Prices Review Board)*] [1997] 1 F.C. 32 (C.A.)). It follows, then, that the provisions must, in so far as the language of the text

conséquent, étant donné la différence importante entre les situations factuelles relatives aux brevets en cause, je suis d'avis que la décision *HMRC* n'apporte pas de réponse à la question de savoir si le Conseil peut, après l'octroi d'un brevet, examiner les prix en vigueur pendant la période où la demande de brevet était mise à la disposition du public. Selon moi, le Conseil n'a donc pas commis d'erreur lorsqu'il a établi une distinction entre la présente affaire et la décision *HMRC* de la juge Heneghan. Mon propre examen de *HMRC* me convainc que les motifs de la juge Heneghan ne comportent pas la moindre indication d'une intention de sa part de se prononcer sur une situation analogue à celle qui nous intéresse en l'espèce, où les brevets en cause ont été accordés et où les demanderesses sont des brevetées au sens de la *Loi sur les brevets*. Ayant acquis la qualité de brevetées, les demanderesses ne posent plus les problèmes conceptuels avec lesquels la juge Heneghan a dû s'escrimer dans *HMRC*. La question qui se pose maintenant est celle de savoir si, étant donné que les demanderesses sont des brevetées, le pouvoir du Conseil peut remonter jusqu'à l'époque où les brevets étaient mis à la disposition du public.

iii) Interprétation de la loi

[22] À mon avis, la question relative à la compétence soulevée dans les présentes demandes dépend de l'interprétation que l'on donne aux dispositions pertinentes de la *Loi sur les brevets*. À cette fin, je dois procéder à une analyse téléologique, en interprétant la *Loi sur les brevets* de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet conformément à la jurisprudence pertinente (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, article 12).

[23] La Cour fédérale a statué que le Conseil a pour objet de « pallier le "préjudice" découlant du fait que le monopole accordé au breveté en matière de produits pharmaceutiques durant la période d'exclusivité pouvait entraîner une hausse des prix à des niveaux inacceptables » (*ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1996] A.C.F. n° 206 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 24, conf. par [*sub nom. ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*] [1997] 1 C.F. 32 (C.A.)). Il

permits, be interpreted in a manner consistent with that purpose (Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Toronto: Butterworths, 2002), at page 195).

[24] The Federal Court of Appeal has previously held that the Board's jurisdiction is not based upon an actual or prospective effect on market power (*ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Canada (Staff of the Patented Medicine Prices Review Board*, [1997] 1 F.C. 32, at paragraph 76). Parliament gave the Board broad scope to review prices of medicines, even when the nexus to a patent was a slender thread, to ensure that pharmaceutical companies could not avoid the jurisdiction of the Board, and to avoid limiting the Board's ability to protect Canadian consumers from excessive pricing (paragraph 60).

(iv) Meaning of "Patentee"

[25] A "patentee", as defined in section 79 of the *Patent Act*, "means the person for the time being entitled to the benefit of the patent for that invention".

[26] The benefit of a patent includes the patentee's right to exercise a number of enforcement options against infringers of the patent as described in sections 54 to 59 [ss. 54 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 182), 55.01 (as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 48), 55.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; c. 44, s. 193), 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; 2001, c. 10, s. 2), 56 (as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 194)] of the *Patent Act*. Included among these enforcement options is the ability to sue for reasonable compensation under subsection 55(2) for any infringement that resulted after the patent application was laid open under section 10 of the *Patent Act*. Under subsection 55(4), that action for reasonable compensation is deemed to be an action for infringement of the patent.

[27] In essence, this means that once a patent is granted a patentee has the benefit of the patent from the date the patent was laid open in the form of an action

s'ensuit, donc, que les dispositions doivent, dans la mesure où le libellé le permet, s'interpréter d'une manière qui s'accorde avec cet objet (Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto : Butterworths, 2002, à la page 195).

[24] La Cour d'appel fédérale a statué dans le passé que la compétence du Conseil ne se fondait pas sur une incidence actuelle ou future sur la puissance commerciale (*ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1997] 1 C.F. 32, au paragraphe 76). Le Parlement a conféré au Conseil un vaste rayon d'action pour examiner les prix des médicaments, même lorsque le lien avec un brevet est ténu, pour s'assurer que les compagnies pharmaceutiques ne puissent pas se soustraire à la compétence du Conseil et pour éviter de limiter la capacité du Conseil de protéger les consommateurs canadiens contre l'établissement de prix excessifs (paragraphe 60).

(iv) Sens de « breveté »

[25] L'article 79 de la *Loi sur les brevets* définit un « breveté » comme étant « [l]a personne ayant pour le moment droit à l'avantage d'un brevet pour une invention ».

[26] L'avantage d'un brevet comprend les droits du breveté d'exercer différents recours contre les contrefacteurs du brevet conformément aux articles 54 à 59 [art. 54 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 182), 55.01 (édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 48), 55.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; ch. 44, art. 193), 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; 2001, ch. 10, art. 2), 56 (mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 194)] de la *Loi sur les brevets*. Figure parmi ces recours celui, prévu au paragraphe 55(2), visant l'obtention d'une indemnité raisonnable pour toute contrefaçon survenue après que la demande de brevet est devenue accessible au public sous le régime de l'article 10 de la *Loi sur les brevets*. En vertu du paragraphe 55(4), ce recours visant l'obtention d'une indemnité raisonnable est réputé être une action en contrefaçon de brevet.

[27] Cela signifie essentiellement qu'une fois qu'un brevet est accordé, un breveté a l'avantage du brevet depuis la date où le brevet est devenu

for reasonable compensation.

[28] The applicants argue that the term “benefit” in section 79 refers to all attributes of a patentee’s rights under a patent. They note that, once a patent is granted, a patentee has enforcement options in addition to seeking reasonable compensation, including, for example, the right to seek injunctions under section 57 of the *Patent Act*. As the patentee can only seek reasonable compensation during the laid-open period (and only after the patent is granted), the applicants say that the patent holder does not have the full benefit of the patent during this period and so should not be regarded as a patentee during that period.

[29] In my view, there is nothing in the statute that suggests that “benefit” must be taken to mean every enforcement option available to a patentee under the statute. The purpose of subsection 55(2) is to extend the patent benefits to patentees during the patent application period. Once a patent application is laid open it is possible for a third party to read the published material and use the invention. Subsection 55(2) provides that anyone who does so (or otherwise infringes on the invention) is liable to pay reasonable compensation should the patent be subsequently granted. Subsection 55(4) specifically provides that any such action for reasonable compensation “is deemed to be an action for the infringement of a patent and the act on which that proceeding is based is deemed to be an act of infringement of the patent.” So the *Patent Act* specifically makes the reasonable compensation right granted under subsection 55(2) part of the bundle of enforcement rights enjoyed by a patentee under the relevant patent once that patent has issued.

[30] In my view, it follows that since the patentee, once the patent issues, enjoys patent rights from the time the patent is laid open (even if not the full complement), then the patentee is deemed by the *Patent Act* to enjoy those rights as a patentee and must be taken to have sold medicines “while a patentee” within the meaning of subsection 83(2) and as the person entitled

accessible au public et peut intenter une action en indemnisation raisonnable.

[28] Les demanderesse soutiennent que le mot « avantage » à l’article 79 renvoie à tous les attributs des droits d’un breveté en vertu d’un brevet. Elles soulignent qu’une fois qu’un brevet a été accordé, le breveté dispose d’autres recours en plus du pouvoir de réclamer une indemnité raisonnable, notamment, par exemple, le droit de demander des injonctions en vertu de l’article 57 de la *Loi sur les brevets*. Puisque le breveté peut seulement demander une indemnité raisonnable pour la période de mise à la disposition du public (et seulement après l’octroi du brevet), les demanderesse soutiennent que le titulaire de brevet ne jouit pas pleinement du brevet pendant cette période et qu’il ne devrait donc pas être considéré comme un breveté pendant cette période.

[29] À mon avis, il n’y a rien dans la loi qui donne à entendre qu’« avantage » doit s’interpréter comme évoquant tous les recours que peut exercer un breveté en vertu de la loi. Le paragraphe 55(2) a pour objet d’étendre les avantages des brevets au profit des brevetés pendant la période de demande de brevet. Une fois qu’une demande de brevet est rendue accessible au public, un tiers peut lire les documents publiés et utiliser l’invention. Cependant, le paragraphe 55(2) dispose que quiconque fait cela (ou contrefait autrement l’invention) s’expose à devoir payer une indemnité raisonnable si le brevet est ensuite accordé. Le paragraphe 55(4) prévoit expressément qu’un tel recours visant à obtenir une indemnité raisonnable « est réputé être une action en contrefaçon et l’acte sur lequel il se fonde est réputé être un acte de contrefaçon ». Ainsi, la *Loi sur les brevets* range expressément le droit à une indemnité raisonnable en vertu du paragraphe 55(2) parmi l’ensemble des droits d’exécution dont jouit un breveté en vertu de son brevet une fois celui-ci délivré.

[30] À mon avis, il s’ensuit que, puisqu’une fois le brevet délivré, le breveté jouit de droits de brevet depuis le moment où le brevet est rendu accessible au public (même s’il ne jouit pas de la gamme complète), le breveté est donc réputé jouir de ces droits à titre de breveté selon la *Loi sur les brevets* et doit être considéré comme ayant vendu des médicaments « alors qu’il était

to the benefit of the patent during that period of time.

[31] This being the case, I am convinced that the purposive analysis carried out by the Board and referred to in its decisions is correct and that it was Parliament's intent that the Board's jurisdiction over prices for medicines should extend to the period in question between laying the patent open and the grant of the patent. This is provided, of course, that a patent is granted, as the patents were granted in this case.

(v) Whether Retroactive Application

[32] Just as a patentee cannot sue for infringement during the laid-open period until the patent has been granted, the Board cannot review prices during the laid-open period until the patent has been granted. Until the patent is granted, the patent application gives rise only to the potential for the grant of a patent (*HMRC*, at paragraph 135) which is insufficient both for enforcement and for review of prices.

[33] The applicants argue that this interpretation leads to a retroactive application of the *Patent Act* and that there is nothing in the statute that rebuts the strong presumption that legislation is not intended to have a retroactive effect (*Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271, at page 279). They argue that while subsection 55(2) provides a retroactive or retrospective right of action once the patent is granted, there is no similar provision that provides a retroactive or retrospective right of review of prices by the Board.

[34] In my view, the provisions do not operate retroactively or retrospectively. They do not purport to operate as of a time prior to the 1987 amendments that brought them into being. Nor do they attach new consequences to an event that took place before the statute was enacted (*Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358, at paragraphs 39-40); see also Sullivan, at page 547 ff.).

titulaire du brevet » au sens du paragraphe 83(2) et comme étant la personne ayant droit à l'avantage du brevet pendant cette période.

[31] Cela étant, je suis convaincu que l'analyse téléologique effectuée par le Conseil et évoquée dans ses décisions est bien fondée et qu'il était dans l'intention du Parlement que la compétence du Conseil sur les prix des médicaments s'étende à cette période comprise entre le moment où la demande de brevet est rendue accessible au public et l'octroi du brevet—à condition, bien sûr, qu'un brevet soit accordé, comme cela a été le cas en l'espèce.

v) Application rétroactive?

[32] Tout comme un breveté ne peut pas intenter une action en contrefaçon entre le moment où la demande de brevet est mise à la disposition du public et l'octroi du brevet, le Conseil ne peut pas examiner des prix pendant la période où la demande de brevet est mise à la disposition du public, avant l'octroi du brevet. Jusqu'à ce que le brevet soit accordé, une demande de brevet ouvre uniquement la voie à la possibilité qu'un brevet soit délivré (*HMRC*, au paragraphe 135), ce qui est insuffisant pour justifier tant des recours que des examens de prix.

[33] Les demanderesse soutiennent que cette interprétation mène à une application rétroactive de la *Loi sur les brevets* et qu'il n'y a rien dans la loi qui réfute la forte présomption à l'encontre de la rétroactivité des lois (*Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271, à la page 279). Elles soutiennent que s'il est vrai que le paragraphe 55(2) prévoit un droit de recours rétroactif ou rétrospectif une fois le brevet accordé, il n'y a aucune disposition similaire prévoyant un droit rétroactif ou rétrospectif d'examen des prix par le Conseil.

[34] À mon avis, les dispositions ne s'appliquent pas rétroactivement ou rétrospectivement. Elles ne sont pas censées s'appliquer à une époque antérieure aux modifications de 1987 qui les ont prévues. De même, elles n'attachent pas de nouvelles conséquences à un événement qui est survenu avant l'adoption de la loi. (*Benner c. Canada (Secrétaire d'État)*, [1997] 1 R.C.S. 358, aux paragraphes 39 et 40; voir aussi Sullivan, à la page 547 et s.).

[35] Rather, the provisions have a prospective operation. Patent applicants know when they file their applications that if the patent is subsequently granted, they will have the benefit of subsection 55(2) from the date the application is laid open. Although the benefit becomes effective on a date before its existence is crystallized (the date the patent is granted), it is nevertheless prospective as it takes effect after the applicant files the application and after the enactment of the provisions.

[36] For the same reasons, the Board's ability to review prices is crystallized on the date the patent is granted but becomes effective the date the patentee obtains the benefit of the patent—the date it was laid open.

[37] Even if the provisions could be characterized as retroactive or retrospective in their operation, they nevertheless, in my view, meet the test set out in *Gustavson Drilling*. As noted above, subsection 55(2) expressly provides that the patentee has a benefit once the patent is granted during the laid-open period. By necessary implication, this means that once a patent is granted the patentee is a patentee during the laid-open period. In fact, subsection 55(4) deems any action under subsection 55(2) to be a patent infringement action. To construe the statute otherwise would, in my view, twist the meaning of benefit beyond what the language permits and beyond what Parliament intended.

(vi) Constitutional Authority

[38] Janssen-Ortho argues that it would be *ultra vires* the power of Parliament to give the Board the power to regulate prices during the laid-open period because the regulation of prices falls normally under provincial heads of power. The argument is that Parliament may only regulate the prices of products pursuant to its exclusive legislative competence over patents and, since the relevant patents were not granted during the time in question, the Board is attempting to regulate prices in a manner beyond the patent power of Parliament. Janssen-Ortho argues that it could not have been the

[35] Les dispositions ont plutôt une application prospective. Les demandeurs de brevet savent lorsqu'ils déposent leurs demandes que si un brevet est par la suite accordé, ils pourront se prévaloir du paragraphe 55(2) depuis la date à laquelle la demande est mise à la disposition du public. Bien que l'avantage prenne effet à une date antérieure à la date à laquelle son existence se cristallise (la date d'octroi du brevet), il est néanmoins prospectif puisqu'il prend effet après le dépôt de la demande de brevet et après l'adoption des dispositions.

[36] Pour les mêmes raisons, le pouvoir du Conseil d'examiner des prix se cristallise à la date où le brevet est accordé mais prend effet à la date où le breveté obtient l'avantage du brevet—la date où celui-ci est devenu accessible au public.

[37] Même si les dispositions peuvent être considérées comme s'appliquant rétroactivement ou rétrospectivement, elles respectent néanmoins selon moi le critère établi dans *Gustavson Drilling*. Comme je l'ai mentionné plus haut, le paragraphe 55(2) dispose expressément que le breveté a un avantage, une fois le brevet accordé, pendant la période de mise à la disposition du public. Par voie de conséquence, une fois qu'un brevet accordé, le breveté est un breveté pendant la période de mise à la disposition du public. D'ailleurs, le paragraphe 55(4) dispose que tout recours en vertu du paragraphe 55(2) est réputé être une action en contrefaçon de brevet. À mon avis, interpréter la loi autrement étirerait le sens du mot « avantage » au-delà de ce que permet les termes utilisés et au-delà de ce qu'a voulu le Parlement.

(vi) Pouvoir constitutionnel

[38] Janssen-Ortho soutient que le Parlement outrepasserait ses pouvoirs en conférant au Conseil le pouvoir de réglementer les prix pendant la période de mise à la disposition du public parce que la réglementation des prix relève normalement de chefs de compétence provinciale. Suivant cet argument, le Parlement pourrait seulement réglementer les prix de produits en vertu de sa compétence législative exclusive en matière de brevets et, puisque les brevets en cause n'avaient pas été accordés pendant la période qui nous intéresse, le Conseil tente de réglementer des prix

intent of Parliament to grant the Board jurisdiction during the laid-open period because Parliament would not legislate in a way that could extend its jurisdiction.

[39] There is no dispute, however, that Parliament has legislative authority over “Patents of Invention and Discovery.” Because the definition of patentee encompasses the rights enjoyed during the laid-open period once the patent is granted, the legislation is, in my view, clearly *intra vires* and so there can be no inhibition on Parliamentary intent along the lines argued.

[40] In my view, the same power that makes subsection 55(2) of the *Patent Act* *intra vires* also makes the power of the Board to review prices during the laid-open period *intra vires*.

(vii) Whether Evidence Required for Jurisdiction

[41] Shire argues that the Board erred because there was no evidence of “mischief” requiring it to intervene. In its decisions, the Board stated that patent applicants could engage in “purposeful avoidance behaviour” by delaying the grant of their patents in order to extend the laid-open period and the benefits of subsection 55(2) unless the Board had subsequent jurisdiction under subsection 83(2). In the absence of any evidence that this would happen, Shire argues the Board erred in law by relying on this rationale.

[42] In my view, this argument misstates the position of the Board. The term “mischief” comes from case law (see, e.g., *ICN Pharmaceuticals*) and refers to the possibility that pharmaceutical companies might seek to evade the Board’s jurisdiction. There is no allegation that either of the applicants engaged in any such mischief, and I have seen no evidence that would support such an allegation if it was made.

au-delà des limites de la compétence du Parlement en matière de brevets. Janssen-Ortho soutient que le Parlement n’a pas pu vouloir conférer compétence au Conseil à l’égard de la période de mise à la disposition du public parce que le Parlement ne légiférerait pas d’une manière qui pourrait étendre sa compétence.

[39] Il n’est cependant pas contesté que le Parlement a compétence sur « les brevets d’invention et de découverte ». Puisque la définition de « breveté » englobe les droits applicables à la période de mise à la disposition du public une fois que le brevet est accordé, j’estime que la loi est clairement *intra vires* et, par conséquent, l’argument qui précède en faveur d’une interprétation restrictive de l’intention du Parlement ne saurait tenir.

[40] À mon avis, le même pouvoir qui rend *intra vires* le paragraphe 55(2) de la *Loi sur les brevets* rend aussi *intra vires* le pouvoir du Conseil d’examiner les prix pendant la période de mise à la disposition du public.

vii) Éléments de preuve requis pour fonder la compétence

[41] Shire soutient que le Conseil a commis une erreur parce qu’il n’y avait aucune preuve de « préjudice » l’obligeant à intervenir. Dans ses décisions, le Conseil a affirmé que des demandeurs de brevet pourraient se livrer à des pratiques d’évitement délibéré en retardant l’octroi de leurs brevets afin de prolonger la période de mise à la disposition du public et les avantages du paragraphe 55(2) si le Conseil n’avait pas ultérieurement compétence en vertu du paragraphe 83(2). En l’absence de toute preuve qu’un tel scénario se produirait, Shire soutient que le Conseil a commis une erreur de droit en s’appuyant sur ce raisonnement.

[42] À mon avis, cet argument ne rend pas bien compte de la position du Conseil. Le terme « préjudice » vient de la jurisprudence (voir, p. ex., *ICN Pharmaceuticals*) et renvoie à la possibilité que des compagnies pharmaceutiques puissent chercher à se soustraire à la compétence du Conseil. Il n’y a aucune allégation selon laquelle l’une ou l’autre des demanderesse n’aurait adopté pareil comportement, et

[43] Parliament created the Board to address the possibility of mischief. Evidence of mischief is not necessary to provide a basis for that jurisdiction. For instance, the Board does not need evidence of market power arising from a patent, or even that a patent is, in fact, used in order for it to exercise its regulatory powers. Parliament granted the Board broad jurisdiction to ensure that it could carry out its purpose of ensuring that prices are not excessive.

[44] In my view, it is irrelevant whether patentees might delay obtaining the grant of the patent in order to minimize the Board's jurisdiction. In the absence of that jurisdiction, patentees may be able to price their products excessively, using the benefit of subsection 55(2) to protect their monopoly pricing power during the laid-open period. The purpose of the Board is to address the possibility of mischief that could arise from an abuse of a patentee's monopoly power. The same possibility of mischief exists both after the date the patent is granted and during the laid-open period.

[45] Similarly, Shire argues that the Board never found that market power existed during the laid-open period. However, as noted by the Federal Court of Appeal in *ICN Pharmaceuticals*, it is irrelevant whether market power exists in order for the Board to have jurisdiction. Whether the applicants had market power during the relevant periods may be a factor for the Board to consider in determining whether the prices for the medicines were excessive. That question, though, is not before me today. In my view, the Board has the jurisdiction to consider whether the prices are excessive and, if so, to order appropriate remedies as provided for under the *Patent Act*.

(viii) Conclusion

[46] In summary, I conclude that for purposes of

je n'ai vu aucun élément de preuve qui étaiérait une telle allégation si elle était formulée.

[43] Le Parlement a créé le Conseil pour pallier un tel préjudice éventuel. La preuve d'un préjudice n'est pas nécessaire pour fonder cette compétence. Par exemple, le Conseil n'a pas besoin de disposer de la preuve d'une emprise sur le marché découlant d'un brevet, ni même qu'un brevet est effectivement exploité, pour exercer ses pouvoirs réglementaires. Le Parlement a conféré au Conseil une compétence étendue pour s'assurer qu'il puisse réaliser son objet consistant à veiller à ce que les prix ne soient pas excessifs.

[44] À mon avis, il est indifférent que les brevetés puissent retarder ou non l'obtention de l'octroi du brevet afin de minimiser la compétence du Conseil. En l'absence de cette compétence, il se peut que les brevetés soient en mesure de vendre leurs produits à des prix excessifs, en profitant du paragraphe 55(2) pour protéger leur pouvoir monopolistique d'établissement de prix pendant la période de mise à la disposition du public. La mission du Conseil est de pallier les préjudices qui pourraient découler d'un abus du pouvoir monopolistique d'un breveté. La même possibilité de préjudice existe à la fois après la date d'octroi du brevet et pendant la période de mise à la disposition du public.

[45] De même, Shire soutient que le Conseil n'a jamais conclu à l'existence d'une emprise sur le marché pendant la période de mise à la disposition du public. Cependant, comme l'a noté la Cour d'appel fédérale dans *ICN Pharmaceuticals*, il est indifférent qu'une emprise sur le marché existe ou non pour que le Conseil ait compétence. La question de savoir si les demanderessees avaient une emprise sur le marché pendant les périodes visées pourrait constituer pour le Conseil un facteur à prendre en compte pour décider si les prix des médicaments étaient excessifs. Cette question ne m'est cependant pas posée aujourd'hui. À mon avis, le Conseil a compétence pour évaluer si les prix sont excessifs et, le cas échéant, pour ordonner les réparations appropriées conformément à la *Loi sur les brevets*.

viii) Conclusion

[46] En résumé, je conclus que, pour l'application de

section 79 of the *Patent Act*, “benefit of the patent” includes the benefit of subsection 55(2) which is realized once the patent is granted. Accordingly, once the patent is granted, a patentee is a patentee from the date the application was laid open under section 10. For that reason, the Board has jurisdiction with respect to the patentee’s prices during the laid-open period under subsection 83(2). In my view, the Board made no error in law in coming to this same conclusion and thus its decisions should stand.

#### JUDGMENT

UPON reviewing the material filed and hearing the submissions of counsel for both parties in Ottawa on Wednesday, November 7, 2007;

THIS COURT HEREBY ORDERS AND ADJUDGES that:

1. For the reasons given above the judicial review in both applications is hereby dismissed with costs to the respondent.

l’article 79 de la *Loi sur les brevets*, « avantage du brevet » comprend l’avantage que confère le paragraphe 55(2), lequel se concrétise une fois que le brevet est accordé. En conséquence, une fois que le brevet est octroyé, un breveté est un breveté depuis la date où la demande a été rendue accessible au public en vertu de l’article 10. Il s’ensuit que le Conseil a compétence à l’égard des prix du breveté pendant la période de mise à la disposition du public en vertu du paragraphe 83(2). À mon avis, le Conseil n’a commis aucune erreur de droit en arrivant à cette même conclusion et ses décisions sont donc valides.

#### JUGEMENT

APRÈS avoir examiné les documents produits et entendu les observations des avocats des deux parties à Ottawa le mercredi 7 novembre 2007;

LA COUR STATUE que :

1. Pour les motifs exposés ci-dessus, les deux demandes de contrôle judiciaire sont rejetées et les dépens sont accordés au défendeur.

DES-4-06  
2007 FC 766

DES-4-06  
2007 CF 766

**Attorney General of Canada** (*Applicant*)

**Le procureur général du Canada** (*demandeur*)

v.

c.

**Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar and Maher Arar** (*Respondents*)

**Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar et Maher Arar** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (COMMISSION OF INQUIRY INTO THE ACTIONS OF CANADIAN OFFICIALS IN RELATION TO MAHER ARAR) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. CANADA (COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LES ACTIONS DES RESPONSABLES CANADIENS RELATIVEMENT À MAHER ARAR) (C.F.)**

Federal Court, Noël J.—Ottawa, (teleconferences) April 25 and May 14, 2007; (public hearings) April 30 and May 23, 2007; (*ex parte* (*in camera*) hearings) May 1, 2, 3 and 23, 2007; July 24, 2007.

Cour fédérale, juge Noël—Ottawa, (téléconférences) 25 avril et 14 mai 2007; (audiences publiques) 30 avril et 23 mai 2007; (audiences *ex parte* (à huis clos)) 1<sup>er</sup>, 2, 3 et 23 mai 2007; 24 juillet 2007.

*Administrative Law—Application under Canada Evidence Act (CEA), s. 38.04 for order prohibiting disclosure of certain redacted portions of public report issued by Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar on basis disclosure would be injurious to international relations, national defence or national security — Maher Arar, Syrian-Canadian, sent to Syria by American officials while transiting through New York City airport — Imprisoned, interrogated, tortured while in Syria — Public commission of inquiry established to investigate, report on actions of Canadian officials in relation to deportation, detention of Maher Arar — After inquiry, Commissioner preparing in camera, public report — Government contesting release of 1500 words contained in public report — To determine whether information can be disclosed under CEA, s. 38.04, Court having to apply criteria set out at s. 38.06 — Once filed with Governor in Council, Commission's report prepared after inquiry becoming confidence of Privy Council — Therefore, executive having complete power over whether to make final report public — Information, disclosure of which identified as not injurious, for which public interest in disclosure prevailing, authorized for disclosure while remaining information ordered not disclosed — Application allowed in part.*

*Droit administratif — Demande présentée en application de l'art. 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada (LPC) pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certaines parties expurgées du rapport public présenté par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale — Maher Arar, un Canadien d'origine syrienne, a été expulsé vers la Syrie par des fonctionnaires américains alors qu'il transitait par un aéroport de la ville de New York — Il a été emprisonné, interrogé et torturé en Syrie — Une commission publique d'enquête a été établie pour enquêter et faire rapport sur les actions des responsables canadiens relativement à la détention et à l'expulsion de Maher Arar — Après l'enquête, le commissaire a préparé un rapport confidentiel et un rapport public — Le gouvernement contestait la divulgation de 1500 mots du rapport public — Pour établir si des renseignements peuvent être divulgués en vertu de l'art. 38.04 de la LPC, la Cour doit appliquer les critères exposés dans l'art. 38.06 — Une fois déposé auprès du gouverneur en conseil, le rapport qu'une commission prépare à la suite d'une enquête devient un document confidentiel du Conseil privé — C'est donc l'exécutif qui détient le pouvoir intégral de décider s'il convient ou non de rendre public le rapport final — A été autorisée la divulgation des renseignements dont la divulgation a été jugée non préjudiciable et à l'égard desquels les raisons d'intérêt public justifient la divulgation alors que les renseignements restants étaient visés par une ordonnance interdisant leur divulgation — Demande accueillie en partie.*

*Evidence — Application under Canada Evidence Act (CEA), s. 38.04 for order prohibiting disclosure of certain redacted portions of public report issued by Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar on basis disclosure would be injurious to international relations, national defence or national security — No deference to be afforded to Commissioner's rulings as to whether information at issue can be disclosed — Court having to apply criteria set out in CEA, s. 38.06 to determine whether disclosure of information at issue should be prohibited — S. 38.06 scheme demanding Court apply three-step test: (1) Party seeking disclosure must establish relevance of information sought; (2) Attorney General must establish disclosure of information at issue injurious to international relations, national defence or national security; (3) If injury proven to exist, Court must determine whether public interest in disclosure outweighing public interest in non-disclosure, whether information at issue should be disclosed — Last step involving assessment of several factors, i.e. extent of injury if information disclosed, importance of open court principle, etc. before making determination — Concepts of third-party rule, "mosaic effect" also examined.*

*Security Intelligence — Application under Canada Evidence Act, s. 38.04 for order prohibiting disclosure of redacted portions of public report issued by Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar on basis disclosure injurious to international relations, national defence, national security — Meaning of term "national security" entailing, at minimum, preservation of Canadian way of life, safeguarding security of persons, institutions, freedoms in Canada — Grounds on which national security claims capable of succeeding considered — Third-party rule (understanding among information-sharing parties providers of information maintaining control over its subsequent disclosure, use) of essence to guarantee proper functioning of modern police, intelligence agencies — Harm caused by breach of third-party rule assessed when judge balancing public interest in disclosure against public interest in non-disclosure.*

*Preuve — Demande présentée en application de l'art. 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada (LPC) pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certaines parties expurgées du rapport public présenté par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale — Les conclusions du commissaire sur la question de savoir si les renseignements en cause pouvaient être divulgués ne devaient bénéficier d'aucune retenue — La Cour devait appliquer les critères énoncés à l'art. 38.06 de la LPC pour établir si la divulgation des renseignements en cause devait être interdite — Le régime de l'art. 38.06 oblige la Cour à appliquer un critère en trois volets: 1) la partie qui sollicite la divulgation doit établir la pertinence des renseignements dont elle souhaite la divulgation; 2) le procureur général doit démontrer que la divulgation des renseignements en cause serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale; 3) si la Cour conclut à l'éventualité d'un préjudice, elle doit se demander si les raisons d'intérêt public qui militent pour la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui militent contre la divulgation, et donc si les renseignements en cause devraient être divulgués — La dernière étape porte sur l'appréciation de nombreux facteurs, notamment l'étendue du préjudice qui serait subi si les renseignements étaient divulgués, l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires, etc. avant de prendre une décision — Examen de la règle des tiers et de l'«effet de mosaïque».*

*Renseignement de sécurité — Demande présentée en application de l'art. 38.04 de la Loi sur la preuve au Canada pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certaines parties expurgées du rapport public présenté par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale — L'expression «sécurité nationale» s'entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada — Examen des moyens pouvant rendre recevables les allégations fondées sur la sécurité nationale — La règle des tiers (entente entre des parties qui échangent des renseignements selon laquelle la partie qui communique les renseignements conserve un droit de regard sur leur divulgation et l'utilisation ultérieures) est essentielle pour garantir le bon fonctionnement des organisations modernes chargées du renseignement ou de l'application de la loi — La gravité du préjudice pouvant résulter d'un manquement à la règle des tiers pourra être mesurée lorsque le juge chargé du contrôle mettra en balance les raisons d'intérêt public qui justifient la*

This was an application under section 38.04 of the *Canada Evidence Act* (CEA) for an order prohibiting the disclosure of certain redacted portions of the public report issued by the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar on the basis that disclosure of this information would be injurious to international relations, national defence or national security. Two judgments were rendered: a public and an *ex parte* (*in camera*) judgment.

The respondent Maher Arar, a Syrian-Canadian, was arrested by American officials while transiting through John F. Kennedy International Airport in New York and detained for 12 days. He was then sent to Syria and imprisoned for nearly one year. During his imprisonment, he was interrogated, tortured and held in degrading and inhuman conditions. He eventually returned to Canada and his ordeal attracted much media attention. The public Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar was established by order in council to investigate and report on the actions of Canadian officials in relation to the deportation and detention of Mr. Arar and to recommend an independent review mechanism for the RCMP's national security activities. The present application related only to the public report outlining the Commissioner's findings in the Factual Inquiry. The Terms of Reference, which established the public Commission, gave the Commissioner broad powers over the rules of procedure that would govern the Inquiry. These terms ensured that he would have access to all information he deemed necessary to fully investigate the events surrounding the Maher Arar affair while guaranteeing that information injurious to international relations, national defence or national security would not be disclosed without prior authorization from the Government. In particular, section (k) of the Terms of Reference established how the Commission was to handle information that is subject to national security confidentiality. After the main evidentiary hearing, the Government contested the release of about 1500 words in the Factual Inquiry report intended for the public. The Commission also prepared an *in camera* report. When the Commissioner sent the public report to the Privy Council indicating that the information redacted from the report was information that could be disclosed to the public and was necessary to fairly recite the facts surrounding the Arar affair, the Government filed the present application. Given that the Federal Court has recently held that the open court principle enshrined under paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was violated by the provisions requiring that CEA section 38 applications be heard in private, the content of this application's "private" file was reviewed and

*divulgué et les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgué.*

Il s'agissait d'une demande présentée en application de l'article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC) pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certaines parties expurgées du rapport public présenté par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Deux jugements ont été rendus, soit un jugement public et un jugement *ex parte* (à huis clos).

Le défendeur, Maher Arar, est un Canadien d'origine syrienne qui a été arrêté par des fonctionnaires américains alors qu'il transitait par l'aéroport international John F. Kennedy à New York et qui a été détenu pendant 12 jours. Il a ensuite été expulsé vers la Syrie et a été emprisonné pendant près de un an. Pendant son emprisonnement, il a été interrogé, torturé et détenu dans des conditions dégradantes et inhumaines. Il est par la suite revenu au Canada et l'épreuve qu'il a vécue a été largement commentée par les médias. La Commission publique d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar a été établie au moyen d'un décret pour enquêter et faire rapport sur les actions des responsables canadiens relativement à la détention et à l'expulsion de M. Arar et pour formuler des recommandations sur la création d'un mécanisme d'examen indépendant des activités de la GRC liées à la sécurité nationale. La demande en l'espèce ne concernait que le rapport public exposant les conclusions du commissaire dans l'enquête sur les faits. Le mandat, qui a établi la commission publique, conférerait au commissaire de larges pouvoirs sur les règles de procédure qui allait régir l'enquête. En application du mandat, le commissaire avait accès à tous les renseignements qu'il jugeait nécessaires pour enquêter pleinement sur les événements entourant l'affaire Maher Arar, mais les renseignements pouvant préjudicier aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale ne seraient pas divulgués sauf autorisation préalable du gouvernement. Plus précisément, l'alinéa k) du mandat précisait la manière dont la Commission allait gérer les renseignements devant rester secrets pour raison de sécurité nationale. À la suite de la principale audience, le gouvernement a contesté la communication d'environ 1 500 mots du rapport d'enquête sur les faits destiné au public. En outre, la Commission a préparé un rapport confidentiel. Lorsque le commissaire a envoyé au Conseil privé le rapport public dans lequel il a indiqué que les renseignements expurgés du rapport étaient des renseignements qui pouvaient être communiqués au public et qui étaient nécessaires pour une description objective des faits entourant l'affaire Arar, le gouvernement a déposé la demande en l'espèce. Comme la

documents which could be classified as “public” became part of the public file while sensitive information and documents remained part of the *in camera* file.

The issues were: what deference should be accorded to the Commissioner’s rulings regarding the information that may be disclosed and what was involved in some of the concepts at play.

*Held*, the application should be allowed in part.

The Commissioner’s rulings as to whether the information at issue can be disclosed should not be afforded any deference given the wording of the Terms of Reference, the role and the structure of the Commission and the wording of CEA, section 38. Where the Federal Court is seized with an application to determine whether information can be disclosed under section 38.04, the Court, after applying the criteria set out at section 38.06, makes a determination as to whether the information in question should be disclosed. This wording indicates that the Court’s role under sections 38.04 and 38.06 of the CEA is to rule on whether particular information can be disclosed, a judicial obligation that cannot be delegated. Nevertheless, the case law is clear that the Court’s role under section 38 of the CEA is not to judicially review a decision to disclose information.

As a general rule, a commission acts independently of the Government when it conducts its inquiry and when it subsequently reports its conclusions and recommendations. However, pursuant to paragraph 39(2)(a) of the CEA, a commission’s report, once filed with the Governor in Council, becomes a confidence of the Privy Council. Therefore, the executive possesses complete power over whether to make a commission’s final report public. In this case, the executive chose to redact about 1500 words from the public report before applying for an order prohibiting the disclosure of the redacted passages.

The Court had to apply the CEA section 38.06 scheme to determine whether disclosure of the information at issue in the present application should be prohibited. The section 38.06 scheme demands that the Court apply a three-step test. The first step demands that the party seeking disclosure establish

Cour fédérale a récemment statué que les dispositions précisant que les demandes au titre de l’article 38 de la LPC doivent être instruites à huis clos contrevenaient au principe de la publicité des débats judiciaires, principe inscrit dans l’alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le contenu du dossier « privé » de la demande visée en l’espèce a été revu, et les documents qui pouvaient être classifiés comme documents « publics » sont devenus partie du dossier public, tandis que les renseignements et documents sensibles sont demeurés dans un dossier *ex parte*.

Il fallait déterminer si les conclusions du commissaire sur la question de savoir si les renseignements pouvant être divulgués pouvaient bénéficier de retenue judiciaire et ce qui était visé par certains des concepts en jeu.

*Jugement* : la demande doit être accueillie en partie.

Les conclusions du commissaire sur la question de savoir si les renseignements en cause pouvaient être divulgués ne devaient bénéficier d’aucune retenue étant donné le texte du mandat, le rôle de la Commission et sa structure, et enfin le texte de l’article 38 de la LPC. Lorsque la Cour fédérale est saisie d’une demande par laquelle elle est priée de dire si des renseignements peuvent être divulgués en vertu de l’article 38.04, c’est elle qui décide, après application des critères exposés dans l’article 38.06, si les renseignements en cause devraient ou non être divulgués. D’après les articles 38.04 et 38.06 de la LPC, le rôle de la Cour consiste à dire si des renseignements donnés peuvent être divulgués; cette obligation judiciaire ne peut être déléguée. Néanmoins, il ressort clairement de la jurisprudence que le rôle de la Cour selon l’article 38 de la LPC ne consiste pas à procéder au contrôle judiciaire d’une décision de divulguer des renseignements.

En règle générale, une commission agit indépendamment du gouvernement lorsqu’elle mène son enquête et lorsqu’elle présente ensuite son rapport sur ses conclusions et recommandations. Toutefois, en application de l’alinéa 39(2)a) de la LPC, le rapport d’une commission, une fois déposé auprès du gouverneur en conseil, devient un document confidentiel du Conseil privé. C’est donc l’exécutif qui détient le pouvoir intégral de décider s’il convient ou non de rendre public le rapport final d’une commission. En l’espèce, l’exécutif a décidé d’expurger environ 1 500 mots du rapport public avant de présenter une demande pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation des passages expurgés.

La Cour devait appliquer le régime de l’article 38.06 de la LPC pour savoir s’il était opportun d’interdire la divulgation des renseignements en cause en l’espèce. Le régime de l’article 38.06 oblige la Cour à appliquer un critère en trois volets. Dans un premier temps, la partie qui sollicite la

that the information for which disclosure is sought is at all relevant. The Arar Commission's Terms of Reference provided a detailed procedure on how to deal with protected information. Under the Terms of Reference, the Commission could receive sensitive information under paragraph 38.01(6)(d) and subsection 38.01(8) of the CEA. The relevancy factor was therefore to be evaluated considering the uniqueness and utility of commissions of inquiry to the government and the public. The Terms of Reference at paragraph (k) and its subparagraphs gave the Commissioner a mandate to ensure the non-disclosure of sensitive information and establish a procedure that had to be followed when considering whether information could be disclosed in accordance with section 38 of the CEA. Each of the redacted portions of the Commission's public report were relevant. The Commissioner clearly identified these passages as being relevant for the purposes of the Commissioner's report and his opinion carried some weight.

The second step of the section 38.06 test demands that the Attorney General establish that disclosure of the information at issue would be injurious to international relations, national defence or national security. Section 38 of the CEA defines "potentially injurious information" and uses the phrase "could injure" international relations, national defence or national security whereas section 38.06 uses the word "would" be injurious. The use of the word "would" by the legislator indicates that the Government under section 38.06 of the CEA must satisfy the reviewing judge that the injury alleged is probable and not simply a possibility or merely speculative. In order for there to be "injury" there must be some detriment, damage or loss. The phrase "information injurious to international relations" refers to information that if disclosed would be injurious to Canada's relationship with foreign nations. Unlike the term "national defence" which is widely understood as meaning "measures taken by a nation to protect itself against its enemies," the meaning of the term "national security" is not commonly known. At minimum, it means the preservation of the Canadian way of life, including the safeguarding of the security of persons, institutions and freedoms in Canada.

To properly understand the national security claims at issue here, it was necessary to consider the grounds on which such claims could succeed. Some of these grounds, i.e. the third-party rule and the mosaic effect, were considered.

divulgarion doit démontrer que les renseignements dont elle souhaite la divulgation sont pertinents. Le mandat de la Commission Arar exposait en détail la manière dont elle devait traiter les renseignements protégés. Selon le mandat, la Commission pouvait recevoir des renseignements sensibles, en application de l'alinéa 38.01(6)d) et du paragraphe 38.01(8) de la LPC. Il fallait donc évaluer le facteur de la pertinence en tenant compte du caractère exceptionnel et de l'utilité des commissions d'enquête pour le gouvernement et pour le public. L'alinéa k) du mandat, ainsi que ses sous-alinéas, investissaient le commissaire du pouvoir de veiller à ce que les renseignements sensibles ne soient pas divulgués, et ils établissaient la procédure qu'il devait suivre pour savoir si des renseignements pouvaient être divulgués dans le respect de l'article 38 de la LPC. Chacun des passages expurgés du rapport public de la Commission était pertinent. Le commissaire a clairement dit que les renseignements expurgés étaient pertinents aux fins de son rapport et son avis comptait pour quelque chose.

Dans un deuxième temps, le procureur général doit démontrer que la divulgation des renseignements en cause serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. L'article 38 de la LPC définit l'expression « renseignements potentiellement préjudiciables » et utilise la phrase « sont susceptibles de porter préjudice » aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales tandis que l'article 38.06 utilise les mots « porterait préjudice ». L'emploi des mots « porterait préjudice » par le législateur signale que, selon l'article 38.06 de la LPC, le gouvernement doit convaincre le juge chargé du contrôle que le préjudice allégué est une probabilité, et non simplement une possibilité ou une conjecture. Pour qu'il y ait « préjudice », il doit y avoir un détournement, un dommage ou une perte. Les « renseignements préjudiciables aux relations internationales » s'entendent des renseignements qui, s'ils étaient divulgués, seraient préjudiciables aux relations du Canada avec des nations souveraines. Contrairement à l'expression « défense nationale », dont la définition est largement comprise comme signifiant « les moyens pris par une nation pour se protéger contre ses ennemis », le sens de l'expression « sécurité nationale » demeure imprécis. Cette expression s'entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada.

Pour bien comprendre les allégations fondées sur la sécurité nationale qui sont en cause en l'espèce, il fallait connaître certains des moyens pouvant rendre recevables ces allégations. La Cour s'est penchée sur certains de ces moyens, notamment la règle des tiers et l'effet de mosaïque.

The third-party rule is relied on by law enforcement and intelligence agencies to ensure the steady flow of information. It is an understanding among information-sharing parties that the providers of the information will maintain control over the information's subsequent disclosure and use. Agencies receiving information under this rule promise not to disclose the information they receive unless they obtain permission from the source. This rule is of essence to guarantee the proper functioning of modern police and intelligence agencies. A breach of the third-party rule may cause harm and affect the flow of information to Canada. When determining whether disclosure will cause harm, it is also important to consider the nature of Canada's relationship with the law enforcement or intelligence agency from which the information was received. The severity of the harm that may be caused by a breach of the third-party rule can be assessed under the third part of the section 38.06 test when the reviewing judge balances the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure.

The mosaic effect principle advances that information, which in isolation appears meaningless or trivial, could when fitted together permit a comprehensive understanding of the information being protected. However, on its own, it will not usually provide sufficient reason to prevent disclosure of what would otherwise appear to be an innocuous piece of information. Further evidence will generally be required to convince the Court that a particular piece of information, if disclosed, would be injurious to international relations, national defence or national security. Merely alleging a "mosaic effect" is not sufficient.

If injury is found to exist, the last step of the section 38.06 test asks the Court to determine whether the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure and thus whether the information at issue should be disclosed. A judge will normally only undertake such an analysis where an injury to international relations, national defence or national security is found to exist. In the present case, which involves a Commission of inquiry, disclosing some of the information would not be injurious. Several factors must be assessed in weighing the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure. Some of the factors to consider are the relevance of the redacted information, the extent of the injury that would occur if the information was disclosed, the importance of the open court principle and whether there are

Les organismes d'application de la loi et les agences de renseignements se rapportent à la règle des tiers pour garantir le flux constant de renseignements. Il s'agit d'une entente conclue entre parties qui échangent des renseignements selon laquelle la partie qui communique les renseignements conserve un droit de regard sur la divulgation et l'utilisation ultérieures des renseignements. Les organismes qui reçoivent des renseignements en application de cette règle promettent de ne pas divulguer les renseignements qu'ils reçoivent sans avoir obtenu au préalable l'autorisation de la source. Cette règle est essentielle pour garantir le bon fonctionnement des organisations modernes chargées du renseignement ou de l'application de la loi. Passer outre à la règle des tiers risquerait de causer un préjudice et de compromettre le flux des renseignements que reçoit le Canada. Lorsqu'on se demande si la divulgation de renseignements causera un préjudice, il importe également de considérer la nature de la relation du Canada avec l'agence de renseignement ou l'agence d'application de la loi d'où proviennent les renseignements. La gravité du préjudice pouvant résulter d'un manquement à la règle des tiers pourra être mesurée à la faveur du troisième volet du critère de l'article 38.06 lorsque le juge chargé du contrôle mettra en balance les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation et les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation.

Le principe de l'effet de mosaïque pose que des renseignements, qui, pris isolément, paraissent sans signification ou sans valeur, pourraient, combinés les uns aux autres, donner une bonne idée des renseignements qui sont protégés. Cependant, l'effet de mosaïque ne saurait en général, par lui-même, constituer une raison suffisante d'empêcher la divulgation de ce qui semblerait pouvoir par ailleurs être qualifié de renseignement anodin. D'autres preuves seront en général nécessaires pour convaincre la Cour qu'un renseignement particulier, s'il était divulgué, serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Le simple fait d'alléguer un « effet de mosaïque » ne suffit pas.

Enfin, si la Cour conclut à l'éventualité d'un préjudice, elle doit, selon le dernier volet du critère prévu à l'article 38.06, se demander si les raisons d'intérêt public qui militent pour la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui militent contre la divulgation, et donc si les renseignements en cause devraient être divulgués. Le juge n'entreprendra en principe une telle analyse que s'il conclut à la probabilité de préjudice pour les relations internationales, la défense nationale ou la sécurité nationale. Dans le cas présent, qui concerne une commission d'enquête, la divulgation de ces renseignements ne serait pas préjudiciable. De nombreux facteurs doivent être appréciés dans le cadre de la mise en balance des deux ensembles de raisons d'intérêt public, notamment la pertinence des renseignements expurgés,

higher interests at stake such as human rights issues. Once these factors have been properly assessed and weighed against one another, a determination as to disclosure can be made. In the present case, information, disclosure of which was identified as not injurious and for which the public interest in disclosure prevailed was authorized for disclosure while the remaining information was ordered not to be disclosed.

l'étendue du préjudice qui serait subi si les renseignements étaient divulgués, l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires et le point de savoir s'il y a des intérêts supérieurs en jeu, par exemple des droits de la personne. Ce n'est qu'une fois ces facteurs dûment étudiés et mis en balance qu'une décision touchant la divulgation peut être prise. En l'espèce, a été autorisée la divulgation des renseignements dont la divulgation a été jugée non préjudiciable et à l'égard desquels les raisons d'intérêt public justifient la divulgation alors que les renseignements restants ont été visés par une ordonnance interdisant leur divulgation.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 15.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(4)), 38.01 (as enacted *idem*, s. 43), 38.02 (as am. *idem*, ss. 43, 141(5)), 38.04 (as enacted *idem*, ss. 43, 141(7)), 38.06 (as enacted *idem*, s. 43), 38.11 (as enacted *idem*), 38.12 (as enacted *idem*), 39 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, Item 5(F)).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b).  
*Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 2 (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 89).  
*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11.  
*International Covenant on Civil and Political Rights*, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Art. 19.  
*Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, UN Doc. E/CN.4/1996/39 (1996).  
 Order in Council P.C. 2004-48.  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97; (1995), 124 D.L.R. (4th) 129; 31 Admin. L.R. (2d) 261; 39 C.R. (4th) 141; 180 N.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 547; (2007), 219 C.C.C. (3d) 305; 47 C.R. (6th) 346; 2007 FC 490; *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (2002), 299

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b).  
 Décret C.P. 2004-48.  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 15.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(4), 38.01 (édicte, *idem*, art. 43), 38.02 (édicte, *idem*, art. 43, 141(5)), 38.04 (édicte, *idem*, art. 43, 141(7)), 38.06 (édicte, *idem*, art. 43), 38.11 (édicte, *idem*), 38.12 (édicte, *idem*), 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5(F)).  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.  
*Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 2 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 89).  
*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11.  
*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 19.  
*Principes de Johannesburg: Sécurité nationale, liberté d'expression et accès à l'information*, Doc. NU E/CN.4/1996/39 (1996).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 547; 2007 CF 490; *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3; 2002 CSC 57.

N.R. 154; 2002 FCA 470; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3; (2002), 214 D.L.R. (4th) 193; [2002] 8 W.W.R. 585; 3 B.C.L.R. (4th) 1; 168 B.C.A.C. 50; 3 C.R. (6th) 1; 289 N.R. 341; 2002 SCC 57.

## DISTINGUISHED:

*Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 185 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246 (as to facts).

## CONSIDERED:

*Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2007] 4 F.C.R. 434; (2007), 278 D.L.R. (4th) 99; 151 C.R.R. (2d) 74; 2007 FC 128; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3; (2002), 219 D.L.R. (4th) 385; 49 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.R. (4th) 289; 7 C.R. (6th) 88; 99 C.R.R. (2d) 324; 2002 SCC 75; *K.F. Evans Ltd. v. Canada (Minister of Foreign Affairs)* (1996), 106 F.T.R. 210 (T.D.); *Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)*, [1990] 1 A.C. 109 (H.L.); *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; (1986), 58 O.R. (2d) 352; 35 D.L.R. (4th) 161; 22 Admin. L.R. 236; 30 C.C.C. (3d) 498; 14 C.T.C. (2d) 10; 72 N.R. 81; 20 O.A.C. 81; *Commonwealth of Australia v. John Fairfax & Sons Ltd.* (1980), 147 C.L.R. 39 (H.C. Aust.); *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589; (2000), 187 D.L.R. (4th) 675; 6 C.P.R. (4th) 289; 256 N.R. 278 (C.A.); *Secretary of States for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350; (2007), 276 D.L.R. (4th) 594; 54 Admin. L.R. (4th) 1; 44 C.R. (6th) 1; 59 Imm. L.R. (3d) 1; 358 N.R. 1; 2007 SCC 9; *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229; (1988), 53 D.L.R. (4th) 568; 24 F.T.R. 24 (T.D.); affd (1992), 88 D.L.R. (4th) 575; 5 Admin. L.R. (2d) 269; 140 N.R. 315 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3; (2002), 208 D.L.R. (4th) 1; 37 Admin. L.R. (3d) 152; 90 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (3d) 1; 281 N.R. 1; 2002 SCC 1; *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953).

## AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, "injury".  
Cohen, Stanley. *Privacy, Crime and Terror: Legal Rights and Security in a Time of Peril*, Markham: LexisNexis Canada, 2005.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246 (quant aux faits).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2007] 4 R.C.F. 434; 2007 CF 128; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3; 2002 CSC 75; *K.F. Evans Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [1997] A.C.F. n° 30 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)*, [1990] 1 A.C. 109 (H.L.); *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Commonwealth of Australia v. John Fairfax & Sons Ltd.* (1980), 147 C.L.R. 39 (H.C. Aust.); *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589 (C.A.); *Secretary of States for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350; 2007 CSC 9; *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1992] A.C.F. n° 100 (C.A.) (QL).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3; 2002 CSC 1; *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953).

## DOCTRINE CITÉE

*Black's Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> éd. St. Paul, Minn. : West Group, 1999, « injury ».  
Cohen, Stanley. *Privacy, Crime and Terror : Legal Rights and Security in a Time of Peril*, Markham : LexisNexis Canada, 2005.

Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*, Ottawa: The Commission, 2006. online: <<http://www.ararcommission.ca>>.

Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Factual Background*, Vol. I, Ottawa: The Commission, 2006. online: <<http://www.ararcommission.ca>>.

Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Ruling on Confidentiality*, July 29, 2004. online: <<http://www.ararcommission.ca>>.

*Dictionnaire de droit québécois et canadien avec lexique anglais-français*, 2nd printing. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996, “préjudice”, “préjudiciable”.

Forcese, Craig. “Through a Glass Darkly: The Role and Review of ‘National Security’ Concepts in Canadian Law” (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 963.

*Oxford English Dictionary*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, “injury”.

*Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Le Robert, 1992. “préjudice”, “préjudiciable”.

APPLICATION under section 38.04 of the *Canada Evidence Act* for an order prohibiting the disclosure of certain redacted portions of the public report issued by the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar on the basis that disclosure of this information would be injurious to international relations, national defence or national security. Application allowed in part.

APPEARANCES:

*Alain Préfontaine* for applicant.  
*Paul J. J. Cavalluzzo, Veena Verma* and *Ronald George Atkey* for respondent Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar.  
*Lorne Waldman* and *Marlys A. Edwardh* for respondent Maher Arar.

SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicant.  
 Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar,

Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar: Analyse et recommandations*, Ottawa : La Commission, 2006. en ligne : <<http://www.commissionarar.ca>>.

Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Les faits*, vol. I, Ottawa : La Commission, 2006. en ligne : <<http://www.commissionarar.ca>>.

Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Décision relative à la confidentialité*, 29 juillet 2004. en ligne : <<http://www.commissionarar.ca>>.

*Dictionnaire de droit québécois et canadien avec lexique anglais-français*, 2<sup>e</sup> tirage. Montréal : Wilson & Lafleur, 1996, « préjudice », « préjudiciable ».

Forcese, Craig. “Through a Glass Darkly : The Role and Review of ‘National Security’ Concepts in Canadian Law” (2006), 43 *Alta. L. Rev.* 963.

*Oxford English Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. Oxford : Clarendon Press, 1989, « injury ».

*Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Le Robert, 1992. « préjudice », « préjudiciable ».

DEMANDE présentée en application de l’article 38.04 de la *Loi sur la preuve au Canada* pour obtenir une ordonnance interdisant la divulgation de certaines parties expurgées du rapport public présenté par la Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Demande accueillie en partie.

ONT COMPARU :

*Alain Préfontaine* pour le demandeur.  
*Paul J. J. Cavalluzzo, Veena Verma* et *Ronald George Atkey* pour la défenderesse la Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar.  
*Lorne Waldman* et *Marlys A. Edwardh* pour le défendeur Maher Arar.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
 Commission d’enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar,

Ottawa, for respondent Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar.

*Waldman & Associates*, Toronto, for respondent Maher Arar.

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

[1] NOËL J.: This is an application by the Attorney General of Canada pursuant to section 38.04 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141(7)] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA) for an order by the Federal Court prohibiting the disclosure of certain redacted portions of the public report, issued by the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar (Commission or Inquiry), on the basis that disclosure of this information would be injurious to international relations, national defence or national security. This is the public judgment. A twin *ex parte (in camera)* judgment has also been issued today. In the *ex parte (in camera)* judgment, I have applied the principles which are explained in this judgment to the particular factual situation of the file.

## 1. Background and Facts

### (A) Establishing the Inquiry

[2] Maher Arar is a Canadian citizen, who was never charged with any criminal offence in Canada, the United States, or Syria. On September 26, 2002, while transiting through John F. Kennedy International Airport in New York, Mr. Arar was arrested and detained by American officials for 12 days. He was then removed against his will to Syria, the country of his birth. Mr. Arar was imprisoned in Syria for nearly one year, where he was interrogated, tortured, and held in degrading and inhuman conditions. On October 5, 2003, Mr. Arar returned to Canada. These events attracted a great deal of media attention, including concerns about the role Canadian officials may have played in Mr. Arar's detention in the United States, his removal to Syria, and his imprisonment and treatment while in Syria.

Ottawa, pour la défenderesse la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar.

*Waldman & Associates*, Toronto, pour le défendeur Maher Arar.

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

[1] LE JUGE NOËL : Le procureur général du Canada sollicite, en application de l'article 38.04 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141(7)] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC), une ordonnance de la Cour fédérale interdisant la divulgation de certaines portions expurgées du rapport public présenté par la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar (la Commission ou l'Enquête), au motif que la divulgation de ces renseignements porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Il s'agit ici du jugement public. Un jugement parallèle *ex parte* (à huis clos) a également été rendu aujourd'hui. Dans ledit jugement, j'ai appliqué aux faits particuliers du dossier les principes qui sont expliqués dans le présent jugement.

## 1. Le contexte et les faits

### A) Lancement de l'Enquête

[2] Maher Arar est un citoyen canadien qui n'a jamais été accusé d'une infraction criminelle au Canada, aux États-Unis ou en Syrie. Le 26 septembre 2002, alors qu'il transitait par l'aéroport international John F. Kennedy à New York, M. Arar a été arrêté et détenu par des fonctionnaires américains durant 12 jours. Il a ensuite été expulsé, contre son gré, vers la Syrie, son pays d'origine. M. Arar a été emprisonné en Syrie durant près de un an, période durant laquelle il fut interrogé, torturé et détenu dans des conditions dégradantes et inhumaines. Le 5 octobre 2003, M. Arar est revenu au Canada. Cette affaire a été largement commentée par les médias et a suscité des interrogations sur le rôle qu'avaient pu jouer les fonctionnaires canadiens dans la détention de M. Arar aux États-Unis, dans son expulsion vers la Syrie, ainsi que dans son incarcération en Syrie et dans le traitement qu'il a subi durant cette période.

[3] On February 5, 2004, the Governor in Council adopted Order in Council P.C. 2004-48 (Terms of Reference) on recommendation of the Deputy Prime Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness. The Terms of Reference established the public Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar, under Part I of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11. The Honourable Dennis O'Connor, Associate Chief Justice of Ontario, was appointed Commissioner and was given a dual mandate: (a) to investigate and report on the actions of Canadian officials in relation to the deportation and detention of Maher Arar (Factual Inquiry); and (b) to recommend an independent review mechanism for the RCMP's national security activities (Policy Review). By subsequent Order in Council dated February 12, 2004, the Inquiry was added to the schedule of the CEA which lists entities who can receive information injurious to international relations, national defence, or national security without having to provide notice to the Attorney General under section 38.01 [as enacted *idem*, s. 43] of the CEA.

[4] It is important to note that this application relates only to the public report outlining the Commissioner's findings in the Factual Inquiry.

#### (B) Mandate of the Commissioner

[5] In the words of Justice Cory, writing for the majority of the Supreme Court in *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, at paragraph 62, the purpose and the significance of a commission of inquiry is the following:

One of the primary functions of public inquiries is fact-finding. They are often convened, in the wake of public shock, horror, disillusionment, or scepticism, in order to uncover "the truth". Inquiries are, like the judiciary, independent; unlike the judiciary, they are often endowed with wide-ranging investigative powers. In following their mandates, commissions of inquiry are, ideally, free from partisan loyalties and better able than Parliament or the legislatures to take a long-term view of the problem presented. Cynics decry public inquiries as a means used by the government to postpone acting in circumstances which often call for speedy action. Yet, these inquiries can and do fulfil an

[3] Le 5 février 2004, après recommandation de la vice-première ministre et ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, le gouverneur en conseil a pris le décret C.P. 2004-48 (mandat). Le mandat établissait une commission publique d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar, aux termes de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11. L'honorable Dennis O'Connor, juge en chef adjoint de l'Ontario, fut nommé commissaire. Son mandat était double : a) enquêter et faire rapport sur les actions des responsables canadiens relativement à la détention et à l'expulsion de Maher Arar (l'enquête sur les faits); et b) formuler des recommandations sur la création d'un mécanisme d'examen indépendant des activités de la Gendarmerie royale du Canada liées à la sécurité nationale (l'examen de la politique). Par décret ultérieur en date du 12 février 2004, l'Enquête fut ajoutée à l'annexe de la LPC, où sont énumérées les entités qui peuvent recevoir des renseignements susceptibles de porter préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale, sans devoir en informer le procureur général comme le requiert l'article 38.01 [édicte, *idem*, art. 43] de la LPC.

[4] Il importe de noter que la présente demande ne concerne que le rapport public exposant les conclusions du commissaire dans l'enquête sur les faits.

#### B) Mandat du commissaire

[5] Le juge Cory, s'exprimant pour les juges majoritaires dans un arrêt de la Cour suprême du Canada, *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, décrivait ainsi, au paragraphe 62, l'objet et l'intérêt d'une commission d'enquête :

L'une des principales fonctions des commissions d'enquête est d'établir les faits. Elles sont souvent formées pour découvrir la « vérité », en réaction au choc, au sentiment d'horreur, à la désillusion ou au scepticisme ressentis par la population. Comme les cours de justice, elles sont indépendantes; mais au contraire de celles-ci, elles sont souvent dotées de vastes pouvoirs d'enquête. Dans l'accomplissement de leur mandat, les commissions d'enquête sont, idéalement, dépourvues d'esprit partisan et mieux à même que le Parlement ou les législatures d'étudier un problème dans la perspective du long terme. Les cyniques dénigrent les commissions d'enquête, parce qu'elles seraient

important function in Canadian society. In times of public questioning, stress and concern they provide the means for Canadians to be apprised of the conditions pertaining to a worrisome community problem and to be a part of the recommendations that are aimed at resolving the problem. Both the status and high public respect for the commissioner and the open and public nature of the hearing help to restore public confidence not only in the institution or situation investigated but also in the process of government as a whole. They are an excellent means of informing and educating concerned members of the public.

[6] The Commission's Terms of Reference in respect to the Factual Inquiry required the Commissioner:

(a) to investigate and report on the actions of Canadian officials in relation to Maher Arar, including with regard to

- (i) the detention of Mr. Arar in the United States,
- (ii) the deportation of Mr. Arar to Syria via Jordan,
- (iii) the imprisonment and treatment of Mr. Arar in Syria,
- (iv) the return of Mr. Arar to Canada, and
- (v) any other circumstances directly related to Mr. Arar that the Commissioner considers relevant to fulfilling this mandate.

[7] In order to allow the Commissioner to successfully complete his mandate, the Terms of Reference gave him broad powers over the rules of procedure which would govern the Inquiry. Among the most important parameters for the Commission were the following:

(e) the Commissioner be authorized to adopt any procedures and methods that he may consider expedient for the proper conduct of the inquiry, and to sit at any times and in any places in Canada that he may decide;

(f) the Commissioner be authorized to grant to any person who satisfies him that he or she has a substantial and direct interest in the subject-matter of the factual inquiry an opportunity during that inquiry to give evidence and to examine or cross-examine witnesses personally or by counsel on evidence relevant to the person's interest;

un moyen utilisé par le gouvernement pour faire traîner les choses dans des situations qui commanderaient une prompt intervention. Pourtant, elles peuvent remplir, et remplissent de fait, une fonction importante dans la société canadienne. Dans les périodes d'interrogation, de grande tension et d'inquiétude dans la population, elles fournissent un moyen d'informer les Canadiens sur le contexte d'un problème préoccupant pour la collectivité et de prendre part aux recommandations conçues pour y apporter une solution. Le statut et le grand respect dont jouit le commissaire, ainsi que la transparence et la publicité des audiences, contribuent à rétablir la confiance du public non seulement dans l'institution ou la situation visées par l'enquête, mais aussi dans l'ensemble de l'appareil de l'État. Elles constituent un excellent moyen d'informer et d'éduquer les citoyens inquiets.

[6] Le mandat de la Commission au regard de l'enquête sur les faits imposait au commissaire :

a) de faire enquête et de faire rapport sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar (l'enquête sur les faits), notamment en ce qui concerne :

- (i) la détention de M. Arar aux États-Unis,
- (ii) son expulsion vers la Syrie via la Jordanie,
- (iii) son emprisonnement et le traitement qu'il a subi en Syrie,
- (iv) son retour au Canada,
- (v) toute autre question directement liée à M. Arar que le commissaire juge utile à l'accomplissement de son mandat.

[7] Pour permettre au commissaire de remplir pleinement ses fonctions, le mandat lui conférerait de larges pouvoirs sur les règles de procédure qui allaient régir l'Enquête. Parmi les paramètres les plus importants que devait suivre la commission, il y avait les suivants :

e) que le commissaire soit autorisé à adopter les procédures et méthodes qui lui paraîtront indiquées pour la conduite de l'enquête et à siéger aux moments et aux endroits au Canada qu'il jugera opportuns;

f) que le commissaire soit autorisé à donner à la personne qui le convainc qu'elle a un intérêt direct et réel dans l'objet de l'enquête sur les faits la possibilité, au cours de celle-ci, de témoigner ou d'interroger et de contre-interroger tout témoin, personnellement ou par l'intermédiaire d'un avocat, à l'égard de la preuve l'intéressant;

...

[...]

(k) the Commissioner be directed, in conducting the inquiry, to take all steps necessary to prevent disclosure of information that, if it were disclosed to the public, would, in the opinion of the Commissioner, be injurious to international relations, national defence or national security and, where applicable, to conduct the proceedings in accordance with the following procedures, namely,

(i) on the request of the Attorney General of Canada, the Commissioner shall receive information in camera and in the absence of any party and their counsel if, in the opinion of the Commissioner, the disclosure of that information would be injurious to international relations, national defence or national security,

(ii) in order to maximize disclosure to the public of relevant information, the Commissioner may release a part or a summary of the information received in camera and shall provide the Attorney General of Canada with an opportunity to comment prior to its release, and

(iii) if the Commissioner is of the opinion that the release of a part or a summary of the information received in camera would provide insufficient disclosure to the public, he may advise the Attorney General of Canada, which advice shall constitute notice under section 38.01 of the Canada Evidence Act;

(l) the Commissioner be directed, with respect to the preparation of any report intended for release to the public, to take all steps necessary to prevent the disclosure of information that, if it were disclosed to the public, would, in the opinion of the Commissioner, be injurious to international relations, national defence or national security;

[8] The Terms of Reference ensured that the Commissioner would have access to all information he deemed necessary to fully investigate the events surrounding the Maher Arar affair, while guaranteeing that information injurious to international relations, national defence or national security would not be disclosed without prior authorization from the Government. In particular, section (k) of the Terms of Reference establishes how the Commission is to handle information that is subject to national security confidentiality.

[9] In a July 29, 2004 ruling on confidentiality, the Commissioner determined that he would apply

k) que le commissaire reçoive instruction de prendre, au cours de l'enquête, les mesures nécessaires pour prévenir la divulgation de renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient selon lui préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales et, s'il y a lieu, de tenir les audiences conformément à la procédure suivante :

(i) à la demande du procureur général du Canada, le commissaire reçoit à huis clos et en l'absence de toute personne qu'il désigne les renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient selon lui préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales,

(ii) afin de maximiser la diffusion de renseignements pertinents pour le public, le commissaire peut diffuser une partie des renseignements communiqués pendant la partie de l'audience tenue à huis clos, ou un résumé de ceux-ci, après avoir avisé le procureur général du Canada et lui avoir donné l'occasion d'émettre ses commentaires,

(iii) si le commissaire est d'avis que les renseignements diffusés aux termes du sous-alinéa (ii) sont insuffisants pour le public, il peut en aviser le procureur général du Canada, l'avis étant réputé un avis prévu à l'article 38.01 de la Loi sur la preuve au Canada;

l) que le commissaire reçoive instruction de rédiger tout rapport destiné au public en prenant les mesures nécessaires pour prévenir la divulgation de renseignements qui, s'ils étaient divulgués, porteraient selon lui préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales;

[8] En application du mandat qui lui était assigné, le commissaire avait accès à tous les renseignements qu'il jugerait nécessaire pour enquêter pleinement sur les événements entourant l'affaire Maher Arar, mais les renseignements pouvant préjudicier aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale ne seraient pas divulgués sauf autorisation préalable du gouvernement. Plus précisément, l'alinéa k) du mandat précise la manière dont la Commission allait gérer les renseignements devant rester secrets pour raison de sécurité nationale.

[9] Par décision du 29 juillet 2004 relative aux renseignements confidentiels, le commissaire faisait

the same test that a reviewing judge would apply under subsection 38.06(2) [as enacted *idem*] of the CEA when making determinations as to whether information for which national security confidentiality is claimed should be disclosed under section (k) of the Terms of Reference. At page 16 of the ruling [*Ruling on Confidentiality*, 29/07/04] the Commissioner wrote (ruling is available online at <<http://www.ararcommission.ca>>):

... I am of the view that the process set out in the Terms of Reference [section (k)] contemplates that I should, at this stage, apply the same test that a reviewing judge would apply under s. 38.06(2) of the *Canada Evidence Act*.

The Government did not apply for a judicial review of the Commissioner's July 29, 2004 ruling.

#### (C) Protection of Sensitive Information

[10] The Commissioner developed and published Rules of Procedure and Practice (Rules), as per his power under section (e) of the Terms of Reference. The Rules addressed in detail the process for receiving evidence subject to national security confidentiality claims. According to the Rules, the Commissioner was to convene an *in camera* hearing to hear all evidence over which the Government asserted a national security confidentiality claim. After hearing all evidence *in camera*, the Commissioner would periodically rule as to the validity of the national security confidentiality claim asserted. As stated above, such determinations were made by applying the same test that a reviewing judge would apply under subsection 38.06(2) of the CEA.

[11] The Rules also provided that the Commissioner could appoint an independent legal counsel to act as *amicus curiae* during the *in camera* hearings so as to test, in an adversarial manner, the Government's national security confidentiality claims. The Commissioner appointed the Honourable Ron Atkey to be the *amicus curiae* given his expertise in national security matters and due to the fact that he served as a federal Minister of Employment and Immigration and as

savoir qu'il appliquerait le critère qu'un juge chargé du contrôle appliquerait en vertu du paragraphe 38.06(2) [édicte, *idem*] de la LPC lorsqu'il serait appelé à dire si des renseignements prétendument confidentiels pour raison de sécurité nationale devraient ou non être divulgués en application de l'alinéa k) du mandat. À la page 16 de la décision [*Décision relative à la confidentialité*, 29-07-04, le commissaire écrivait ce qui suit (la décision est accessible en ligne à l'adresse suivante : <<http://www.ararcommission.ca>>) :

[...] j'estime que la procédure présentée dans le Mandat [alinéa k)] envisage que je devrais, à ce stade, appliquer le même critère qu'un juge chargé du contrôle appliquerait en vertu du paragraphe 38.06(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Le gouvernement n'a pas sollicité le contrôle judiciaire de la décision du 29 juillet 2004 du commissaire.

#### C) Protection des renseignements sensibles

[10] Le commissaire a élaboré et publié des règles de fonctionnement (les règles), en application du pouvoir que lui conférait l'alinéa e) du mandat. Les règles exposaient en détail la méthode à suivre pour la recevabilité de preuves dont la nature secrète serait alléguée pour raison de sécurité nationale. Selon les règles, le commissaire devait convoquer une audience à huis clos pour entendre tous les témoignages à l'égard desquels le gouvernement alléguait la confidentialité pour raison de sécurité nationale. Après l'audition de tous les témoignages à huis clos, le commissaire devait statuer périodiquement sur la validité de l'argument alléguant le caractère confidentiel d'une preuve pour raison de sécurité nationale. Comme je l'ai dit plus haut, le commissaire allait rendre les décisions de ce genre en appliquant le critère qu'un juge chargé du contrôle appliquerait en vertu du paragraphe 38.06(2) de la LPC.

[11] Les règles prévoyaient aussi que le commissaire pouvait nommer un conseiller juridique indépendant qui agirait en qualité d'*amicus curiae* au cours des audiences à huis clos, pour étudier, dans un contexte contradictoire, les arguments du gouvernement selon lesquels telle ou telle preuve devait être tenue confidentielle pour raison de sécurité nationale. Le commissaire a nommé M. Ron Atkey à titre d'*amicus curiae*, à cause de son expérience étendue des questions

Chair of the Security Intelligence Review Committee (SIRC). Mr. Atkey was assisted by Mr. Gordon Cameron, who also has an expertise in national security matters having served for more than 10 years as outside counsel for SIRC. It must also be noted that Mr. Atkey was one of the Commissioner's counsel in the present application.

[12] After presiding over hearings where government witnesses testified as to the validity of the national security claims, the Commission also heard evidence from Mr. Reid Morden, a former Director of CSIS [Canadian Security Intelligence Service] and a former Deputy Minister of the Department of Foreign Affairs, who has experience dealing with issues of national security confidentiality. Mr. Morden was retained as an expert advisor and witness to assist the Commissioner with disclosure decisions. In carrying out his duties, Mr. Morden reviewed the information over which the Government claimed national security confidentiality and the reasons why such confidentiality was claimed, and then testified as to the potential injurious consequences (if any) the disclosure of this information could have.

[13] After the Commissioner's main evidentiary hearing concluded, Government counsel engaged in a series of discussions with the Commissioner in regards to the information that the Commissioner might wish to include in the Factual Inquiry report. These discussions resolved the vast majority of the disputes as to what information could not be disclosed for reasons of national security confidentiality. Nonetheless, after these discussions there remained certain passages which the Government maintained were not to be disclosed due to national security confidentiality but that the Commissioner insisted must be disclosed to the public. These passages were reviewed by senior government officials, including several deputy ministers, which resulted in the Government authorizing the disclosure of certain passages, notwithstanding the potential injury of

de sécurité nationale, et en raison du fait qu'il avait occupé la charge de ministre fédéral de l'Emploi et de l'Immigration et celle de président du Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (CSARS). M. Atkey était assisté de M. Gordon Cameron, qui lui aussi a une expérience étendue des questions de sécurité nationale, puisqu'il a été durant plus de 10 ans un avocat externe du CSARS. Il convient aussi de noter que M. Atkey était l'un des avocats du commissaire dans la présente demande.

[12] Après avoir présidé des audiences au cours desquelles des témoins du gouvernement se sont exprimés sur la validité des allégations de confidentialité fondées sur la sécurité nationale, la Commission a aussi entendu le témoignage de M. Reid Morden, un ancien directeur du SCRS [Service canadien du renseignement de sécurité] et ancien sous-ministre des Affaires étrangères, qui connaît bien tout ce qui concerne les questions de confidentialité au titre de la sécurité nationale. M. Morden a été engagé comme conseiller et témoin expert chargé d'aider le commissaire dans les décisions touchant la divulgation. Dans l'accomplissement de ses tâches, M. Morden a passé en revue les renseignements dont le gouvernement affirmait le caractère confidentiel pour raison de sécurité nationale, ainsi que les motifs allégués à l'appui du caractère confidentiel de tels renseignements, puis il a témoigné sur les possibles conséquences préjudiciables que risquait d'entraîner la divulgation de tels renseignements.

[13] À la suite de la principale audience convoquée par le commissaire pour recueillir les témoignages, l'avocat du gouvernement a engagé une série de pourparlers avec le commissaire à propos des renseignements que le commissaire pourrait souhaiter inclure dans le rapport d'enquête sur les faits. Ces pourparlers ont permis de résoudre la grande majorité des contestations portant sur les renseignements qui ne pouvaient pas être divulgués pour raison de sécurité nationale. Néanmoins, après lesdits pourparlers, il restait certains passages qui, affirmait le gouvernement, devaient être soustraits à la divulgation pour raison de sécurité nationale, mais qui, insistait le commissaire, devaient être révélés au public. Ces passages ont été examinés par de hauts fonctionnaires du gouvernement, notamment plusieurs sous-ministres, ce qui a conduit le

such disclosure. The ministers were then briefed on the remaining protected passages, and the ministers decided not to authorize their disclosure, regardless of the fact that the Commissioner was of the opinion that their disclosure was in the public interest and was necessary to fairly recite the facts surrounding the Arar affair. As it stands approximately 99.5% of the public report has been disclosed to the public, and only the release of about 1500 words is contested.

[14] In the public report, the passages the Government claims should be protected are designated by [\*\*\*], regardless of whether the designation replaces one word, one sentence or one paragraph. The decision to use this designation was made by the Government, but controversy has arisen as in the past the Government has chosen to black out text containing sensitive information, including during the Inquiry when the Government chose to black out sensitive information contained in their public exhibits.

[15] It is also important to note that the Commissioner declared himself satisfied with the content of the public report. He stated in different passages throughout the public report that he was satisfied with the results of the Factual Inquiry, notwithstanding the expurgated 1500 words. He stated that the report permits a good understanding of what happened to Mr. Arar. At page 10 of the *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*, volume of the public report, the Commissioner wrote:

The Factual Inquiry process was thorough and comprehensive, and I am satisfied that I have been able to examine all the Canadian information relevant to the mandate. ... The process was complex because of the need to keep some of the relevant information confidential, to protect national security and international relations interests.... However, I am pleased to say that I am able to make public all of my conclusions and recommendations, including those based on *in camera* evidence.

At pages 11-12 of the *Report of the Events Relating to Maher Arar: Factual Background*, Volume I,

gouvernement à autoriser la divulgation de certains passages, nonobstant les conséquences préjudiciables possibles d'une telle divulgation. Les ministres ont ensuite été mis au fait des passages expurgés restants, et ils ont décidé de ne pas autoriser leur divulgation, bien que le commissaire fût d'avis que leur divulgation était conforme à l'intérêt public et restait nécessaire pour une description objective des faits entourant l'affaire Arar. Pour l'heure, environ 99,5 p. 100 du rapport public ont été révélés au public, et seule la communication d'environ 1 500 mots est contestée.

[14] Dans le rapport public, les passages qui d'après le gouvernement doivent être soustraits à la divulgation sont désignés par [\*\*\*], sans égard au fait que la désignation puisse remplacer un mot, une phrase ou un paragraphe. La décision d'utiliser cette désignation a été prise par le gouvernement, mais cela a déclenché une polémique, car par le passé le gouvernement a jugé bon de masquer des textes renfermant des renseignements sensibles, notamment durant l'Enquête, au cours de laquelle le gouvernement avait décidé de masquer des renseignements sensibles contenus dans ses pièces publiques.

[15] Il importe aussi de noter que le commissaire s'est déclaré satisfait du contenu du rapport public. Il écrivait à divers endroits du rapport public qu'il était satisfait des conclusions de l'enquête sur les faits, et cela malgré l'expurgation des 1 500 mots. Il écrivait que le rapport donnait une bonne idée des épreuves qu'avait traversées M. Arar. À la page 10 du volume du rapport public intitulé *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*, le commissaire écrivait ce qui suit :

Le processus d'enquête sur les faits a été exhaustif et approfondi, et je suis convaincu d'avoir été capable d'examiner toute l'information canadienne pertinente dans le cadre du mandat [...] Le processus était compliqué à cause de la nécessité de garder confidentielle une partie de l'information pertinente pour protéger les intérêts touchant la sécurité nationale et les relations internationales [...] Toutefois, je suis heureux d'indiquer que je suis capable de publier toutes mes conclusions et recommandations, y compris celles qui sont fondées sur la preuve entendue durant les audiences à huis clos.

Aux pages 11 et 12 du volume I intitulé *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Les faits*, le

the Commissioner makes the following unequivocal statement:

A good deal of evidence in the Inquiry was heard in closed, or *in camera*, hearings, but a significant amount of this *in camera* evidence can be discussed publicly without compromising national security confidentiality. For that reason, this Report contains a more extensive summary of the evidence than might have been the case in a public inquiry in which all of the hearings were open to the public and all transcripts of evidence are readily available. While some evidence has been left out to protect national security and international relations interests, the Commissioner is satisfied that this edited account does not omit any essential details and provides a sound basis for understanding what happened to Mr. Arar, as far as can be known from official Canadian sources.

Finally, it should be noted that there are portions of this public version that have been redacted on the basis of an assertion of national security confidentiality by the Government that the Commissioner does not accept. This dispute will be finally resolved after the release of this public version. Some or all of this redacted information may be publicly disclosed in the future after the final resolution of the dispute between the Government and the Commission. [Emphasis added; footnotes omitted.]

Furthermore, at page 304 of the Analysis and Recommendations volume, the Commissioner wrote:

The Inquiry is now complete and I am comfortable that, in the end, I was able to get to the bottom of the issues raised by the mandate, as I had access to all the relevant material, regardless of any NSC claims. In this report, I have disclosed additional information that was not available for the public hearings.

#### (D) Commissioner's Notice to Disclose

[16] The Commission prepared two different reports at the conclusion of the Factual Inquiry: an *in camera* report, which includes sensitive information which may be injurious to international relations, national defence or national security; and a public report, which was released on September 18, 2006. As discussed above, the Government took issue with some of the information contained within the public report, and as a result chose to redact certain portions of it on the basis that the release of these portions of the report would cause injury to Canada's international relations, national defence, or national security.

commissaire fait l'affirmation suivante, qui est sans équivoque :

Une bonne part des témoignages recueillis durant l'enquête ont été reçus lors d'audiences à huis clos. Cependant, une importante partie des témoignages à huis clos peut être divulguée en public sans compromettre la confidentialité liée à la sécurité nationale. C'est pourquoi ce rapport contient un résumé plus détaillé des témoignages que ce n'aurait été le cas dans une enquête publique où toutes les audiences sont ouvertes au public et toutes les transcriptions des témoignages sont aisément accessibles. Bien que certains éléments aient été omis pour protéger la sécurité nationale et les intérêts relevant des relations internationales, le commissaire estime que ce compte rendu expurgé n'omet aucun détail essentiel et constitue une bonne base pour comprendre ce qui est arrivé à M. Arar, d'après les sources canadiennes officielles.

Enfin, il faut noter que certaines portions de cette version publique ont été expurgées à la demande du gouvernement pour des raisons de confidentialité liées à la sécurité nationale que le commissaire n'accepte pas. Ce différend sera réglé de façon définitive après la publication de cette version publique. L'information expurgée pourra être divulguée à l'avenir, en tout ou en partie, après le règlement final du différend entre le gouvernement et la Commission. [Non souligné dans l'original; notes de bas de pages omises.]

Par ailleurs, à la page 328 du volume intitulé Analyse et recommandations, le commissaire écrivait ce qui suit :

La Commission d'enquête a maintenant terminé ses travaux et je suis confiant d'avoir été en mesure d'aller au fond des questions soulevées par le mandat, puisque j'ai eu accès à tous les documents pertinents malgré les réclamations CSN. Dans le présent rapport, j'ai divulgué de l'information qui n'était pas disponible lors des audiences publiques.

#### D) Avis de communication du commissaire

[16] La Commission a rédigé deux rapports distincts après la conclusion de l'enquête sur les faits : un rapport confidentiel, qui comprend des renseignements sensibles pouvant être préjudiciables aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale; et un rapport public, qui a été diffusé le 18 septembre 2006. Comme je l'écris plus haut, le gouvernement n'était pas d'accord avec quelques-uns des renseignements contenus dans le rapport public et il a donc décidé d'expurger certaines portions du rapport au motif que la divulgation desdites portions du rapport causerait un préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale du Canada.

[17] On September 18, 2006 the Commissioner sent the public report, detailing the findings of the Factual Inquiry, to the Privy Council. With the report, the Commissioner included a letter to the clerk of the Privy Council stating that the information redacted from the report is information that can be disclosed to the public and is necessary to fairly recite the facts surrounding the Arar affair. In response the Government filed the present application, pursuant to section 38.04 of the CEA, asking the Court to prohibit the disclosure of the redacted portions of the public report on the basis that they contain information that if disclosed would be injurious to international relations, national defence or national security.

[18] On September 26, 2006, the Senior Assistant Deputy Minister of Justice informed the Commissioner that the Attorney General had received notice, pursuant to subsection 38.02(1.1) [as enacted *idem*] of the CEA, that sensitive or potentially injurious information may be disclosed in connection with the Inquiry and “accordingly, the Commissioner, having provided notice on September 18, 2006, is free to disclose the information after 10 days has elapsed” (application record of the Attorney General, affidavit of Simon Fothergill, Exhibit C, page 30).

[19] The same day, the Deputy Attorney General wrote to the Commissioner informing him that the Government was bringing an application to the Federal Court, pursuant to section 38.04 of the CEA, for an order prohibiting the Commission from disclosing the redacted information.

## 2. Procedural Overview

[20] On December 6, 2006, the Attorney General filed the present application with the Federal Court, pursuant to section 38.04 of the CEA, seeking to prohibit the disclosure of the redacted portions of the Commissioner’s public report.

[21] In accordance with section 38.11 [as enacted *idem*] of the CEA the entire application record was initially private. On December 20, 2006, Chief Justice

[17] Le 18 septembre 2006, le commissaire envoyait au Conseil privé le rapport public, en détaillant les conclusions de l’enquête sur les faits. Le commissaire joignait au rapport une lettre adressée au greffier du Conseil privé, dans laquelle il écrivait que les renseignements expurgés du rapport étaient des renseignements qui pouvaient être communiqués au public et qui étaient nécessaires pour une description objective des faits entourant l’affaire Arar. Le gouvernement a réagi en déposant la présente demande, en application de l’article 38.04 de la LPC, demande dans laquelle il prie la Cour d’interdire la divulgation des portions expurgées du rapport public, au motif qu’elles renferment des renseignements qui, s’ils sont divulgués, risquent de préjudicier aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale.

[18] Le 26 septembre 2006, le sous-ministre adjoint principal de la Justice informait le commissaire que le procureur général avait reçu avis, conformément au paragraphe 38.02(1.1) [édicte, *idem*] de la LPC, que des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables allaient sans doute être divulgués dans le cadre de l’Enquête et que [TRADUCTION] « en conséquence, le commissaire, ayant signifié un avis en ce sens le 18 septembre 2006, est libre de divulguer les renseignements à l’expiration d’un délai de 10 jours » (dossier de demande du procureur général, affidavit de Simon Fothergill, pièce C, page 30).

[19] Le même jour, le sous-procureur général écrivait au commissaire pour l’informer que le gouvernement s’appêtait à déposer une demande devant la Cour fédérale, en application de l’article 38.04 de la LPC, afin d’obtenir une ordonnance interdisant à la Commission de divulguer les renseignements expurgés.

## 2. Survol de la procédure

[20] Le 6 décembre 2006, le procureur général a déposé la présente demande auprès de la Cour fédérale, en vertu de l’article 38.04 de la LPC, afin d’interdire la divulgation des portions expurgées du rapport public du commissaire.

[21] Conformément à l’article 38.11 [édicte, *idem*] de la LPC, le dossier de demande tout entier était au départ de nature confidentielle. Le 20 décembre 2006, le juge

Lutfy, with the consent of the Attorney General, made an order allowing some documents in the case to be made public. It is to be noted that unlike most other cases dealing with issues under section 38 [as am. *idem*, s. 43, 141(4)] of the CEA one of the respondents (the Commission) has had access to the entire record and has participated in all *in camera* proceedings, as the Commission's counsel had access to all the information at issue during the Inquiry. Thus, only the respondent Maher Arar was denied access to the "private" materials and was excluded from the *in camera* hearing.

[22] On February 5, 2007, Chief Justice Lutfy rendered his decision in *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2007] 4 F.C.R. 434 (F.C.) (*Toronto Star*). In his decision the Chief Justice looked to the Supreme Court's decision in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, where provisions similar to section 38.11 of the CEA contained in the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 were found to be constitutionally overbroad. In his decision, the Chief Justice concluded that the provisions requiring section 38 of the CEA applications be heard in private violated paragraph 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter), and could not be saved by section 1 of the Charter. More specifically, Chief Justice Lutfy found that the combined effect of subsections 38.04(4), 38.11(1) and 38.12(2) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the CEA violated the open court principle which is enshrined under paragraph 2(b) of the Charter, and that this violation could not be saved by section 1 (*Toronto Star*, at paragraphs 39, 70-72). The Chief Justice determined that the appropriate remedy to this Charter violation would be to read down the impugned sections of the CEA so that these sections apply only to the *ex parte* submissions provided for in subsection 38.11(2) of the CEA (*Toronto Star*, at paragraph 83). Given this decision, the content of this application's "private" file was reviewed and documents which could be classified as "public" became part of the public file, while sensitive information and documents remained part of the *ex parte (in camera)* file.

en chef Lutfy, avec l'assentiment du procureur général, a rendu une ordonnance autorisant la publication de certains documents versés dans le dossier. Il convient de noter que, contrairement à la plupart des autres affaires faisant intervenir l'article 38 [mod., *idem*, art. 43, 141(4)] de la LPC, l'un des défendeurs (la Commission) a eu accès à l'intégralité du dossier et a participé à toutes les procédures à huis clos, puisque l'avocat de la Commission avait accès à tous les renseignements en cause au cours de l'Enquête. Ainsi, seul le défendeur Maher Arar s'est vu refuser l'accès aux documents « confidentiels » et a été exclu de l'audience tenue à huis clos.

[22] Le 5 février 2007, le juge en chef Lutfy a rendu son jugement dans l'affaire *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2007] 4 R.C.F. 434 (le jugement *Toronto Star*). Dans son jugement, le juge en chef s'est référé à un arrêt de la Cour suprême du Canada, *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, où des dispositions semblables à l'article 38.11 de la LPC, contenues dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, furent jugées d'une portée excessive sur le plan constitutionnel. Dans son jugement, le juge en chef a conclu que les dispositions selon lesquelles les demandes au titre de l'article 38 de la LPC doivent être instruites à huis clos contrevenaient à l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte), et qu'elles ne pouvaient pas être justifiées par l'article premier de la Charte. Plus précisément, le juge en chef Lutfy estimait que l'effet combiné des paragraphes 38.04(4), 38.11(1) et 38.12(2) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la LPC constituait une atteinte au principe de la publicité des débats judiciaires, principe inscrit dans l'alinéa 2b) de la Charte, et que cette atteinte ne pouvait pas être justifiée par l'article premier (jugement *Toronto Star*, aux paragraphes 39 et 70 à 72). Selon le juge en chef, le redressement qui s'impose pour corriger cette atteinte à la Charte consisterait à donner une interprétation atténuante des dispositions contestées de la LPC, de façon à ce qu'elles ne s'appliquent qu'aux observations *ex parte* dont parle le paragraphe 38.11(2) de la LPC (jugement *Toronto Star*, au paragraphe 83). En conséquence de ce jugement, le contenu du dossier

[23] On April 30, 2007, the Court heard a full day of public submissions in this matter. Subsequently, numerous days of *ex parte (in camera)* (excluding the respondent Maher Arar and his counsel) submissions were held.

[24] Following a request from the Court to review the *ex parte (in camera)* affidavits filed in the case given the decision and the approach taken by Chief Justice Lutfy in *Toronto Star*, on May 10, 2007 counsel for the Attorney General wrote to inform the Court that the Attorney General and the Commission had consented to the disclosure of five *ex parte (in camera)* affidavits, if portions of these remained redacted. Consequently, on May 14, 2007 the Court publicly released redacted versions of some of the *ex parte (in camera)* affidavits, namely those of Mr. Reid Morden, Chief Superintendent Richard Evans, Mr. Geoffrey O'Brian, X (an anonymous RCMP official), and Mr. Daniel Livermore. These affidavits became part of the public file. The contents of these affidavits are discussed in the "Analysis" section of this judgment.

[25] In response to the release of these affidavits, the Court scheduled a public hearing on the morning of May 23, 2007 to allow the respondent, Maher Arar, to make submissions on the released affidavits. Following this hearing, the *ex parte (in camera)* hearing was resumed. The *ex parte (in camera)* hearing concluded this same day.

[26] I also note that I asked counsel for both parties to address whether the Commission's *in camera* report, which was submitted to the Privy Council, should be made available to the Court. The parties agreed to this request and the Commission's *in camera* report was made available to the Court.

« privé » de la présente demande a été revu, et les documents qui pouvaient être classifiés comme documents « publics » sont devenus partie du dossier public, tandis que les renseignements et documents sensibles sont demeurés dans un dossier *ex parte* (à huis clos).

[23] Le 30 avril 2007, la Cour a consacré la journée tout entière à l'audition d'observations publiques dans cette affaire. Par la suite, de nombreuses journées ont été consacrées à la présentation d'observations *ex parte* (à huis clos) (en l'absence du défendeur Maher Arar et de son avocat).

[24] Après que la Cour eut demandé que soient réexaminés les affidavits *ex parte* (à huis clos) déposés dans l'affaire, vu le jugement rendu et l'approche adoptée par le juge en chef Lutfy dans l'affaire *Toronto Star*, l'avocat du procureur général a écrit à la Cour le 10 mai 2007 pour l'informer que le procureur général et la Commission avaient consenti à la divulgation de cinq affidavits *ex parte* (à huis clos), si certains passages de ces cinq affidavits demeuraient expurgés. Le 14 mai 2007, la Cour a donc procédé à la communication publique des versions expurgées de certains des affidavits *ex parte* (à huis clos), à savoir celui de M. Reid Morden, celui du surintendant principal Richard Evans, celui de M. Geoffrey O'Brian, celui de X (un représentant anonyme de la GRC), et celui de M. Daniel Livermore. Ces affidavits sont devenus partie du dossier public. Leur contenu est examiné dans la section « Analyse » du présent jugement.

[25] En réponse à la communication de ces affidavits, la Cour a convoqué une audience publique le matin du 23 mai 2007 pour permettre au défendeur, Maher Arar, de faire des représentations sur les affidavits ainsi communiqués. Après cette audience, l'audience *ex parte* (à huis clos) a repris. Elle a pris fin ce même jour.

[26] Je mentionne également que j'ai prié les avocats des deux parties de dire si le rapport confidentiel de la Commission, qui fut présenté au Conseil privé, devrait être mis à la disposition de la Cour. Les parties ont accédé à cette requête, et le rapport confidentiel de la Commission a été mis à la disposition de la Cour.

[27] As stated earlier, I have chosen to write both a public and an *ex parte* (*in camera*) decision in this matter. The public decision will deal with the general principles at issue in this application whereas the *ex parte* (*in camera*) decision will apply the principles elaborated in the public decision to the specific information at issue in this application.

### 3. Legislative Framework (The Judicial Test to be Met)

[28] For the sake of completeness and for reference purposes, I have reproduced below the sections of the CEA which are most relevant to the present application [s. 38.02 (as am. *idem*, ss. 43, 141(5)).

**38.01** (1) Every participant who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information that the participant believes is sensitive information or potentially injurious information shall, as soon as possible, notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.

...

**38.02** (1) Subject to subsection 38.01(6), no person shall disclose in connection with a proceeding

(a) information about which notice is given under any of subsections 38.01(1) to (4);

(b) the fact that notice is given to the Attorney General of Canada under any of subsections 38.01(1) to (4), or to the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence under subsection 38.01(5);

(c) the fact that an application is made to the Federal Court under section 38.04 or that an appeal or review of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) in connection with the application is instituted; or

(d) the fact that an agreement is entered into under section 38.031 or subsection 38.04(6).

(1.1) When an entity listed in the schedule, for any purpose listed there in relation to that entity, makes a decision or order that would result in the disclosure of sensitive information or potentially injurious information, the entity shall not disclose the information or cause it to be disclosed until notice of intention to disclose the information has been given to the Attorney General of Canada and a period of 10 days has elapsed after notice was given.

[27] Comme je l'ai dit précédemment, j'ai décidé de rédiger dans cette affaire à la fois un jugement public et un jugement *ex parte* (à huis clos). Le jugement public traitera des principes généraux en cause dans la présente demande, tandis que le jugement *ex parte* (à huis clos) appliquera les principes exposés plus en détail dans le jugement public aux renseignements particuliers qui sont en cause dans la présente demande.

### 3. Cadre législatif (le critère judiciaire à observer)

[28] Par souci d'exhaustivité et à des fins de référence, je reproduis ci-après les dispositions de la LPC qui intéressent tout particulièrement la présente demande [art. 38.02 (mod., *idem*, art. 43, 141(5)).

**38.01** (1) Tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements dont il croit qu'il s'agit de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables est tenu d'aviser par écrit, dès que possible, le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation et de préciser dans l'avis la nature, la date et le lieu de l'instance.

[. . .]

**38.02** (1) Sous réserve du paragraphe 38.01(6), nul ne peut divulguer, dans le cadre d'une instance :

a) les renseignements qui font l'objet d'un avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4);

b) le fait qu'un avis est donné au procureur général du Canada au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), ou à ce dernier et au ministre de la Défense nationale au titre du paragraphe 38.01(5);

c) le fait qu'une demande a été présentée à la Cour fédérale au titre de l'article 38.04, qu'il a été interjeté appel d'une ordonnance rendue au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à une telle demande ou qu'une telle ordonnance a été renvoyée pour examen;

d) le fait qu'un accord a été conclu au titre de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6).

(1.1) Dans le cas où une entité mentionnée à l'annexe rend, dans le cadre d'une application qui y est mentionnée en regard de celle-ci, une décision ou une ordonnance qui entraînerait la divulgation de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables, elle ne peut les divulguer ou les faire divulguer avant que le procureur général du Canada ait été avisé de ce fait et qu'il se soit écoulé un délai de dix jours postérieur à l'avis.

(2) Disclosure of the information or the facts referred to in subsection (1) is not prohibited if

(a) the Attorney General of Canada authorizes the disclosure in writing under section 38.03 or by agreement under section 38.031 or subsection 38.04(6); or

(b) a judge authorizes the disclosure under subsection 38.06(1) or (2) or a court hearing an appeal from, or a review of, the order of the judge authorizes the disclosure, and either the time provided to appeal the order or judgment has expired or no further appeal is available.

...

**38.04** (1) The Attorney General of Canada may, at any time and in any circumstances, apply to the Federal Court for an order with respect to the disclosure of information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4).

...

(4) An application under this section is confidential. Subject to section 38.12, the Chief Administrator of the Courts Administration Service may take any measure that he or she considers appropriate to protect the confidentiality of the application and the information to which it relates.

(5) As soon as the Federal Court is seized of an application under this section, the judge

(a) shall hear the representations of the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the *National Defence Act*, the Minister of National Defence, concerning the identity of all parties or witnesses whose interests may be affected by either the prohibition of disclosure or the conditions to which disclosure is subject, and concerning the persons who should be given notice of any hearing of the matter;

(b) shall decide whether it is necessary to hold any hearing of the matter;

(c) if he or she decides that a hearing should be held, shall

(i) determine who should be given notice of the hearing,

(ii) order the Attorney General of Canada to notify those persons, and

(iii) determine the content and form of the notice; and

(d) if he or she considers it appropriate in the circumstances, may give any person the opportunity to make representations.

...

**38.06** (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations

(2) La divulgation des renseignements ou des faits visés au paragraphe (1) n'est pas interdite :

a) si le procureur général du Canada l'autorise par écrit au titre de l'article 38.03 ou par un accord conclu en application de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6);

b) si le juge l'autorise au titre de l'un des paragraphes 38.06(1) ou (2) et que le délai prévu ou accordé pour en appeler a expiré ou, en cas d'appel ou de renvoi pour examen, sa décision est confirmée et les recours en appel sont épuisés.

[ . . . ]

**38.04** (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment et en toutes circonstances, demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4).

[ . . . ]

(4) Toute demande présentée en application du présent article est confidentielle. Sous réserve de l'article 38.12, l'administrateur en chef du Service administratif des tribunaux peut prendre les mesures qu'il estime indiquées en vue d'assurer la confidentialité de la demande et des renseignements sur lesquels elle porte.

(5) Dès que la Cour fédérale est saisie d'une demande présentée au titre du présent article, le juge :

a) entend les observations du procureur général du Canada — et du ministre de la Défense nationale dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la *Loi sur la défense nationale* — sur l'identité des parties ou des témoins dont les intérêts sont touchés par l'interdiction de divulgation ou les conditions dont l'autorisation de divulgation est assortie et sur les personnes qui devraient être avisées de la tenue d'une audience;

b) décide s'il est nécessaire de tenir une audience;

c) s'il estime qu'une audience est nécessaire :

(i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées,

(ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser,

(iii) détermine le contenu et les modalités de l'avis;

d) s'il l'estime indiqué en l'espèce, peut donner à quiconque la possibilité de présenter des observations.

[ . . . ]

**38.06** (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle

or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information.

(2) If the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may by order, after considering both the public interest in disclosure and the form of and conditions to disclosure that are most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security resulting from disclosure, authorize the disclosure, subject to any conditions that the judge considers appropriate, of all of the information, a part or summary of the information, or a written admission of facts relating to the information.

(3) If the judge does not authorize disclosure under subsection (1) or (2), the judge shall, by order, confirm the prohibition of disclosure.

(3.1) The judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is reliable and appropriate, even if it would not otherwise be admissible under Canadian law, and may base his or her decision on that evidence.

(4) A person who wishes to introduce into evidence material the disclosure of which is authorized under subsection (2) but who may not be able to do so in a proceeding by reason of the rules of admissibility that apply in the proceeding may request from a judge an order permitting the introduction into evidence of the material in a form or subject to any conditions fixed by that judge, as long as that form and those conditions comply with the order made under subsection (2).

(5) For the purpose of subsection (4), the judge shall consider all the factors that would be relevant for a determination of admissibility in the proceeding.

#### 4. Issues

- (A) The Deference Issue
- (B) Some of the Principles and Concepts at Play

#### 5. Analysis

- (A) The Deference Issue

[29] Both respondents submit that the Court should accord deference to the Commissioner's rulings as to what information can be disclosed. The Commission, in

porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

(2) Si le juge conclut que la divulgation des renseignements porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation, il peut par ordonnance, compte tenu des raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ainsi que de la forme et des conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, autoriser, sous réserve des conditions qu'il estime indiquées, la divulgation de tout ou partie des renseignements, d'un résumé de ceux-ci ou d'un aveu écrit des faits qui y sont liés.

(3) Dans le cas où le juge n'autorise pas la divulgation au titre des paragraphes (1) ou (2), il rend une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation.

(3.1) Le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié — même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité — et peut fonder sa décision sur cet élément.

(4) La personne qui veut faire admettre en preuve ce qui a fait l'objet d'une autorisation de divulgation prévue au paragraphe (2), mais qui ne pourra peut-être pas le faire à cause des règles d'admissibilité applicables à l'instance, peut demander à un juge de rendre une ordonnance autorisant la production en preuve des renseignements, du résumé ou de l'aveu dans la forme ou aux conditions que celui-ci détermine, dans la mesure où telle forme ou telles conditions sont conformes à l'ordonnance rendue au titre du paragraphe (2).

(5) Pour l'application du paragraphe (4), le juge prend en compte tous les facteurs qui seraient pertinents pour statuer sur l'admissibilité en preuve au cours de l'instance.

#### 4. Questions en litige

- A) La question de la retenue judiciaire
- B) Quelques-uns des principes et concepts en jeu

#### 5. Analyse

- A) La question de la retenue judiciaire

[29] Les défendeurs font tous deux valoir que la Cour devrait montrer de la retenue envers les décisions du commissaire pour ce qui concerne les renseignements

its submissions, uses the pragmatic and functional approach to conclude that the Commissioner's findings as to whether certain information can be disclosed, notwithstanding the Government's national security confidentiality claim, should be reviewed on the reasonableness standard.

[30] The Attorney General, for his part, did not directly address the question of deference to the Commissioner in his submissions. However, counsel for the Attorney General did speak to this issue at the public hearing. The Attorney General, in oral submissions, argued that the Commissioner's rulings as to whether the information at issue can be disclosed should be afforded no deference given the wording of the Terms of Reference, the role, the structure of the Commission, and the wording of section 38 of the CEA.

[31] I agree with the Attorney General. The position of the respondents is unpersuasive on this point. The CEA is clear: where the Federal Court is seized with an application to determine whether information can be disclosed under section 38.04, the Court after applying the criteria set out at section 38.06 makes a determination as to whether the information in question should be disclosed. This wording indicates that the Court's role under sections 38.04 and 38.06 of the CEA is to rule on whether particular information can be disclosed. This judicial obligation cannot be delegated. Thus, to accord deference to the Commissioner's findings, as per the respondents' submissions, would result in the Court abdicating its role and judicial obligations under the CEA.

[32] This being said, the jurisprudence is also clear that the Court's role under section 38 of the CEA is not to judicially review a decision to disclose information. As the Federal Court of Appeal wrote in *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33 (*Ribic*) [at paragraph 15]:

It is important to remind ourselves that proceedings initiated pursuant to section 38.04 of the Act for an order

qui peuvent être divulgués. Dans ses arguments, la Commission utilise l'approche pragmatique et fonctionnelle pour dire que les conclusions du commissaire sur la question de savoir si certains renseignements peuvent être divulgués, nonobstant la confidentialité revendiquée par le gouvernement au titre de la sécurité nationale, devraient être revues selon la norme de la décision raisonnable.

[30] Le procureur général, pour sa part, n'a pas directement abordé, dans ses arguments, la question de la retenue judiciaire envers les conclusions du commissaire. Toutefois, l'avocat du procureur général s'est exprimé sur cet aspect lors de l'audience publique. Dans ses arguments verbaux, le procureur général a fait valoir que les conclusions du commissaire sur la question de savoir si les renseignements en cause peuvent être divulgués ne devraient bénéficier d'aucune retenue, étant donné le texte du mandat de la Commission, le rôle de la Commission et sa structure, et enfin le texte de l'article 38 de la LPC.

[31] Je partage l'avis du procureur général. La position des défendeurs n'est pas convaincante sur ce point. La LPC est claire : lorsque la Cour fédérale est saisie d'une demande par laquelle elle est priée de dire si des renseignements peuvent être divulgués en vertu de l'article 38.04, c'est elle qui décide, après application des critères exposés dans l'article 38.06, si les renseignements en cause devraient ou non être divulgués. D'après les articles 38.04 et 38.06 de la LPC, le rôle de la Cour consiste à dire si des renseignements donnés peuvent être divulgués. Cette obligation judiciaire ne peut pas être déléguée. Ainsi, si la Cour devait déférer aux conclusions du commissaire comme le voudraient les défendeurs, cela équivaldrait pour elle à abdiquer son rôle et à se soustraire à ses obligations aux termes de la LPC.

[32] Cela dit, il ressort tout aussi clairement de la jurisprudence que le rôle de la Cour selon l'article 38 de la LPC ne consiste pas à procéder au contrôle judiciaire d'une décision de divulguer des renseignements. Ainsi que l'écrivait la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33 (arrêt *Ribic*) [au paragraphe 15] :

Il importe de se rappeler que la procédure introduite en application de l'article 38.04 de la Loi pour que soit rendue

regarding disclosure of information are not judicial review proceedings. They are not proceedings aimed at reviewing a decision of the Attorney General not to disclose sensitive information. The prohibition to disclose sensitive information is a statutory one enacted by paragraph 38.02(1)(a) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the Act . . . . [Emphasis added.]

This was also recently affirmed by Justice Mosley in *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, [2008] 1 F.C.R. 547 (F.C.), at paragraph 61 (*Khawaja*).

[33] Having said this, the Court is fully aware that the Commission has considered the matters referred to in the Terms of Reference in detail. Moreover, this Court also recognizes that the point of view expressed by the Commissioner in his rulings, and his subsequent reports, are valuable to the decision that has to be made in the present application.

[34] As a general rule, a commission acts independently of the Government when conducting its inquiry and when it subsequently reports its conclusions and recommendations. However, as per paragraph 39(2)(a) of the CEA, a commission's report once filed with the Governor in Council becomes a confidence of the Privy Council. Thus, it is the executive who possesses complete power over whether to make a commission's final report public. Nonetheless, it goes without saying that if the executive chooses not to release a commission's report it would certainly have to account to the Canadian public.

[35] In the situation at hand, the executive, on the advice of the ministers consulted, chose to redact approximately 1500 words from the public report that the Commissioner submitted to the Privy Council. The executive then took steps, under section 38 of the CEA, to obtain an order from this Court prohibiting the disclosure of the redacted passages.

[36] This is the situation that the present application creates. I feel that it is important to reiterate that the Court, contrary to other section 38 applications, had the benefit of assessing the *ex parte* (*in camera*) hearings

une ordonnance portant sur la divulgation de renseignements n'est pas une procédure de contrôle judiciaire. Ce n'est pas une procédure destinée à réformer une décision du procureur général de ne pas divulguer des renseignements sensibles. L'interdiction de divulguer des renseignements sensibles est une interdiction édictée par l'alinéa 38.02(1)a) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la Loi [. . .] [Non souligné dans l'original.]

Ce point a aussi été confirmé récemment par le juge Mosley dans la décision *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, [2008] 1 R.C.F. 547 (C.F.), au paragraphe 61 (le jugement *Khawaja*).

[33] Pour autant, la Cour est tout à fait consciente que la Commission a examiné en détail les aspects évoqués dans son mandat. Par ailleurs, elle reconnaît aussi que le point de vue exprimé par le commissaire dans ses décisions, tout comme ses rapports ultérieurs, sont précieux pour le jugement qui doit être rendu dans la présente demande.

[34] En règle générale, une commission agit indépendamment du gouvernement lorsqu'elle mène son enquête et lorsqu'elle présente ensuite son rapport sur ses conclusions et recommandations. Toutefois, en application de l'alinéa 39(2)a) de la LPC, le rapport d'une commission, une fois déposé auprès du gouverneur en conseil, devient un document confidentiel du Conseil privé. C'est donc l'exécutif qui détient le pouvoir intégral de décider s'il convient ou non de rendre public le rapport final d'une commission. Néanmoins, il va sans dire que, si l'exécutif décide de ne pas rendre public le rapport d'une commission, il lui faudra certainement s'en expliquer devant le public canadien.

[35] Dans le cas qui nous intéresse, l'exécutif, agissant sur l'avis des ministres consultés, a décidé d'expurger environ 1 500 mots du rapport public que le commissaire a remis au Conseil privé. L'exécutif a ensuite pris des mesures, en application de l'article 38 de la LPC, pour obtenir de la Cour une ordonnance interdisant la divulgation des passages expurgés.

[36] C'est là la situation à laquelle donne lieu la présente demande. Je crois qu'il est nécessaire de rappeler que la Cour a eu, comme ce n'est pas le cas pour d'autres demandes fondées sur l'article 38,

from different view points given that both the Commission and the Attorney General made submissions at these hearings. The fact that I heard from both the applicant and one of the respondents can be useful in making a decision. Having said that, this Court will now fully assume all of its judicial obligations as prescribed by the CEA.

(B) Some of the Principles and Concepts at Play

(I) The Ribic Three-Part Test

[37] The parties agree that the Court must apply the section 38.06 of the CEA scheme to determine whether disclosure of the information at issue in the present application should be prohibited. The section 38.06 scheme demands that the Court apply a three-step test, which was clarified by the Federal Court of Appeal in *Ribic*, at paragraphs 17-21. The first step of the scheme demands that the party seeking disclosure establish that the information, for which disclosure is sought, is relevant. The second step demands that the Attorney General establish that disclosure of the information at issue would be injurious to international relations, national defence, or national security. If injury is found to exist, the last step asks the Court to determine whether the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure, and thus whether the information at issue should be disclosed.

[38] I feel it is important to emphasize that the Federal Court of Appeal's decision in *Ribic* is in no way put in doubt by this decision. All parties are in agreement that the framework established in *Ribic* must be applied to determine whether the information at issue in this application can be disclosed. This being said, the facts giving rise to *Ribic* are very different from the facts in the present application. In the case at hand, we are dealing with a commission of inquiry with a mandate to investigate the actions of Canadian officials in the Arar affair, whereas *Ribic* dealt with how much of the information provided by two witnesses had to be disclosed at a criminal trial. In my view, the interests at stake are different in these two contexts: in the criminal context a person's liberty and security interests are at

l'avantage d'évaluer sous divers angles les audiences *ex parte* (à huis clos), étant donné que la Commission et le procureur général ont tous deux présenté des arguments au cours de telles audiences. J'ai entendu s'exprimer à la fois le demandeur et l'un des défendeurs, et cela peut être utile pour rendre jugement. Cela dit, la Cour accomplira maintenant à tous égards l'intégralité de ses obligations selon la LPC.

B) Quelques-uns des principes et concepts en jeu

I) Le critère en trois volets de l'arrêt Ribic

[37] Les parties reconnaissent que la Cour doit appliquer le régime de l'article 38.06 de la LPC pour savoir s'il est opportun d'interdire la divulgation des renseignements en cause dans la présente demande. Le régime de l'article 38.06 oblige la Cour à appliquer un critère en trois volets, qui a été précisé par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Ribic*, aux paragraphes 17 à 21. Dans un premier temps, la partie qui sollicite la divulgation doit démontrer que les renseignements dont elle souhaite la divulgation sont pertinents. Dans un deuxième temps, le procureur général doit démontrer que la divulgation des renseignements en cause serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Et finalement, si la Cour conclut à l'éventualité d'un préjudice, elle doit se demander si les raisons d'intérêt public qui militent pour la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui militent contre la divulgation, et donc si les renseignements en cause devraient être divulgués.

[38] Je crois qu'il est important de souligner que l'arrêt *Ribic* de la Cour d'appel fédérale n'est nullement remis en cause dans le présent jugement. Toutes les parties s'accordent à dire qu'il faut appliquer le cadre établi dans l'arrêt *Ribic* pour savoir si les renseignements en cause dans la présente demande peuvent être divulgués. Cela dit, les faits à l'origine de l'arrêt *Ribic* sont très différents des faits à l'origine de la présente demande. En l'espèce, nous avons affaire à une commission d'enquête dont le mandat est d'enquêter sur les actions de fonctionnaires canadiens dans l'affaire Arar, tandis que, dans l'arrêt *Ribic*, il s'agissait de savoir quels renseignements devaient être divulgués dans un procès criminel parmi ceux qu'avaient fournis deux témoins. À mon avis, les intérêts en jeu sont différents

stake; whereas a commission of inquiry plays a unique and useful role as it undertakes a fact-finding mission to inform Canadians and provide recommendations to the Government regarding a particular situation of crisis so as to restore public confidence in the process of government.

[39] Consequently, I will apply the *Ribic* framework, but will attempt to contextualize it given the particularities giving rise to this application, namely that we are dealing with a public inquiry.

#### (II) The Relevancy of the Redacted Information

[40] The first step of the section 38.06 test demands that the party seeking disclosure establish that the information for which disclosure is sought is “in all likelihood relevant evidence” (*Ribic*, at paragraph 17). The Federal Court of Appeal in *Ribic* specified that the threshold, at this stage, is a low one (*Ribic*, at paragraph 17). The Court went on to say that this first step is a necessary one because if the information is found to be not relevant, the analysis under section 38.06 will come to an end (*Ribic*, at paragraph 17).

[41] I reiterate that contrary to *Ribic*, which was a criminal case, the present application involves a commission of inquiry. In what concerns the Arar Commission, the Terms of Reference provide a detailed procedure on how to deal with protected information. Under the Terms of Reference, the Commission can receive sensitive information under paragraph 38.01(6)(d) and subsection 38.01(8) of the CEA. Therefore, in the case at hand, the relevancy factor is to be evaluated considering the uniqueness and utility of commissions of inquiry to the government and the public.

[42] As previously explained, the Terms of Reference at paragraph (k) and its subparagraphs give the Commissioner a mandate to ensure the non-disclosure of sensitive information and establish a procedure which must be followed when considering whether information

dans ces deux contextes : dans un procès criminel, c’est le droit d’une personne à la liberté et à la sécurité qui est en jeu, tandis qu’une commission d’enquête joue un rôle exceptionnel et utile car elle cherche à établir des faits afin d’informer le public et de présenter des recommandations au gouvernement à propos d’une situation de crise, pour ainsi rétablir la confiance du public dans l’action gouvernementale.

[39] Par conséquent, j’appliquerai le critère de l’arrêt *Ribic*, tout en m’efforçant de l’adapter au contexte, étant donné les particularités de la présente demande, c’est-à-dire que ce à quoi nous avons affaire ici, c’est une enquête publique.

#### (II) La pertinence des renseignements expurgés

[40] Le premier volet du critère de l’article 38.06 oblige la partie qui sollicite la divulgation des renseignements à prouver que les renseignements en cause sont « très probablement des éléments de preuve pertinents » (*Ribic*, au paragraphe 17). Selon la Cour d’appel fédérale, il s’agissait là, à ce stade, d’un seuil de faible niveau (*Ribic*, au paragraphe 17). Puis la Cour d’appel écrivait que cette première étape reste une étape nécessaire parce que, si les renseignements ne sont pas pertinents, l’analyse prévue par l’article 38.06 prendra fin (*Ribic*, au paragraphe 17).

[41] Je rappelle que, contrairement à l’affaire *Ribic*, qui était un procès criminel, la présente demande concerne une commission d’enquête. Pour ce qui intéresse la Commission Arar, le mandat de cette commission expose en détail la manière dont elle doit traiter les renseignements protégés. Selon le mandat, la Commission peut recevoir des renseignements sensibles, en application de l’alinéa 38.01(6)d) et du paragraphe 38.01(8) de la LPC. Par conséquent, dans le cas qui nous occupe, il faut évaluer le facteur de la pertinence en tenant compte du caractère exceptionnel et de l’utilité des commissions d’enquête pour le gouvernement et pour le public.

[42] Comme je l’ai expliqué précédemment, l’alinéa k) du mandat, ainsi que ses sous-alinéas, investissent le commissaire du pouvoir de veiller à ce que les renseignements sensibles ne soient pas divulgués, et ils établissent la procédure qu’il doit suivre pour savoir si

can be disclosed, all in accordance with section 38 of the CEA. To that end, the Commissioner may consider releasing a summary of the evidence heard *in camera* and if such a summary is not sufficient, in the Commissioner's opinion, he may inform the applicant. Such an opinion constitutes notice under section 38.01 of the CEA. This was the route whereby the applicant filed the present application with the Court.

[43] The Attorney General submits that the contents of the redacted portions of the public report are not relevant to the terms of reference of the Commission and that the Commissioner has never explained the relevancy of this information.

[44] For his part, the Commissioner in his *ex parte* (*in camera*) decisions addressed the relevancy factor when discussing the public interest in disclosure. In his decision, the Commissioner commented that some of the information at issue, if disclosed, would help the public understand the Commissioner's recommendations. A reading of the Commissioner's three volumes shows that the Inquiry dealt with a good number of the public interest issues raised by this application, including: issues of human rights when dealing with other countries; Canada's use of information obtained through questionable means such as torture; international sharing practices post 9/11, *et al.*

[45] Having reviewed each of the redacted portions of the Commission's public report, knowing that the threshold to establish relevance is low, and having in mind the words of Justice Cory of the Supreme Court on the importance of commissions of inquiry in *Phillips*, above, particularly the paragraph I reproduced at paragraph 5 of this judgment, I find relevance in the redacted passages. After all, the Commissioner clearly identified the redacted information as being relevant for the purposes of his report. Surely such an opinion carries some weight. I further note that the Commissioner's determinations as to relevance may also be of some significance under the third part of the *Ribic*

des renseignements peuvent être divulgués, tout cela dans le respect de l'article 38 de la LPC. À cette fin, le commissaire peut envisager la diffusion d'un résumé des témoignages entendus à huis clos et, si le commissaire estime qu'un tel résumé est insuffisant, il peut en aviser le demandeur. Un tel avertissement constitue un avis aux termes de l'article 38.01 de la LPC. C'est à la suite de cette procédure que le procureur général du Canada a déposé la présente demande auprès de la Cour.

[43] Selon le procureur général, le contenu des passages expurgés du rapport public est étranger aux attributions de la Commission, et le commissaire n'a jamais expliqué la pertinence de tels renseignements.

[44] Pour sa part, le commissaire, dans sa décision *ex parte* (à huis clos), a considéré le facteur de la pertinence au moment d'examiner les raisons d'intérêt public qui justifiaient la divulgation. Dans sa décision, le commissaire expliquait que certains des renseignements en cause, s'ils étaient divulgués, aideraient le public à comprendre ses recommandations. La lecture des trois volumes du rapport du commissaire montre que l'Enquête a porté sur un bon nombre des questions d'intérêt public soulevées par la présente demande, dont les suivantes : les questions touchant les droits de la personne dans les relations avec d'autres pays; l'utilisation par le Canada de renseignements obtenus au moyen de méthodes discutables telles que la torture; et les pratiques internationales en matière de partage des renseignements suite aux événements du 11 septembre 2001.

[45] Ayant examiné chacun des passages expurgés du rapport public de la Commission, sachant que le seuil à observer pour établir la pertinence de renseignements est de faible niveau et enfin gardant à l'esprit les propos tenus par le juge Cory, de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Phillips*, précité, sur l'importance des commissions d'enquête, en particulier le paragraphe 62 de cet arrêt, reproduit au paragraphe 5 du présent jugement, je conclus à la pertinence des passages expurgés. Après tout, le commissaire a clairement dit que les renseignements expurgés étaient pertinents aux fins de son rapport. Son avis en la matière n'est certainement pas anodin. Je relève aussi que les

test, as sometimes the more relevant the redacted information, the greater the public interest in disclosure; and conversely, sometimes the less relevant the redacted information, the less the public interest in disclosure. Of course, “relevance” must be weighed against other factors so that a final determination as to disclosure can be made.

### (III) Providing Some Meaning to the Concept of “Injury”

[46] The second step under the section 38.06 scheme asks the Court to determine whether disclosure would be injurious to international relations, national defence, or national security. It is normally the executive, after assessing the information, which determines whether disclosure would be injurious. It is trite law in Canada, as well as in numerous other common-law jurisdictions, that courts should accord deference to decisions of the executive in what concerns matters of national security, national defence and international relations, as the executive is considered to have greater knowledge and expertise in such matters than the courts (*Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraph 33; *Ribic*, at paragraph 19; *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953), at page 10 (United States Supreme Court); *Secretary of States for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47, at paragraph 31 (House of Lords)). Justice Létourneau of the Federal Court of Appeal wrote in *Ribic*, at paragraph 18: “It is a given that it is not the role of the judge to second-guess or substitute his opinion for that of the executive.” Also of interest, Lord Hoffmann, of the House of Lords, wrote the following in a postscript [at paragraph 62] in *Rehman*, above:

... in matters of national security, the cost of failure can be high. This seems to me to underline the need for the judicial arm of government to respect the decisions of ministers of the

conclusions du commissaire quant à la pertinence des renseignements peuvent aussi avoir une certaine utilité pour le troisième volet du critère de l’arrêt *Ribic*, parce que parfois plus les renseignements expurgés sont pertinents, plus grandes seront les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation. Inversement, les raisons d’intérêt public qui justifient la divulgation seront d’autant moins convaincantes que les renseignements expurgés seront moins pertinents. Naturellement, la « pertinence » doit être mise en balance avec d’autres facteurs avant qu’une décision finale ne soit rendue en matière de divulgation.

### III) Signification du concept de « préjudice »

[46] La seconde étape du régime de l’article 38.06 consiste pour la Cour à dire si la divulgation serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. C’est en principe l’exécutif, après examen des renseignements, qui décide si la divulgation serait préjudiciable ou non. Il est bien établi en droit, au Canada comme dans de nombreux autres pays régis par la common law, que les tribunaux doivent montrer de la retenue à l’égard des décisions de l’exécutif pour ce qui concerne les questions de sécurité nationale, de défense nationale et de relations internationales, parce que le pouvoir exécutif détient davantage de connaissances spécialisées en ces matières que le pouvoir judiciaire (arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, au paragraphe 33; arrêt *Ribic*, au paragraphe 19; *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953), à la page 10 (Cour suprême des États-Unis); *Secretary of States for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47, au paragraphe 31 (Chambre des lords)). Le juge Létourneau, de la Cour d’appel fédérale, écrivait ce qui suit au paragraphe 18 de l’arrêt *Ribic* : « Il est de règle qu’il n’appartient pas au juge de reconsidérer l’avis du pouvoir exécutif ni de lui substituer son propre avis ». Tout aussi pertinentes sont les observations suivantes faites par lord Hoffmann, de la Chambre des lords, dans un post-scriptum [au paragraphe 62] de l’arrêt *Rehman*, précité :

[TRADUCTION] [...] en matière de sécurité nationale, le prix de l’erreur peut être élevé. Cette constatation fait selon moi ressortir la nécessité pour le pouvoir judiciaire de respecter

Crown.... It is not only that the executive has access to special information and expertise in these matters. It is also that such decisions, with serious potential results for the community, require a legitimacy which can be conferred only by entrusting them to persons responsible to the community through the democratic process. If the people are to accept the consequences of such decisions, they must be made by persons whom the people have elected and whom they can remove.

[47] This being said, the onus at this stage is on the party seeking the prohibition on disclosure to convince the Court that disclosure would be injurious to international relations, national defence or national security (*Ribic*, at paragraph 21; *Khawaja*, at paragraph 65). The case law establishes that to find that an injury to international relations, national defence or national security would result from disclosure, the reviewing judge must be satisfied that the executive's opinion as to injury has a factual basis, established by evidence (see *Ribic*, at paragraph 18). Moreover, the Federal Court of Appeal in *Ribic*, using the standard of review language states that “[i]f his [the Attorney General's] assessment of the injury is reasonable, the judge should accept it” (*Ribic*, at paragraph 19).

[48] Given that the Attorney General has the burden to prove that disclosure would be injurious to international relations, national defence or national security, the question becomes: what is an “injury to international relations, national defence, or national security?” I have attempted to provide some meaning to this concept in the paragraphs that follow.

[49] The CEA at section 38 offers the following definition of “potentially injurious information”:

**38.** . . .

“potentially injurious information” means information of a type that, if it were disclosed to the public, could injure international relations or national defence or national security. [Emphasis added.]

Of interest, this definition uses the word “could” whereas section 38.06 of the CEA states that a judge is

les décisions des ministres du gouvernement [...] Non seulement le pouvoir exécutif a accès à des sources d'information et d'expertise particulières en la matière, mais ces décisions, susceptibles d'avoir de graves répercussions sur la collectivité, doivent avoir une légitimité qui ne peut exister que si elles sont confiées à des personnes responsables devant la collectivité dans le cadre du processus démocratique. Pour que la population accepte les conséquences de ces décisions, elles doivent être prises par des personnes que la population a choisies et qu'elle peut écarter.

[47] Cela dit, à ce stade, c'est à la partie qui s'oppose à la divulgation qu'il appartient de convaincre la Cour que la divulgation serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale (*Ribic*, au paragraphe 21; *Khawaja*, au paragraphe 65). Selon la jurisprudence, pour pouvoir conclure que la divulgation porterait préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale, le juge chargé du contrôle doit être persuadé que l'avis de l'exécutif sur le préjudice éventuel repose sur des faits attestés par la preuve (*Ribic*, au paragraphe 18). En outre, dans l'arrêt *Ribic*, la Cour d'appel fédérale, utilisant le vocabulaire de la norme de contrôle, écrit que « [s]i l'évaluation qu'il [le procureur général] fait du préjudice est raisonnable, le juge doit l'accepter » (*Ribic*, au paragraphe 19).

[48] Étant donné qu'il appartient au procureur général de prouver que la divulgation serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale, la question devient la suivante : qu'est-ce qu'un « préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale »? J'ai tenté de donner une signification à ce concept dans les paragraphes qui suivent.

[49] L'article 38 de la LPC donne la définition suivante de l'expression « renseignements potentiellement préjudiciables » :

**38.** [. . .]

« renseignements potentiellement préjudiciables » Les renseignements qui, s'ils sont divulgués, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. [Je souligne.]

Fait intéressant à noter, cette définition emploie l'expression « sont susceptibles de porter préjudice »,

to determine whether the disclosure of information “would” be injurious to international relations, national defence, or national security. The Federal Court of Appeal in *Jose Pereira E. Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)* (2002), 299 N.R. 154, at paragraph 14, spoke to the meaning of the words “would” and “could” in the context of the CEA:

Counsel for the appellants also contended that even if it could be said that Parts D and E of the Buckley certificate were effectively adopted by the respondent, the certificate is itself defective because nowhere therein is it stated, in compliance with subsection 38(1), that the release of the information “would” be injurious to Canada’s international relations. That phraseology suggests that in order to secure the benefit of sections 37 and 38 a party must show a probability that a feared injury will result from disclosure. The record contains nothing showing that the disclosure of information sought by the series of “vote buying” questions “would be injurious to international relations”. It is noted that the phraseology employed in Parts D and E to the Buckley certificate is “could” and “could reasonably” rather than “would”. The statute would seem to require a showing of probability of injury instead of mere possibility. [Emphasis added.]

I agree with the Federal Court of Appeal. The use of the word “would” by the legislator indicates that the Government under section 38.06 of the CEA must satisfy the reviewing judge that the injury alleged is probable, and not simply a possibility or merely speculative.

[50] This being said, the definition of “potentially injurious information” contained in the CEA is little more than circular. I therefore turn to the ordinary meaning of the term “injury.”

[51] The *Oxford English Dictionary* [2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989] defines “injury” as follows:

1. Wrongful action or treatment; violation or infringement of another’s rights; suffering or mischief wilfully and unjustly inflicted. With *an* and *pl.*, A wrongful act; a wrong inflicted or suffered. 2. Intentionally hurtful or offensive speech or words; reviling, insult, calumny; a taunt, an affront. *Obs.* [Cf.

tantdis que l’article 38.06 de la LPC dispose que le juge doit dire si la divulgation des renseignements « porterait préjudice » aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Dans l’arrêt *Jose Pereira E. Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470, au paragraphe 14, la Cour d’appel fédérale s’est exprimée sur le sens de ces deux mots dans le contexte de la LPC :

L’avocat des appelants a également soutenu que même s’il est possible de dire que les parties D et E de l’attestation de M. Buckley ont effectivement été adoptées par l’intimé, l’attestation est en soi défectueuse parce qu’il n’y est nulle part dit, conformément au paragraphe 38(1), que la divulgation des renseignements « porterait » préjudice aux relations internationales du Canada. Ce libellé laisse entendre qu’afin de se prévaloir des articles 37 et 38, une partie doit démontrer qu’il existe une probabilité qu’un préjudice redouté résulte de la divulgation. Or, le dossier ne renferme rien qui montre que la divulgation des renseignements demandés dans la série de questions relatives à l’« achat de votes » « porterait préjudice aux relations internationales ». Il est noté que, dans les parties D et E de l’attestation, M. Buckley emploie les mots [TRADUCTION] « pourrait » et [TRADUCTION] « risquerait » plutôt que le mot [TRADUCTION] « porterait ». La loi semblerait exiger que l’on démontre la probabilité d’un préjudice plutôt qu’une simple possibilité. [Non souligné dans l’original.]

Je souscris aux propos de la Cour d’appel fédérale. L’emploi de l’expression « porterait préjudice » par le législateur signale que, selon l’article 38.06 de la LPC, le gouvernement doit convaincre le juge chargé du contrôle que le préjudice allégué est une probabilité, et non simplement une possibilité ou une conjecture.

[50] Cela dit, la définition de l’expression « renseignements potentiellement préjudiciables », dans la LPC, est plutôt redondante. Je passe donc au sens ordinaire du mot « préjudice ».

[51] Le *Oxford English Dictionary* [2<sup>e</sup> éd. Oxford: Clarendon Press, 1989] définit ainsi le mot « *injury* » (« préjudice ») :

[TRADUCTION]

1. Acte ou événement nuisible aux intérêts de quelqu’un; atteinte aux droits d’autrui; dommage volontairement et injustement causé. Acte dommageable infligé ou subi. 2. Paroles intentionnellement blessantes ou offensantes; injure, insulte, calomnie; raillerie, affront. *Vielli.* [Cf. en français, *une*

F. *injure* = parole offensante, outrageuse.] **3. a.** Hurt or loss caused to or sustained by a person or thing; harm, detriment, damage. With *an* and *pl.* An instance of this. **b. concr.** A bodily wound or sore. *Obs. rare.* **4. attrib.** and *Comb.*, as ***injury-doing***, wrong-doing; ***injury-feigning*** vbl. n. and ppl. a.; ***injury time***, the extra time allowed in a game of football or the like to make up for time spent in attending to injuries.

Obviously in the context of section 38 of the CEA definition (3) is most appropriate. This definition indicates, as do the others to an extent, that to be considered an “injury” there has to be some detriment, damage or loss. For its part, the *Black’s Law Dictionary*, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, defines the term “injury” as follows:

**1.** The violation of another’s legal right, for which the law provides a remedy; a wrong or injustice. See *WRONG*. **2.** Harm or damage.—*injure, vb.*—*injurious, adj.*

Once again the concept of harm and damage is echoed in this definition.

[52] I turn to the definition of “*préjudiciable*”, the word used in the French version of the CEA. *Le Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris: Le Robert, 1992 defines “*préjudiciable*” as “*Qui porte, peut porter préjudice*”. The same dictionary defines the word “*préjudice*” as:

**1.** Perte d’un bien, d’un avantage par le fait d’autrui; acte ou événement nuisible aux intérêts de qqn et le plus souvent contraire au droit, à la justice. Causer un préjudice à qqn. Porter préjudice: causer du tort. Subir un préjudice. *V. Dommage.* Préjudice matériel, moral, esthétique, d’agrément, de jouissance. *V. Dam, désavantage, détriment.* **2.** Ce qui est nuisible pour, ce qui va contre (qqch.) Causer un grave préjudice à une cause, à la justice. Au préjudice de l’honneur, de la vérité. *V. Contre, malgré.*

For its part, the *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec lexique anglais-français* defines “*préjudiciable*” as: “*qui cause ou peut causer un préjudice*” and defines “*préjudice*” as:

**1.** Dans un sens général, atteinte portée aux droits ou aux intérêts de quelqu’un. Ex. L’administrateur du bien d’autrui est tenu de réparer le préjudice causé pas sa démission si elle est donnée sans motif sérieux. **2.** Dommage corporel, matériel,

*injure* est une parole offensante, outrageuse.] **3. a.** Dommage ou perte causé à une personne ou chose, ou subi par elle; tort, détriment, endommagement. **b. Concret.** Blessure ou douleur corporelle. *Vieilli, rare.* **4. Attribut et compos.** Préjudiciable attentatoire simulateur de blessure *n. verb et adj. particip.*; se dit du temps de prolongation accordé à la fin d’un match de soccer ou autre pour compenser les arrêts de jeu entraînés par les blessures.

S’agissant de l’article 38 de la LPC, c’est évidemment la définition numéro 3 qui convient le mieux. Cette définition dit, tout comme les autres dans une certaine mesure, que, pour qu’il y ait « préjudice », il doit y avoir un détriment, un dommage ou une perte. Pour sa part, le *Black’s Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> éd. St. Paul., Minn.: West Group, 1999, définit ainsi le mot « *injury* » (« préjudice ») :

[TRADUCTION] **1.** L’atteinte aux droits d’autrui, à l’égard de laquelle la loi prévoit un recours; tort, injustice. Voir *tort*. **2.** Lésion ou dommage.—*préjudicier à, vb.*—*préjudiciable, adj.*

Là encore, la notion de tort et de dommage transparait dans cette définition.

[52] J’examinerai maintenant la définition du mot « *préjudiciable* », le mot employé dans la version française de la LPC. *Le Petit Robert 1: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Paris: Le Robert, 1992, définit ainsi ce mot: « Qui porte, peut porter préjudice ». Le même dictionnaire définit ainsi le mot « *préjudice* » :

**1.** Perte d’un bien, d’un avantage par le fait d’autrui; acte ou événement nuisible aux intérêts de qqn et le plus souvent contraire au droit, à la justice. Causer un préjudice à qqn. Porter préjudice: causer du tort. Subir un préjudice. *V. Dommage.* Préjudice matériel, moral, esthétique, d’agrément, de jouissance. *V. Dam, désavantage, détriment.* **2.** Ce qui est nuisible pour, ce qui va contre (qqch.) Causer un grave préjudice à une cause, à la justice. Au préjudice de l’honneur, de la vérité. *V. Contre, malgré.*

Pour sa part, le *Dictionnaire de droit québécois et canadien avec lexique anglais-français*, 2<sup>e</sup> tirage, Montréal: Wilson & Lafleur, 1996, définit ainsi le mot « *préjudiciable* »: « qui cause ou peut causer un préjudice », et définit ainsi le mot « *préjudice* » :

**1.** Dans un sens général, atteinte portée aux droits ou aux intérêts de quelqu’un. Ex. L’administrateur du bien d’autrui est tenu de réparer le préjudice causé par sa démission si elle est donnée sans motif sérieux. **2.** Dommage corporel, matériel,

*ou moral subi par une personne par le fait d'un tiers et pour lequel elle peut éventuellement avoir le droit d'obtenir réparation.*

The French definition reverberates the same concept as the English definition, namely that for an “injury” to exist some harm or damage must occur.

[53] To further explain these principles, it is useful to consider Canadian, as well as foreign case law. Although the jurisprudence fails to explicitly define “injury to international relations, national defence or national security,” the jurisprudence, particularly out of the United Kingdom, provides some indicia as to what can be considered such an injury.

(a) Information in the Public Domain

[54] In *Babcock v. Canada (Attorney General)*, [2002] 3 S.C.R. 3, the Supreme Court of Canada ruled that information in the public domain could not be protected under section 39 of the CEA, which deals with confidences of the Queen’s Privy Council for Canada. At paragraph 26 of *Babcock*, above, Chief Justice McLachlin wrote:

Where a document has already been disclosed, s. 39 no longer applies. There is no longer a need to seek disclosure since disclosure has already occurred. Whether s. 39 does not apply, there may be other bases upon which the government may seek protection against further disclosure at common law.... However, that issue does not arise on this appeal. Similarly, the issue of inadvertent disclosure does not arise here because the Crown deliberately disclosed certain documents during the course of litigation.

Although *Babcock*, above, deals with section 39 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144, Sch. VII, Item 5(F)] of the CEA, the same principle applies in the section 38 of the CEA context, namely that information in the public domain cannot be protected from disclosure. In *K.F. Evans Ltd. v. Canada (Minister of Foreign Affairs)* (1996), 106 F.T.R. 210 (T.D.), at paragraph 35, Justice Rothstein (as he then was) discusses the principle in the section 38 of the CEA context:

*ou moral subi par une personne par le fait d'un tiers et pour lequel elle peut éventuellement avoir le droit d'obtenir réparation.*

La définition française reprend la même notion que la définition anglaise, c’est-à-dire que, pour qu’il y ait « préjudice », il faut que se produise un tort ou un dommage.

[53] Pour expliquer davantage ces principes, il est utile de considérer tant la jurisprudence canadienne que la jurisprudence étrangère. La jurisprudence ne définit pas expressément ce qu’est un « préjudice aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale », mais elle donne, en particulier celle émanant du Royaume-Uni, certains indices de ce qui peut être considéré comme un tel préjudice.

a) Renseignements qui relèvent du domaine public

[54] Dans l’arrêt *Babcock c. Canada (Procureur général)*, [2002] 3 R.C.S. 3, la Cour suprême du Canada a jugé que les renseignements qui relèvent du domaine public ne peuvent pas être protégés par l’article 39 de la LPC, qui traite des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada. Au paragraphe 26 de cet arrêt, la juge en chef McLachlin écrivait ce qui suit :

Lorsqu’un document a déjà été divulgué, l’art. 39 cesse de s’y appliquer. Il n’est alors plus nécessaire d’en demander la production, compte tenu de sa divulgation antérieure. Lorsque l’art. 39 ne s’applique pas, il se pourrait que le gouvernement puisse faire valoir d’autres motifs justifiant la protection contre toute nouvelle divulgation en s’appuyant sur la common law [...] Cette question ne se pose toutefois pas dans le cadre du présent pourvoi. De même, l’instance ne soulève pas la question de la divulgation accidentelle, car la Couronne a divulgué certains documents délibérément au cours de l’instance.

L’arrêt *Babcock*, précité, concerne l’article 39 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII, n° 5 (F)] de la LPC, mais le même principe s’applique dans le contexte de l’article 38 de la LPC, c’est-à-dire que les renseignements qui relèvent du domaine public ne sauraient être soustraits à la divulgation. Dans le jugement *K.F. Evans Ltd. c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [1996] A.C.F. n° 30 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 35, le juge Rothstein (alors juge de

In many cases, the confidential information constitutes observations on existing policies and practices and how they might relate to a legal challenge. . . . I am inclined to think that much of what is said to be confidential is already publicly known in one form or another. It appears that if anything, disclosure might result in some embarrassment to the respondent but why that embarrassment would harm international or federal-provincial relations is not readily evident. I think what we largely have in this case is exaggeration of the harm to Canadian interests from disclosure which subsections 37(1) and 38(1) of the *Canada Evidence Act* were enacted to curtail.

[55] Case law emanating from the United Kingdom also supports the principle that information in the public domain cannot be protected by the courts. In the House of Lord's decision in *Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)*, [1990] 1 A.C. 109 [hereinafter *Observer Ltd.*], Lord Brightman wrote at page 267:

The Crown is only entitled to restrain the publication of intelligence information if such publication would be against the public interest, as it normally will be if theretofore undisclosed. But if the matter sought to be published is no longer secret, there is unlikely to be any damage to the public interest by re-printing what all the world has already had the opportunity to read. [Emphasis added.]

However, even more interesting is Justice Scott's decision in the case at the Chancery Division level [[1990] 1 A.C. 109, at 117] a decision which was subsequently upheld by both the Court of Appeal [[1990] 1 A.C. 109, at 174] and the House of Lords. Justice Scott, his judgment, reproduced at page 117 of *Observer Ltd.*, sets out five criteria that should be looked to when determining whether the public accessibility of information is fatal to an attempt to prohibit disclosure. These criteria are the following:

- (1) The nature of the information — where the information is very harmful a court will be more willing to prohibit further disclosure;
- (2) The nature of the interest sought to be protected;

la Cour fédérale) examinait le principe dans le contexte de l'article 38 de la LPC :

Nombre de ces renseignements confidentiels sont des observations sur les politiques et pratiques en vigueur et sur ce qui se passerait en cas de contestation en justice. Je suis enclin à conclure des arguments de l'avocat de l'intimé qu'une grande partie de ce qui est soi-disant confidentiel est déjà connue du public sous une forme ou sous une autre. Il appert que tout au plus, la divulgation pourrait causer un certain embarras à l'intimé, mais on ne voit pas comment cet embarras pourrait compromettre des relations internationales ou fédérales-provinciales. Je pense que ce que nous avons surtout en l'espèce, c'est une exagération du préjudice que pourrait causer aux intérêts du Canada la divulgation que les paragraphes 37(1) [sic] et 38(1) [sic] de la *Loi sur la preuve au Canada* visent à restreindre.

[55] La jurisprudence du Royaume-Uni confirme elle aussi le principe selon lequel les renseignements qui relèvent du domaine public ne sauraient être protégés par les tribunaux. Dans un arrêt rendu par la Chambre des lords, *Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)*, [1990] 1 A.C. 109 [ci-après *Observer Ltd.*], lord Brightman écrivait ce qui suit, à la page 267 :

[TRADUCTION] La Couronne n'est fondée à restreindre la publicité d'informations et de renseignements que lorsque telle publicité serait contraire à l'intérêt public, comme elle le sera en général s'il n'y a pas eu jusque-là divulgation. Mais, si l'information que l'on voudrait rendre publique n'est plus secrète, aucun préjudice ne sera probablement causé à l'intérêt public par la réimpression de ce que le monde entier a déjà eu l'occasion de lire. [Non souligné dans l'original.]

Cependant, plus intéressant encore est le jugement rendu dans cette affaire par le juge Scott, de la Chancery Division [[1990] 1 A.C. 109, à la page 117], jugement qu'allaient confirmer plus tard à la fois la Cour d'appel d'Angleterre [[1990] 1 A.C. 109, à la page 174] et la Chambre des lords. Dans son jugement, reproduit à la page 117, le juge Scott exposait les cinq critères qu'il convient de considérer pour savoir si l'accès du public à des renseignements rend illusoire toute tentative d'en interdire la divulgation. Ces critères sont les suivants :

- 1) la nature des renseignements—lorsque les renseignements sont très préjudiciables, le tribunal sera plus enclin à en faire cesser la divulgation;
- 2) la nature de l'intérêt que l'on cherche à protéger;

(3) The relationship between the plaintiff (person seeking prohibition on disclosure) and the defendant;

(4) The manner in which the defendant has come into possession of the information—if the defendant does not have “clean hands” a court will be more likely to prohibit the disclosure;

(5) The circumstances in which, and the extent to which, the information has been made public.

[56] I note that the rule that information available in the public domain cannot be protected from disclosure is not an absolute. There are many circumstances which would justify protecting information available in the public domain, for instance: where only a limited part of the information was disclosed to the public; where the information is not widely known or accessible; where the authenticity of the information is neither confirmed nor denied; and where the information was inadvertently disclosed.

[57] In Canada, the Supreme Court has left the door open to the possibility that courts can prohibit the disclosure of information that has entered the public domain through inadvertent disclosure (see *Babcock*, above, at paragraph 26 (reproduced at paragraph 54 of this judgment). In *Khawaja*, Justice Mosley also addressed the effects of an inadvertent disclosure. At paragraph 111 of his decision, he wrote:

. . . inadvertent waiver is not enough to justify disclosure. In light of the case-by-case nature of the test, the most appropriate approach is to proceed by way of the same three step assessment; taking into account the fact that inadvertent disclosure of the information has occurred. Inadvertent disclosure may for example make it more difficult for the government to demonstrate injury under the second stage of the assessment. Inadvertent disclosure can also be considered at the balancing stage of the test, as it might weigh in favour of the Court considering the release of the information subject to conditions designed to limit any remaining concerns regarding injury.

3) la relation entre le demandeur (qui cherche à faire interdire la divulgation) et le défendeur;

4) la manière dont le défendeur est venu en possession des renseignements—si l’attitude du défendeur n’est pas irréprochable, le tribunal sera plus enclin à interdire la divulgation des renseignements;

5) les circonstances dans lesquelles les renseignements ont été rendus publics, et la mesure dans laquelle ils l’ont été.

[56] J’observe que la règle selon laquelle les renseignements qui relèvent du domaine public ne sauraient être soustraits à la divulgation n’est pas une règle absolue. Maintes circonstances justifieraient la protection de renseignements qui relèvent du domaine public, par exemple les suivantes : une partie seulement des renseignements a été divulguée au public; les renseignements ne sont pas généralement connus ou accessibles; l’authenticité des renseignements n’est ni confirmée ni démentie; enfin, les renseignements ont été divulgués par inadvertance.

[57] Au Canada, la Cour suprême a laissé la porte ouverte à la possibilité pour les tribunaux d’interdire la divulgation de renseignements qui sont tombés dans le domaine public après divulgation par inadvertance (voir l’arrêt *Babcock*, précité, dont le paragraphe 26 est reproduit au paragraphe 54 du présent jugement). Dans le jugement *Khawaja*, le juge Mosley s’est lui aussi exprimé sur les effets d’une divulgation par inadvertance. Au paragraphe 111 de sa décision, il écrivait ce qui suit :

[. . .] la renonciation par inadvertance ne suffit pas à justifier la divulgation. Puisque, en ce qui concerne le critère, chaque cas est un cas d’espèce, l’approche la plus indiquée consiste à procéder selon la même évaluation en trois étapes, en tenant compte du fait qu’il y a eu divulgation par inadvertance des renseignements. La divulgation par inadvertance pourrait par exemple rendre plus difficile pour le gouvernement de prouver un préjudice à la seconde étape de l’évaluation. La divulgation par inadvertance peut aussi être considérée à l’étape du critère relative à la mise en balance des intérêts publics contradictoires, car elle pourrait avoir pour effet que la Cour envisagera la communication des renseignements sous réserve de conditions propres à dissiper les doutes restants concernant le préjudice.

In my view, the circumstances of the “inadvertent disclosure” are of essence when determining whether inadvertently disclosed information can be protected by the Court. As stated by Justice Mosley, such a determination must be made keeping in mind the three-part test established under section 38.06 of the CEA.

(b) Information Critical of the Government or which would bring Embarrassment to the Government

[58] As can be seen from the passage I have reproduced from *K.F. Evans Ltd.*, above (at paragraph 54 of this judgment), the Court will not prohibit disclosure where the Government’s sole or primordial purpose for seeking the prohibition is to shield itself from criticism or embarrassment. This principle has also been confirmed by the Supreme Court in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, at page 673, where Justice La Forest, for the Court, wrote:

There is a further matter that militates in favour of disclosure of the documents in the present case. The appellant here alleges unconscionable behaviour on the part of the government. As I see it, it is important that this question be aired not only in the interests of the administration of justice but also for the purpose for which it is sought to withhold the documents, namely, the proper functioning of the executive branch of government. For if there has been harsh or improper conduct in the dealings of the executive with the citizen, it ought to be revealed. The purpose of secrecy in government is to promote its proper functioning, not to facilitate improper conduct by the government. This has been stated in relation to criminal accusations in *Whitlam*, and while the present case is of a civil nature, it is one where the behaviour of the government is alleged to have been tainted.

Divulgence is all the more important in our day when more open government is sought by the public. It serves to reinforce the faith of the citizen in his governmental institutions. This has important implications for the administration of justice, which is of prime concern to the courts. As Lord Keith of Kinkel noted in the *Burmah Oil* case, *supra*, at p. 725, it has a bearing on the perception of the litigant and the public on whether justice has been done. [Emphasis added.]

[59] Also of interest, Justice Mason of the High Court of Australia stated in his judgment in *Commonwealth of*

À mon avis, les circonstances de la « divulgation par inadvertance » sont capitales lorsqu’on se demande si des renseignements divulgués par inadvertance peuvent être protégés par la Cour. Comme l’expliquait le juge Mosley, c’est une décision qu’il faut prendre tout en gardant à l’esprit le critère en trois volets établi en application de l’article 38.06 de la LPC.

b) Renseignements qui critiquent le gouvernement ou qui sont susceptibles de l’embarrasser

[58] Comme on peut le voir dans l’extrait du jugement *K.F. Evans Ltd.* reproduit ci-dessus (au paragraphe 54 du présent jugement), la Cour n’interdira pas la divulgation de renseignements lorsque la raison unique ou principale pour laquelle le gouvernement veut faire interdire la divulgation est sa volonté de se soustraire à la critique ou d’éviter un embarras. Ce principe a également été confirmé par la Cour suprême dans l’arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, à la p. 673, où le juge La Forest, s’exprimant pour la Cour, écrivait ce qui suit :

Il y a un autre facteur qui milite en faveur de la divulgation des documents en l’espèce. L’appelant allègue une conduite peu scrupuleuse de la part du gouvernement. À mon sens, il importe que ce point soit débattu non seulement dans l’intérêt de l’administration de la justice mais aussi dans l’intérêt du bon fonctionnement du pouvoir exécutif du gouvernement, ce qui a été avancé comme but de la demande de non-divulgation des documents. Car, si le pouvoir exécutif a agi de façon sévère ou abusive envers un particulier, il faut que cela émerge au grand jour. Le secret en matière gouvernementale a pour objet de favoriser la bonne marche du gouvernement et non pas de lui faciliter les abus. Cela a été dit relativement à des accusations criminelles dans l’arrêt *Whitlam* et, malgré le caractère civil de la présente affaire, il s’agit d’un cas où l’on reproche au gouvernement une conduite abusive.

La divulgation est d’autant plus importante de nos jours que le public revendique un gouvernement plus ouvert. La divulgation sert à renforcer la confiance du citoyen en ses institutions gouvernementales. Cela est lourd de conséquences pour l’administration de la justice qui constitue une préoccupation majeure pour les tribunaux. Comme l’a souligné lord Keith of Kinkel dans l’arrêt *Burmah Oil*, précité, à la p. 725, elle a un effet sur la perception du justiciable et du public que justice a été faite. [Non souligné dans l’original.]

[59] Également digne d’intérêt est la décision rendue par le juge Mason, de la Haute Cour d’Australie, dans

*Australia v. John Fairfax & Sons Ltd.* (1980), 147 C.L.R. 39, at pages 51-52:

But it can scarcely be a relevant detriment to the government that publication of material concerning its actions will merely expose it to public discussion and criticism. It is unacceptable in our democratic society that there should be a restraint on the publication of information relating to government when the only vice of that information is that it enables the public to discuss, review and criticise government action.

Accordingly, the court will determine the government's claim to confidentiality by reference to the public interest. Unless disclosure is likely to injure the public interest, it will not be protected.

This passage was later cited with approval by Bingham L.J. and Lord Keith of Kinkel in their respective judgments in *Observer Ltd.*, above.

[60] The same principle has also been expressed in the *Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, UN Doc. E/CN.4/1996/39 (1996), a tool for interpreting Article 19 of the United Nations' *International Covenant on Civil and Political Rights* [December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47], which states at Principle 2(b):

2. . . .

(b) In particular, a restriction sought to be justified on the ground of national security is not legitimate if its genuine purpose or demonstrable effect is to protect interests unrelated to national security, including, for example, to protect a government from embarrassment or exposure of wrongdoing, or to conceal information about the functioning of its public institutions, or to entrench a particular ideology, or to suppress industrial unrest.

Given the abundance of case law and legal documents advancing that information which is critical or embarrassing to the Government cannot be protected, there appears to me to be no reason to depart from the application of this principle.

l'affaire *Commonwealth of Australia v. John Fairfax & Sons Ltd.* (1980), 147 C.L.R. 39, aux pages 51 et 52 :

[TRADUCTION] Mais il est difficile de croire que le gouvernement subira un préjudice du seul fait que la divulgation de documents concernant sa ligne de conduite risque de l'exposer, sans plus, au débat public et à la critique publique. Il est inacceptable dans notre société démocratique que l'on puisse restreindre la publicité de l'information relative à l'action gouvernementale quand le seul vice de cette information est de permettre au public de débattre, d'examiner et de censurer l'action gouvernementale.

Par conséquent, c'est par référence à l'intérêt public que la Cour se prononcera sur la confidentialité revendiquée par le gouvernement. Si la divulgation n'est pas susceptible de préjudicier à l'intérêt public, l'information ne sera pas protégée.

Ces propos ont plus tard été cités avec approbation par lord juge Bingham et lord Keith of Kinkel dans les jugements respectifs qu'ils ont rendus à propos de l'affaire *Observer Ltd.*, précitée.

[60] Le même principe a aussi été exprimé dans les *Principes de Johannesburg : Sécurité nationale, liberté d'expression et accès à l'information*, Doc. NU E/CN.4/1996/39 (1996), un outil d'interprétation de l'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* [19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47] des Nations Unies. Le Principe 2b) est ainsi formulé

2. [. . .]

b) En particulier, une restriction qu'un gouvernement tenterait de justifier par des raisons de sécurité nationale n'est pas légitime si son véritable but et son effet démontrable est de protéger des intérêts ne concernant pas la sécurité nationale, comme par exemple de protéger un gouvernement de l'embarras ou de la découverte de ses fautes, ou pour dissimuler des informations sur le fonctionnement des institutions publiques, ou pour imposer une certaine idéologie, ou pour réprimer des troubles sociaux.

Vu l'abondance de la jurisprudence et des instruments juridiques qui nous enseignent que les renseignements qui sont susceptibles de critiquer ou d'embarrasser le gouvernement ne sauraient être soustraits à la divulgation, il me semble qu'il n'y a ici aucune raison de s'écarter de l'application de ce principe.

(IV) Some Meaning to the Concept of “International Relations”

[61] I now turn to what is meant by the term “international relations.” Canadian jurisprudence does not define this term. However, *Black’s Law Dictionary* [7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999] defines “international relations”:

1. World politics. 2. Global political interaction primarily among sovereign nations. 3. The academic discipline devoted to studying world politics, embracing international law, international economics, and the history and art of diplomacy.

Given this definition and the purpose of section 38 of the CEA, “information injurious to international relations” refers to information that if disclosed would be injurious to Canada’s relationship with foreign nations.

(V) Some Meaning to the Concept of “National Defence”

[62] As for the term “national defence,” *Black’s Law Dictionary* defines the term as follows:

1. All measures taken by a nation to protect itself against its enemies • A nation’s protection of its collective ideals and values is included in the concept of national defense. 2. A nation’s military establishment.

In my view given the purpose of section 38, namely to prevent the release of information that could be injurious, the *Black’s Law Dictionary*’s broad definition of what constitutes national defence is appropriate.

(VI) Some Meaning to the Concept of “National Security”

[63] Unlike the terms “international relations” and “national defence,” whose definitions are widely and more easily understood, the meaning of this term is not commonly known, and there has been great debate in the academic world as to what it delineates. The *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, at section 2 [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 89], offers the following definition of “threats to the

IV) Signification du concept de « relations internationales »

[61] J’examinerai maintenant ce qu’il faut entendre par l’expression « relations internationales ». La jurisprudence canadienne ne définit pas cette expression. Cependant, le *Black’s Law Dictionary* [7<sup>e</sup> éd. St. Paul, Minn. : West Group, 1999] définit ainsi l’expression, « *international relations* » (« relations internationales ») :

[TRADUCTION] 1. Politique à l’échelle mondiale. 2. Interaction politique à l’échelle planétaire, principalement entre nations souveraines. 3. La discipline qui se consacre à l’étude de la politique à l’échelle mondiale, et qui inclut le droit international, l’économie internationale, ainsi que l’histoire et l’art de la diplomatie.

Vu cette définition ainsi que l’objet de l’article 38 de la LPC, les « renseignements préjudiciables aux relations internationales » s’entendent des renseignements qui, s’ils étaient divulgués, seraient préjudiciables aux relations du Canada avec des nations souveraines.

V) Signification du concept de « défense nationale »

[62] Quant à l’expression « défense nationale », le *Black’s Law Dictionary* la définit ainsi :

[TRADUCTION] 1. Tous les moyens pris par une nation pour se protéger contre ses ennemis. La protection, par une nation, de son idéal collectif et de ses valeurs collectives est comprise dans la notion de défense nationale. 2. L’arsenal militaire d’une nation.

À mon avis, compte tenu de l’objet de l’article 38, qui est d’empêcher la diffusion de renseignements pouvant être préjudiciables, la définition étendue que donne le *Black’s Law Dictionary* de ce qui constitue la défense nationale est satisfaisante.

VI) Signification du concept de « sécurité nationale »

[63] Contrairement aux expressions « relations internationales » et « défense nationale », dont la définition est largement et plus facilement comprise, le sens de l’expression « sécurité nationale » demeure imprécis, et la controverse règne parmi les spécialistes sur les contours à lui assigner. La *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, en son article 2 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 89],

security of Canada”:

2. ....

“threats to the security of Canada” means

(a) espionage or sabotage that is against Canada or is detrimental to the interests of Canada or activities directed toward or in support of such espionage or sabotage,

(b) foreign influenced activities within or relating to Canada that are detrimental to the interests of Canada and are clandestine or deceptive or involve a threat to any person,

(c) activities within or relating to Canada directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property for the purpose of achieving a political, religious or ideological objective within Canada or a foreign state, and

(d) activities directed toward undermining by covert unlawful acts, or directed toward or intended ultimately to lead to the destruction or overthrow by violence of, the constitutionally established system of government in Canada,

but does not include lawful advocacy, protest or dissent, unless carried on in conjunction with any of the activities referred to in paragraphs (a) to (d).

For its part, the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, at section 15, talks about “the detection, prevention or suppression of subversive or hostile activities.” At subsection 15(2) of the Act, the term “subversive or hostile activities” is defined as:

15. (2)....

“Subversive or hostile activities” means:

(a) espionage against Canada or any state allied or associated with Canada,

(b) sabotage,

(c) activities directed toward the commission of terrorist acts, including hijacking, in or against Canada or foreign states,

(d) activities directed toward accomplishing government change within Canada or foreign states by the use of or the encouragement of the use of force, violence or any criminal means,

donne la définition suivante de l’expression « menaces envers la sécurité du Canada » :

2. [...]

« menaces envers la sécurité du Canada » Constituent des menaces envers la sécurité du Canada les activités suivantes :

a) l’espionnage ou le sabotage visant le Canada ou préjudiciables à ses intérêts, ainsi que les activités tendant à favoriser ce genre d’espionnage ou de sabotage;

b) les activités influencées par l’étranger qui touchent le Canada ou s’y déroulent et sont préjudiciables à ses intérêts, et qui sont d’une nature clandestine ou trompeuse ou comportent des menaces envers quiconque;

c) les activités qui touchent le Canada ou s’y déroulent et visent à favoriser l’usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens dans le but d’atteindre un objectif politique, religieux ou idéologique au Canada ou dans un État étranger;

d) les activités qui, par des actions cachées et illicites, visent à saper le régime de gouvernement constitutionnellement établi au Canada ou dont le but immédiat ou ultime est sa destruction ou son renversement, par la violence.

La présente définition ne vise toutefois pas les activités licites de défense d’une cause, de protestation ou de manifestation d’un désaccord qui n’ont aucun lien avec les activités mentionnées aux alinéas a) à d).

Pour sa part, la *Loi sur l’accès à l’information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, en son article 15, parle de « la détection, [...] la prévention ou [...] la répression d’activités hostiles ou subversives ». Au paragraphe 15(2) de la Loi, l’expression « activités hostiles ou subversives » est ainsi définie :

15. (2) [...]

« activités hostiles ou subversives »

a) L’espionnage dirigé contre le Canada ou des États alliés ou associés avec le Canada;

b) le sabotage;

c) les activités visant la perpétration d’actes de terrorisme, y compris les détournements de moyens de transport, contre le Canada ou un État étranger ou sur leur territoire;

d) les activités visant un changement de gouvernement au Canada ou sur le territoire d’États étrangers par l’emploi de moyens criminels, dont la force ou la violence, ou par l’incitation à l’emploi de ces moyens;

(e) activities directed toward gathering information used for intelligence purposes that relates to Canada or any state allied or associated with Canada, and

(f) activities directed toward threatening the safety of Canadians, employees of the Government of Canada or property of the Government of Canada outside Canada.

[64] Case law provides some meaning to the term as well. The Supreme Court in *Suresh*, above, commented on the meaning of the term “danger to the security of Canada.” At paragraphs 88-90, Justice Arbour (as she then was), writing for the majority of the Court, stated the following:

These considerations lead us to conclude that to insist on direct proof of a specific threat to Canada as the test for “danger to the security of Canada” is to set the bar too high. There must be a real and serious possibility of adverse effect to Canada. But the threat need not be direct; rather it may be grounded in distant events that indirectly have a real possibility of harming Canadian security.

While the phrase “danger to the security of Canada” must be interpreted flexibly, and while courts need not insist on direct proof that the danger targets Canada specifically, the fact remains that to return (*refouler*) a refugee under s. 53(1)(b) to torture requires evidence of a serious threat to national security. To suggest that something less than serious threats founded on evidence would suffice to deport a refugee to torture would be to condone unconstitutional application of the *Immigration Act*. Insofar as possible, statutes must be interpreted to conform to the Constitution. This supports the conclusion that while “danger to the security of Canada” must be given a fair, large and liberal interpretation, it nevertheless demands proof of a potentially serious threat.

These considerations lead us to conclude that a person constitutes a “danger to the security of Canada” if he or she poses a serious threat to the security of Canada, whether direct or indirect, and bearing in mind the fact that the security of one country is often dependent on the security of other nations. The threat must be “serious”, in the sense that it must be grounded on objectively reasonable suspicion based on evidence and in the sense that the threatened harm must be substantial rather than negligible. [Emphasis added.]

e) les activités visant à recueillir des éléments d'information aux fins du renseignement relatif au Canada ou aux États qui sont alliés ou associés avec lui;

f) les activités destinées à menacer, à l'étranger, la sécurité des citoyens ou des fonctionnaires fédéraux canadiens ou à mettre en danger des biens fédéraux situés à l'étranger.

[64] La jurisprudence attribue elle aussi une signification à l'expression. Dans l'arrêt *Suresh*, précité, la Cour suprême du Canada s'exprimait sur le sens de l'expression « danger pour la sécurité du Canada ». Aux paragraphes 88 à 90, la juge Arbour (alors juge de la Cour suprême du Canada), s'exprimant pour les juges majoritaires, écrivait ce qui suit :

Ces considérations nous amènent à conclure que serait trop exigeant un critère requérant la preuve directe d'un risque précis pour le Canada afin de décider si une personne constitue un « danger pour la sécurité du Canada ». Il doit exister une possibilité réelle et sérieuse d'un effet préjudiciable au Canada. Néanmoins, il n'est pas nécessaire que la menace soit directe; au contraire, elle peut découler d'événements qui surviennent à l'étranger, mais qui, indirectement, peuvent réellement avoir un effet préjudiciable à la sécurité du Canada.

Bien que l'expression « danger pour la sécurité du Canada » doive recevoir une interprétation souple, et que les tribunaux ne soient pas tenus d'exiger la preuve directe que la menace vise précisément le Canada, il demeure que l'al. 53(1)(b) ne permet le refoulement d'un réfugié dans un pays où il risque la torture que s'il est établi que la sécurité nationale est gravement menacée. En laissant entendre qu'un facteur moins exigeant que de graves menaces étayées par la preuve suffirait pour expulser un réfugié dans un pays où il risque la torture, on cautionnerait l'application inconstitutionnelle de la *Loi sur l'immigration*. Dans la mesure du possible, les lois doivent recevoir une interprétation conforme à la Constitution. Ces éléments appuient la conclusion que, bien que l'expression « danger pour la sécurité du Canada » doive recevoir une interprétation large et équitable, elle exige néanmoins la preuve d'une menace potentiellement grave.

Ces considérations nous amènent à conclure qu'une personne constitue un « danger pour la sécurité du Canada » si elle représente, directement ou indirectement, une grave menace pour la sécurité du Canada, et il ne faut pas oublier que la sécurité d'un pays est souvent tributaire de la sécurité d'autres pays. La menace doit être « grave », en ce sens qu'elle doit reposer sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve, et en ce sens que le danger appréhendé doit être sérieux, et non pas négligeable. [Non souligné dans l'original.]

[65] For its part, the House of Lords under the penmanship of Lord Slynn of Hadley in *Rehman* wrote (*Rehman*, above, at paragraphs 15-16):

... “the interests of national security” cannot be used to justify any reason the Secretary of State has for wishing to deport an individual from the United Kingdom. There must be some possibility of risk or danger to the security or well-being of the nation which the Secretary of State considers makes it desirable for the public good that the individual should be deported. But I do not accept that this risk has to be the result of “a direct threat” to the United Kingdom.... Nor do I accept that the interests of national security are limited to action by an individual which can be said to be “targeted at” the United Kingdom, its system of government or its people....

...

The sophistication of means available, the speed of movement of persons and goods, the speed of modern communication, are all factors which may have to be taken into account in deciding whether there is a real possibility that the national security of the United Kingdom may immediately or subsequently be put at risk.... To require the matters in question to be capable of resulting “directly” in a threat to national security limits too tightly the discretion of the executive in deciding how the interests of the state, including not merely military defence but democracy, the legal and constitutional systems of the state need to be protected. I accept that there must be a real possibility of an adverse effect on the United Kingdom for what is done by the individual under inquiry but I do not accept that it has to be direct or immediate. [Emphasis added.]

[66] I now turn to the definitions offered of the term “national security” by some of the legal scholars. Mr. Stanley Cohen, in his book *Privacy, Crime and Terror: Legal Rights and Security in a Time of Peril* (Markham: LexisNexis Canada, 2005), at pages 161 and 163-164, offers the following definition of national security:

Although a pivotal concept, “national security” and the related, if not equivalent phrase, “danger to the security of Canada”, have been regarded as notoriously difficult to define. Nevertheless, despite possessing a degree of imprecision, the concept of “danger to the security of Canada” is not unconstitutionally vague. In *Suresh*, at the level of the Federal Court of Appeal, Robertson J.A. found, in the context of deportation proceedings, that the phrase was constitutionally sufficient. He acknowledged that the phrase was imprecise but

[65] Pour sa part, la Chambre des lords, sous la plume de lord Slynn of Hadley, écrivait ce qui suit dans l’arrêt *Rehman*, précité, aux paragraphes 15 et 16 :

[TRADUCTION] [...] Les « intérêts touchant la sécurité nationale » ne sauraient servir à justifier n’importe quelle raison qu’aurait le Secrétaire d’État de vouloir expulser quelqu’un du Royaume-Uni. Il doit y avoir une possibilité de risque ou de danger pour la sécurité et le bien-être de la nation, possibilité qui, d’après le Secrétaire d’État, rend souhaitable pour le bien public que l’intéressé soit expulsé. Mais je ne puis admettre que ce risque doive être le résultat d’une « menace directe » pour le Royaume-Uni [...]. Je ne puis admettre non plus que les intérêts touchant la sécurité nationale se limitent à des agissements dont on peut dire qu’ils « visent » le Royaume-Uni, son mode de gouvernement ou sa population [...]

[...]

Le raffinement des moyens existants, la vitesse de circulation des personnes et des biens, la rapidité des communications modernes, tous ces facteurs pourraient devoir être pris en compte dans la question de savoir s’il est véritablement possible que la sécurité nationale du Royaume-Uni soit, dans l’immédiat ou plus tard, mise en péril [...]. Dire que les aspects en cause doivent pouvoir entraîner « directement » une menace pour la sécurité nationale, c’est limiter à l’excès le pouvoir discrétionnaire de l’exécutif de décider comment les intérêts de l’État, y compris non seulement la défense militaire, mais aussi la démocratie, le système juridique et le système constitutionnel, doivent être protégés. J’admets qu’il doive exister une possibilité réelle d’un effet préjudiciable sur le Royaume-Uni par suite des agissements de la personne visée par l’enquête, mais je n’admets pas que la menace doive être directe ou immédiate. [Non souligné dans l’original.]

[66] Je passe maintenant aux définitions de l’expression « sécurité nationale » qui sont données par certains juristes. Dans son ouvrage intitulé *Privacy, Crime and Terror : Legal Rights and Security in a Time of Peril* (Markham: LexisNexis Canada, 2005), aux pages 161 et 163 à 164, M. Stanley Cohen donne la définition suivante de la sécurité nationale :

[TRADUCTION] Bien qu’il s’agisse d’une notion essentielle, l’expression « sécurité nationale » et l’expression connexe, sinon équivalente, « danger pour la sécurité du Canada », sont considérées comme des expressions notoirement difficiles à définir. Néanmoins, malgré son degré d’imprécision, la notion de « danger pour la sécurité du Canada » n’est pas inconstitutionnellement vague. Dans l’arrêt *Suresh*, au niveau de la Cour d’appel fédérale, le juge Robertson, qui avait affaire à une procédure d’expulsion, a estimé que l’expression

reasoned that whether a person poses a danger to the security of Canada may be determined by “the individual’s degree of association or complicity with a terrorist organization”.

...

“National security” also finds expression in the *Canada Evidence Act* (CEA) in the context of the Act’s definitions of “potentially injurious information” and “sensitive information”. In both instances, the concept is linked with information relating to national defence and international security, although, clearly, these matters are not co-extensive.

As Lustgarten and Leigh point out in their fine text, *In From the Cold: National Security and Parliamentary Democracy*, the phrase “national security” is actually a relative newcomer to the lexicon of international affairs and political science. In the U.K., the wealth of statutes and regulations giving extraordinary powers to the Executive and its officials were generically entitled and drew their justification from the need for Defence of the Realm. “National security”, at least in the United States and the United Kingdom, seemingly has drawn its currency from the American practice and experience.

The use of this terminology rather than national “defence” has important implications for foreign policy, signalling “a more grandly ambitious conception of that nation’s [America’s] role in world affairs.” As is evident, the term “national security” also has great currency in Canada, notwithstanding this country’s rather more modest claims in the international arena.

[67] For his part, Professor Craig Forcese wrote the following in what concerns the definition of “national security” in his 2006 paper “Through a Glass Darkly: The Role and Review of ‘National Security’ Concepts in Canadian Law” ((2006), 43 *Alta. L. Rev.* 963) [at page 966]:

... Canada’s National Defence College defined national security in 1980 as

the preservation of a way of life acceptable to the Canadian people and compatible with the needs and legitimate aspirations of others. It includes freedom from military attack or coercion, freedom from internal subversion, and freedom from the erosion of the political,

était suffisante sur le plan constitutionnel. Il a reconnu que l’expression était imprécise, mais a fait valoir que le point de savoir si une personne constitue un danger pour la sécurité du Canada peut être décidé d’après le « degré d’association ou de complicité de cette personne avec une organisation terroriste ».

[...]

L’expression « sécurité nationale » est également circonscrite dans la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC), par l’effet des définitions qu’on y trouve des expressions « renseignements potentiellement préjudiciables » et « renseignements sensibles ». Dans les deux cas, la notion est rattachée aux renseignements qui intéressent la défense nationale et la sécurité nationale, encore que, manifestement, ces deux notions n’aient pas la même portée.

Comme le font observer Lustgarten et Leigh dans leur excellent texte, *In From the Cold: National Security and Parliamentary Democracy*, l’expression « sécurité nationale » est en réalité un ajout plutôt récent dans le lexique des affaires internationales et de la science politique. Au Royaume-Uni, une foule de lois et règlements conférant des pouvoirs extraordinaires à l’exécutif et à ses fonctionnaires portent un titre générique et tirent leur justification de la nécessité de défendre le Royaume. La « sécurité nationale », du moins aux États-Unis et au Royaume-Uni, tire, semble-t-il, sa signification actuelle de la pratique et de l’expérience américaines.

L’emploi de l’expression « sécurité nationale » plutôt que « défense nationale » a d’importantes conséquences pour la politique étrangère, car elle signale « une conception largement plus ambitieuse du rôle de cette nation [les États-Unis] dans les affaires mondiales ». À l’évidence, l’expression « sécurité nationale » est largement employée aussi au Canada, en dépit des prétentions plus modestes de ce pays sur la scène internationale.

[67] Le professeur Craig Forcese, quant à lui, écrivait ce qui suit à propos de la définition de « sécurité nationale » dans son article publié en 2006, « Through a Glass Darkly: The Role and Review of “National Security” Concepts in Canadian Law » ((2006), 43 *Alta. L. Rev.* 963) [à la page 966] :

[TRADUCTION] [...] Le Collège de la défense nationale du Canada définissait en 1980 la sécurité nationale comme

la préservation d’un mode de vie acceptable pour la population canadienne, et compatible avec les besoins et les aspirations légitimes d’autrui. Elle comprend le fait d’être à l’abri d’une agression ou coercition militaire, d’une subversion intérieure et de l’érosion des valeurs

economic, and social values which are essential to the quality of life in Canada.

...

A slightly more focused definition of national security has been offered by the U.S. Department of Defense:

National Security is a collective term encompassing both national defence and foreign relations of the United States. Specifically, the condition provided by:

- a) military or defence advantage over any foreign nation or group of nations;
- b) favourable foreign relations position; or
- c) defence posture capable of successfully resisting hostile or destructive action from within or without, overt or covert.

...

Still another definition, one that boils a broad definition of national security, is as follows:

Central to [a] kind of national security policy ... [based on the preservation of a way of life acceptable to the Canadian people and the security of people, national institutions, and freedoms from unlawful harm, armed attacks and other violence] and three principal frameworks: deterrence against attacks; defence against those attacks that you can identify; and then a credible ability to defeat attacks on our national security. [Footnotes omitted.]

[68] From these definitions “national security” means at minimum the preservation of the Canadian way of life, including the safeguarding of the security of persons, institutions and freedoms in Canada.

[69] This being said, to properly understand the national security claims at issue in this application, some of the grounds on which such claims can succeed must be made known. As a brief overview, the Attorney General submits the following types of information should not be disclosed:

politiques, économiques et sociales qui sont essentielles pour la qualité de la vie au Canada.

[...]

Une définition légèrement plus étroite de la sécurité nationale a été donnée par le Département de la défense des États-Unis :

L’expression « sécurité nationale » est une expression générale englobant à la fois la défense nationale et les relations internationales des États-Unis. Plus précisément, il s’agit de la situation qui est procurée par :

- a) un avantage militaire ou en matière de défense par rapport à une nation étrangère ou à un groupe de nations étrangères;
- b) une position favorable en matière de relations avec l’étranger; ou
- c) une position de défense permettant de résister avec succès à une action hostile ou destructive, venant de l’intérieur ou de l’extérieur, qu’elle soit déclarée ou voilée.

[...]

Puis une autre définition, qui décrit largement ce qu’est la sécurité nationale, est la suivante :

Il faut une sorte de politique en matière de sécurité nationale...[qui soit fondée sur la préservation d’un mode de vie acceptable pour la population canadienne et sur la sécurité de la population, sur les institutions nationales et sur le fait d’être à l’abri d’un préjudice illicite, d’agressions armées et autres actes de violence] et trois cadres principaux : prévention contre les agressions; défense contre les agressions que l’on peut détecter; enfin aptitude crédible à faire échouer les agressions contre notre sécurité nationale. [Notes de bas de pages omises.]

[68] D’après ces définitions, la « sécurité nationale » s’entend au minimum de la préservation du mode de vie canadien, notamment de la protection de la sécurité des personnes, des institutions et des libertés au Canada.

[69] Cela dit, pour bien comprendre les allégations fondées sur la sécurité nationale qui sont en cause dans la présente demande, il faut connaître certains des moyens pouvant rendre recevables lesdites allégations. Brièvement, le procureur général dit que les renseignements des genres suivants ne devraient pas être divulgués :

- |  |   |
|--|---|
| (a) Information collected and within the possession of intelligence agencies and law enforcement agencies (to a certain extent);                     | a) renseignements recueillis qui sont en la possession d'agences de renseignement et d'organismes d'application de la loi (jusqu'à un certain point);       |
| (b) Information obtained from foreign intelligence agencies or law enforcement agencies (third-party rule);  | b) renseignements obtenus d'agences étrangères de renseignement ou d'organismes étrangers d'application de la loi (règle des tiers);                        |
| (c) Information relating to targets of investigations or persons of interest;  | c) renseignements se rapportant à des cibles d'enquêtes ou à des personnes suscitant un intérêt;  |
| (d) The name of sources, modes of operations, and situation assessments made by intelligence and law enforcement agencies;                           | d) noms des sources, modes opérationnels, et évaluations de situations faites par des agences de renseignement et organismes d'application de la loi;       |
| (e) Information that if pieced into the general picture may permit a comprehensive understanding of the information being protected (mosaic effect). | e) renseignements qui, une fois intégrés dans le tableau général, peuvent donner une compréhension globale des renseignements protégés (effet de mosaïque). |

I will specifically address the third-party rule, the mosaic effect, and the impact of disclosure on international relations in the paragraphs that follow.

J'examinerai tour à tour dans les paragraphes qui suivent la règle des tiers, l'effet de mosaïque et l'incidence d'une divulgation sur les relations internationales.

#### (VII) The Third-Party Rule

#### VII) La règle des tiers

[70] In order to consolidate and to ensure the steady flow of information, law enforcement and intelligence agencies have historically relied on the third-party rule. This rule is an understanding among information-sharing parties that the providers of the information will maintain control over the information's subsequent disclosure and use. In other words, agencies receiving information under the third-party rule promise not to disclose the information they receive unless they obtain permission from the source. This being said, the third-party rule is one that is sacred among law enforcement and intelligence agencies and is premised on mutual confidence, reliability and trust. X (for the RCMP), an affiant for the applicant, describes this rule in his affidavit as an "understanding among information-sharing partners that the party providing information controls the subsequent dissemination and use of that information beyond the receiving party" (public affidavit of X (for the RCMP), at paragraph 23).

[70] Afin de consolider et de garantir un flux constant de renseignements, les organismes d'application de la loi et les agences de renseignement s'en sont de tout temps rapportés à la règle des tiers. Cette règle est une entente conclue entre parties qui échangent des renseignements, selon laquelle la partie qui communique les renseignements conserve un droit de regard sur la divulgation et l'utilisation ultérieures des renseignements. Autrement dit, les organismes qui reçoivent des renseignements en application de la règle des tiers promettent de ne pas divulguer les renseignements qu'ils reçoivent sans avoir obtenu au préalable l'autorisation de la source. Cela dit, la règle des tiers est une règle sacro-sainte parmi les organismes d'application de la loi et les agences de renseignement, une règle fondée sur la confiance mutuelle, la fiabilité et la loyauté. X (au nom de la GRC), auteur d'un affidavit déposé pour le demandeur, décrit cette règle dans son affidavit comme une [TRADUCTION] « entente entre parties échangeant des renseignements, selon laquelle la partie qui communique les renseignements conserve un droit de regard sur la diffusion et l'utilisation ultérieures de tels

[71] The Attorney General submits that if the third-party rule is breached, the bilateral relationship between the party sharing information and Canada could be detrimentally affected. The Attorney General also submits that because the law enforcement and intelligence communities are relatively small, if Canada is viewed as unreliable and untrustworthy by one country, this view may be adopted by other countries that may have access to information of interest to Canada. As per X (for the RCMP)'s affidavit, strict adherence to the third-party rule is necessary to maintain relationships with law enforcement and intelligence partners so as to continue to receive information from them.

[72] The Attorney General, through its submissions and its affidavits, also explains that under the third-party rule it is possible to seek consent for disclosure from providers of the information. Such consent is generally sought in the law enforcement context, where the receiving agency wishes to press charges based on the information obtained. X (for the RCMP)'s affidavit explains that although a procedure exists for seeking consent to disclosure, if the RCMP were to seek consent to disclose the information in this case, the RCMP's commitment to the third-party rule may be questioned as disclosure would be sought for a purpose other than law enforcement, and therefore outside the general accepted parameters for seeking consent (X (for the RCMP)'s affidavit, at paragraph 42).

[73] The respondent Maher Arar submits that the third-party rule does not apply unless the information obtained by Canada is specifically marked as "confidential," or otherwise designated as being protected by the third-party rule. Thus, only where information is marked as being protected will Canada be required to obtain consent before disclosing such

renseignements au-delà de la partie qui les a reçus » (affidavit public de X (au nom de la GRC), paragraphe 23).

[71] Selon le procureur général, si la règle des tiers est enfreinte, la relation bilatérale entre la partie qui a communiqué les renseignements et le Canada risque d'en souffrir. Le procureur général dit aussi que, parce que les organismes d'application de la loi et les agences de renseignement sont relativement peu nombreux, si le Canada est perçu par un pays comme un pays auquel on ne peut se fier, cette perception pourrait être adoptée par d'autres pays susceptibles d'avoir accès à des renseignements présentant de l'intérêt pour le Canada. D'après l'affidavit de X (au nom de la GRC), le respect strict de la règle des tiers est nécessaire si l'on veut préserver nos relations avec les organismes d'application de la loi et les agences de renseignement et continuer de recevoir des renseignements de ces organismes et agences.

[72] Dans ses conclusions et ses affidavits, le procureur général explique aussi que, selon la règle des tiers, il est possible d'obtenir de la source des renseignements un consentement à leur divulgation. Ce consentement est généralement sollicité dans le contexte de l'application de la loi, quand l'organisme qui reçoit les renseignements souhaite engager des poursuites sur la foi des renseignements obtenus. Dans son affidavit, X (au nom de la GRC) explique que, bien qu'il existe une procédure permettant d'obtenir un consentement à la divulgation, si la GRC devait obtenir un consentement à la divulgation des renseignements en l'espèce, l'engagement de la GRC à observer la règle des tiers pourrait être mis en doute puisque la divulgation serait demandée pour une fin autre que l'application de la loi, et donc en dehors des paramètres généralement admis pour l'obtention d'un consentement (affidavit de X (au nom de la GRC), paragraphe 42).

[73] Le défendeur Maher Arar dit que la règle des tiers ne s'applique pas si les renseignements obtenus par le Canada ne sont pas expressément étiquetés « confidentiels » ou s'ils ne sont pas autrement désignés comme renseignements protégés par la règle des tiers. Ainsi, ce n'est que lorsque les renseignements sont désignés « confidentiels » que le Canada sera tenu

information. Counsel to Mr. Arar referred to the Federal Court of Appeal's decision in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589 which provides an in-depth overview of the third-party rule in the context of the *Access to Information Act*. Justices Létourneau and Robertson writing for the Court, state at paragraphs 101, 103, 110 and 111:

Section 19 is a qualified mandatory exemption: the head of a government institution must refuse to disclose personal information obtained in confidence from another government or an international organization of states unless that government or institution consents to disclosure or makes the information public. This is generally referred to as the third party exemption.

It is true that the primary thrust of the section 19 exemption is non-disclosure of the information but, as we already mentioned, it is not an absolute prohibition against disclosure. This exemption, like the others, has to be read in the overall context of the Act which favours access to the information held. Subsection 19(2) authorizes the head of a government institution to disclose the information where the third party consents.

In our view, a request by an applicant to the head of a government institution to have access to personal information about him includes a request to the head of that government institution to make reasonable efforts to seek the consent of the third party who provided the information.

This means that the reviewing Judge ought to ensure that CSIS has made reasonable efforts to seek the consent of the third party who provided the requested information. If need be, a reasonable period of time should be given by the reviewing Judge to CSIS to comply with the consent requirement of paragraph 19(2)(a).

In summary, the Federal Court of Appeal in *Ruby* indicates that consent to disclosure is necessary to not violate the third-party rule and that law enforcement and intelligence agencies have a duty to prove that they made reasonable efforts to obtain consent to disclosure or they must provide evidence that such a request would

d'obtenir un consentement avant de les divulguer. L'avocat de M. Arar s'est référé à un arrêt de la Cour d'appel fédérale, *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589, qui fait un examen détaillé de la règle des tiers dans le contexte de la *Loi sur l'accès à l'information*. Les juges Létourneau et Robertson, s'exprimant pour la Cour d'appel fédérale, écrivaient ce qui suit, aux paragraphes 101, 103, 110 et 111 :

L'article 19 prévoit une exception obligatoire conditionnelle : le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de renseignements personnels obtenus à titre confidentiel d'un autre gouvernement ou d'une organisation internationale d'États à moins que ce gouvernement ou cette institution ne consente à la communication ou ne rende les renseignements publics. C'est ce que l'on appelle généralement l'exception relative aux tiers.

[. . .]

Il est vrai que le but premier de l'exception prévue à l'article 19 est la non-communication de renseignements mais, comme nous l'avons déjà mentionné, il ne s'agit pas d'une interdiction absolue. Cette exception, comme les autres, doit être interprétée dans le contexte général de la Loi, qui favorise la communication des renseignements qui sont conservés. Le paragraphe 19(2) autorise le responsable d'une institution fédérale à communiquer les renseignements si le tiers a donné son consentement.

[. . .]

À notre avis, en demandant au responsable d'une institution fédérale la communication des renseignements personnels le concernant, le demandeur demande également au responsable de cette institution de faire des efforts raisonnables pour obtenir le consentement du tiers qui a fourni les renseignements en question.

Cela veut dire que le juge qui effectue l'examen devrait s'assurer que le SCRS a fait des efforts raisonnables pour solliciter le consentement du tiers qui avait fourni les renseignements en question. Au besoin, le juge qui effectue l'examen devrait accorder une période raisonnable au SCRS pour lui permettre de se conformer à l'exigence relative au consentement prévue à l'alinéa 19(2)a).

En bref, dans l'arrêt *Ruby*, la Cour d'appel fédérale dit que le consentement à la divulgation est nécessaire au respect de la règle des tiers et que les organismes d'application de la loi et les agences de renseignement doivent prouver qu'ils ont pris les moyens raisonnables pour obtenir un consentement à la divulgation, ou

be refused if consent to disclosure was sought.

[74] Mr. Arar also argues that the Attorney General provided no specific information as to why seeking consent to disclosure would cause harm to Canada. According to Mr. Arar, the argument that seeking consent to disclosure is different in the law-enforcement context and in the context of a public inquiry is not compelling. Mr. Arar explains that the goals of the Inquiry, namely to look into the potential wrongdoings of Canadian officials in the Arar affair as well as recommend a review mechanism for the RCMP's national security activities, are reasons as compelling as criminal prosecutions for seeking consent to disclosure.

[75] Moreover, Mr. Arar contends that if seeking consent, on its own, amounts to harm, depending on the country from which disclosure is sought, the likelihood of harm may be limited. If the information originates from countries such as the United Kingdom or the United States, or other western democracies, seeking consent is unlikely to cause harm as these countries have legal systems similar to Canada's and therefore understand the role and importance of public inquiries for promoting democratic governance. According to Mr. Arar, this is particularly true of the United States, as the country was approached by the Commission and was invited to participate in the Inquiry, but refused to do so. Finally, Mr. Arar submits that seeking consent to disclosure, on its own, is unlikely to cause harm, especially as the fact that consent is sought does not mean that consent will be given and that the information at issue will be disclosed.

[76] Furthermore, Mr. Arar submits that with respect to other regimes such as Syria, it is unlikely that consent to disclosure would cause further harm to Syria's relationship with Canada. The fact that the Commission substantiated Mr. Arar's claims that he was tortured by Syrian officials and that the Government of Canada has made an official complaint to the Syrian government

prouver qu'une demande de consentement à la divulgation leur serait refusée.

[74] M. Arar fait aussi valoir que le procureur général n'a donné aucune idée précise de la raison pour laquelle le fait de demander un consentement à la divulgation causerait un préjudice au Canada. Selon M. Arar, l'argument selon lequel la recherche d'un consentement à la divulgation n'a pas le même sens selon que l'on a affaire à l'application de la loi ou à la tenue d'une enquête publique n'est pas convaincant. M. Arar explique que les buts de l'Enquête, c'est-à-dire l'examen des méfaits qu'ont pu commettre les fonctionnaires canadiens dans l'affaire Arar ainsi que la recommandation d'un mécanisme de contrôle des activités de la GRC en matière de sécurité nationale, constituent des raisons aussi impérieuses que des poursuites criminelles de vouloir obtenir un consentement à la divulgation.

[75] Par ailleurs, M. Arar affirme que, si le fait de solliciter un consentement entraîne en tant que tel un préjudice pour le Canada, alors, en fonction du pays auquel tel consentement est demandé, la probabilité du préjudice est sans doute limitée. Si les renseignements viennent de pays tels que le Royaume-Uni ou les États-Unis, ou d'autres démocraties occidentales, l'obtention d'un consentement n'est guère susceptible d'entraîner un préjudice, car ces pays ont des systèmes juridiques semblables à celui du Canada et comprennent par conséquent le rôle et l'importance des enquêtes publiques pour la sauvegarde d'une démocratie. Selon M. Arar, cela est particulièrement vrai pour les États-Unis, puisque ce pays, invité par la Commission à participer à l'Enquête, a décliné l'offre. Finalement, M. Arar dit que la quête d'un consentement à la divulgation est peu susceptible en tant que telle d'entraîner un préjudice, d'autant que la quête d'un tel consentement ne signifie pas que le consentement sera donné et que les renseignements en cause seront divulgués.

[76] En outre, M. Arar dit que, s'agissant d'autres régimes tels que le régime syrien, il est peu probable qu'un consentement à la divulgation desservirait davantage la relation entre la Syrie et le Canada. Le fait que la Commission ait étayé les dires de M. Arar selon lesquels il a été torturé par des fonctionnaires syriens, ajouté au fait que le gouvernement du Canada a déposé

with respect to Mr. Arar's torture while in Syrian jail has probably soured relations between the two countries more than seeking consent to disclosure could.

[77] This being said, in my view the third-party rule is of essence to guarantee the proper functioning of modern police and intelligence agencies. This is particularly true given that organized criminal activities are not restricted to the geographic territory of a particular nation and that recent history has clearly demonstrated that the planning of terrorist activities is not necessarily done in the country where the attack is targeted so as to diminish the possibility of detection. Consequently, the need for relationships with foreign intelligence and policing agencies, as well as robust cooperation and exchanges of information between these agencies, is essential to the proper functioning of policing and intelligence agencies worldwide.

[78] Furthermore, I note that information sharing is particularly important in the Canadian context as it is recognized that our law enforcement and intelligence agencies require information obtained by foreign law enforcement and intelligence agencies in order to nourish their investigations. It has been recognized time and time again that Canada is a net importer of information, or in other words, that Canada is in a deficit situation when compared with the quantity of information it provides to foreign nations. The Supreme Court in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350, noted at paragraph 68:

The protection of Canada's national security and related intelligence sources undoubtedly constitutes a pressing and substantial objective.... The facts on this point are undisputed. Canada is a net importer of security information. This information is essential to the security and defence of Canada, and disclosure would adversely affect its flow and quality....

[79] In my view breaching the third-party rule can be compared to the breach of one's contractual obligations.

une plainte officielle auprès du gouvernement syrien à propos de la torture subie par M. Arar alors qu'il était dans une prison syrienne, a probablement contribué à la dégradation des relations entre les deux pays plus que ne pourrait le faire la quête d'un consentement à la divulgation.

[77] Pour autant, la règle des tiers est à mon avis essentielle pour garantir le bon fonctionnement des organisations modernes chargées du renseignement ou de l'application de la loi. Cela est d'autant plus vrai que les activités criminelles organisées ne se limitent pas au territoire géographique d'un pays donné et que l'histoire récente a clairement montré que la planification d'activités terroristes n'a pas nécessairement lieu dans le pays visé par l'attaque, réduisant ainsi les possibilités de détection. Par conséquent, des liens étroits avec les agences étrangères de renseignement et d'application de la loi, à quoi s'ajoutent une solide coopération et un échange de renseignements entre telles agences, sont essentiels pour leur bon fonctionnement partout dans le monde.

[78] Par ailleurs, je relève que l'échange de renseignements est particulièrement important dans le contexte canadien car il est reconnu que nos agences de renseignement et d'application de la loi ont besoin des informations obtenues par les agences étrangères de renseignement et d'application de la loi pour pouvoir mener leurs propres enquêtes. Il a été reconnu maintes fois que le Canada est un importateur net de renseignements ou, autrement dit, que le Canada est dans une situation déficitaire lorsqu'on tient compte de la quantité de renseignements qu'il communique aux pays étrangers. La Cour suprême écrivait ce qui suit au paragraphe 68 de l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350 :

La protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue assurément un objectif urgent et réel [...] Les faits à cet égard ne sont pas contestés. Le Canada est un importateur net de renseignements sur la sécurité. Or, ces derniers sont essentiels pour la sécurité et la défense du Canada, et leur divulgation nuirait à la circulation et à la qualité de ces renseignements [...]

[79] À mon avis, passer outre à la règle des tiers peut se comparer à un manquement à des obligations

In contract law, the effect of a breach of a contract is not necessarily clear at the moment of the breach. However, after a breach occurs numerous possible scenarios may come true. The first being that the innocent party may begin proceedings against the breaching party for damages. The second being that the innocent party takes no outright action; however they view the breaching party as unreliable and untrustworthy which may affect the relationship to varying degrees, the extent of which are generally only known to the innocent party. The third being that nothing occurs. This could happen for various reasons, among them that the contract is viewed as unimportant, the innocent party wished the contract to come to an end, the innocent party is empathetic as they would have taken the same action as the breaching party, etc. In my view these same scenarios are possible where a breach of the third-party rule occurs. If Canada were to breach the third-party rule, depending on the particular circumstances, injury could occur. However, the extent of the harm which may follow would not be easy to assess as it is impossible to predict the future. In other words, a breach of the third-party rule may cause harm and may affect the flow of information to Canada. However, in many cases, only the non-breaching party will fully know the effect of a breach to this rule.

[80] When determining whether disclosure will cause harm, it is also important to consider the nature of Canada's relationship with the law enforcement or intelligence agency from which the information was received. It is recognized that certain agencies are of greater importance to Canada and thus that more must be done to protect our relationship with them. Consequently, care must be taken when considering whether to circumvent the third-party rule in what concerns information obtained from our most important allies.

[81] This being said, the severity of the harm that may be caused by a breach of the third-party rule can be

contractuelles. En droit des contrats, l'effet de la rupture d'un contrat n'est pas nécessairement évident au moment de la rupture. Cependant, après la rupture, de nombreux scénarios possibles peuvent se réaliser. Le premier est que la partie lésée par la rupture pourra introduire une procédure contre la partie à l'origine de la rupture pour obtenir réparation. Le deuxième est que la partie lésée par la rupture n'introduira aucune procédure judiciaire, mais considérera la partie à l'origine de la rupture comme quelqu'un à qui l'on ne peut se fier, ce qui risque de nuire à la relation à des degrés divers, qui sont en général connus seulement de la partie victime de la rupture. Le troisième est l'absence de toute action suite à la rupture. Cela pourra se produire pour diverses raisons, notamment le fait que le contrat est jugé sans importance, le fait que la partie victime de la rupture souhaitait que le contrat prenne fin, ou bien le fait que la partie victime de la rupture se montre compréhensive parce qu'elle aurait pris la même décision que la partie à l'origine de la rupture, etc. Selon moi, ces mêmes scénarios sont possibles en cas de manquement à la règle des tiers. Si le Canada devait enfreindre la règle des tiers, il pourrait en résulter un préjudice, en fonction des circonstances. Cependant, l'étendue du préjudice possible ne serait pas facile à mesurer car il est impossible de prédire l'avenir. Autrement dit, passer outre à la règle des tiers risquerait de causer un préjudice et de compromettre le flux de renseignements que reçoit le Canada. Cependant, dans de nombreux cas, seule la partie innocente connaîtra véritablement l'effet d'un manquement à cette règle.

[80] Lorsqu'on se demande si la divulgation de renseignements causera un préjudice, il importe également de considérer la nature de la relation du Canada avec l'agence de renseignement ou l'agence d'application de la loi d'où proviennent les renseignements. Il est admis que certaines agences présentent une importance plus grande pour le Canada et donc qu'il faut faire davantage pour protéger nos relations avec elles. Par conséquent, il faut agir avec circonspection lorsqu'on envisage la possibilité de transgresser la règle des tiers à l'égard de renseignements obtenus de nos alliés les plus importants.

[81] Cela dit, la gravité du préjudice pouvant résulter d'un manquement à la règle des tiers pourra être

assessed under the third part of the section 38.06 test when the reviewing judge balances the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure.

#### (VIII) The Mosaic Effect

[82] This Court and numerous others have written at length about the “mosaic effect.” This principle advances that information, which in isolation appears meaningless or trivial, could when fitted together permit a comprehensive understanding of the information being protected. Justice Mosley in *Khawaja*, at paragraph 136 cites *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), at pages 242-243; aff'd (1992), 88 D.L.R. (4th) 575 (F.C.A.) to describe the “mosaic effect”:

The mosaic effect was aptly described by the Federal Court in *Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)*, [1989] 2 F.C. 229 at para. 30 (T.D.), aff'd, 88 D.L.R. (4th) 575 (C.A.) [*Henrie*] wherein the Court recognized:

**30** It is of some importance to realize than an “informed reader”, that is, a person who is both knowledgeable regarding security matters and is a member of or associated with a group which constitutes a threat or a potential threat to the security of Canada, will be quite familiar with the minute details of its organization and of the ramifications of its operations regarding which our security service might well be relatively uninformed. As a result, such an informed reader may at times, by fitting a piece of apparently innocuous information into the general picture which he has before him, be in a position to arrive at some damaging deductions regarding the investigation of a particular threat or of many other threats to national security.... [Emphasis added by Mosley J.]

[83] The Attorney General submits that in what concerns the particular information at issue in this application, probable injury would occur if the information is disclosed due to the “mosaic effect.” The affiant X (for the RCMP) explains that “the more limited the dissemination of some of the information, the more likely an informed reader can determine the targets, sources and methods of operation of the agency”

mesurée à la faveur du troisième volet du critère de l'article 38.06, lorsque le juge chargé du contrôle mettra en balance les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation et les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation.

#### VIII) L'effet de mosaïque

[82] La Cour et bien d'autres juridictions se sont exprimées en détail sur l'« effet de mosaïque ». Ce principe pose que des renseignements, qui, pris isolément, paraissent sans signification ou sans valeur, pourraient, combinés les uns aux autres, donner une bonne idée des renseignements qui sont protégés. Dans le jugement *Khawaja*, au paragraphe 136, le juge Mosley se réfère, pour décrire l'« effet de mosaïque », à la décision *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1<sup>re</sup> inst.), aux pages 242 et 243, confirmée par [1992] A.C.F. n° 100 (C.A.) (QL) :

L'effet de mosaïque a été exposé judicieusement par la Cour fédérale dans la décision *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229, paragraphe 30 (1<sup>re</sup> inst.), confirmé : 88 D.L.R. (4th) 575 (C.A.) [la décision *Henrie*], où la Cour s'est exprimée en ces termes :

**30** Il importe de se rendre compte qu'un [TRADUCTION] « observateur bien informé », c'est-à-dire une personne qui s'y connaît en matière de sécurité et qui est membre d'un groupe constituant une menace, présente ou éventuelle, envers la sécurité du Canada, ou une personne associée à un tel groupe, connaîtra les rouages de celui-ci dans leurs moindres détails ainsi que les ramifications de ses opérations dont notre service de sécurité pourrait être relativement peu informé. En conséquence de quoi l'observateur bien informé pourra parfois, en interprétant un renseignement apparemment anodin en fonction des données qu'il possède déjà, être en mesure d'en arriver à des déductions préjudiciables à l'enquête visant une menace particulière ou plusieurs autres menaces envers la sécurité nationale [...] [Souligné par le juge Mosley.]

[83] Selon le procureur général, s'agissant des renseignements particuliers qui sont en cause dans la présente demande, un préjudice sera probablement causé si les renseignements sont divulgués, et cela en raison de l'« effet de mosaïque ». X (au nom de la GRC), dans son affidavit, explique que [TRADUCTION] « un lecteur bien informé sera d'autant mieux à même de déterminer les cibles, les sources et les modes opératoires de

(affidavit of X (for the RCMP), at paragraph 48). Mr. O’Brian, in his affidavit, also explains that CSIS is particularly concerned with the mosaic effect. At paragraphs 32-33 of his affidavit, Mr. O’Brian wrote:

... in the hands of an informed reader, seemingly unrelated pieces of information, which may not in and of themselves be particularly sensitive, can be used to develop a more comprehensive picture when compared with information already known by the recipient or available from another source.

By fitting the information disclosed by the Service with what is already known, the informed reader can determine far more about the Service’s targets and the depth of its knowledge than a document on its face reveals to an uninformed reader. In addition, by [*sic*] having some personal knowledge of the Service’s assessments and conclusions on an individual or the depth, or lack, of its information regarding specific threats would alert some persons to the fact that their activities escaped investigation by the Service.

[84] This being said, the mosaic effect is obviously of concern. However, I agree with my colleague Justice Mosley’s recent conclusion in *Khawaja*, at paragraph 136, that the mosaic effect, on its own, will not usually provide sufficient reason to prevent disclosure of what would otherwise appear to be an innocuous piece of information. Thus, further evidence will generally be required to convince the Court that a particular piece of information, if disclosed, would be injurious to international relations, national defence or national security. Consequently the Attorney General, at minimum, will have to provide some evidence to convince the Court that disclosure would be injurious due to the mosaic effect. Simply alleging a “mosaic effect” is not sufficient. There must be some basis or reality for such a claim, based on the particulars of a given file.

(IX) The Impact of Disclosure on International Relations

[85] The Attorney General, particularly through the affidavit of Mr. Daniel Livermore, explains how

l’organisme que la diffusion de certains des renseignements sera restreinte » (affidavit de X (au nom de la GRC), paragraphe 48). Dans son affidavit, M. O’Brian explique également que le SCRS est particulièrement sensible à l’effet de mosaïque. Aux paragraphes 32 et 33 de son affidavit, M. O’Brian écrivait ce qui suit :

[TRADUCTION] [...] dans les mains d’un lecteur bien informé, des renseignements apparemment sans rapport entre eux, qui par eux-mêmes ne sont pas nécessairement très sensibles, pourront servir à dresser un tableau plus détaillé une fois comparés à des renseignements déjà connus du destinataire ou pouvant être obtenus d’une autre source.

En intégrant les renseignements divulgués par le Service à ceux qui sont déjà connus, le lecteur informé pourra en apprendre bien davantage sur les cibles du Service et sur la profondeur de ses connaissances que ce qu’un document révélera à première vue à un lecteur non informé. En outre, une personne qui a une connaissance personnelle des évaluations et conclusions du Service sur un individu, ou une connaissance personnelle de l’ampleur des renseignements du Service, ou de son manque de renseignements, touchant telle ou telle menace, sera en mesure de savoir que ses activités ont échappé à la vigilance du Service.

[84] Cela dit, l’effet de mosaïque est évidemment une notion importante. Toutefois, je souscris à la récente conclusion tirée par mon collègue le juge Mosley dans le jugement *Khawaja*, au paragraphe 136, conclusion selon laquelle l’effet de mosaïque ne saurait en général, par lui-même, constituer une raison suffisante d’empêcher la divulgation de ce qui semblerait pouvoir par ailleurs être qualifié de renseignement anodin. Ainsi, d’autres preuves seront en général nécessaires pour convaincre la Cour qu’un renseignement particulier, s’il était divulgué, serait préjudiciable aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale. Par conséquent, le procureur général devra à tout le moins apporter une preuve propre à convaincre la Cour que la divulgation serait préjudiciable en raison de l’effet de mosaïque. Le simple fait d’alléguer un « effet de mosaïque » ne suffit pas. Il doit y avoir un fondement ou une réalité à l’appui d’une telle allégation, compte tenu des éléments du dossier considéré.

IX) Les conséquences de la divulgation sur les relations internationales

[85] Le procureur général, en particulier par l’intermédiaire de l’affidavit de M. Daniel Livermore,

disclosure of information could be injurious to international relations. Below, I have detailed the various effects which the Attorney General claims disclosure would have, as well as the injury following from each of them. I note that some of the injurious effects described do not specifically apply to the factual situation in this application, but for the sake of completeness and for future reference, I have included them in this decision.

(a) Disclosure of Comments made by Foreign Officers

[86] Mr. Livermore in his affidavit writes that in the normal course of diplomatic exchanges, information is provided in confidence to foreign officials with the expectation that such information will remain confidential. Mr. Livermore goes on to state that the release of information acquired by Canada through diplomatic exchanges would undermine Canada's credibility as a privileged interlocutor with the foreign officers and the foreign government in question. Mr. Livermore also suggests that it is international practice that information provided in confidence by foreign officials is to remain confidential and that the names of foreign officials who provide such information are to remain confidential. To do otherwise, according to Mr. Livermore, would severely affect Canada's ability to pursue its foreign policy objectives.

[87] Reid Morden, affiant for the Commission, agrees in part with Mr. Livermore. Mr. Morden in his affidavit states at paragraph 18 that:

Without question, one must exercise judgment before disclosing comments made by foreign officials. This judgment involves weighing the release of the information against the broader public interest. However, this balancing process must be done on a case by case basis.

(b) Public Criticism of Foreign Governments

[88] According to Mr. Livermore, public negative comments made by Canadian diplomats about foreign governments can cause injury. Mr. Livermore, in his affidavit, explains that the fundamental purpose of Canadian diplomatic presence in a country is to maintain

explique en quoi la divulgation des renseignements pourrait être préjudiciable aux relations internationales. J'ai détaillé ci-après les divers effets qu'aurait la divulgation, selon le procureur général, ainsi que le préjudice qui découlerait de chacun d'eux. Je relève que certains des effets préjudiciables évoqués ne s'appliquent pas expressément au contexte de la présente demande, mais, par souci d'exhaustivité, et pour référence future, j'en fais état dans le présent jugement.

a) Divulgence de commentaires faits par des agents étrangers

[86] Dans son affidavit, M. Livermore écrit que, dans le cours normal des échanges diplomatiques, des renseignements sont communiqués à titre confidentiel à des agents étrangers, et il est de règle que tels renseignements restent confidentiels. Puis, M. Livermore écrit que la communication de renseignements acquis par le Canada à la faveur d'échanges diplomatiques mettrait en péril la crédibilité du Canada comme interlocuteur privilégié des agents étrangers et du gouvernement étranger en cause. M. Livermore donne aussi à entendre que, d'après la pratique internationale, les renseignements communiqués à titre confidentiel par des agents étrangers doivent rester confidentiels, tout comme les noms des agents étrangers qui les communiquent. Selon M. Livermore, passer outre à cette pratique compromettrait gravement la capacité du Canada d'atteindre ses objectifs de politique étrangère.

[87] Reid Morden, auteur d'un affidavit déposé au nom de la Commission, souscrit en partie à l'avis de M. Livermore. Il écrit ce qui suit, au paragraphe 18 de son affidavit :

[TRADUCTION] Sans aucun doute, il faut faire preuve de discernement avant de divulguer des observations faites par des agents étrangers. Ce discernement requiert de mettre en balance la communication des renseignements et l'intérêt public général. Toutefois, cette mise en balance doit se faire au cas par cas.

b) Critique publique de gouvernements étrangers

[88] Selon M. Livermore, les commentaires publics défavorables faits par des diplomates canadiens à propos de gouvernements étrangers peuvent causer un préjudice. Dans son affidavit, il explique que l'objet fondamental de la présence diplomatique du Canada

influential channels of communication to protect Canadians and advance a wide range of Canadian interests including the respect for human rights, democracy, and the rule of law. Furthermore, the affiant states that to permit Canadian officials to make public negative comments about a foreign government would diminish Canada's influence in the country at which the comments are aimed, and would diminish Canada's capacity to protect Canadians in distress through consular services.

[89] Mr. Livermore also suggests that the release of confidential assessments of human rights situations of foreign countries, as well as other assessments of situations in foreign countries, may affect the willingness of foreign states to engage with Canada on such issues.

[90] For its part, the Commission submits, through its affiant Reid Morden, that public criticism of a country's human rights record would not necessarily have an adverse impact on Canada's relations with that country or on information sharing. Mr. Morden points to the fact that the United States publicly criticizes countries with poor human rights records and publishes this criticism in report format on the official website of the State Department, yet retains good relations with many of these countries.

(X) If Injury is Found to Exist, which Interest Prevails—the Public Interest in Disclosure or the Public Interest in Non-Disclosure?

[91] The last step of the analysis under section 38.06 of the CEA demands that a reviewing judge consider whether the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure. It must be noted that a judge will normally only undertake such an analysis where an injury to international relations, national defence or national security is found to exist. However, in the present case which involves a commission of inquiry and because of the issues at play, I undertook

dans un pays est d'entretenir des canaux influents de communication afin de protéger les Canadiens et de défendre un large éventail d'intérêts canadiens, notamment le respect des droits de la personne, la démocratie et la primauté du droit. Par ailleurs, M. Livermore écrit dans son affidavit que le fait de permettre aux fonctionnaires canadiens de faire publiquement des commentaires défavorables à propos d'un gouvernement étranger nuirait au prestige du Canada dans le pays visé par les commentaires et réduirait sa capacité de protéger par des services consulaires les Canadiens en difficulté.

[89] M. Livermore croit aussi que la communication d'évaluations confidentielles portant sur le bilan de tel ou tel pays étranger en matière de droits de l'homme, tout comme la communication d'autres évaluations portant sur la situation qui a cours dans un pays étranger, pourraient rendre l'État étranger concerné moins disposé à dialoguer avec le Canada sur les sujets de ce genre.

[90] Pour sa part, la Commission estime, par l'intermédiaire de l'affidavit de Reid Morden, que la critique publique du bilan d'un pays en matière de droits de l'homme n'aurait pas nécessairement de conséquences négatives sur les relations du Canada avec ce pays, ni sur l'échange de renseignements. M. Morden signale que les États-Unis critiquent publiquement des pays où les droits de l'homme sont bafoués et publient leurs évaluations dans des rapports affichés sur le site Web officiel du Département d'État, tout en entretenant de bonnes relations avec nombre de ces pays.

X) S'il y a préjudice, quelles raisons d'intérêt public ont priorité, les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation ou les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation?

[91] La dernière étape de l'analyse que requiert l'article 38.06 de la LPC oblige le juge chargé du contrôle à se demander si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. Il convient de noter que le juge n'entreprendra en principe une telle analyse que s'il conclut à la probabilité d'un préjudice pour les relations internationales, la défense nationale ou la sécurité nationale. Cependant, dans le

such an analysis even though I concluded that disclosing some of the information would not be injurious.

[92] This being said and keeping in mind that the present application involves a commission of inquiry, the weighing of the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure involves assessing numerous factors. These factors can only be identified after the factual issues at hand are properly understood. Once the factors at play in a particular proceeding are identified, they are individually assessed and then weighed against one another. It is only once this exercise is complete that a proper determination as to whether the public interest favours disclosure or non-disclosure can be made. In the following paragraphs, I will identify some of the factors considered in the present application, keeping in mind that it involves a commission of inquiry.

[93] One factor which was considered was the relevance of the redacted information. In some circumstances, the higher the relevance of the redacted information, the greater the public interest in disclosure and conversely the less relevant the information the greater the public interest in non-disclosure. I reiterate, such an assessment cannot in itself be determinative of the interest since it can only be made after all the factors at play in a particular proceeding are identified and assessed. A second factor which can be considered is the extent of the injury that would occur if the information is disclosed. It may be that the less severe the injury the greater the public interest in disclosure, and conversely the greater the injury the greater the public interest in non-disclosure. As an example, where a human source or an investigative technique would be disclosed, the injury likely to occur would be very grave and therefore the public interest would favour non-disclosure; however, where the only injury is a loss of control of the information, the injury would be less severe and therefore the public interest would tip in favour of disclosure. Again, this assessment is not determinative in itself, as a determination as to whether the public interest lies in disclosure or non-disclosure can only be made after all the factors at play in a particular proceeding are identified and assessed.

cas présent, qui concerne une commission d'enquête, et en raison des questions en jeu, j'ai fait cette analyse alors même que je suis arrivé à la conclusion que la divulgation de certains des renseignements ne serait pas préjudiciable.

[92] Cela dit, et compte tenu que la présente demande se rapporte à une commission d'enquête, la mise en balance des deux ensembles de raisons d'intérêt public requiert d'apprécier de nombreux facteurs. Ces facteurs ne peuvent être inventoriés qu'après que sont bien compris les points de fait en cause. Une fois inventoriés les facteurs en cause dans une procédure donnée, chacun est examiné, puis mis en balance avec les autres. Ce n'est qu'après avoir fait cela que l'on sera en mesure de dire si l'intérêt public milite en faveur de la divulgation ou de la non-divulgation. Dans les paragraphes suivants, j'indiquerai certains des facteurs étudiés dans la présente demande, tout en gardant à l'esprit qu'elle concerne une commission d'enquête.

[93] L'un des facteurs étudiés était la pertinence des renseignements expurgés. Dans certains cas, plus les renseignements expurgés sont pertinents, plus les raisons d'intérêt public qui militent en faveur de la divulgation sont évidentes et, inversement, moins les renseignements expurgés sont pertinents, plus les raisons d'intérêt public qui militent en faveur de la non-divulgation sont évidentes. Je le rappelle, une telle évaluation ne saurait en elle-même déterminer l'intérêt public, puisqu'elle ne peut avoir lieu qu'après que tous les facteurs en cause dans une procédure donnée sont inventoriés et évalués. Un deuxième facteur que l'on peut considérer est l'étendue du préjudice qui résulterait d'une divulgation des renseignements. Il se pourrait que les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation soient d'autant plus évidentes que le préjudice sera moindre et, inversement, que les raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgation soient d'autant plus évidentes que le préjudice sera élevé. À titre d'exemple, lorsqu'une source humaine ou une technique d'enquête risque d'être révélée, le préjudice pouvant être causé serait très grave et donc l'intérêt public militerait en faveur de la non-divulgation; cependant, lorsque l'unique préjudice est la perte d'une mainmise sur les renseignements, le préjudice serait moins grave et donc l'intérêt public militerait en faveur de la divulgation.

[94] Below, I have detailed the various interests raised by both respondents in favour of public disclosure. I note that it is impossible to comment on the persuasiveness of the public interest arguments raised in this public judgment. Nonetheless, I can say that I have considered each of these arguments when weighing the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure.

[95] The Commission submits that disclosure is necessary to promote the “open court” principle. Public inquiries play an important role in democracy by ensuring that Government officials are accountable. A commission’s ability to reveal the truth to the public about a particular controversy may allow the public to regain its confidence in governing institutions. The Commission also submits that only through maximum disclosure will the Government be exposed to public scrutiny, which is, according to the Commission “unquestionably the most effective tool in achieving accountability for those whose action [*sic*] are being examined.” (Commission’s memorandum of fact and law, at paragraph 59). Keeping these concepts in mind, it is important to remember that the Commissioner declared himself satisfied with the content of the public report (see paragraph 15 of the present decision). In my view, this opinion is an element to consider when balancing the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure.

[96] The respondent Mr. Arar, for his part, submits that not disclosing the redacted information would undermine the very purpose of calling the Inquiry. According to Mr. Arar, he has a right to know the facts relating to his detention, deportation and torture. Furthermore, he claims that the redactions within the

Encore une fois, cette évaluation n’est pas en soi déterminante, puisque la décision quant à savoir si l’intérêt public milite en faveur de la divulgation ou de la non-divulgation ne peut être prise qu’après que tous les facteurs en cause dans une procédure donnée auront été définis et évalués.

[94] J’ai exposé en détail ci-après les divers intérêts invoqués par les deux défendeurs à l’appui d’une divulgation publique. Je note qu’il m’est impossible de m’exprimer sur la force de persuasion des arguments touchant l’intérêt public qui sont invoqués dans le présent jugement public. Néanmoins, je peux affirmer que j’ai examiné chacun de ces arguments dans la mise en balance des raisons d’intérêt public justifiant la divulgation et des raisons d’intérêt public justifiant la non-divulgation.

[95] Selon la Commission, la divulgation est nécessaire pour faire prévaloir le principe de la publicité des débats judiciaires. Les enquêtes publiques jouent un rôle important dans une démocratie puisque, dans le cadre de ces dernières, les fonctionnaires du gouvernement sont appelés à rendre des comptes. L’aptitude d’une commission à révéler la vérité au public à propos de telle ou telle polémique peut avoir pour effet de rétablir la confiance du public dans les institutions qui nous gouvernent. La Commission dit aussi que ce n’est que par un maximum de divulgation que le gouvernement sera exposé à l’examen du public, lequel, selon la Commission, est [TRADUCTION] « indiscutablement l’instrument le plus efficace pour rendre comptables de leurs actes ceux qui sont interrogés » (exposé des faits et du droit présenté par la Commission, paragraphe 59). Ces notions bien comprises, il importe de se rappeler que le commissaire s’est déclaré satisfait du contenu du rapport public (voir paragraphe 15 du présent jugement). Selon moi, cette opinion est un élément à prendre en compte dans la mise en balance des raisons d’intérêt public justifiant la divulgation et des raisons d’intérêt public justifiant la non-divulgation.

[96] Le défendeur, M. Arar, pour sa part, dit que la non-divulgation des renseignements expurgés mettrait en péril l’objet même de l’Enquête. Selon M. Arar, il a le droit de connaître les faits liés à sa détention, à son expulsion et aux tortures qu’il a subies. Par ailleurs, il dit que les passages expurgés du rapport public

public report may contain information which is necessary for the public to understand the actions of the RCMP and CSIS in the Arar affair. In particular, he believes that at least some of the redactions relate to the candour of certain CSIS operatives, who may have misled their superiors. Mr. Arar also argues that the redactions conceal the fact that briefings to numerous ministers were inadequate and that the RCMP's investigation and adherence to information-sharing protocols was deficient. Thus, Mr. Arar views disclosure as in the public interest to fully understand the inadequacies of the various organizations and officials who played a role in the Arar affair and to promote transparency and responsible government.

[97] Mr. Arar also submits that disclosure is in the public interest as it would clarify whether “purchased information” produces reliable intelligence upon which action can be taken, especially where such information is obtained by torture. According to Mr. Arar, full disclosure is of essence to determine whether our intelligence services rely on information extracted under torture. According to Mr. Arar, such a determination is important as torture is a crime of universal jurisdiction, and if information obtained through torture is used by intelligence agencies in Canada, these organizations may be considered complicit in torture. Given these submissions, Mr. Arar believes that the Inquiry is “inexorably linked” with the cases of Abdullah Almalki and Ahmed El Maati. Consequently, he feels that disclosure in the Arar Inquiry is necessary for the proper investigation of the Almalki and El Maati affairs and only through disclosure will the “pattern of conduct of Canadian intelligence agencies and the possible use of Syria and other undemocratic regimes as proxy torturers” be disclosed (memorandum of the respondent Maher Arar, dated April 19, 2007, at paragraph 42).

[98] This being said, for the purposes of this proceeding, which considers the application of section 38 of the CEA when dealing with a commission of inquiry, I have identified some non-exhaustive factors

pourraient contenir des renseignements qui sont nécessaires pour que le public comprenne les agissements de la GRC et du SCRS dans l'affaire Arar. Plus précisément, il croit qu'au moins quelques-uns des passages expurgés concernent la sincérité de certains agents du SCRS, qui ont pu induire en erreur leurs supérieurs. M. Arar fait aussi valoir que les passages expurgés dissimulent le fait que l'information communiquée à de nombreux ministres était insuffisante et que l'enquête de la GRC était déficiente, tout comme son adhésion aux protocoles régissant le partage de l'information. M. Arar estime donc que la divulgation est conforme à l'intérêt qu'a le public de comprendre pleinement les carences des diverses organisations et divers fonctionnaires qui ont joué un rôle dans l'affaire le concernant, et de faire prévaloir la transparence et une administration responsable.

[97] M. Arar dit aussi que la divulgation est conforme à l'intérêt public car elle éclaircirait la question de savoir si une « information achetée » produit des renseignements fiables pouvant servir de base à une décision, surtout lorsque telle information est obtenue par la torture. Selon M. Arar, une divulgation complète est essentielle pour savoir si nos services de renseignement se fondent sur des informations extorquées sous la torture. Selon M. Arar, c'est là une question importante car la torture est un crime condamnable à l'échelle universelle et, si de l'information obtenue sous la torture est utilisée par les agences de renseignement au Canada, alors ces organisations pourraient être taxées de complicité d'actes de torture. Vu ces conclusions, M. Arar croit que l'Enquête est « inexorablement liée » aux cas d'Abdullah Almalki et d'Ahmed El Maati. Par conséquent, il croit que la divulgation dans l'Enquête Arar est nécessaire pour un examen en règle des dossiers Almalki et El Maati, et que ce n'est que par la divulgation que pourront être révélées [TRADUCTION] « la conduite généralement adoptée par les agences canadiennes de renseignement et l'utilisation possible de la Syrie et d'autres régimes autoritaires comme tortionnaires par procuration » (mémoire du défendeur Maher Arar, 19 avril 2007, paragraphe 42).

[98] Cela dit, aux fins de la présente instance, qui concerne l'application de l'article 38 de la LPC dans le contexte d'une commission d'enquête, j'ai dressé une liste non exhaustive de quelques facteurs qu'il convient

which must be assessed and weighed against one another to determine whether the public interest lies in disclosure or in non-disclosure:

- (a) The extent of the injury;
- (b) The relevancy of the redacted information to the procedure in which it would be used or the objectives of the body wanting to disclose the information;
- (c) Whether the redacted information is already known to the public, and if so, the manner by which the information made its way into the public domain;
- (d) The importance of the open court principle;
- (e) The importance of the redacted information in the context of the underlying proceeding;
- (f) Whether there are higher interests at stake, such as human rights issues, the right to make a full answer and defence in the criminal context, etc.;
- (g) Whether the redacted information relates to the recommendations of a commission, and if so whether the information is important for a comprehensive understanding of the said recommendation.

[99] I reiterate that the weighing of the public interest in disclosure against the public interest in non-disclosure must consider a number of different factors. It is only once these factors have been properly assessed and weighed against one another that a determination as to disclosure can be made.

#### 6. Brief Comments on the *Ex Parte (In Camera)* Decision

[100] As mentioned at the beginning of this judgment, I am also issuing a twin *ex parte (in camera)* 82 pages (178 paragraphs) decision today. The *ex parte (in camera)* decision considers some of the principles (with the particular situation of the file) overviewed in the public decision. In the end, I have agreed in part with

d'évaluer et de mettre en balance pour savoir si l'intérêt public milite en faveur de la divulgation ou de la non-divulgation :

- a) l'étendue du préjudice;
- b) la pertinence des renseignements expurgés pour la procédure dans laquelle ils seraient utilisés, ou les objectifs de l'organisme qui recherche la divulgation des renseignements;
- c) le point de savoir si les renseignements expurgés sont déjà connus du public et, dans l'affirmative, la manière dont les renseignements sont tombés dans le domaine public;
- d) l'importance du principe de la publicité des débats judiciaires;
- e) l'importance des renseignements expurgés dans le contexte de la procédure d'origine;
- f) le point de savoir s'il y a des intérêts supérieurs en jeu, par exemple les droits de la personne, le droit de présenter une défense pleine et entière dans le contexte criminel, etc.;
- g) le point de savoir si les renseignements expurgés se rapportent aux recommandations d'une commission et, dans l'affirmative, si les renseignements sont importants pour une bonne compréhension desdites recommandations.

[99] La mise en balance des raisons d'intérêt public justifiant la divulgation et des raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgation doit, je le rappelle, tenir compte d'un certain nombre de facteurs. Ce n'est qu'une fois ces facteurs dûment étudiés et mis en balance qu'une décision touchant la divulgation pourra être prise.

#### 6. Brefs commentaires sur la décision *ex parte* (à huis clos)

[100] Comme je le disais au début de ce jugement, je rends également aujourd'hui une décision parallèle *ex parte* (à huis clos) de 82 pages (178 paragraphes). La décision *ex parte* (à huis clos) tient compte de certains des principes (et aussi de la situation particulière du dossier) évoqués dans le jugement public. En définitive,

the Attorney General and in part with the Commission.

j'ai souscrit en partie à l'avis du procureur général et en partie à celui de la Commission.

### 7. Conclusion

[101] For the sake of transparency and to aid in understanding this public judgment, I am including the order issued in the *ex parte (in camera)* judgment, without the table which details my determination on disclosure for each redacted passage. Obviously, the reason why the table is not included is to protect the sensitive information contained in the redacted passages, the whole subject to the right of appeal provided for by the CEA.

### 7. Conclusion

[101] Par souci de transparence, et pour faciliter la compréhension du présent jugement public, je joins l'ordonnance rendue dans le jugement *ex parte* (à huis clos), sans le tableau qui donne le détail de ma décision en matière de divulgation pour chacun des passages expurgés. Naturellement, la non-inclusion du tableau s'explique par la nécessité de protéger les renseignements sensibles contenus dans les passages expurgés, sous réserve du droit d'appel prévu par la LPC.

### ORDER

IN ACCORDANCE WITH SECTIONS 38.04 AND 38.06 OF THE CEA, THIS COURT ORDERS that:

- The information, disclosure of which is identified as not injurious and/or for which the public interest in disclosure prevails, as contained in the table that is part of the *ex parte (in camera)* order (not included in the present public order so as to respect the objectives of the CEA), is authorized for disclosure, the whole subject to the right to appeal the said order as provided in the Act; and

- The remaining information, disclosure of which is identified as injurious and/or for which the public interest in non-disclosure prevails, as contained in the table that is part of the *ex parte (in camera)* order (not included in the present public order so as to respect the objectives of the CEA), not be disclosed, and the present order confirms the prohibition of disclosure thereof.

### ORDONNANCE

CONFORMÉMENT AUX ARTICLES 38.04 ET 38.06 DE LA LPC, LA COUR ORDONNE :

- Les renseignements dont la divulgation est jugée non préjudiciable et/ou à l'égard desquels les raisons d'intérêt public justifiant la divulgation ont préséance, qui figurent dans le tableau faisant partie de l'ordonnance *ex parte* (à huis clos) (non comprise dans la présente ordonnance publique afin que soient respectés les objectifs de la LPC), sont autorisés pour divulgation, sous réserve du droit d'appel à l'encontre de ladite ordonnance selon ce que prévoit la Loi.

- Les renseignements restants, dont la divulgation est jugée préjudiciable et/ou à l'égard desquels les raisons d'intérêt public justifiant la non-divulgation ont priorité, qui figurent dans le tableau faisant partie de l'ordonnance *ex parte* (à huis clos) (non comprise dans la présente ordonnance publique afin que soient respectés les objectifs de la LPC), ne sont pas autorisés pour divulgation, et la présente ordonnance confirme l'interdiction de leur divulgation.

DES-3-07  
2008 FC 46

DES-3-07  
2008 CF 46

**Abdullah Khadr** (*Applicant*)

**Abdullah Khadr** (*demandeur*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Le procureur général du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: KHADR v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ : KHADR c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)**

Federal Court, Mosley J.—Ottawa, December 20, 2007; January 15, 2008.

Cour fédérale, juge Mosley—Ottawa, 20 décembre 2007; 15 janvier 2008.

*Evidence — Motion for appointment of amicus curiae to assist Court in Canada Evidence Act (CEA), s. 38 proceedings in context of request for applicant's extradition to face charges in United States — Applicant filed motion for voir dire before extradition Judge, for order requiring Attorney General of Canada (AG), requesting state to produce all documents relevant thereto — Federal Crown counsel issuing four notices to AG under CEA, s. 38.01(1) — Extensive redactions made to documents disclosed thereafter — Applicant filed application for Federal Court order seeking disclosure of information subject to four notices — To succeed on motion, applicant must articulate reasons why appointment of amicus necessary for Court to fully exercise jurisdiction — Applicant made compelling argument that amicus needed for Court to make full, fair determination of disclosure issues — Motion for appointment of amicus granted.*

*Preuve — Requête déposée en vue d'obtenir la nomination d'un amicus curiae afin que celui-ci aide la Cour dans une instance introduite en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada (LPC) et présentée dans le contexte d'une demande visant l'extradition du demandeur afin que ce dernier réponde, aux États-Unis, à des accusations portées contre lui — Le demandeur a déposé devant le juge d'extradition une requête visant à obtenir un voir dire et une ordonnance enjoignant au procureur général et à l'État requérant de produire tous les documents pertinents au voir dire — L'avocat de la Couronne a délivré quatre avis au procureur général en vertu de l'art. 38.01(1) de la LPC — Des suppressions importantes ont été apportées aux documents divulgués par la suite — Le demandeur a déposé une demande en Cour fédérale en vue d'obtenir une ordonnance de divulgation des renseignements qui faisaient l'objet des quatre avis — Pour qu'une requête soit accueillie, le demandeur doit exposer les motifs pour lesquels il est nécessaire de nommer un amicus pour que la Cour puisse pleinement exercer sa compétence — Le demandeur a présenté un argument convaincant selon lequel la nomination d'un amicus serait nécessaire pour que la Cour puisse trancher de façon complète et équitable les questions de divulgation — La requête déposée en vue d'obtenir la nomination d'un amicus a été accueillie.*

*Judges and Courts — Motion for appointment of amicus curiae to assist Court in Canada Evidence Act (CEA), s. 38 proceedings in context of request for applicant's extradition to face charges in United States — Role of amicus characterized as disinterested person appointed to assist court to serve generally one of three purposes: represent unrepresented interests before court; inform court of some fact or circumstance that court may otherwise be unaware of; advise court on point of law — Amicus having no solicitor-client relationship with individual; role to assist court in arriving at just determination of issues — Motion granted.*

*Juges et Tribunaux — Requête déposée en vue d'obtenir la nomination d'un amicus curiae afin que celui-ci aide la Cour dans une instance introduite en vertu de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada (LPC) et présentée dans le contexte d'une demande visant l'extradition du demandeur afin que ce dernier réponde, aux États-Unis, à des accusations portées contre lui — Le rôle que devrait jouer l'amicus a été décrit comme étant celui d'une personne désintéressée nommée en vue d'aider la cour à atteindre, d'une manière générale, l'un de trois objectifs : représenter les intérêts non représentés devant la cour; informer la cour de certains facteurs dont la cour n'est pas au courant et conseiller la cour quant à une*

This was a motion for the appointment of an *amicus curiae* to assist the Court in proceedings under section 38 of the *Canada Evidence Act* (CEA) in the context of a request for the applicant's extradition to face charges in the United States. The applicant filed a motion before the extradition Judge seeking, *inter alia*, a *voir dire* and an order requiring the Attorney General of Canada and the requesting state to produce all documents relevant to the *voir dire*. In preparing to provide disclosure, Crown counsel issued four notices to the Attorney General of Canada under subsection 38.01(1) of the CEA indicating that certain of the documents contained information of a sensitive nature or information which could injure Canada's international relations, national defence or national security if released. After the Attorney General reviewed the material, extensive redactions or deletions were made to documents disclosed to the applicant. The applicant then filed an application in the Federal Court for an order seeking disclosure of the information that was the subject of the notices provided by the Crown and regarding which disclosure had not been authorized. Subsequently, redacted copies of some 266 documents comprising approximately 1200 pages, were filed and served. In his motion for the appointment of an *amicus*, the applicant submitted the names of two independent counsel as possible candidates.

The issues were (1) whether the appointment of an *amicus* is necessary to assist the Court in deciding whether to confirm the statutory prohibition against disclosure of the redacted information pursuant to subsection 38.06(3) of the CEA; and (2) if so, what the terms of appointment and the scope of that person's participation in the proceedings should be.

*Held*, the motion should be granted.

(1) There is no provision for the appointment of an *amicus* in section 38 of the CEA. In enacting section 38, Parliament made an effort to strike a sensitive balance between the need for protection of confidential information and the rights of the individual. In most instances, that balance can and should be achieved without the insertion of an additional actor into the proceedings to assist the Court. To succeed on such a motion, the applicant must articulate the reasons why it is necessary to appoint an *amicus* for the Court to fully exercise its statutory

*question de droit* — *L'amicus n'entretient aucune relation avocat-client avec la personne et son rôle consiste à aider la Cour à trancher les questions de façon équitable* — *Requête accueillie.*

Il s'agissait d'une requête déposée en vue d'obtenir la nomination d'un *amicus curiae* afin que celui-ci aide la Cour dans une instance introduite en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (LPC) et présentée dans le contexte d'une demande visant l'extradition du demandeur afin que ce dernier réponde, aux États-Unis, à des accusations portées contre lui. Le demandeur a déposé devant le juge d'extradition une requête visant à obtenir, notamment, un *voir dire* et une ordonnance enjoignant au procureur général du Canada et à l'État requérant de produire tous les documents pertinents au *voir dire*. En se préparant à communiquer ces documents, l'avocat de la Couronne a délivré quatre avis au procureur général du Canada en vertu du paragraphe 38.01(1) de la LPC portant qu'un certain nombre de ces documents comprenaient des renseignements sensibles qui pourraient être préjudiciables aux relations internationales, à la défense nationale ou à la sécurité nationale du Canada s'ils étaient divulgués. Après que le procureur général a examiné les documents, des modifications ou des suppressions importantes ont été apportées aux documents divulgués au demandeur. Le demandeur a alors déposé une demande en Cour fédérale en vue d'obtenir une ordonnance de divulgation des renseignements qui faisaient l'objet des avis délivrés par la Couronne et à l'égard desquels le procureur général n'avait autorisé aucune divulgation. Par la suite, des copies expurgées de quelque 266 documents comprenant environ 1 200 pages ont été déposées et signifiées. Dans sa requête sollicitant la nomination d'un *amicus*, le demandeur a proposé deux avocats indépendants comme candidats à la fonction d'*amicus*.

Les questions en litige étaient celles de savoir 1) s'il fallait nommer un *amicus* afin que celui-ci aide la Cour à décider si elle doit confirmer en vertu du paragraphe 38.06(3) de la LPC les interdictions prévues par la loi quant à la divulgation des renseignements; et 2) dans l'affirmative, quelles devraient être les conditions de la nomination et la portée de cette personne à l'instance.

*Jugement* : la requête doit être accueillie.

1) Aucune disposition de l'article 38 de la LPC ne prévoit la nomination d'un *amicus*. En adoptant l'article 38, le législateur s'est efforcé d'atteindre un équilibre délicat entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et le respect des droits de la personne. Dans la plupart des cas, cet équilibre peut et doit être atteint sans que l'on insère un élément additionnel dans l'instance en vue d'aider la Cour. Pour qu'une requête visant la nomination d'un *amicus* soit accueillie, le demandeur doit exposer les motifs pour lesquels

jurisdiction. That it be simply desirable is not sufficient. The applicant made a compelling argument that in the particular circumstances, the appointment of an *amicus* would be necessary to assist the Court to arrive at a full and fair determination of the disclosure issues. The extradition request will be determined largely on the basis of a documentary record of the case against the applicant in the foreign state. The applicant has a limited ability to challenge the strength of the case against him in that state. If extradited and convicted, he faces a maximum sentence of imprisonment well in excess of his natural life span. Furthermore, the information was sought for the purpose of demonstrating that the principal evidence against the applicant was allegedly obtained through torture and illegal detention. There was a realistic possibility that the applicant's claims of abuse could be substantiated giving rise to the remedy sought— exclusion of the evidence from the extradition proceedings. Finally, given other considerations such as the appearance that counsel for the Attorney General would be adverse in interest to the applicant regarding the disclosure issues, the fact that the motion was made on a timely basis prior to the hearing of any evidence, and that there were prospective *amicus* candidates available with the required clearances, the appointment of an experienced and independent counsel to act as *amicus curiae* was necessary for the full exercise of the Court's jurisdiction.

(2) The role that the *amicus* should perform has been characterized as that of a disinterested person appointed to assist the court to serve generally one of three different purposes: to represent unrepresented interests before the court; to inform the court of some fact or circumstance that the court may otherwise be unaware of; and to advise the court on a point of law. In the context of a section 38 application related to a criminal proceeding, as in this case, an *amicus* appointed by the Court may present the issues favouring the person seeking disclosure of the information during the *ex parte* portion of the proceedings and may be said in that respect to act for the individual at that stage. However, the *amicus* has no solicitor-client relationship with the individual and the *amicus*'s role will be to assist the Court in arriving at a just determination of the issues.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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*, as

il est nécessaire de nommer un *amicus* pour que la Cour puisse pleinement exercer la compétence que la loi lui confère. Le seul fait que cela soit souhaitable ne suffit pas. Le demandeur a présenté un argument convaincant selon lequel, dans les circonstances particulières de l'espèce, la nomination d'un *amicus* serait nécessaire pour que la Cour puisse trancher de façon complète et équitable les questions de divulgation. La demande d'extradition sera principalement tranchée en fonction de la preuve documentaire contre le demandeur dans l'État étranger. Le demandeur dispose d'une capacité limitée de contester la solidité de la preuve contre lui dans cet État. S'il est extradé et reconnu coupable, il est passible d'une peine maximale d'emprisonnement dépassant largement le temps qu'il lui reste normalement à vivre. Qui plus est, les renseignements étaient demandés afin de démontrer que la preuve principale contre le demandeur aurait été obtenue par la torture et la détention illégale. Il existait une réelle possibilité que les allégations de mauvais traitements faites par le demandeur puissent être justifiées et donnent ouverture au recours sollicité— l'exclusion de la preuve de la procédure d'extradition. Enfin, compte tenu d'autres facteurs, comme l'impression qu'a donnée l'avocat du procureur général qu'il aurait un intérêt contraire à celui du demandeur en ce qui a trait aux questions de divulgation, le fait que la requête a été déposée en temps opportun avant l'audition de la preuve et le fait qu'il y avait des candidats à la fonction d'*amicus* qui possédaient l'attestation de sécurité requise, la nomination d'un avocat expérimenté et indépendant comme *amicus curiae* était nécessaire à l'exercice complet de la compétence de la Cour.

2) Le rôle que devrait jouer l'*amicus* a été décrit comme étant celui d'une personne désintéressée nommée en vue d'aider la cour à atteindre, d'une manière générale, l'un de trois objectifs : représenter les intérêts non représentés devant la cour; informer la cour de certains facteurs dont la cour n'est pas au courant et conseiller la cour quant à une question de droit. Dans le contexte d'une demande présentée en vertu de l'article 38 en rapport avec une instance criminelle, comme en l'espèce, un *amicus* nommé par la Cour peut soulever des questions favorisant la personne qui demande la divulgation des renseignements durant la partie *ex parte* de l'instance et peut être considérée à cet égard comme représentant la personne à ce stade. Mais l'*amicus* n'entretient aucune relation avocat-client avec la personne et son rôle consiste à aider la Cour à trancher les questions de façon équitable.

#### 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.

passed by the House of Commons, February 6, 2008, s. 83(1)(b).  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141), 38.01 (as enacted *idem*, s. 43), 38.06(3) (as enacted *idem*), 38.14 (as enacted *idem*).  
*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.  
*Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 77(1) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194).  
*Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, R. 92.  
*Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (U.K.), 1997, c. 68.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2007] 4 F.C.R. 434; (2007), 278 D.L.R. (4th) 99; 151 C.R.R. (2d) 74; 2007 FC 128; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FCA 388; affg (2007), 280 D.L.R. (4th) 32; 219 C.C.C. (3d) 289; 2007 FC 463.

## CONSIDERED:

*Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33; (2003), 18 C.C.C. (3d) 129; 320 N.R. 275; 2003 FCA 246; *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416; (2004), 125 C.R.R. (2d) 319; 259 F.T.R. 98; 48 Imm. L.R. (3d) 211; 2004 FC 1717; *Jaballah (Re)*, 2006 FC 1010; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350; (2007), 276 D.L.R. (4th) 594; 54 Admin. L.R. (4th) 1; 44 C.R. (6th) 1; 59 Imm. L.R. (3d) 1; 358 N.R. 1; 2007 SCC 9; *Charkaoui (Re)*, 2007 FC 1037; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1025; *LePage v. Ontario* (2006), 214 C.C.C. (3d) 105 (Ont. C.A.); *Named Person v. Vancouver Sun*, [2007] 3 S.C.R. 253; (2007), 285 D.L.R. (4th) 193; [2008] 1 W.W.R. 223; 73 B.C.L.R. (4th) 34; 224 C.C.C. (3d) 1; 51 C.R. (6th) 262; 368 N.R. 112; 2007 SCC 43.

## REFERRED TO:

*United States of America v. Khadr*, [2007] O.J. No. 3140 (S.C.J.) (QL); *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241; *United States of America v. Ferras*; *United States of America v. Latty*, [2006] 2 S.C.R. 77;

(1985), appendice II, n° 44], art. 7, 24.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141), 38.01 (édicte, *idem*, art. 43), 38.06(3) (édicte, *idem*), 38.14 (édicte, *idem*).  
*Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 77(1) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194).  
 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*, adopté par la Chambre des communes le 6 février 2008, art. 83(1)(b).  
*Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, règle 92.  
*Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (R.-U.), 1997, ch. 68.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2007] 4 R.C.F. 434; 2007 CF 128; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CAF 388; confirmant 2007 CF 463.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33; 2003 CAF 246; *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416; 2004 CF 1717; *Jaballah (Re)*, 2006 CF 1010; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350; 2007 CSC 9; *Charkaoui (Re)*, 2007 CF 1037; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1025; *LePage v. Ontario* (2006), 214 C.C.C. (3d) 105 (C.A. Ont.); *Personne désignée c. Vancouver Sun*, [2007] 3 R.C.S. 253; 2007 CSC 43.

## DÉCISIONS CITÉES :

*United States of America v. Khadr*, [2007] O.J. n° 3140 (C.S.J.) (QL); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *États-Unis d'Amérique c. Ferras*; *États-Unis d'Amérique c. Latty*, [2006] 2 R.C.S. 77; 2006 CSC 33; *Canada (Attorney General) v. Aluminum Co. of Canada Ltd.*

(2006), 268 D.L.R. (4th) 1; 209 C.C.C. (3d) 353; 39 C.R. (6th) 207; 143 C.R.R. (2d) 140; 2006 SCC 33; *Canada (Attorney General) v. Aluminum Co. of Canada Ltd.* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495; 10 B.C.L.R. (2d) 371; 26 Admin. L.R. 18; 15 C.P.C. (2d) 289 (B.C.C.A.); *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; 55 C.R.R. (2d) 1; 228 N.R. 203; *R. v. McNeil*, [2007] S.C.C.A. No. 57 (QL).

MOTION for the appointment of an *amicus curiae* to assist the Court in proceedings under section 38 of the *Canada Evidence Act* in the context of a request for the applicant's extradition to face charges in the United States. Motion granted.

APPEARANCES:

*Nathan J. Whitling* for applicant.  
*Robert B. MacKinnon* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

*Parlee McLaws LLP*, Edmonton, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] MOSLEY J.: This is a motion by the applicant for the appointment of an *amicus curiae* to assist the Court in proceedings under section 38 [as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA). The underlying application arises in the context of a request for the extradition of the applicant to face charges in the United States of America. Mr. Khadr was arrested in Canada on December 17, 2005 pursuant to a provisional warrant issued by a judge of the Ontario Superior Court of Justice under the *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18. He was denied judicial interim release and remains in custody.

(1987), 35 D.L.R. (4th) 495; 10 B.C.L.R. (2d) 371; 26 Admin. L.R. 18; 15 C.P.C. (2d) 289 (C.A. C.-B.); *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *R. c. McNeil*, [2007] S.C.C.A. n° 57 (QL).

REQUÊTE déposée en vue d'obtenir la nomination d'un *amicus curiae* afin que celui-ci aide la Cour dans une instance introduite en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* et présentée dans le contexte d'une demande visant l'extradition du demandeur afin que ce dernier réponde, aux États-Unis, à des accusations portées contre lui. Requête accueillie.

ONT COMPARU :

*Nathan J. Whitling* pour le demandeur.  
*Robert B. MacKinnon* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Parlee McLaws LLP*, Edmonton, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE MOSLEY : Il s'agit d'une requête déposée par le demandeur en vue d'obtenir la nomination d'un *amicus curiae* afin que celui-ci aide la Cour dans une instance introduite en vertu de l'article 38 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (LPC). La demande sous-jacente est présentée dans le contexte d'une demande présentée pour l'extradition du demandeur afin que celui-ci réponde, aux États-Unis, à des accusations portées contre lui. M. Khadr a été arrêté au Canada le 17 décembre 2005 en vertu d'un mandat provisoire délivré par un juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario en vertu de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, ch. 18. Il s'est vu refuser la mise en liberté provisoire et il est toujours incarcéré.

[2] In August 2006, the applicant filed a motion before the extradition Judge seeking, among other things, a *voir dire* to determine the admissibility of portions of the record of the case relied upon by the requesting state and for an order requiring the Attorney General of Canada and the requesting state to produce all documents relevant to the *voir dire*. Federal Crown counsel acting for the requesting state voluntarily disclosed documents held by the Canadian Security Intelligence Service, the Department of Foreign Affairs and International Trade and the Royal Canadian Mounted Police.

[3] In preparing to provide disclosure, Crown counsel issued four notices to the Attorney General of Canada under subsection 38.01(1) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the CEA, to the effect that certain of the documents contained information of a sensitive nature or information which could injure Canada's international relations, national defence or national security if released. As required by the statute, the Attorney General reviewed the material and made decisions with respect to whether disclosure of the information would be authorized or not authorized. Extensive redactions or deletions were made to documents disclosed to the applicant.

[4] The extradition Judge, Justice Christopher M. Speyer, in a decision rendered on July 24, 2007, ruled that no order for disclosure was required with respect to the material in the possession of Canadian government departments or agencies as those documents had already been disclosed. He declined to make any order for production against the requesting state. At paragraph 23 of his decision, Justice Speyer noted that it was beyond the scope of his authority to determine whether the circumstances of the extradition proceeding required the production of unredacted copies of the material disclosed by the Canadian authorities as that jurisdiction is assigned to a designated judge of the Federal Court under section 38 of the *Canada Evidence Act: United States of America v. Khadr*, [2007] O.J. No. 3140 (S.C.J.) (QL).

[2] En août 2006, le demandeur a déposé devant le juge d'extradition une requête visant à obtenir, notamment, un voir dire sur l'admissibilité de certaines parties du dossier de la cause invoqué par l'État requérant et visant à obtenir une ordonnance enjoignant au procureur général du Canada et à l'État requérant de produire tous les documents pertinents au voir dire. L'avocat de la Couronne fédérale représentant l'État requérant a volontairement divulgué des documents détenus par le Service canadien de renseignement de sécurité, le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international et la Gendarmerie royale du Canada.

[3] En se préparant à communiquer ces documents, l'avocat de la Couronne a délivré quatre avis au procureur général du Canada en vertu du paragraphe 38.01(1) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la LPC portant qu'un certain nombre de ces documents comprenaient des renseignements sensibles qui pourraient être préjudiciables aux relations internationales, à la défense ou à la sécurité du Canada s'ils étaient divulgués. Comme l'exige la loi, le procureur général a examiné les documents et a pris des décisions quant à savoir si leur divulgation serait oui ou non autorisée. Des modifications ou des suppressions importantes ont été apportées aux documents divulgués au demandeur.

[4] Le juge d'extradition, M. Christopher M. Speyer, dans une décision rendue le 24 juillet 2007, a conclu qu'il n'y avait pas lieu de délivrer une ordonnance de divulgation en rapport avec les documents se trouvant en la possession de ministères ou organismes du gouvernement fédéral car ceux-ci avaient déjà été divulgués. Il a refusé de délivrer une ordonnance de production contre l'État requérant. Au paragraphe 23 de sa décision, le juge Speyer a souligné que le pouvoir qui lui était conféré ne lui permettait pas de décider si les circonstances de la procédure d'extradition exigeaient la production de copies non expurgées des documents divulgués par les autorités canadiennes car ce pouvoir est conféré par l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* à un juge désigné de la Cour fédérale : *United States of America v. Khadr*, [2007] O.J. n° 3140 (C.S.J.) (QL).

[5] On August 21, 2007, Mr. Khadr filed an application in the Federal Court for an order seeking the disclosure of the information which is the subject of the notices provided by the Crown and with respect of which the Attorney General has not authorized disclosure. I note that the requirements of the statute that such applications be kept confidential were found to be in breach of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], in *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, [2007] 4 F.C.R. 434 (F.C.). Although there was no controversy between the parties over this question, for greater certainty I adopt the reasoning and conclusions of that decision for the purposes of this proceeding.

[6] On November 5, 2007, counsel for the Attorney General filed and served redacted copies of the documents at issue. These consist of some 266 documents comprising approximately 1200 pages. Application and responding records with supporting public and private affidavit evidence, including unredacted versions of the documents, have been filed with the Court. Thus far, no evidence has been heard *ex parte*.

[7] This motion for the appointment of an *amicus* was filed on November 15, 2007, and an oral hearing on the motion was conducted on December 20, 2007. The applicant has proposed the names of two independent counsel as candidates for appointment as *amicus* in this matter. The respondent acknowledges that the Court has the implicit jurisdiction to appoint an *amicus* but takes the position that such an appointment is not necessary in the circumstances of this case and would lead to delays in rendering a decision on the application.

[8] In the alternative, should the Court deem it necessary to appoint an *amicus*, the respondent has proposed the names of four independent counsel, all of whom are also acceptable to the applicant. Both parties have submitted proposed terms of appointment and conditions to define the scope of the mandate of an *amicus*. These proposed terms and conditions are substantially similar but differ in certain important respects.

[5] Le 21 août 2007, M. Khadr a déposé une demande en Cour fédérale en vue d'obtenir une ordonnance de divulgation des renseignements qui font l'objet des avis délivrés par la Couronne et à l'égard desquels le procureur général n'a autorisé aucune divulgation. Je souligne que, dans *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, [2007] 4 R.C.F. 434 (C.F.), il a été conclu que les exigences de la loi selon lesquelles ces demandes doivent demeurer confidentielles contrevenaient à 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]. Bien qu'il n'y ait eu aucune divergence de vue entre les parties sur cette question, pour plus de certitude, j'adopte le raisonnement et les conclusions de la décision susmentionnée aux seules fins de la présente instance.

[6] Le 5 novembre 2007, l'avocat du procureur général a déposé et signifié des copies des documents en litige. Ces documents sont au nombre d'environ 266 comprenant environ 1 200 pages. Les dossiers de demande et de réponse, la preuve par affidavit publique et privée à l'appui et les versions non expurgées des documents ont été déposées auprès de la Cour. Jusqu'à maintenant, aucune preuve n'a été produite *ex parte*.

[7] La présente requête sollicitant la nomination d'un *amicus* a été déposée le 15 novembre 2007 et son audition a eu lieu le 20 décembre 2007. Le demandeur a proposé deux avocats indépendants comme candidats à la fonction d'*amicus* dans la présente affaire. Le défendeur reconnaît que la Cour est implicitement autorisée à nommer un *amicus* mais prétend qu'une telle nomination n'est pas nécessaire dans les circonstances de l'espèce et qu'elle occasionnerait des retards dans le prononcé d'une décision sur la demande.

[8] À titre subsidiaire, si la Cour estime qu'il est nécessaire de nommer un *amicus*, le défendeur a proposé quatre avocats indépendants et leurs candidatures sont toutes acceptées par le demandeur. Les deux parties ont proposé des conditions de nomination afin de définir la portée du mandat d'un *amicus*. Les conditions qui ont été proposées, malgré qu'elles soient pour l'essentiel semblables, comportent un certain nombre de différences importantes.

## ISSUES

[9] The issues which the Court is to determine on this motion are as follows:

1. Whether the appointment of an *amicus curiae* is necessary to assist the Court in deciding whether to confirm the statutory prohibition against disclosure of the redacted information pursuant to subsection 38.06(3) [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the CEA; and
2. If the appointment of an *amicus curiae* is found to be necessary, what should be the terms of appointment and the scope of his or her participation in the proceedings?

## ANALYSIS

Is the appointment of an *amicus curiae* necessary in these proceedings?

[10] The grounds relied upon by the applicant in support of the appointment of an *amicus* are succinctly set out in his notice of motion as follows:

1. Absent the appointment of an *amicus curiae*, the applicant's interests and perspectives will not be represented before the court during *ex parte* sessions of these proceedings;
2. The exclusion of the applicant from the proceedings and the absence of an *amicus curiae* would constitute a violation of the applicant's rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and
3. The appointment of an *amicus curiae* is necessary in order to ensure a full and fair hearing of the issues raised in these proceedings.

[11] Although the motion grounds cited by the applicant refer to section 7 of the Charter, counsel has confirmed that the applicant does not seek any constitutional remedy at this time, reserving the right to raise such a challenge at a later date should it be warranted by the circumstances. However, counsel submits that the Court's decision on this motion should be informed by the fundamental justice interests protected by section 7.

[12] The Federal Court of Appeal has upheld the constitutionality of the provisions allowing for *ex parte* hearings in section 38 proceedings: *Canada (Attorney*

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[9] Les questions en litige que la Cour doit trancher dans le cadre de la présente requête sont les suivantes :

1. Faut-il nommer un *amicus curiae* afin que celui-ci aide la Cour à décider si elle doit confirmer en vertu du paragraphe 38.06(3) [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la LPC les interdictions prévues par la loi quant à la divulgation des renseignements?
2. Si on conclut qu'il faut nommer un *amicus curiae*, quelles devraient être les conditions de la nomination et la portée de ce dernier à l'instance?

## L'ANALYSE

Faut-il nommer un *amicus curiae* dans la présente instance?

[10] Les motifs invoqués par le demandeur à l'appui de la nomination d'un *amicus* sont brièvement énoncés de la manière suivante dans son avis de requête :

1. Si on ne nomme pas un *amicus curiae*, les intérêts et les points de vue du demandeur ne seront pas représentés devant la Cour durant les séances *ex parte* de la présente instance;
2. L'exclusion du demandeur de la présente instance et l'absence d'un *amicus curiae* constitueraient une violation des droits du demandeur prévus à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;
3. Il faut nommer un *amicus curiae* si on veut que l'audition des questions soulevées dans la présente instance soit complète et équitable.

[11] Bien que les motifs de la requête invoqués par le demandeur dans sa requête renvoient à l'article 7 de la Charte, l'avocat du demandeur a confirmé que celui-ci ne cherche pas à ce moment-ci à obtenir un recours d'ordre constitutionnel et qu'il se réserve le droit de soulever ultérieurement une telle contestation si les circonstances le justifient. Cependant, l'avocat du demandeur fait valoir que la Cour doit statuer sur la présente requête au regard des principes de justice fondamentale garantis par l'article 7.

[12] La Cour d'appel fédérale a confirmé la constitutionnalité des dispositions législatives permettant la tenue de séances *ex parte* dans les instances

*General*) v. *Khawaja*, 2007 FCA 388. The Court of Appeal did not deem it necessary to address the question of the application of section 7 as it considered that the issue was not squarely before it. In the decision under appeal, *Canada (Attorney General) v. Khawaja* (2007), 280 D.L.R. (4th) 32 (F.C.), Chief Justice Allan Lutfy cited the existence of a discretion on the part of the presiding Judge to appoint an *amicus* as a significant factor, stating the following at paragraph 57 of his reasons:

In my view, the Court's ability, on its own initiative or in response to a request from a party to the proceeding, to appoint an *amicus curiae* on a case-by-case basis as may be deemed necessary attenuates the respondent's concerns with the *ex parte* process. This safeguard, if and when it need be used in the discretion of the presiding Judge, further assures adherence to the principles of fundamental justice in the national security context.

[13] Chief Justice Lutfy noted, at paragraph 49, that a variant of the *amicus* model, although not identical to the traditional conception of that office, had been used in *Canada (Attorney General) v. Ribic*, [2005] 1 F.C.R. 33 (F.C.A.). In that case, counsel for the Attorney General on the section 38 application was appointed to act on behalf of the applicant for the purpose of examining two witnesses *in camera*. The Court of Appeal upheld the fairness of the process in the circumstances in which it arose: the application had been made in the middle of a jury trial, the legislation was new and there were very few security-cleared counsel then available.

[14] There is no provision for the appointment of an *amicus* in section 38. The respondent submits that the Federal Court has the implied jurisdiction to appoint an *amicus* where necessary to assist the Court: *Harkat (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 416 (F.C.).

[15] In *Harkat*, Justice Eleanor Dawson reviewed the scope of the Federal Court's jurisdiction to appoint an *amicus* in the context of a hearing into the reasonableness of a security certificate signed pursuant to subsection 77(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194] of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001,

introduites en vertu de l'article 38 : *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CAF 388. La Cour d'appel n'a pas estimé qu'il était nécessaire de traiter la question de l'application de l'article 7 car elle a estimé que la question ne lui était pas directement soumise. Dans la décision *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 463, laquelle a fait l'objet d'un appel, le juge en chef Allan Lutfy a mentionné que l'existence d'un pouvoir discrétionnaire conféré au juge qui préside l'audience de nommer un *amicus* était un facteur important et il a déclaré ce qui suit, au paragraphe 57 de ses motifs :

À mon avis, le droit de la Cour de désigner, d'office ou à la demande d'une partie à l'instance, un ami de la cour lorsque cela s'avère nécessaire dans un cas particulier doit atténuer les réserves du défendeur au sujet de la procédure *ex parte*. Une telle mesure de protection, si on y recourt, selon l'appréciation du juge président, favorise encore davantage le respect des principes de justice fondamentale lorsque sont en cause des considérations de sécurité nationale.

[13] Le juge en chef Lutfy a souligné, au paragraphe 49, qu'une variante du modèle de l'*amicus*, bien que non identique à la conception traditionnelle de cette fonction, a été utilisée dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, [2005] 1 R.C.F. 33 (C.A.F.). Dans cette cause, l'avocat du procureur général dans le cadre de la demande présentée en vertu de l'article 38 a été nommé pour représenter le demandeur dans le cadre de l'interrogatoire à huis clos de deux témoins. La Cour d'appel a confirmé l'équité du processus dans les circonstances qui y ont donné naissance : la demande a été présentée au beau milieu d'un procès devant jury, la loi était nouvelle et on ne disposait que de peu d'avocats ayant obtenu une attestation de sécurité.

[14] Aucune disposition de l'article 38 ne prévoit la nomination d'un *amicus*. Le défendeur prétend que la Cour fédérale possède la compétence implicite de nommer un *amicus* pour l'aider lorsque cela est nécessaire : *Harkat (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 416 (C.F.).

[15] Dans *Harkat*, la juge Eleanor Dawson a étudié l'étendue de la compétence de la Cour fédérale de nommer un *amicus* dans le contexte d'une audience portant sur le caractère raisonnable d'un certificat de sécurité délivré en vertu du paragraphe 77(1) [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194] de la *Loi sur l'immigration et*

c. 27 (IRPA). In the circumstances of that case, Justice Dawson did not consider it necessary to decide the question and assumed for the purposes of the motion before her that there is such a jurisdiction. At paragraph 20 of her reasons, she noted that a power may be conferred by implication to the extent that the existence and exercise of such a power is necessary for the Court to properly and fully exercise the jurisdiction expressly conferred upon it by some statutory provision: *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, at pages 639-644.

[16] Justice Dawson concluded that the applicant had not established that the Court could not properly exercise its jurisdiction without the appointment of an *amicus* or that recourse to a remedy under section 24 of the Charter was required. Three additional reasons for refusing the application were identified: the absence of any expression of parliamentary intent in favour of such an appointment; the lateness of the application and the resulting delay that it would occasion; and, that the legislation provided designated judges with sufficient power and flexibility to properly discharge the duties imposed.

[17] A similar result was reached in *Jaballah (Re)*, 2006 FC 1010, also a security certificate case. Both *Harkat* and *Jaballah* preceded the decision of the Supreme Court of Canada in *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 S.C.R. 350. I note that in *Charkaoui (Re)*, 2007 FC 1037 and *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2007 FC 1025, both conditional release applications arising in certificate cases, the applicants were invited by the Court to bring motions to appoint *amici* but declined.

[18] The respondent submits that in the present case it is clear that an *amicus* is not required in order for the Court to exercise jurisdiction under section 38 of the CEA. The case is no more complex than other section

*la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR). Dans les circonstances de l'espèce, la juge Dawson n'a pas jugé nécessaire de trancher la question et a présumé que, pour les besoins de la requête dont elle était saisie, la Cour avait compétence. Au paragraphe 20 de ses motifs, la juge Dawson a souligné qu'un pouvoir peut être conféré implicitement dans la mesure où l'existence et l'exercice de ce pouvoir sont nécessaires pour permettre à la Cour d'exercer valablement et pleinement la compétence qui lui est expressément conférée par une disposition législative : *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, aux pages 639 à 644.

[16] La juge Dawson a conclu que le demandeur n'avait pas établi que la Cour ne pouvait pas exercer valablement sa compétence sans nommer un *amicus* ou qu'il était nécessaire de recourir aux dispositions réparatrices de l'article 24 de la Charte. Elle a mentionné trois motifs additionnels justifiant le rejet de la demande : le législateur n'a pas prévu explicitement la nomination d'un *amicus*; la demande a été présentée tardivement durant l'instance et conduirait à un délai additionnel; la loi donne au juge désigné le pouvoir et la faculté de s'acquitter convenablement des devoirs qui lui sont imposés.

[17] Une conclusion semblable a été tirée dans *Jaballah (Re)*, 2006 CF 1010, une cause portant également sur une question de certificat de sécurité. *Harkat* et *Jaballah* ont précédé la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, [2007] 1 R.C.S. 350. Je souligne que, dans *Charkaoui (Re)*, 2007 CF 1037 et dans *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2007 CF 1025, deux causes dans lesquelles il était question de demande de mise en liberté sous condition dans le cadre d'affaires portant sur des certificats de sécurité, les demandeurs ont été invités par la Cour à déposer des requêtes visant à obtenir la nomination d'*amici* et ils ont refusé cette invitation.

[18] Le défendeur prétend que, en l'espèce, il est manifeste qu'il n'est pas nécessaire que la Cour nomme un *amicus* pour qu'elle puisse exercer la compétence que lui confère l'article 38 de la LPC. Selon le

38 applications, it is said, and the Court has developed an expertise in dealing with national security cases without the benefit of *amici*. The appointment of an *amicus* would likely add to the time required to begin and complete the section 38 proceeding, particularly if the independent counsel selected was not yet security cleared.

[19] As the Supreme Court of Canada recognized in *Charakaoui*, above, at paragraph 77, in enacting section 38 Parliament has made an effort to strike a sensitive balance between the need for protection of confidential information and the rights of the individual. I agree with the respondent that in most instances, that balance can and should be achieved without the insertion of an additional actor into the proceedings to assist the Court. To succeed on such a motion, the applicant must articulate the reasons why it is necessary to appoint an *amicus* for the Court to fully exercise its statutory jurisdiction. It is not sufficient that it be simply desirable: *Canadian Liberty Net*, above, at page 641.

[20] In these proceedings, the applicant has made a compelling argument that, in the particular circumstances of his case, the appointment of an *amicus* is necessary to assist the Court to arrive at a full and fair determination of the disclosure issues.

[21] The extradition request will be determined largely on the basis of a documentary record of the case against the applicant in the foreign state. The applicant has a limited ability to challenge the strength of the case against him in that state. If extradited and convicted, he faces a maximum sentence of imprisonment well in excess of his natural life span. While these may be factors common to many extradition requests, there are additional considerations.

défendeur, la présente cause n'est pas plus complexe que les autres causes dans lesquelles il est question de demande déposée en vertu de l'article 38 et la Cour possède une expertise en matière de cas de sécurité nationale et elle n'a pas besoin d'avoir recours à des *amici*. La nomination d'un *amicus* occasionnerait vraisemblablement un délai dans le traitement de l'instance introduite en vertu de l'article 38, en particulier si l'avocat indépendant qui serait choisi n'a pas encore obtenu son attestation de sécurité.

[19] Comme l'a reconnu la Cour suprême du Canada, au paragraphe 77 de l'arrêt *Charakaoui*, précité, en adoptant l'article 38, le législateur s'est efforcé d'atteindre un équilibre délicat entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et le respect des droits de la personne. Je suis d'accord avec le défendeur que, dans la plupart des cas, cet équilibre peut et doit être atteint sans que l'on insère un élément additionnel dans l'instance en vue d'aider la Cour. Pour qu'une requête visant la nomination d'un *amicus* soit accueillie, le demandeur doit exposer les motifs pour lesquels il est nécessaire de nommer un *amicus* pour que la Cour puisse pleinement exercer la compétence que la loi lui confère. Le seul fait que cela soit souhaitable ne suffit pas : *Canadian Liberty Net*, précité, à la page 641.

[20] Dans la présente instance, le demandeur a présenté un argument convaincant selon lequel, dans les circonstances particulières de l'espèce, la nomination d'un *amicus* est nécessaire pour que la Cour puisse trancher de façon complète et équitable les questions de divulgation.

[21] La demande d'extradition sera principalement tranchée en fonction de la preuve documentaire contre le demandeur dans l'État étranger. Le demandeur dispose d'une capacité limitée de contester la solidité de la preuve contre lui dans cet État. S'il est extradé et reconnu coupable, il est passible d'une peine maximale d'emprisonnement dépassant largement le temps qu'il lui reste normalement à vivre. Bien que ces facteurs soient présents dans de nombreuses demandes d'extradition, il existe d'autres considérations.

[22] The information at issue in this case is sought for the purpose of demonstrating that the principal evidence against the applicant was allegedly obtained through torture and illegal detention. The applicant argues in the extradition proceedings that the evidence is inadmissible or in the alternative, “manifestly unreliable” as described by the Supreme Court of Canada in *United States of America v. Ferras; United States of America v. Latty*, [2006] 2 S.C.R. 77. The Crown has conceded that there is an “air of reality” to Mr. Khadr’s allegations. As stated by Justice Speyer, at paragraph 40 of his decision on the *voir dire* motion, there is a realistic possibility that the applicant’s claims of abuse can be substantiated giving rise to the remedy sought, that is, to exclude the evidence from the extradition proceedings.

[23] One of the safeguards identified by Chief Justice Lutfy in *Khawaja*, above, at paragraph 59, as contributing to the protection of the interests of the individual whose liberty interests are engaged in a section 38 application based on underlying criminal proceedings is subsection 38.14 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the CEA. Subsection 38.14 provides that the “person presiding at a criminal proceeding may make any order that he or she considers appropriate in the circumstances to protect the right of the accused to a fair trial”. Assuming that this provision would apply to the extradition hearing in Canada, it would have no application to a trial conducted in the foreign jurisdiction.

[24] While there is a duty of utmost good faith on the part of counsel for the Attorney General in section 38 proceedings, and the respondent’s counsel on this application are not directly engaged in the extradition proceedings, they will be arguing in favour of maintaining the Attorney General’s decisions with respect to disclosure of the contested information. Moreover, federal Crown counsel have carriage of the extradition proceedings on behalf of the requesting state. There is at least the appearance that counsel for the Attorney General will be adverse in interest to the applicant with respect to the disclosure issues which the Court must address.

[22] Les renseignements en litige en l’espèce sont demandés afin de démontrer que la preuve principale contre le demandeur aurait été obtenue par la torture et la détention illégale. Le demandeur prétend dans la procédure d’extradition que la preuve est irrecevable ou subsidiairement « manifestement non digne de foi », pour reprendre les mots de la Cour suprême du Canada dans *États-Unis d’Amérique c. Ferras; États-Unis d’Amérique c. Latty*, [2006] 2 R.C.S. 77. La Couronne a admis que les allégations de M. Khadr ont une certaine vraisemblance. Comme l’a déclaré le juge Speyer au paragraphe 40 de sa décision sur la requête en voir dire, il existe une réelle possibilité que les allégations de mauvais traitements faites par le demandeur puissent être justifiées et donnent ouverture au recours sollicité, c’est-à-dire l’exclusion de la preuve de la procédure d’extradition.

[23] L’article 38.14 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la LPC est l’une des garanties relevées par le juge en chef Lutfy au paragraphe 59 de *Khawaja*, précité, qui contribuent à la protection des intérêts de la personne dont le droit à la liberté est mis en cause dans une demande présentée en vertu de l’article 38 dans le cadre d’une procédure criminelle. L’article 38.14 prévoit que « la personne qui préside une instance criminelle peut rendre l’ordonnance qu’elle estime indiquée en l’espèce en vue de protéger le droit de l’accusé à un procès équitable ». En présumant que cette disposition s’applique à l’audition de la demande d’extradition au Canada, elle ne s’applique pas à un procès tenu dans le ressort étranger.

[24] Bien qu’il existe une obligation de présenter ses arguments avec la bonne foi la plus absolue de la part des avocats du procureur général dans les instances introduites en vertu de l’article 38 et que l’avocat du défendeur dans la présente demande n’est pas directement impliqué dans la procédure d’extradition, ils militeront en faveur de la confirmation des décisions rendues par le procureur général en rapport avec la divulgation des renseignements contestés. De plus, les avocats de la Couronne fédérale s’occupent des procédures d’extradition pour le compte de l’État requérant. Il semblerait, à tout le moins, que l’avocat du procureur général aura un intérêt contraire à celui du demandeur en ce qui a trait aux questions de divulgation sur lesquelles la Cour doit se pencher.

[25] The possibility, as argued by the respondent, that appointment of an *amicus* would result in delays in the proceedings, either to obtain security clearances or to conduct the *ex parte* hearings, is a relevant consideration. The Court would be reluctant to adopt the procedure when it may have uncertain benefits and could result in significant delay in related proceedings. One example would be when a section 38 application is being considered in the middle of a jury trial.

[26] In this instance, the motion has been made on a timely basis prior to the hearing of any evidence. There are prospective *amicus* candidates available with the required clearances and it is not expected that the hearings will be unduly prolonged. Counsel for Mr. Khadr has also stressed that his desire for the appointment of an *amicus* outweighs his interest in a more rapid disposition of the underlying application.

[27] I am satisfied that in these circumstances, the appointment of an experienced and independent counsel to act as *amicus curiae* is necessary for the full exercise of the Court's jurisdiction.

#### Terms of appointment and mandate

[28] As noted above, both parties have submitted proposed terms and conditions which are largely similar. They are agreed, for example, that the *amicus* designated by the Court shall be required to have, or apply for and receive, security clearance to the satisfaction of the Attorney General before being appointed, that the *amicus* shall have reasonable access to the unredacted versions of the documents at issue and that the Court may order the reasonable fees and disbursements of the *amicus* to be paid by the Attorney General. The respondent would prefer that payment be subject to applicable Treasury Board policies or guidelines. While I would encourage agreement to be reached, the matter could be determined by the Court at a later date if an issue arises as to what constitutes "reasonable" compensation.

[29] The parties differ over the nature of the role that the *amicus* should perform. The applicant submits that it should be substantially the same as that proposed for

[25] La possibilité, comme le prétend le défendeur, que la nomination d'un *amicus* occasionnerait des retards dans les procédures, que ce soit pour obtenir des attestations de sécurité ou pour tenir des audiences *ex parte*, est une considération pertinente. La Cour hésiterait à adopter la procédure lorsqu'il n'est pas certain qu'elle soit avantageuse et qu'elle pourrait occasionner un retard important dans des procédures connexes. Donnons comme exemple le cas d'une demande présentée en vertu de l'article 38 qui est examinée au beau milieu d'un procès par jury.

[26] En l'espèce, la requête a été déposée en temps opportun avant l'audition de la preuve. Il y a des candidats à la fonction d'*amicus* qui possèdent l'attestation de sécurité et on ne s'attend pas à ce que les audiences soient indûment prolongées. L'avocat de M. Khadr a également souligné que son désir de nommer un *amicus* l'emporte sur son intérêt à un règlement rapide de la demande sous-jacente.

[27] Je suis persuadé que, dans les circonstances de l'espèce, la nomination d'un avocat expérimenté et indépendant comme *amicus curiae* est nécessaire à l'exercice complet de la compétence de la Cour.

#### Les modalités de la nomination et du mandat

[28] Comme il a déjà été souligné, les deux parties ont proposé des modalités et des conditions qui sont en grande partie semblables. Elles ont convenu, par exemple, que l'*amicus* nommé par la Cour doit détenir, ou doit demander et recevoir une attestation de sécurité à la satisfaction du procureur général avant d'être nommé. Elles ont également convenu que l'*amicus* doit avoir un accès raisonnable aux versions intégrales des documents en litige et que la Cour puisse ordonner que les honoraires et débours raisonnables de l'*amicus* soient payés par le procureur général. Le défendeur préférerait que le paiement soit assujéti aux politiques et aux lignes directrices applicables du Conseil du Trésor. Bien que je souhaite qu'une entente soit conclue, la question pourrait être tranchée plus tard par la Cour s'il faut statuer sur ce qui constitue une rémunération « raisonnable ».

[29] Les parties ont des divergences d'opinion quant à la nature du rôle que devrait jouer l'*amicus*. Le demandeur prétend que son rôle devrait être

“special advocates” in the context of proceedings under the IRPA by 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*, as passed by the House of Commons, February 6, 2008], currently before Parliament, or as set out in the *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (U.K.), 1997, c. 68 in the United Kingdom. As such, the *amicus* would represent the interests of the applicant and advance his point of view in the *ex parte* portion of the section 38 proceedings, in which the applicant could not take part.

[30] The respondent’s position is that the role of an *amicus curiae* has traditionally been regarded as that of a “friend of the court”, as the term translates into English. The role has been characterized as that of a disinterested person appointed to assist the court to serve generally one of three different purposes: (i) to represent unrepresented interests before the court; (ii) to inform the court of some fact or circumstance that the court may otherwise be unaware of; or (iii) to advise the court on a point of law: *Canada (Attorney General) v. Aluminum Co. of Canada Ltd.* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495 (B.C.C.A.), at page 505.

[31] Counsel have drawn my attention to a number of cases in which *amici* have been appointed by the courts in diverse circumstances. In *LePage v. Ontario* (2006), 214 C.C.C. (3d) 105, the Ontario Court of Appeal considered the authority of the mental health board to appoint an *amicus* to present submissions on behalf of a person found not criminally responsible by reason of mental disorder. In describing the role of the *amicus* for a unanimous panel, Juriansz J.A. stated the following at paragraph 29:

I would not adopt an unduly technical approach to the question. Certainly, *amicus curiae* appointed by the court have no solicitor-client relationship with the accused and may be described as counsel to the court. However, the role of *amicus curiae* is not strictly defined and continues to evolve. One of the roles of *amicus curiae* has been recognized as being an assistant to the court when “there is a failure to present the issues (as, for example, where one side of the argument has not been presented to the Court)”.... In my view *amicus curiae* may be appointed by the Board and assigned the role of

pratiquement identique au rôle envisagé dans le 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*, adopté par la Chambre des communes le 6 février 2008], lequel a été déposé devant le Parlement, pour les « avocats spéciaux » dans le contexte des instances introduites en vertu de la LIPR, ou comme il est prévu dans la *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (R.-U.), 1997, ch. 68 du Royaume-Uni. En tant que tel, l’*amicus* représenterait les intérêts du demandeur et ferait valoir son point de vue dans la partie *ex parte* de l’instance introduite en vertu de l’article 38 à laquelle le demandeur ne peut pas prendre part.

[30] Le défendeur prétend que l’*amicus curiae* a traditionnellement été considéré comme étant l’« ami de la cour », tel que cette expression est traduite en français. Son rôle a été décrit comme étant celui d’une personne désintéressée nommée en vue d’aider la cour à atteindre, d’une manière générale, l’un des trois objectifs suivants : i) représenter les intérêts non représentés devant la cour; ii) informer la cour de certains facteurs dont la cour n’est pas au courant; iii) conseiller la cour quant à une question de droit : *Canada (Attorney General) v. Aluminum Co. of Canada Ltd.* (1987), 35 D.L.R. (4th) 495 (C.A. C.-B.), à la page 505.

[31] Les avocats ont attiré mon attention sur un certain nombre de causes dans lesquelles des *amici* ont été nommés par les cours dans diverses circonstances. Dans *LePage v. Ontario* (2006), 214 C.C.C. (3d) 105, la Cour d’appel de l’Ontario a examiné le pouvoir de la commission de la santé mentale de nommer un *amicus* en vue de formuler des observations au nom d’une personne déclarée non responsable criminellement pour cause d’aliénation mentale. En décrivant le rôle de l’*amicus* au nom d’une formation unanime, le juge Juriansz a déclaré ce qui suit au paragraphe 29 :

[TRADUCTION] Je n’adopterai pas une approche trop technique à la question. Il est certain que l’*amicus curiae* nommé par la cour n’entretient aucune relation avocat-client avec l’accusé et peut être décrit comme étant un conseiller de la cour. Toutefois, le rôle de l’*amicus curiae* n’est pas défini d’une manière rigoureuse et il continue d’évoluer. L’un des rôles de l’*amicus curiae* a été reconnu comme étant celui d’assistant de la cour lorsque « toutes les questions en litige n’ont pas été soumises (par exemple, lorsqu’un aspect de l’argument n’a pas été présenté à la Cour) » [...] Selon moi, un *amicus curiae*

presenting the issues favouring the accused which otherwise might not be raised. I am satisfied that an *amicus curiae* who is assigned this role may be said to “act for the accused”. [Authority cited omitted.]

[32] Similarly, I am of the view that in the context of a section 38 application related to a criminal proceeding, such as in the present case, an *amicus* appointed by the Court may present the issues favouring the person seeking disclosure of the information during the *ex parte* portion of the proceedings and may be said in that respect to act for the individual at that stage. But the *amicus* has no solicitor-client relationship with the individual and his or her role will be to assist the Court in arriving at a just determination of the issues.

[33] The applicant does not dispute that the *amicus* must keep the information at issue confidential until such time as it may be ordered disclosed. However he questions the respondent’s position that the *amicus* should not have any communication with the applicant or counsel for the applicant once he or she has been granted access to the redacted information and documents, without leave of the Court. He submits that the *amicus* cannot perform an effective role under that constraint. However, it remains open to the Court to grant leave for such communication under such terms as may be necessary to protect the confidential information when it is deemed necessary for the proper exercise of the Court’s jurisdiction.

[34] In view of the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Named Person v. Vancouver Sun*, [2007] 3 S.C.R. 253, the respondent submits that the *amicus* should be limited to presenting written and oral submissions on matters of fact and evidence alone and not on points of law. In *Named Person*, an extradition Judge had appointed an *amicus* to assist him in dealing with an issue of informer privilege. The Supreme Court held that this was an error as the determination of the proper legal test was the Judge’s responsibility. Counsel drew my attention to statements in the majority’s reasons at paragraph 48 which may be construed as

peut être nommé par la Commission et se voir confié le rôle qui consiste à soumettre les questions en litige favorisant l’accusé qui autrement ne seraient peut-être pas soulevées. Je suis convaincu qu’un *amicus curiae* qui se voit confier ce rôle peut être considéré comme « agissant pour l’accusé ». [Jurisprudence citée omise]

[32] De même, je crois que dans le contexte d’une demande présentée en vertu de l’article 38 en rapport avec une instance criminelle, comme en l’espèce, un *amicus* nommé par la Cour peut soulever des questions favorisant la personne qui demande la divulgation des renseignements durant la partie *ex parte* de l’instance et peut être considéré à cet égard comme représentant la personne à ce stade. Mais l’*amicus* n’entretient aucune relation avocat-client avec la personne et son rôle consiste à aider la Cour à trancher les questions de façon équitable.

[33] Le demandeur ne conteste pas que l’*amicus* doit préserver la confidentialité des renseignements en litige jusqu’à ce que leur divulgation soit ordonnée. Toutefois, il met en doute le point de vue du défendeur selon lequel l’*amicus* ne devrait pas, sauf s’il a l’autorisation de la Cour, communiquer avec le demandeur ou l’avocat du demandeur une fois qu’il s’est vu accorder l’accès à la version expurgée des renseignements et des documents. Le demandeur prétend que l’*amicus* ne peut pas jouer un rôle efficace en vertu de cette contrainte. Toutefois, il demeure loisible à la Cour d’autoriser cette communication selon les conditions nécessaires à la protection des renseignements confidentiels lorsque cela est jugé nécessaire à l’exercice adéquat par la Cour de sa compétence.

[34] Compte tenu de la récente décision rendue par la Cour suprême du Canada dans *Personne désignée c. Vancouver Sun*, [2007] 3 R.C.S. 253, le défendeur prétend que le rôle de l’*amicus* devrait se limiter à présenter des observations écrites et orales sur des questions de fait et des questions de preuve et non pas sur des questions de droit. Dans *Personne désignée*, un juge d’extradition avait nommé un *amicus* en vue de l’aider à traiter une question de privilège relatif aux indicateurs de police. La Cour suprême a conclu qu’il s’agissait d’une erreur car c’était le juge qui devait déterminer le critère juridique approprié. L’avocat du

supporting a restrictive interpretation of the scope of the mandate which an *amicus* may be given.

[35] I do not read the majority's decision in the *Named Person* case as laying down a definitive rule that an *amicus curiae* cannot make submissions on points of law. As stated by Justice Louis LeBel in his dissenting reasons at paragraph 155, that would be inconsistent with the Supreme Court's own practice in appointing *amici* in cases such as the *Reference Re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217. To illustrate recent application of this practice, counsel for the applicant tabled a copy of an order issued by the Chief Justice on December 10, 2007 under Rule 92 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156 appointing an *amicus* to file a factum and book of authorities and to make oral submissions in a pending appeal: *R. v. McNeil*, [2007] S.C.C.A. No. 57 (QL).

[36] In my view, the decision of the majority in *Named Person* turns on the absolute nature of the informer privilege. As stated at paragraph 63 of the majority's reasons, "the determination of the proper legal test to be applied was the responsibility of the Extradition Judge. Moreover, the decision to reveal to the *amicus* detailed facts about the Named Person was inconsistent with the Extradition Judge's obligation to protect the information covered by informer privilege."

[37] Should the issue of informer privilege arise with respect to the redacted information at issue in these proceedings, the Court will have to ensure that the *amicus* not have access to that information or make submissions on the scope of the privilege. Barring that situation, the *amicus* will be invited to make submissions on the facts and the law.

défendeur a attiré mon attention sur des déclarations figurant dans les motifs de la majorité, au paragraphe 48, qui peuvent être interprétées comme étayant une interprétation restrictive de la portée du mandat qu'un *amicus* peut se voir confier.

[35] Selon moi, la décision rendue par la majorité dans la cause *Personne désignée* n'établit pas une règle définitive selon laquelle un *amicus curiae* ne peut formuler aucune observation quant à des questions de droit. Comme l'a déclaré le juge Louis LeBel dans ses motifs dissidents, au paragraphe 155, cela serait incompatible avec la pratique de la Cour suprême en matière de nomination d'*amici* dans les causes comme *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217. À titre d'illustration d'une application récente de cette pratique, l'avocat du demandeur a déposé une copie d'une ordonnance par laquelle, le 10 décembre 2007, le juge en chef a nommé un *amicus* en vertu de la règle 92 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156 pour que celui-ci dépose un mémoire et un recueil de jurisprudence et formule des observations orales dans un appel en instance : *R. c. McNeil*, [2007] S.C.C.A. n° 57 (QL).

[36] Selon moi, la décision rendue par la majorité dans *Personne désignée* porte sur le caractère absolu du privilège relatif aux indicateurs de police. Comme il a été déclaré au paragraphe 63 des motifs de la majorité : « il incombait au juge d'extradition de décider du critère juridique à appliquer. En outre, la décision de dévoiler à l'*amicus curiae* des renseignements détaillés au sujet de la personne désignée était incompatible avec l'obligation qu'avait le juge d'extradition de protéger les renseignements assujettis au privilège relatif aux indicateurs de police ».

[37] Si la question du privilège relatif aux indicateurs de police se pose en rapport avec la version expurgée des renseignements en litige dans la présente instance, la Cour devra voir à ce que l'*amicus* n'ait pas accès à ces renseignements ou devra formuler des observations sur la portée du privilège. Sauf dans ce cas, l'*amicus* sera invité à formuler des observations sur les faits et le droit.

[38] As noted above, the parties have put forward the names of six very experienced and capable independent counsel. The applicant would be content with any of the four proposed by the respondent. One of the six lacks the required security clearances at present and another is not available other than on a limited part-time basis until April. While delay is not a major concern, as discussed previously, the proposed candidates indicated through counsel or were asked by the Court Registry to submit information as to their short-term availability and that was taken into consideration.

[39] The respondent submits that the Court should appoint a candidate only from the list suggested by the parties and in the event that no satisfactory candidate is presented, the parties should be given a reasonable opportunity to provide additional candidates. Barring a statutory restriction such as is set out in the proposed paragraph 83(1)(b) in Bill C-3 or binding authority on the question, I see no reason for the Court to accept such a constraint on the exercise of its discretion. It is open to the Court to select independent counsel worthy of the Court's trust and confidence whether or not they are proposed by the parties.

[40] Having said that, I have had no difficulty in finding within the group of proposed candidates a senior member of the private bar in whom I have confidence, who has experience in national security matters and the required security clearances and who is available to participate in the *ex parte* proceedings in the coming days.

#### ORDER

THIS COURT ORDERS that:

1. Mr. Leonard M. Shore, Q.C. of Ottawa, Ontario is appointed as *amicus curiae* to assist the Court in preparing for and to participate in the *ex parte* hearings of evidence and representations submitted on behalf of

[38] Comme il a déjà été souligné, les parties ont mentionné les noms de six avocats indépendants expérimentés et compétents. Le demandeur se contenterait de l'une ou l'autre des quatre personnes proposées par le défendeur. Une des six personnes ne possède pas actuellement l'attestation de sécurité exigée et une autre personne n'est disponible qu'à temps partiel jusqu'en avril. Bien que, comme il a déjà été discuté, le retard ne soit pas une préoccupation importante, les candidats envisagés ont mentionné par le biais de leurs avocats ou se sont fait demander par le greffe de la Cour de donner des renseignements quant à leur disponibilité à court terme et cela a été pris en considération.

[39] Le défendeur prétend que la Cour ne devrait nommer qu'un candidat dont le nom figure sur la liste proposée par les parties et s'il advenait qu'aucun candidat acceptable ne soit proposé, les parties devraient avoir la possibilité raisonnable de proposer des candidats supplémentaires. À moins d'une limite prévue par la loi comme celle qui est énoncée à l'alinéa 83(1)(b) du projet de loi C-3 ou d'une décision qui a force de précédent sur la question, je ne vois pas pourquoi la Cour accepterait une telle limite quant à l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Il est loisible à la Cour de choisir des avocats indépendants en qui elle peut avoir confiance, qu'ils aient été proposés ou non par les parties.

[40] Cela étant dit, je n'ai eu aucune difficulté à trouver, dans le groupe de candidats proposés, un associé d'un cabinet privé en qui j'ai confiance, qui possède de l'expérience dans les questions de sécurité nationale et qui possède les attestations de sécurité exigées et qui peut participer à la procédure *ex parte* dans les jours à venir.

#### ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE :

1. M. Leonard M. Shore, c.r., résidant à Ottawa (Ontario) est nommé *amicus curiae* afin d'aider la Cour à préparer les auditions *ex parte* des preuves et des observations soumises au nom du procureur général

the Attorney General of Canada in this application pursuant to section 38 of the *Canada Evidence Act*;

2. The *amicus curiae* shall have reasonable access to the *ex parte* affidavits filed by the Attorney General of Canada in these proceedings, including attachments, as determined by the Court;

3. The *amicus curiae* may communicate with counsel for the parties in preparation for the *ex parte* hearings;

4. The *amicus curiae* will keep confidential from the applicant, his counsel and any others not participating in the *ex parte* hearings, all confidential information and documents to which the *amicus curiae* has access in this application;

5. The *amicus curiae* will not have any communication with the applicant or counsel for the applicant once he has been granted access to the confidential information and documents, without prior leave of the Court;

6. The *amicus curiae* may participate in the *ex parte* proceedings, may cross-examine the respondent's *ex parte* affiants and witnesses and present written and oral submissions as directed by the Court;

7. The *amicus curiae* may also participate in any *ex parte* proceedings requested by the applicant, as directed by the Court;

8. The *amicus curiae* may attend any public proceedings in respect of this application and may make oral submissions with leave of the Court;

9. The respondent will have the right of reply to any submissions made by the *amicus curiae*; and,

10. The respondent will pay the reasonable fees and disbursements of the *amicus curiae*.

du Canada dans le cadre de la présente demande présentée en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*;

2. L'*amicus curiae* aura un accès raisonnable aux affidavits *ex parte*, y compris aux pièces jointes, déposés par le procureur général du Canada dans la présente instance, selon ce que la Cour aura décidé;

3. L'*amicus curiae* pourra communiquer avec les avocats des parties au cours de la préparation des audiences *ex parte*;

4. L'*amicus curiae* ne révélera pas au demandeur, à son avocat et à toute autre personne qui ne participe pas aux audiences *ex parte*, les renseignements et les documents confidentiels auxquels il a accès dans le cadre de la présente demande;

5. L'*amicus curiae* ne communiquera pas, sans l'autorisation préalable de la Cour, avec le demandeur ou avec l'avocat de ce dernier une fois qu'on lui aura accordé l'accès à des renseignements et à des documents confidentiels;

6. L'*amicus curiae* pourra participer aux procédures *ex parte*, pourra contre-interroger les auteurs d'affidavit et les témoins *ex parte* du défendeur et pourra formuler des observations écrites et orales, et ce, conformément aux directives de la Cour;

7. L'*amicus curiae* pourra également participer à toute procédure *ex parte* exigée par le demandeur, et ce, conformément aux directives de la Cour;

8. L'*amicus curiae* pourra participer à toute procédure publique tenue en rapport avec la présente demande et pourra formuler des observations orales, et ce, avec la permission de la Cour;

9. Le défendeur aura le droit de répondre à toute observation formulée par l'*amicus curiae*;

10. Le défendeur paiera les honoraires et les débours raisonnables de l'*amicus curiae*.

A-417-06  
2007 FCA 349

A-417-06  
2007 CAF 349

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Appellant*)

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

v.

c.

**Joseph Taylor** (*Respondent*)

**Joseph Taylor** (*intimé*)

**INDEXED AS: TAYLOR v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : TAYLOR c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Desjardins, Décary and Ryer JJ.A.—Vancouver, September 18; Ottawa, November 2, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Décary et Ryer, J.C.A.—Vancouver, 18 septembre; Ottawa, 2 novembre 2007.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Appeal from Federal Court decision concluding respondent Canadian citizen, directing citizenship certificate be issued — Respondent born out of wedlock in U.K. in 1944 to Canadian father, English mother — Landing in Canada with mother in 1946, but returning to England before coming into force of The Canadian Citizenship Act, S.C. 1946, c. 15 (1947 Act) — Arguing provisions of 1947 Act determining citizenship based on parent's marital status, requiring application be made before 24th birthday to retain citizenship violating Canadian Charter of Rights and Freedoms, Canadian Bill of Rights — Such argument requiring Charter be given retrospective effect, which it could not have — To gain citizenship status after coming into force of 1947 Act, respondent had to come within one of its provisions, which he did not — Even if respondent within such provisions, caught by loss of citizenship provisions of 1947 Act, ss. 4(2) (as enacted by S.C. 1952-53, c. 23, s. 2), 20 — Appeal allowed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a conclu que l'intimé est un citoyen canadien et a ordonné qu'un certificat de citoyenneté lui soit délivré — L'intimé est né au R.-U. en 1944 hors des liens du mariage d'un père canadien et d'une mère britannique — Il est débarqué au Canada avec sa mère en 1946, mais il est retourné en Angleterre avant l'entrée en vigueur de la Loi sur la citoyenneté canadienne, S.C. 1946, ch. 15 (la Loi de 1947) — Il soutenait que les dispositions de la Loi de 1947 établissant que la citoyenneté était fonction de la situation matrimoniale des parents et prévoyant que la demande devait être présentée avant son 24<sup>e</sup> anniversaire pour conserver la citoyenneté violaient la Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration canadienne des droits — Cet argument donnerait à la Charte un effet rétrospectif qu'elle ne peut avoir — Pour obtenir le statut de citoyen après l'entrée en vigueur de la Loi de 1947, l'intimé devait satisfaire à l'une de ses dispositions, ce qui n'était pas le cas — Même si l'intimé avait satisfait à ces dispositions, il était visé par les dispositions relatives à la perte de citoyenneté prévues aux art. 4(2) (édicte par S.C. 1952-53, ch. 23, art. 2) et 20 de la Loi de 1947 — Appel accueilli.*

*Construction of Statutes — The Canadian Citizenship Act, S.C. 1946, c. 15 consolidating previous legislation, status, constituting complete code for Canadian citizenship, introducing Canadian citizenship instead of British subject status, Canadian nationality — Act, s. 46 making it clear possession of national status by person not natural-born Canadian citizen prior to coming into force of Act not automatically conferring status of Canadian citizen.*

*Interprétation des lois — La Loi sur la citoyenneté canadienne, S.C. 1946, ch. 15 était une consolidation des lois et des statuts précédents, elle constituait un code complet au sujet de la citoyenneté canadienne et elle a substitué la citoyenneté canadienne au statut de sujet britannique ou à la nationalité canadienne — L'art. 46 de la Loi établissait clairement que pour un citoyen canadien qui n'est pas né au Canada, le fait de posséder un statut national avant l'entrée en vigueur de la Loi ne lui conférait pas automatiquement le statut de citoyen canadien.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — The Canadian Citizenship Act, S.C. 1946, c. 15 (1947 Act), s. 4(b) drawing distinction between children born outside Canada in wedlock and out of wedlock — Alleged discrimination resulting from 1947 Act — That Act since repealed by Citizenship Act, S.C. 1974-75-76 (1977 Act) — Applying Charter, s. 15 to 1947 Act, s. 4(b) would give Charter retrospective effect not capable of having — Argument Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3(1)(d),(e) drawing discriminatory distinction on basis of respondent's date of birth also requiring retrospective application of Charter as incorporating by reference 1947 Act, s. 4(b) into current Act.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Fundamental justice under Charter, s. 7 not requiring fair hearing and notice before citizen loses citizenship.*

*Bill of Rights — Concepts of fair hearing in Canadian Bill of Rights, s. 2(e), procedural fairness not engaged with respect to loss of citizenship provisions in The Canadian Citizenship Act as no administrative proceedings in issue — “[D]ue process of law” under Bill of Rights, s. 1(a) not requiring prior notice be given to persons at risk of being deprived of citizenship through forthcoming legislation.*

This was an appeal from a decision of the Federal Court concluding that the respondent is a Canadian citizen and directing the Minister of Citizenship and Immigration to issue a certificate of citizenship to the respondent.

The respondent, a citizen of the United Kingdom, was born out of wedlock in England in 1944. His father, a Canadian Armed Forces soldier, was born in Canada and his mother was born in England. They married in 1945. After the war, in 1946, the respondent and his mother came to Canada to live with the respondent's father. However, the marriage fell apart a few months after their arrival and they returned to England in the fall of 1946. In 2003, the respondent presented two applications for citizenship certificates. The first was dismissed on the ground that the respondent had lost his citizenship the day he turned 24, and the second, on the ground that having been born out of wedlock, he had never acquired citizenship status.

At issue was whether Order in Council P.C. 1945-858 (P.C. 858) gave the respondent the status of a “Canadian

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — L'art. 4b) de la Loi sur la citoyenneté canadienne, S.C. 1946, ch. 15 (la Loi de 1947) opère une distinction entre les enfants nés hors du Canada dans les liens du mariage et hors des liens du mariage — La présumée discrimination découle de la Loi de 1947 — Cette Loi a été abrogée par la Loi sur la citoyenneté, S.C. 1974-75-76 (la Loi de 1977) — L'application de l'art. 15 de la Charte à l'art. 4b) de la Loi de 1947 donnerait à la Charte un effet rétrospectif qu'elle ne peut avoir — L'argument selon lequel les art. 3(1)d) et e) de la Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, opère une distinction en raison de la date de naissance de l'intimé entraînait aussi une application rétrospective de la Charte puisqu'il intègre l'art. 4b) de la Loi de 1947 dans la Loi actuelle.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Le principe de justice fondamentale prévu à l'art. 7 de la Charte n'exige pas une audition et un préavis équitables avant que le citoyen se voie retirer sa citoyenneté.*

*Déclaration des droits — Comme il n'y avait aucune procédure administrative en question, ni le concept d'audition impartiale, mentionné à l'art. 2e) de la Déclaration canadienne des droits ni celui d'application régulière de la loi n'entraient en jeu à l'égard des dispositions relatives à la perte de citoyenneté de la Loi sur la citoyenneté canadienne — L'« application régulière de la loi » en vertu de l'art. 1a) de la Déclaration canadienne des droits n'exige pas qu'un avis préalable soit donné aux personnes qui risquent de perdre leur citoyenneté en raison d'une loi à venir.*

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a conclu que l'intimé est un citoyen canadien et a ordonné au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de délivrer à l'intimé un certificat de citoyenneté.

L'intimé, un citoyen du Royaume-Uni, est né en Angleterre en 1944 hors des liens du mariage. Son père, un combattant des forces armées canadiennes, est né au Canada et sa mère est née en Angleterre. Ils se sont mariés en 1945. Après la guerre, en 1946, l'intimé et sa mère sont venus au Canada pour vivre avec le père de l'intimé. Cependant, le mariage s'est rompu quelques mois après leur arrivée et ils sont retournés en Angleterre à l'automne de 1946. En 2003, l'intimé a présenté deux demandes pour obtenir un certificat de citoyenneté. La première demande a été rejetée parce que l'intimé avait perdu sa citoyenneté canadienne le jour de son 24<sup>e</sup> anniversaire et la deuxième demande a été rejetée au motif que, comme l'intimé était né hors des liens du mariage, il n'avait jamais obtenu le statut de citoyen.

Les questions à trancher étaient celles de savoir si l'arrêt énoncé en conseil C.P. 1945-858 (C.P. 858) accordait à l'intimé le

citizen”, and whether the provisions of *The Canadian Citizenship Act* (which came into force on January 1, 1947 and is thus referred to as the 1947 Act) that determined the respondent’s citizenship based on his parent’s marital status (paragraph 4(b)), and required that he make an application to retain his citizenship before his 24th birthday (subsection 4(2), enacted in 1953 but retroactive to January 1, 1947), violated the respondent’s rights under the *Canadian Bill of Rights* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

*Held*, the appeal should be allowed.

The legislation and orders in council pertaining to Canadians in general were considered in order to determine the respondent’s status prior to January 1, 1947. Dependants of members of the Canadian Armed Forces were given special and preferential treatment through the making of orders in council (i.e. P.C. 858) in order to facilitate their entry into Canada under Canadian immigration law. Upon being landed in July 1946, the respondent was, as was his father, a natural-born British subject, a Canadian national and, for the purpose of Canadian immigration law, a Canadian citizen with Canadian domicile. However, P.C. 858 could not confer in and of itself the status of “Canadian citizenship” under the 1947 *Canadian Citizenship Act* because no such status existed until the coming into force of that Act, which introduced a complete code for Canadian citizenship, and replaced the status of British subject or Canadian nationality with that of Canadian citizenship. Under paragraph 2(a) of the 1947 *Canadian Citizenship Act*, a dependant landing pursuant to P.C. 858, before or after January 1, 1947, could only gain Canadian citizenship status after January 1, 1947, under the 1947 *Canadian Citizenship Act* if he came within a provision of the Act, i.e. section 4 or 9. And, section 46 of the Act made it clear that the possession of a national status by a person that was not a national born Canadian citizen prior to January 1, 1947, did not automatically confer the status of Canadian citizen from January 1, 1947 onwards.

Under paragraph 4(b) of the 1947 *Canadian Citizenship Act*, a person born outside Canada before January 1, 1947, had a claim to Canadian citizenship if born in wedlock to a Canadian-born father and, if out of wedlock, only through the mother, provided that the latter was born in Canada or, was at the time of the birth, a British subject who had Canadian domicile. Unlike the situation in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, the alleged discrimination herein (on the basis of the parents’ marital status) resulted from the 1947 *Canadian Citizenship Act* and not from remedial legislation having an ongoing effect (i.e. the *Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76 (the

statut de « citoyen canadien » et si les dispositions de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* (qui est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1947 et qui est donc appelée la Loi de 1947) qui établissaient la citoyenneté de l’intimé en fonction de la situation matrimoniale de ses parents (alinéa 4b)) et l’obligeaient à présenter une demande pour conserver sa citoyenneté avant son 24<sup>e</sup> anniversaire (paragraphe 4(2) qui a été édicté en 1953, mais qui était rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 1947) violaient les droits de l’intimé en vertu de la *Déclaration canadienne des droits* et la *Charte canadienne des droits et libertés*.

*Arrêt* : l’appel doit être accueilli.

Les lois et les arrêtés en conseil qui ont trait aux Canadiens en général ont été examinés pour établir le statut de l’intimé avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947. En vertu des lois sur l’immigration du Canada, les personnes à charge des membres des forces armées canadiennes obtenaient un traitement spécial et préférentiel visant à faciliter leur entrée au Canada grâce à des arrêtés en conseil (notamment l’arrêté C.P. 858). À son débarquement en juillet 1946, l’intimé était, comme son père, un sujet britannique d’origine, un ressortissant du Canada et, au sens des lois sur l’immigration du Canada, un citoyen canadien qui possédait un domicile au Canada. Cependant, l’arrêté C.P. 858 ne pouvait pas, en soi, conférer le statut de « citoyen canadien » en vertu de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947, puisque ce statut n’existait pas avant l’entrée en vigueur de la Loi, qui a introduit un code complet au sujet de la citoyenneté canadienne et a remplacé le statut de sujet britannique ou la nationalité canadienne par la citoyenneté canadienne. En vertu de l’alinéa 2a) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947, une personne à charge débarquée en vertu de l’arrêté C.P. 858, avant ou après le 1<sup>er</sup> janvier 1947, ne pouvait, après le 1<sup>er</sup> janvier 1947, obtenir le statut de citoyen canadien au sens de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947 que si elle satisfaisait aux dispositions de la Loi, c.-à-d. les articles 4 ou 9. En outre, l’article 46 de la Loi établissait clairement que pour un citoyen canadien qui n’est pas né au Canada, le fait de posséder un statut national avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947 ne lui conférait pas automatiquement le statut de citoyen canadien à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1947.

En vertu de l’alinéa 4b) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947, une personne née hors du Canada avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947 avait droit à la citoyenneté canadienne si elle était née dans les liens du mariage et que son père était né au Canada ou, si elle était née hors des liens du mariage, que sa mère était née au Canada ou était, au moment de la naissance de cette personne, un sujet britannique possédant un domicile canadien. À l’encontre de la situation dont il est question dans l’arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, la présumée discrimination en l’espèce (qui repose sur la situation matrimoniale des parents) découlait de la *Loi sur la*

1977 *Citizenship Act*). To apply section 15 of the Charter, in the circumstances, to the 1947 provision would give the Charter a retrospective effect it cannot have, paragraph 4(b) having been repealed by the 1977 *Citizenship Act* (which was intended not to have a retroactive effect).

Even if the respondent was a natural-born Canadian citizen within the meaning of paragraph 4(b) of the 1947 *Canadian Citizenship Act*, or a Canadian citizen other than natural-born pursuant to paragraph 9(1)(b) (which provides that “[a] person other than a natural-born Canadian citizen is a Canadian citizen, if he . . . immediately before the commencement of this Act was a British subject who had Canadian domicile”), the respondent would have been caught by the loss provisions in subsection 4(2) (as enacted in 1953) and section 20 (residence outside Canada for six consecutive years) of the 1947 *Canadian Citizenship Act*. These provisions did not violate the *Canadian Bill of Rights* or the Charter, assuming that these two Acts applied to the 1947 Act. There being no administrative proceedings in issue, neither the concept of fair hearing referred to in paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, nor that of procedural fairness came into play. The respondent also failed to show that fundamental justice under section 7 of the Charter required that he be given a fair hearing and notice before being deprived of his citizenship. Furthermore, “due process of law” under paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* does not require that prior notice be given to persons at risk of being deprived of their citizenship through forthcoming legislation. The legislative process in Canada is a public process and a person is presumed to know the law. There is no basis in law for imposing a duty on government officials to forewarn persons that they might be impacted by pending legislation.

The respondent’s argument that paragraphs 3(1)(d) and (e) of the current *Citizenship Act* (R.S.C., 1985, c. C-29) violated section 15 of the Charter, based on a differential treatment because of date of birth also required a retrospective application of the Charter (i.e. incorporation by reference into the current Act paragraph 4(b) of the 1947 Act) and was therefore dismissed.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act to amend The Canadian Citizenship Act*, S.C. 1952-53, c. 23, ss. 2, 8.

*citoyenneté canadienne* de 1947, pas du fait que les lois correctrices avaient des effets continus (c.-à-d. la *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76 (la *Loi sur la citoyenneté* de 1977)). Compte tenu des circonstances, l’application de l’article 15 de la Charte à la disposition de 1947 donnerait à la Charte un effet rétrospectif qu’elle ne peut avoir, l’alinéa 4b) ayant été abrogé par la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 (qui a été conçue pour ne pas avoir d’effet rétroactif).

Même si l’intimé avait la qualité de citoyen canadien de naissance au sens de l’alinéa 4b) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947, ou de citoyen canadien autrement que par la naissance au sens de l’alinéa 9(1)(b) (qui dispose qu’« [u]ne personne, autre qu’un citoyen canadien de naissance, est citoyen canadien [. . .] si immédiatement avant la mise en vigueur de cette loi, elle était un sujet britannique possédant un domicile canadien »), il aurait été visé par les dispositions relatives à la perte de citoyenneté prévues au paragraphe 4(2) (tel qu’il a été édicté en 1953) et à l’article 20 (résidence hors du Canada pendant six années consécutives) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947. Ces dispositions ne violaient pas la *Déclaration canadienne des droits* ou la Charte, dans l’hypothèse où ces deux textes législatifs s’appliquaient à la Loi de 1947. Comme il n’y avait aucune procédure administrative en question, ni le concept d’audition impartiale, mentionné à l’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, ni celui d’application régulière de la loi n’entraient en jeu. De même, l’intimé n’a pas démontré que le principe de justice fondamentale prévu à l’article 7 de la Charte précisait qu’il devait avoir une audition et un préavis équitables avant qu’il se voie retirer sa citoyenneté. Qui plus est, « l’application régulière de la loi » en vertu de l’alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* n’exige pas qu’un avis préalable soit donné aux personnes qui risquent de perdre leur citoyenneté en raison d’une loi à venir. Le processus législatif au Canada est un processus public et tous sont censés connaître la loi. Aucune règle de droit ne permet d’imposer l’obligation aux représentants du gouvernement d’avertir une personne qu’elle peut être touchée par une nouvelle loi.

L’argument de l’intimé selon lequel les alinéas 3(1)(d) et (e) de la *Loi sur la citoyenneté* actuelle (L.R.C. (1985), ch. C-29) violaient l’article 15 de la Charte, puisqu’il est traité différemment en raison de sa date de naissance, entraînait aussi une application rétrospective de la Charte (notamment en intégrant par renvoi l’alinéa 4b) de la Loi de 1947 dans la Loi actuelle) et il a donc été rejeté.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Arrêté en conseil C.P. 7318, 21 septembre 1944.  
Arrêté en conseil C.P. 858, 9 février 1945.

*An Act to amend the Immigration Act*, S.C. 1946, c. 54, s. 1.

*An Act to define Canadian Nationals and to provide for the Renunciation of Canadian Nationality*, S.C. 1921, c. 4.

*Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III, ss. 1(a), 2(e).

*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, 15, 32(2).

*Canadian Citizenship Act*, R.S.C. 1970, c. C-19, s. 4(1)(b).

*Canadian Citizenship Act (The)*, S.C. 1946, c. 15, ss. 2(a), 4 (as am. by S.C. 1952-53, c. 23, s. 2), 9, 10, 20 (as am. *idem*, s. 8), 26, 27, 28, 45, 46.

*Canadian Nationals Act*, R.S.C. 1927, c. 21, s. 2.

*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 3(1)(d),(e), 5(2)(b), (4).

*Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108, ss. 3(1)(c),(d),(e), 5(2)(b), 22.

*Immigration Act*, R.S.C. 1927, c. 93, ss. 2(b) “Canadian citizen” (as am. by S.C. 1946, c. 54, s. 1), (e) “domicile”, (l) “landed”, 3, 28, 29, 33, 37(a), 40.

*Immigration Act (The)*, S.C. 1910, c. 27, s. 2(f) “Canadian citizen”.

*National Emergency Transitional Powers Act, 1945 (The)*, S.C. 1945, c. 25.

*Naturalization Act, 1914 (The)*, S.C. 1914, c. 44.

*Naturalization Act*, R.S.C. 1927, c. 138, ss. 3, 4, 5, 7, 20-27.

Order in Council P.C. 7318, September 21, 1944.

Order in Council P.C. 858, February 9, 1945.

Order in Council P.C. 7414, December 28, 1945.

Order in Council P.C. 4216, October 11, 1946.

Order in Council P.C. 1112, March 25, 1947.

*War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206.

Arrêté en conseil C.P. 7414, 28 décembre 1945.

Arrêté en conseil C.P. 4216, 11 octobre 1946.

Arrêté en conseil C.P. 1112, 25 mars 1947.

*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, 15, 32(2).

*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III, art. 1a), 2e).

*Loi ayant objet de définir l’expression «ressortissants du Canada» et de statuer sur la renonciation à la nationalité canadienne*, S.C. 1921, ch. 4.

*Loi concernant la Naturalisation, 1914*, S.C. 1914, ch. 44.

*Loi de l’immigration*, S.C. 1910, ch. 27, art. 2f) « citoyen canadien ».

*Loi de l’immigration*, S.R.C. 1927, ch. 93, art. 2c) « citoyen canadien » (mod. par S.C. 1946, ch. 54, art. 1), e) « débarqué », f) « domicile », 3, 28, 29, 33, 37a), 40.

*Loi de 1945 sur les pouvoirs transitoires résultant de circonstances critiques nationales*, S.C. 1945, ch. 25.

*Loi de naturalisation*, S.R.C. 1927, ch. 138, art. 3, 4, 5, 7, 20 à 27.

*Loi des mesures de guerre*, S.R.C. 1927, ch. 206.

*Loi des ressortissants du Canada*, S.R.C. 1927, ch. 21, art. 2.

*Loi modifiant la Loi de l’immigration*, S.C. 1946, ch. 54, art. 1.

*Loi modificative de la Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1952-53, ch. 23, art. 2, 8.

*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 3(1)d), e), 5(2)b), (4).

*Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108, art. 3(1)c),d),e), 5(2)b), 22.

*Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, ch. 15, art. 2a), 4 (mod. par S.C. 1952-53, ch. 23, art. 2), 9, 10, 20 (mod., *idem*, art. 8), 26, 27, 28, 45, 46.

*Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.R.C. 1970, ch. C-19, art. 4(1)b).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Wilson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 113 C.R.R. (2d) 325; 244 F.T.R. 148; 33 Imm. L.R. (3d) 157; 2003 FC 1475; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 S.C.R. 40; (2003), 227 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 167; 36 C.C.P.B. 29; 109 C.R.R. (2d) 220; 306 N.R. 335; 175 O.A.C. 363; 2003 SCC 39.

## DISTINGUISHED:

*Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358; (1997), 143 D.L.R. (4th) 577; 42 C.R.R. (2d) 1; 37

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Wilson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2003 CF 1475; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40; 2003 CSC 39.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358; *Veleta c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

Imm. L.R. (2d) 195; 208 N.R. 81 (C.A.); *Veleta v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 268 D.L.R. (4th) 513; 53 Imm. L.R. (3d) 32; 350 N.R. 94; 2006 FCA 138; *Augier v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R. 150; 2004 FC 613.

## CONSIDERED:

*Solis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 512; 74 C.R.R. (2d) 181; 4 Imm. L.R. (3d) 189; 254 N.R. 362 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [2000] 2 S.C.R. xiv; *McLean v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 3 F.C. 127; [2002] 2 C.T.C. 197; (2001), 85 C.R.R. (2d) 87; 13 Imm. L.R. (3d) 46; 270 N.R. 133; 2001 FCA 10; affg (1999), 177 F.T.R. 219 (F.C.T.D.); *Prentice v. Canada*, [2006] 3 F.C.R. 135; (2005), 264 D.L.R. (4th) 742; 346 N.R. 201; 2005 FCA 395.

## REFERRED TO:

*Dubey v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 222 F.T.R. 1; 2002 FCT 582; *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856; (1985), 22 D.L.R. (4th) 119; 16 Admin. L.R. 109; 6 C.H.R.R. D/3064; 85 CLLC 17,023; 18 C.R.R. 165; 62 N.R. 117 (C.A.); *McNeil v. Canada (Secretary of State)* (2000), 193 F.T.R. 88; 10 Imm. L.R. (3d) 157 (F.C.T.D.); *R. v. Molis*, [1980] 2 S.C.R. 356; (1980), 116 D.L.R. (3d) 291; 55 C.C.C. (2d) 558; 33 N.R. 411; *dela Fuente v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 387; (2006), 270 D.L.R. (4th) 681; 53 Imm. L.R. (3d) 171; 350 N.R. 362; 2006 FCA 186; *Regina v. Seo* (1986), 54 O.R. (2d) 293; 27 D.L.R. (4th) 496; 25 C.C.C. (3d) 385; 51 C.R. (3d) 1; 20 C.R.R. 241; 38 M.V.R. 161; 13 O.A.C. 359 (C.A.); *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161; [1987] 2 W.W.R. 642; 10 B.C.L.R. (2d) 88; 26 C.C.L.I. 134 (B.C.C.A.); *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737; 217 D.L.R. (4th) 583; 96 C.R.R. (2d) 254; 24 Imm. L.R. (3d) 1; 165 O.A.C. 17 (C.A.).

## AUTHORS CITED

Canada. Standing Committee on Broadcasting, Films and Assistance to the Arts. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 36 (February 27, 1976). *House of Commons Debates*, March 8, 1921, p. 645.

*House of Commons Debates*, April 2, 1946, pp. 502-510.

*House of Commons Debates*, May 21, 1975, pp. 5983-5984.

*l'Immigration*, 2006 CAF 138; *Augier c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 150; 2004 CF 613.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Solis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 407 (C.A.) (QL); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2000] 2 R.C.S. xiv; *McLean c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 3 C.F. 127; 2001 CAF 10; confirmant [1999] A.C.F. n° 1741 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Prentice c. Canada*, [2006] 3 R.C.F. 135; 2005 CAF 395.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Dubey c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 582; *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.); *McNeil c. Canada (Secrétaire d'État)*, [2000] A.C.F. n° 1477 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *R. c. Molis*, [1980] 2 R.C.S. 356; *dela Fuente c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 387; 2006 CAF 186; *Regina v. Seo* (1986), 54 O.R. (2d) 293; 27 D.L.R. (4th) 496; 25 C.C.C. (3d) 385; 51 C.R. (3d) 1; 20 C.R.R. 241; 38 M.V.R. 161; 13 O.A.C. 359 (C.A.); *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161; [1987] 2 W.W.R. 642; 10 B.C.L.R. (2d) 88; 26 C.C.L.I. 134 (C.A.C.-B.); *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737; 217 D.L.R. (4th) 583; 96 C.R.R. (2d) 254; 24 Imm. L.R. (3d) 1; 165 O.A.C. 17 (C.A.).

## DOCTRINE CITÉE

Canada. Comité permanent de la Radiodiffusion, des films et de l'assistance aux arts. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 36 (27 février 1976). *Débats de la Chambre des communes*, 8 mars 1921, à la page 662.

*Débats de la Chambre des communes*, 2 avril 1946, p. 512 à 520.

*Débats de la Chambre des communes*, 21 mai 1975, p. 5983 et 5984.

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2006), 145 C.R.R. (2d) 8; 299 F.T.R. 158; 56 Imm. L.R. (3d) 220; 2006 FC 1053) concluding that the respondent, who was born out of wedlock in England in 1944 from a Canadian father and an English mother, was a Canadian citizen and directing the Minister of Citizenship and Immigration to issue a certificate of citizenship to the respondent. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*R. Keith Reimer and Peter W. Bell* for appellant.  
*B. Rory B. Morahan* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Morahan & Company*, Victoria, British Columbia, for respondent.

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

[1] DÉCARY J.A.: It is common ground that under paragraph 4(b) of *The Canadian Citizenship Act*, S.C. 1946, c. 15 (the 1947 *Canadian Citizenship Act* or the 1947 Act), a person born outside Canada before the date of January 1, 1947, had a claim to Canadian citizenship if born in wedlock to a Canadian-born father and, if out of wedlock, only through the mother, provided that the latter was born in Canada or, was at the time of the birth, a British subject who had Canadian domicile.

[2] Mr. Joseph Taylor (or the respondent) was born in England in 1944 out of wedlock. His mother was born in England and did not have, at the time of the birth, Canadian domicile. When Mr. Taylor applied, in 2003, for a Canadian citizenship certificate, he was informed that he did not qualify. Hence the proceedings at issue in this appeal.

[3] In a remarkably documented set of reasons, Martineau J., a Judge of the Federal Court, came to the conclusion that the respondent is a Canadian citizen. He

APPEL de la décision par laquelle la Cour fédérale (2006 CF 1053) a conclu que l'intimé, qui est né en Angleterre en 1944 hors des liens du mariage d'un père canadien et d'une mère britannique, était un citoyen canadien et a ordonné au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de délivrer à l'intimé un certificat de citoyenneté. Appel accueilli.

## ONT COMPARU :

*R. Keith Reimer et Peter W. Bell* pour l'appellant.  
*B. Rory B. Morahan* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*Morahan & Company*, Victoria (Colombie-Britannique) pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A. : Il est reconnu qu'en vertu de l'alinéa 4b) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1946, ch. 15 (la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947 ou la Loi de 1947), une personne née hors du Canada avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947 avait droit à la citoyenneté canadienne si elle était née dans les liens du mariage et que son père était né au Canada ou, si elle était née hors des liens du mariage, que sa mère était née au Canada ou était, au moment de la naissance de ladite personne, un sujet britannique possédant un domicile canadien.

[2] M. Joseph Taylor (l'intimé) est né en Angleterre en 1944 hors des liens du mariage. Sa mère est née en Angleterre et ne possédait pas, à l'époque de la naissance de l'intimé, un domicile canadien. Lorsque M. Taylor a présenté, en 2003, une demande de certificat de citoyenneté canadienne, on l'a avisé qu'il n'était pas admissible à la citoyenneté canadienne. D'où la procédure faisant l'objet du présent appel.

[3] Dans des motifs remarquablement étayés, le juge Martineau de la Cour fédérale a conclu que l'intimé est un citoyen canadien. Il a ordonné au ministre de la

directed the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) to issue a certificate of citizenship to the respondent. The reasons of the Judge were given September 1, 2006 ((2006), 145 C.R.R. (2d) 8 (F.C.)). They extend over 284 paragraphs and include in addition 28 notes published in an appendix.

[4] The issues dealt with in this appeal are all questions of law that attract the application by this Court of the standard of correctness.

#### The Facts

[5] A short summary of the facts is warranted at the outset. They are taken directly from the findings of the Judge and the affidavit of Mr. Taylor.

[6] Mr. Taylor, who is presently a citizen of the United Kingdom, was born in England on December 8, 1944. His mother, Jenny Rose Harvey, was born in England. His father, Joseph Taylor Sr., was born in Canada. Joseph Taylor Sr. joined the Canadian Armed Forces and he arrived in England in 1942, at the age of 18. He began a relationship with the respondent's mother sometime between 1943 and early 1944. The couple had decided to marry in the spring of 1944, but due to the requirements of the war and to various restrictions placed on the status of Canadian Armed Forces personnel, the couple was not given permission to marry at that time. Joseph Taylor Sr. was deployed to France on D-Day, June 6, 1944. The respondent's mother was then pregnant. The respondent was born on December 8, 1944 while his father was still stationed in France. Joseph Taylor Sr. was not permitted to return to England until February of 1945. He was then granted permission to marry the respondent's mother.

[7] They were married on May 5, 1945 and remained in England. In February of 1946, the respondent's father was discharged from the Canadian Armed Forces and repatriated to Canada. He returned to Cumberland, British Columbia, where he prepared for the arrival of his wife and child who eventually landed at Halifax, Nova Scotia on July 4, 1946. After a few months, the marriage broke up. Since the respondent's mother had no immediate family and nowhere else to go in Canada, she was left with little choice but to return to England

Citoyenneté et de l'Immigration (le ministre) de délivrer à l'intimé un certificat de citoyenneté. Les motifs du juge ont été rendus le 1<sup>er</sup> septembre 2006 (2006 CF 1053). Ils sont constitués de 284 paragraphes et comprennent en plus 28 notes en annexe.

[4] Les questions examinées en l'espèce sont toutes des questions de droit. La décision correcte est donc la norme de contrôle applicable.

#### Les faits

[5] Il importe de faire un bref résumé des faits dès le départ. Les faits sont tirés directement des conclusions du juge et de l'affidavit de M. Taylor.

[6] M. Taylor, qui est présentement citoyen du Royaume-Uni, est né en Angleterre le 8 décembre 1944. Sa mère, Jenny Rose Harvey, est née en Angleterre. Son père, Joseph Taylor, est né au Canada. Joseph Taylor, père, s'est enrôlé dans les forces armées canadiennes et est arrivé en Angleterre en 1942, à l'âge de 18 ans. Il a commencé à fréquenter la mère de l'intimé en 1943 ou au début de 1944. Le couple avait décidé de se marier au printemps de 1944, mais en raison des exigences de la guerre et des diverses restrictions imposées au personnel des forces armées canadiennes, le couple n'a pas obtenu la permission de se marier à ce moment. Joseph Taylor, père, a été déployé en France pour l'attaque du Jour J, le 6 juin 1944. La mère de l'intimé était alors enceinte. L'intimé est né le 8 décembre 1944 alors que son père était toujours en garnison en France. Joseph Taylor, père, n'a obtenu la permission de retourner en Angleterre qu'en février 1945. Il a alors obtenu la permission d'épouser la mère de l'intimé.

[7] Ils se sont mariés le 5 mai 1945 et sont restés en Angleterre. En février 1946, le père de l'intimé a été libéré des forces armées canadiennes et a été rapatrié au Canada. Il est retourné à Cumberland (Colombie-Britannique), où il s'est préparé pour l'arrivée de son épouse et de son fils, qui sont débarqués à Halifax (Nouvelle-Écosse), le 4 juillet 1946. Après quelques mois, le mariage s'est rompu. Comme la mère de l'intimé n'avait aucune famille immédiate au Canada et n'avait nulle part où aller, elle n'avait d'autre choix

with her young child, which she did in the fall of 1946. She travelled via New York, where on October 11, 1946, she was issued a Canadian passport.

[8] When he “was 26 years old” (A.B., Vol. 2, page 178), already married with two children of his own, Mr. Taylor approached Canada House in London, England, about the possibility of establishing himself in Canada. He explained that he was the son of a repatriated Canadian Armed Forces soldier from World War II and had lived in Canada. He states in his affidavit that the people he talked to at Canada House did not then inform him that he had to make an application to retain his citizenship before his 24th birthday. He was sent standard application forms for immigration which required a “sponsor” in Canada. He completed the forms and sent them to his father at his last known address. He never got any response and continued with his life in England without pursuing the matter further (A.B., Vol. 2, page 176).

[9] For the next 30 years, Mr. Taylor did not make any attempt to come to Canada or assert a claim to Canadian citizenship. In 1999, he made a trip to British Columbia. Upon his return to England, he went to Canada House in London to inquire into the possibility of moving to Canada. He was told that he had lost his Canadian citizenship on his 24th birthday, i.e. on December 8, 1968.

[10] He purchased a house in Victoria, British Columbia, in 2000 and during the years 2000 to 2004, he spent respectively 8, 11, 14, 18 and 20 weeks in Canada. In November 2000, he had discovered that his father had died in 1996 and that he had seven half-brothers and half-sisters, all of whom lived on Vancouver Island.

[11] In February 2003, he made an application in London to obtain a certificate of citizenship, but was told that his application would not be forwarded for further processing because he had lost his citizenship the day he turned 24.

que de retourner en Angleterre avec son jeune fils, ce qu'elle a fait à l'automne de 1946. Elle est passée par New York, où elle a obtenu un passeport canadien le 11 octobre 1946.

[8] À l'âge de [TRADUCTION] « 26 ans » (D.A., vol. 2, page 178), alors qu'il était déjà marié et père de deux enfants, M. Taylor s'est rendu à la Maison du Canada à Londres pour s'informer de la possibilité de s'établir au Canada. Il a expliqué qu'il était le fils d'un ancien combattant canadien rapatrié après la Deuxième Guerre mondiale et qu'il avait vécu au Canada. Il explique dans son affidavit que les gens à qui il a parlé à la Maison du Canada ne lui ont pas dit qu'il devait présenter une demande, avant son 24<sup>e</sup> anniversaire, en vue de conserver sa citoyenneté. On lui a remis les formulaires d'immigration habituels qui exigeaient un « parrain » au Canada. Il a rempli les formulaires et les a envoyés à son père à sa dernière adresse connue. Il n'a jamais reçu de réponse et il a continué à mener sa vie en Angleterre sans poursuivre ses démarches (D.A., vol. 2, page 176).

[9] Pendant les 30 années qui ont suivi, M. Taylor n'a plus fait de tentative pour venir au Canada ni pour revendiquer la citoyenneté canadienne. En 1999, il s'est rendu en Colombie-Britannique. À son retour en Angleterre, l'intimé s'est de nouveau présenté à la Maison du Canada à Londres pour s'enquérir de la possibilité de s'installer au Canada. On lui a dit qu'il avait perdu sa citoyenneté canadienne le jour de son 24<sup>e</sup> anniversaire, c'est-à-dire le 8 décembre 1968.

[10] En 2000, il a acheté une maison à Victoria (Colombie-Britannique) et, au cours des années 2000 à 2004, il a passé respectivement 8, 11, 14, 18 et 20 semaines au Canada. En novembre 2000, M. Taylor a appris que son père était mort en 1996 et qu'il avait sept demi-frères et demi-sœurs, vivant tous sur l'île de Vancouver.

[11] En février 2003, il a présenté une demande à Londres pour obtenir un certificat de citoyenneté, mais on lui a répondu que sa demande ne serait pas traitée parce qu'il avait perdu sa citoyenneté canadienne le jour de son 24<sup>e</sup> anniversaire.

[12] In November 2003, he presented a new application for a citizenship certificate from outside Canada (also called “Application for Proof of Citizenship”). By letter dated April 5, 2005, from citizenship officer Hefferon, he was informed that his application was dismissed on the ground that having been born out of wedlock he had never acquired citizenship status. The suggestion was made to him that he “may wish to consider taking up permanent residence in Canada and formalizing [his] strong family connection with Canada by means of the Naturalization process” (A.B., Vol. 2, page 279).

[13] On June 10, 2005, Mr. Taylor filed a notice of application for judicial review of the April 5, 2005 decision, arguing essentially that an Order in Council dated February 9, 1945 (P.C. 858) gave him the status of a “Canadian citizen”, that the loss provisions in the 1947 *Canadian Citizenship Act* violated his right to due process under the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III] and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) because he was not given proper notice of those provisions and that the refusal of his citizenship application on the basis of his parents’ marital status at the time of his birth and on the basis of his age violated his rights under section 15 of the Charter. These arguments were all accepted by Martineau J.

[14] In his notice of constitutional question filed September 6, 2007, the respondent attacks “the following sections of statutes: (a) *Citizenship Act* RSC 1947, section 4(b); (b) *Citizenship Act* RSC 1951, section 4(b)(ii); (c) *Citizenship Act* RSC 1953, section 4(b) and section 6; (d) *Citizenship Act* RSC 1970, section 4(1) and 4(2); (e) *Citizenship Act* RSC 1977, section 3(1); and, (f) *Citizenship Act* RSC 1985, section 3(1)(d) and section 3(1)(e).”

#### Analysis

[15] The 1947 *Canadian Citizenship Act* came into force on January 1, 1947. In order to determine whether

[12] En novembre 2003, il a présenté une nouvelle demande de certificat de citoyenneté de l’extérieur du Canada (aussi nommée « demande d’attestation de la citoyenneté »). L’agente de la citoyenneté Hefferon, dans une lettre datée du 5 avril 2005, a avisé M. Taylor que sa demande était rejetée au motif que, comme il était né hors des liens du mariage, il n’avait jamais obtenu le statut de citoyen. Elle lui a fait la suggestion selon laquelle il pouvait [TRADUCTION] « demander la résidence permanente au Canada et officialiser [ses] liens familiaux au Canada en ayant recours aux formalités de naturalisation » (D.A., vol. 2, page 279).

[13] Le 10 juin 2005, M. Taylor a présenté un avis de demande de contrôle judiciaire de la décision du 5 avril 2005. Il soutenait essentiellement que l’arrêté en conseil du 9 février 1945 (C.P. 858) lui accordait le statut de « citoyen canadien »; que les dispositions relatives à la perte de la citoyenneté de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947 violaient son droit à l’application régulière de la loi prévu par la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III] et 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) parce qu’il n’avait pas reçu de préavis au sujet de l’existence de ces dispositions; et que le fait que sa demande de citoyenneté a été rejetée en raison de la situation matrimoniale de ses parents au moment de sa naissance et en raison de son âge violait ses droits prévus à l’article 15 de la Charte. Le juge Martineau a accepté tous ces arguments.

[14] Dans son avis de question constitutionnelle déposé le 6 septembre 2007, l’intimé attaque les [TRADUCTION] « articles suivants des lois : a) *Loi sur la citoyenneté*, SRC 1947, art. 4b); b) *Loi sur la citoyenneté*, SRC 1951, art. 4b)(ii); c) *Loi sur la citoyenneté*, SRC 1953, art. 4b) et art. 6; d) *Loi sur la citoyenneté*, SRC 1970, art. 4(1) et 4(2); e) *Loi sur la citoyenneté*, SRC 1977, art. 3(1); et, f) *Loi sur la citoyenneté*, SRC 1985, art. 3(1)d) et art. 3(1)e). »

#### Analyse

[15] La *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1947. Afin de déterminer

the respondent was a “Canadian citizen” under the 1947 Act, his status both prior to and after January 1, 1947 must be examined.

#### I. Status of Mr. Taylor

##### (A) Prior to January 1, 1947

[16] In order to determine the status of Mr. Taylor prior to January 1, 1947, one has to examine legislation that pertains to Canadians in general (i.e. *The Immigration Act* of 1910, *The Naturalization Act, 1914* and the *Canadian Nationals Act* of 1921) and orders in council that apply to dependants of members of the Canadian Armed Forces (i.e., in particular, Order in Council P.C. 858, dated February 9, 1945).

##### (a) Canadians in General

[17] Prior to January 1, 1947, the “political status” of Canadians was determined through the interrelationship of three statutes: *The Immigration Act*, S.C. 1910, c. 27, as revised in R.S.C. 1927, c. 93 (the 1910 *Immigration Act*); *The Naturalization Act, 1914*, S.C. 1914, c. 44, as revised in R.S.C. 1927, c. 138 (the 1914 *Naturalization Act*); and *An Act to define Canadian Nationals and to provide for the Renunciation of Canadian National*, S.C. 1921, c. 4, as revised in R.S.C. 1927, c. 21 (the *Canadian Nationals Act*).

[18] For all practical purposes, as we shall see, Canadians could be “British subjects” or “aliens”, and/or “Canadian nationals” or “naturalized”, and/or for the purpose of Canadian immigration law, “Canadian citizens”.

##### (i) The 1910 Immigration Act

[19] The concept of “Canadian citizenship” first appears in *The Immigration Act* of 1910 [paragraph 2(f)]. Paragraph 2(b) [as revised in 1927] of that Act provides that in the Act and in all orders in council, proclamations and regulations made thereunder:

2. . . .

si l’intimé était un « citoyen canadien » au sens de la Loi de 1947, il faut examiner son statut tant avant qu’après le 1<sup>er</sup> janvier 1947.

#### I. Le statut de M. Taylor

##### A) Avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947

[16] Pour déterminer le statut de M. Taylor avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947, il faut examiner les lois qui portent sur les Canadiens en général (c’est-à-dire la *Loi de l’immigration* de 1910, la *Loi de naturalisation* de 1914 et la *Loi des ressortissants du Canada* de 1921) et les arrêtés en conseil qui s’appliquent aux personnes à charge des membres des forces armées canadiennes (en particulier, l’arrêté en conseil C.P. 858, daté du 9 février 1945).

##### a) Les Canadiens en général

[17] Avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947, le « statut politique » des Canadiens était déterminé par l’interrelation de trois lois : la *Loi de l’immigration*, S.C. 1910, ch. 27, révisée à S.R.C. 1927, ch. 93 (la *Loi de l’immigration* de 1910), la *Loi concernant la Naturalisation, 1914*, S.C. 1914, ch. 44, révisée à S.R.C. 1927, ch. 138 (la *Loi de naturalisation* de 1914), et la *Loi ayant pour objet de définir l’expression « ressortissants du Canada » et de statuer sur la renonciation à la Nationalité canadienne*, S.C. 1921, ch. 4, révisée à S.R.C. 1927, ch. 21 (la *Loi des ressortissants du Canada*).

[18] À toutes fins utiles, comme nous le verrons, un Canadien pouvait être un « sujet britannique » ou un « étranger », et/ou un « ressortissant du Canada » ou une personne « naturalisée », et/ou, au sens de la loi d’immigration du Canada, un « citoyen canadien ».

##### i) la Loi de l’immigration de 1910

[19] La notion de « citoyenneté canadienne » est apparue dans la *Loi de l’immigration* de 1910 [alinéa 2f)]. L’alinéa 2c) [de la version révisée en 1927] de la Loi prévoit qu’aux fins de la Loi et de tous les arrêtés en conseil, proclamations et règlements pris en vertu de la Loi :

2. [. . .]

(b) “Canadian citizen” means

- (i) a person born in Canada who has not become an alien;
- (ii) a British subject who has Canadian domicile; or
- (iii) a person naturalized under the laws of Canada who has not subsequently become an alien or lost Canadian domicile;

Provided that for the purpose of this Act a woman who has not been landed in Canada shall not be held to have acquired Canadian citizenship by virtue of her husband being a Canadian citizen; neither shall a child who has not been landed in Canada be held to have acquired Canadian citizenship through its father or mother being a Canadian citizen;

[20] The 1910 *Immigration Act* also provides a definition of Canadian domicile at subparagraph 2(e)(i):

2. . . .

(e) “domicile” means the place in which a person has his home, or in which he resides, or to which he returns as his place of permanent abode, and does not mean the place where he resides for a mere special or temporary purpose;

(i) Canadian domicile can only be acquired, for the purposes of this Act, by a person having his domicile for at least five years in Canada after having been landed therein within the meaning of this Act:

[21] Under the 1910 *Immigration Act*, no person, “unless he is a Canadian citizen, or has Canadian domicile, shall be permitted to enter or land in Canada, or in case of having landed in or entered Canada shall be permitted to remain therein” (my emphasis) if he belongs to any of a long list of prohibited classes (section 3). Every person “seeking to enter or land in Canada shall first appear before and make application to an immigration officer at a port of entry for permission to enter or land in Canada” (section 33). The expression “landed”, “as applied to passengers or immigrants, means their lawful admission into Canada by an officer under this Act” (paragraph 2(l)).

c) « citoyen canadien » ou « citoyen du Canada » signifie

- (i) quiconque est né au Canada et n’est pas devenu un étranger;
- (ii) un sujet britannique qui a un domicile au Canada; ou
- (iii) quiconque a été naturalisé sous le régime des lois du Canada et n’est pas, depuis, devenu un étranger ou n’a pas cessé d’avoir son domicile au Canada;

Mais pour les objets de la présente loi, une femme qui n’a pas été débarquée au Canada n’est pas réputée avoir acquis la qualité de citoyenne du Canada du fait que son mari est un citoyen du Canada; aucun enfant qui n’a pas été débarqué au Canada n’est réputé avoir acquis la qualité de citoyen canadien du fait que son père ou sa mère sont des citoyens canadiens;

[20] La Loi de l’immigration de 1910 prévoit aussi une définition du domicile canadien au sous-alinéa 2f(i) :

2. [. . .]

f) « domicile » signifie l’endroit où une personne a sa demeure, ou dans lequel elle réside, ou auquel elle retourne comme au lieu de son habitation permanente, et ne signifie pas l’endroit où elle réside pour un objet particulier ou temporaire;

(i) Le domicile au Canada ne peut s’acquérir, pour les fins de la présente loi, que par un séjour d’au moins cinq ans au Canada par une personne qui y est débarquée aux termes de la présente loi.

[21] Aux termes de la Loi de l’immigration de 1910, nul « à moins qu’il ne soit citoyen du Canada ou n’ait un domicile au Canada, n’est admis à entrer ou à débarquer au Canada, ou, s’il y est débarqué ou y est entré, n’est admis à y rester » (mon soulignement) si la personne est visée par la longue liste des catégories refusées (article 3). Toutes les personnes « qui cherchent à entrer ou à débarquer au Canada, doivent, en premier lieu, se présenter à un préposé de l’immigration d’un port d’entrée et lui demander la permission d’entrer ou de débarquer au Canada » (article 33). L’expression « débarqué », « appliquée à des [. . .] passagers ou à des immigrants, signifie leur admission légale au Canada par un fonctionnaire, sous le régime de la présente loi » (alinéa 2e)).

[22] When persons are coming to Canada on board a vessel, they have to comply with specific health requirements. Pursuant to section 28, medical officers have to “make a physical and mental examination of all... passengers..., except in the case of Canadian citizens and persons who have Canadian domicile” (my emphasis).

[23] Pursuant to section 29, the immigration officer in charge, “after satisfying himself that the requirements of this Act, and of any Order in Council... made hereunder, have been carried out, shall grant written permission to the master of the vessel to allow the passengers to leave the vessel” (my emphasis).

[24] “Canadian citizens, and persons who have Canadian domicile” are exempted, upon landing, of regulations imposing monetary requirements (paragraph 37(a)) and, after landing, cannot be deported (section 40) (my emphasis).

(ii) The 1914 Naturalization Act

[25] In 1914, an Act to be cited as *The Naturalization Act, 1914* (S.C. 1914, c. 44) comes into force.

[26] Part I [of the 1914 *Naturalization Act*] deems to be natural-born British subjects any person born within His Majesty’s dominions and any person born out of His Majesty’s dominions whose father was, at the time of the birth, a British subject and who fulfilled certain conditions (section 3).

[27] Part II gives the Secretary of State for Canada the power to grant a certificate of naturalization to an alien who, *inter alia*, has resided in His Majesty’s dominions for no less than five years (section 4). A naturalized person is entitled “to all political and other rights, powers and privileges” and is “subject to all obligations, duties and liabilities, to which a natural-born British subject is entitled or subject, and as from the date of his naturalization have to all intents and purposes the status of a natural-born British subject” (section 5) (my emphasis). Should the naturalized person so wish, the certificate may include the name of any minor child

[22] Lorsqu’une personne arrivait au Canada par navire, elle devait satisfaire à des exigences précises en matière de santé. Aux termes de l’article 28, des médecins devaient « faire [...] l’examen physique et mental de tous les [...] passagers [...] excepté s’il s’agit de citoyens et d’individus canadiens qui ont un domicile au Canada » (mon soulignement).

[23] Conformément à l’article 29, « [a]près s’être convaincu qu’ont été observées les prescriptions de la présente loi, des arrêtés en conseil [...] établis ou rendus sous son empire, le préposé de l’immigration donne par écrit au capitaine du navire la permission de laisser débarquer les passagers » (mon soulignement).

[24] « [L]es citoyens du Canada et les personnes qui ont leur domicile au Canada » étaient dispensés, à leur arrivée, des règlements quant à la somme d’argent exigée (alinéa 37a)) et, après être débarqués, ils ne pouvaient pas être expulsés (article 40) (mon soulignement).

ii) la Loi de naturalisation de 1914

[25] En 1914, une loi citée sous le titre de *Loi concernant la Naturalisation, 1914* (S.C. 1914, ch. 44) est entrée en vigueur.

[26] La partie I [de la *Loi de naturalisation de 1914*] considère comme sujet britannique de naissance toute personne née dans les dominions de Sa Majesté et toute personne née hors des dominions de Sa Majesté, dont le père était sujet britannique à l’époque de la naissance de cette personne, et qui satisfait à certaines conditions (article 3).

[27] La partie II donne au secrétaire d’État du Canada le pouvoir de délivrer un certificat de naturalisation à un étranger qui, entre autres, réside dans les dominions de Sa Majesté depuis au moins cinq années (article 4). Une personne naturalisée jouissait « de tous les droits, pouvoirs et privilèges politiques » et était « assujettie à tous les devoirs, obligations et responsabilités, dont jouissent et auxquels sont assujettis les sujets britanniques d’origine et, à compter de la date de sa naturalisation, elle se trouve à tous égards et à toutes fins dans la situation d’un sujet britannique d’origine » (article 5) (mon soulignement). À la discrétion de la

(section 7).

[28] Part III deals with various topics, including the status of aliens. Under sections 20 and following, aliens may apply to the Court to be declared qualified to be naturalized. If the Court decides that the alien is qualified, the Minister may in his absolute discretion issue a certificate of naturalization.

(iii) The Canadian Nationals Act

[29] In 1921, *An Act to define Canadian Nationals and to provide for the Renunciation of Canadian Nationality* (S.C. 1921, c. 4) comes into force. As is discussed in paragraph 40 below, this Act was enacted to meet the needs of Canadian participation in the international community. Section 2 [of the *Canadian Nationals Act*] defines the following persons as being Canadian nationals:

2. The following persons are Canadian Nationals, viz: —

(a) Any British subject who is a Canadian citizen within the meaning of the Immigration Act;

(b) The wife of any such citizen;

(c) Any person born out of Canada, whose father was a Canadian National at the time of that person's birth, or with regard to persons born before the third day of May, one thousand nine hundred and twenty-one, any person whose father at the time of such birth, possessed all the qualifications of a Canadian National, as defined in this Act.

[30] When debating the second reading on March 8, 1921 of Bill No. 17 which became the *Canadian Nationals Act*, the Minister of Justice, the Hon. C. J. Doherty, stated (*House of Commons Debates*, March 8, 1921, at page 645):

Mr. DOHERTY: We have already a definition of a Canadian citizen in the Immigration Act, but that definition is expressly limited to the Act itself, and we have no definition of a Canadian citizen which can be of general application.

personne naturalisée, le certificat pouvait comprendre le nom de tout enfant mineur (article 7).

[28] La partie III traite de divers sujets, y compris du statut des étrangers. En vertu des articles 20 et suivants, un étranger pouvait présenter une requête à la cour dans le but de faire déterminer qu'il possédait les qualités de naturalisation édictées par la loi. Si la cour décidait que l'étranger possédait les qualités voulues, le ministre pouvait, à son absolue discrétion, émettre un certificat de naturalisation.

iii) La Loi des ressortissants du Canada

[29] En 1921, la *Loi ayant objet de définir l'expression « ressortissants du Canada » et de statuer sur la renonciation à la nationalité canadienne* (S.C. 1921, ch. 4) est entrée en vigueur. Comme je l'explique au paragraphe 40 ci-dessous, cette Loi est née de la nécessité du Canada de participer à la communauté internationale. L'article 2 [de la *Loi des ressortissants du Canada*] définit les personnes suivantes comme ressortissants du Canada :

2. Est ressortissant du Canada :

a) Tout sujet britannique qui est citoyen canadien au sens de la Loi de l'immigration;

b) L'épouse de ce citoyen;

c) Toute personne née en dehors du Canada, dont le père était ressortissant du Canada à l'époque de la naissance de cette personne, ou, à l'égard des personnes nées avant le troisième jour de mai mil neuf cent vingt et un, toute personne dont le père possédait, à l'époque de cette naissance, toutes les qualités d'un ressortissant du Canada, tel que défini en la présente loi.

[30] Le 8 mars 1921, lorsqu'il a participé au débat à l'étape de la deuxième lecture du projet de loi n° 17, qui est devenu la *Loi des ressortissants du Canada*, l'honorable C. J. Doherty, ministre de la Justice, a déclaré (*Débats de la Chambre des communes*, 8 mars 1921, à la page 662) :

M. DOHERTY : Nous avons déjà la définition du terme « citoyen canadien » dans la loi d'immigration, mais cette définition s'applique expressément à cette loi, et nous n'avons aucune définition du terme citoyen canadien qui puisse s'appliquer d'une façon générale.

[31] It flows from the above-quoted legislation that prior to January 1, 1947, the legal concept of “Canadian citizenship” existed only for the purpose of Canadian immigration law, i.e. to allow a person to come in and out of Canada and to remain therein. However, a “Canadian citizen within the meaning of the Immigration Act” if he was a British subject, was a Canadian national, and, if a male, so was any child of his born out of Canada.

[32] Based on the foregoing, prior to January 1, 1947, a person could have simultaneously the status of a natural-born British subject, a Canadian national and, for the purpose of Canadian immigration law, a Canadian citizen with Canadian domicile. At the time he was serving in England, Mr. Taylor Sr. was a natural-born British subject, a Canadian national and, for the purpose of Canadian immigration law, a Canadian citizen with Canadian domicile.

(b) Dependants of Members of Canadian Armed Forces

[33] Dependants of members of the Canadian Armed Forces were given special and preferential treatment in order to facilitate their entry into Canada under Canadian immigration law. Such treatment was accorded through the making by the Governor General in Council of orders in council (hereinafter referred to as P.C.) pursuant to powers granted by the *War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206 and by *The National Emergency Transitional Powers Act, 1945*, S.C. 1945, c. 25. These orders in council have force of law while in effect. They were continued in effect until May 15, 1947 (P.C. 7414, December 28, 1945; P.C. 1112, March 25, 1947).

[34] On September 21, 1944, P.C. 7318 is adopted. It is replaced on February 9, 1945 by P.C. 858. In view of the importance given to P.C. 858 by counsel and in the judgment below, it is worth reproducing it in its totality:

Whereas the Minister of Mines and Resources, with the concurrence of the Secretary of State for External Affairs, and with the approval of the Cabinet War Committee, reports that it is desirable to facilitate entry into Canada of dependents of

[31] Il découle des lois précitées qu’avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947, le concept juridique de la « citoyenneté canadienne » n’existait que dans le contexte des lois concernant l’immigration au Canada, aux fins de permettre à une personne d’entrer au Canada, d’en sortir et d’y rester. Cependant, un « citoyen canadien au sens de la Loi de l’immigration », s’il était sujet britannique, était un ressortissant du Canada et, s’il était un homme, ses enfants nés hors du Canada l’étaient aussi.

[32] Compte tenu de ce qui précède, avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947, une personne pouvait simultanément avoir le statut de sujet britannique d’origine, être un ressortissant du Canada et, au sens de la loi d’immigration du Canada, être citoyen canadien possédant un domicile au Canada. À l’époque où il était soldat en Angleterre, M. Taylor, père, était un sujet britannique d’origine, un ressortissant du Canada et, au sens de la loi d’immigration du Canada, un citoyen canadien possédant un domicile au Canada.

b) Personnes à charge des membres des forces armées canadiennes

[33] En vertu des lois sur l’immigration du Canada, les personnes à charge des membres des forces armées canadiennes obtenaient un traitement spécial et préférentiel visant à faciliter leur entrée au Canada. Ce traitement a été accordé par des arrêtés en conseil (C.P.) pris par le gouverneur général en conseil en vertu des pouvoirs conférés par la *Loi des mesures de guerre*, S.R.C. 1927, ch. 206, et par la *Loi de 1945 sur les pouvoirs transitoires résultant de circonstances critiques nationales*, S.C. 1945, ch. 25. Ces arrêtés en conseil avaient force de loi lorsqu’ils étaient en vigueur. Ils sont restés en vigueur jusqu’au 15 mai 1947 (C.P. 7414, le 28 décembre 1945; C.P. 1112, le 25 mars 1947).

[34] Le 21 septembre 1944, l’arrêté en conseil C.P. 7318 a été adopté. Il a été remplacé le 9 février 1945 par l’arrêté en conseil C.P. 858. Compte tenu de l’importance qui a été accordée à l’arrêté C.P. 858 par les avocats et dans le jugement ci-dessous, il vaut la peine de reproduire l’arrêté en entier :

Attendu que le ministre des Mines et ressources, avec l’assentiment du secrétaire d’État aux Affaires extérieures et l’approbation du Comité de guerre du Cabinet, signale qu’il est opportun de faciliter l’entrée au Canada des personnes à

members of the Canadian Armed Forces and, where the said members are Canadian citizens or have Canadian domicile, to provide such dependents with the same status; and

That the medical examination overseas of dependents of members of the Canadian Armed Forces establishes, in some instances, that the person examined is not admissible to Canada under the provisions of the immigration laws of Canada.

Now, therefore, His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Mines and Resources, with the concurrence and approval aforesaid, and under the authority of the War Measures Act, Chapter 206 of the Revised Statutes of Canada, 1927, and notwithstanding any other law of Canada relating to immigration, is pleased to make and doth hereby make the following Order:—

#### ORDER

1. In this Order, unless the context otherwise requires:

(a) “dependent” means the wife, the widow or child under eighteen years of age of a member or former member of the Canadian Armed Forces who is serving or who has served outside of Canada in the present war;

(b) “approved medical practitioner” means a doctor of medicine approved by the Immigration Medical Service of the Department of National Health and Welfare.

2. Every dependent applying for admission to Canada shall be permitted to enter Canada and upon such admission shall be deemed to have landed within the meaning of Canadian immigration law.

3. Every dependent who is permitted to enter Canada pursuant to section two of this Order shall for the purpose of Canadian immigration law be deemed to be a Canadian citizen if the member of the forces upon whom he is dependent is a Canadian citizen and shall be deemed to have Canadian domicile if the said member has Canadian domicile.

4. Before proceeding to Canada the dependent shall be examined by a medical officer in the service of the Government of Canada or an approved medical practitioner and on request the Chief Officer of the Medical Immigration Service shall be furnished with full particulars of the medical examination of the dependent and such particulars may be

charge des membres des forces armées canadiennes et, lorsque lesdits membres sont citoyens ou possèdent un domicile canadien, de conférer le même statut auxdites personnes à leur charge; et

Attendu qu’il est établi, à la lumière de l’examen médical, passé outre-mer, par les personnes à charge des membres des forces armées canadiennes, que, dans certains cas, la personne examinée ne peut être admise au Canada d’après les dispositions des lois d’immigration du Canada;

À ces causes, sur la recommandation du ministre des Mines et ressources et avec l’assentiment et l’approbation précitées, ainsi qu’en vertu des pouvoirs conférés par la Loi des mesures de guerre, chapitre 206 des Statuts révisés du Canada, 1927, et nonobstant toute autre loi canadienne d’immigration, il plaît à Son Excellence le Gouverneur général en conseil de rendre, par les présentes, l’ordonnance suivante :

#### ORDONNANCE

1. Dans la présente ordonnance, à moins que le contexte ne s’y oppose, l’expression

(a) « personne à charge » signifie l’épouse, la veuve ou l’enfant âgé de moins de dix-huit ans d’un membre ou d’un ex-membre des forces armées canadiennes qui a servi ou qui sert hors du Canada pendant la présente guerre;

(b) « médecin approuvé » signifie un docteur en médecine approuvé par le Service médical de l’immigration du ministère de la Santé nationale et du bien-être social.

2. Chaque personne à charge qui demande admission au Canada aura la permission d’entrer au Canada et, lors de son admission, sera censée y être entrée selon les prévisions de la loi d’immigration du Canada.

3. Chaque personne à charge qui a obtenu permission d’entrer au Canada, en vertu de l’article deux de la présente ordonnance, sera censée, pour les fins de la loi d’immigration du Canada, être citoyen canadien si le membre des forces à qui elle est à charge est un citoyen canadien, et sera censée posséder un domicile canadien si ledit membre possède un domicile canadien.

4. Avant de partir pour le Canada, la personne à charge devra être examinée par un officier médical au service du gouvernement du Canada ou par un médecin approuvé et, sur demande, le chef du Service médical de l’immigration sera mis au courant de tous les détails de l’examen médical subi par la personne à charge, et ces détails pourront être transmis

transmitted to the Public Health Service of the Province to which the dependent is destined, with a view to securing necessary treatment and as a protection to public health.

5. In any case in which medical examination discloses that a dependent is suffering from an infectious or contagious disease, or a disease which may become dangerous to the public health, or that travel would be dangerous to the dependent in his present condition, the admission to Canada of such dependent may be deferred until the production of a medical certificate from an approved medical practitioner establishing that the condition of the person concerned is not infectious or contagious and that he may travel with reasonable safety.

6. In any case in which a medical certificate is furnished by an approved medical practitioner who is not in the service of the Government of Canada, the cost shall be paid at the approved rate by the Immigration Branch, Department of Mines and Resources, out of the War Appropriation.

7. Order in Council P.C. 7318 of the twenty-first day of September, 1944, is hereby revoked. [My emphasis.]

[35] On October 11, 1946, P.C. 858 is amended by P.C. 4216. The second paragraph of the preamble of P.C. 4216 states:

And whereas the Acting Minister of Mines and Resources represents that it is necessary to limit the provisions of P.C. 858 dated the 9th day of February, 1945, which relates to the immigration status and the granting of free medical examination to dependents to conform with the said Order in Council P.C. 4044; [My emphasis.]

[36] P.C. 4216 adds the following paragraph to P.C. 858:

(8) The provisions of this Order in Council shall only apply to dependents on whose behalf application for free transportation to Canada has been filed on or before October 15, 1946, and who embark for Canada on or before June 30, 1947, in accordance with the provisions of P.C. 4044 of the 26th day of September, 1946.

[37] The terms used in P.C. 858 and P.C. 4216 clearly indicate that they were made for the sole purpose of facilitating the entry into Canada of dependants of members of the Canadian Armed Forces, within the meaning of the 1910 *Immigration Act*. The specific requirements prescribed by the 1910 *Immigration Act*

au Service de la santé publique de la province vers laquelle se dirige la personne à charge, en vue de lui procurer les traitements nécessaires et par mesure de protection pour la santé publique.

5. Si l'examen médical révèle qu'une personne à charge souffre d'une maladie infectieuse ou contagieuse, ou d'une maladie qui pourrait devenir dangereuse pour la santé publique, ou que la personne à charge, dans son état actuel, ne pourrait sans danger entreprendre le voyage, dans tous ces cas, l'admission au Canada de cette personne à charge pourrait être différée jusqu'à production d'un certificat médical, délivré par un médecin approuvé, établissant que l'état de la personne en question n'est pas infectieux ni contagieux et qu'elle peut voyager en sûreté.

6. Chaque fois que le certificat médical émane d'un médecin approuvé qui n'est pas au service du gouvernement du Canada, le coût en sera payé, au taux approuvé, par le service d'immigration du ministère des Mines et ressources, à même les crédits de guerre.

7. L'arrêté en conseil, C.P. 7318 du vingt et un septembre 1944 est révoqué par les présentes. [Mon soulignement.]

[35] Le 11 octobre 1946, l'arrêté en conseil C.P. 858 a été modifié par l'arrêté C.P. 4216. Le deuxième paragraphe du préambule de l'arrêté C.P. 4216 se lit comme suit :

Et attendu que, sur le rapport du ministre suppléant des Mines et des Ressources, il est nécessaire de limiter les dispositions de C.P. 858, du 9 février 1945, relatif au statut d'immigrant et à l'examen médical gratuit des personnes à charge, de manière à les rendre conformes audit arrêté en conseil C.P. 4044; [Mon soulignement.]

[36] L'arrêté en conseil C.P. 4216 ajoute le paragraphe suivant à l'arrêté C.P. 858 :

8. Les dispositions du présent arrêté en conseil ne s'appliquent qu'aux personnes à charge à l'égard desquelles une demande de transport gratuit pour le Canada a été déposée au plus tard le 15 octobre 1946, et qui s'embarquent pour le Canada au plus tard le 30 juin 1947, en conformité des dispositions de C.P. 4044 du 26 septembre 1946.

[37] Les termes utilisés dans les arrêtés en conseil C.P. 858 et C.P. 4216 indiquent clairement qu'ils ont été pris uniquement dans le but de faciliter l'entrée au Canada des personnes à charge des membres des forces armées canadiennes, au sens de la *Loi de l'immigration* de 1910. Les exigences précises prévues dans la *Loi de*

were either waived through deeming provisions (landing, citizenship and domicile), alleviated (medical certificate) or eliminated (monetary requirements).

[38] The fact is, however, that once properly admitted into Canada in accordance with immigration laws, these dependants became subject to Canadian laws and entitled to their benefit. As a result, upon being landed in July, 1946, Mr. Taylor was, as was his father, a natural-born British subject, a Canadian national and, for the purpose of Canadian immigration law, a Canadian citizen with Canadian domicile.

(B) After January 1, 1947

[39] To understand the dramatic effect in Canadian law of the adoption of the 1947 *Canadian Citizenship Act*, it is useful to quote from the speech of the Hon. Paul Martin (Sr.), Secretary of State, when he moved for the second reading, on April 2, 1946, of the Bill respecting citizenship, nationality, naturalization and status of aliens, which became the 1947 *Canadian Citizenship Act (House of Commons Debates, April 2, 1946, at pages 502-510)*:

In moving second reading of this bill may I state at the outset I believe this measure parallels the development of Canada as a nation ....

As I shall endeavour to show, it seeks to avoid many complexities and confusions which arise from existing legislation. For some time now, indeed for many years, it has been felt in the country and in the house that the time has arrived when ambiguities arising out of the Naturalization Act—both the act before 1914, and the one of 1914—the Canadian Nationals Act, and the Immigration Act, should be treated in such a way as to provide an unambiguous definition of the status of Canadian citizenship.

...

Under this bill we are seeking to establish clearly a basic and definite Canadian citizenship which will be the fundamental status upon which the rights and privileges of Canadians will depend. We hope at the same time to remove a great many anomalies and difficulties which exist under present legislation, as I have noted, and which have not only been irksome and troublesome to the country and its people, but occasioned real hardship to persons who have had the misfortune to be caught in them.

*l'immigration* de 1910 ont été soit écartées par des dispositions déterminatives (débarquement, citoyenneté et domicile), soit allégées (certificats médicaux), soit éliminées (exigences monétaires).

[38] Cependant, le fait est que lorsqu'elles ont été admises au Canada conformément aux lois d'immigration, ces personnes à charge ont été assujetties aux lois du Canada et ont joui des privilèges qui en découlent. Par conséquent, à son débarquement en juillet 1946, M. Taylor était, comme son père, un sujet britannique d'origine, un ressortissant du Canada et, au sens des lois sur l'immigration du Canada, un citoyen canadien qui possédait un domicile au Canada.

B) Après le 1<sup>er</sup> janvier 1947

[39] Afin de comprendre l'effet dramatique sur le droit canadien de l'adoption de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947, il convient de citer le discours du secrétaire d'État, l'honorable Paul Martin, père, lorsqu'il a proposé la deuxième lecture, le 2 avril 1946, du projet de loi portant sur la citoyenneté, la nationalité et la naturalisation, ainsi que le statut des étrangers, qui est devenu la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947. (*Débats de la Chambre des communes, 2 avril 1946, aux pages 512 à 520*) :

En proposant la deuxième lecture de ce bill, puis-je dire tout d'abord qu'à mon sens le bill va de pair avec l'évolution du Canada en tant que nation [ . . . ]

Ainsi que je tenterai de le démontrer, le projet de loi vise à supprimer les complications et confusions qui résultent des lois existantes. Depuis quelque temps déjà, voire depuis nombre d'années, on estime tant dans le pays qu'à la Chambre, que l'heure est venue de faire disparaître les ambiguïtés auxquelles donnent lieu la Loi de naturalisation, celle d'avant 1914 et celle de 1914, la Loi des ressortissants du Canada et la Loi de l'immigration, de façon à arrêter une définition nette de la citoyenneté canadienne.

[ . . . ]

Le bill vise à établir définitivement une citoyenneté canadienne qui soit la base sur laquelle reposeront les droits et les privilèges des Canadiens. Nous espérons également faire disparaître plusieurs anomalies et plusieurs difficultés dues à la loi actuelle, ainsi que je l'ai signalé, et qui non seulement ont été une source d'ennuis pour le pays et la population, mais qui ont causé des embarras sérieux à ceux qui ont eu le malheur d'y faire face.

...

There are few countries in the world who define their citizenship within the clause of an immigration act. Even the definition within the Immigration Act is a limited one. It is a definition of citizenship only for the purposes of that act, namely for the purposes of immigration.

...

My colleague, the Minister of Mines and Resources (Mr. Glen), authorizes me to say that when this measure becomes law it will be followed by an amendment to the Immigration Act which will remove from section 2 of that act the only real definition, although for a limited purpose, of Canadian citizenship that is to be found.

...

Part I of the bill deals with natural-born Canadian citizens. The first section of this part attempts to set forth that persons now in being are immediately to have the status of Canadian citizens as of right of birth. The people who will be natural-born Canadian citizens are of two classes, those who are born in Canada or on a Canadian ship, and those who were born to Canadian parents outside Canada before the passing of the act, ...

...

I believe the bill, complicated and necessarily so in regard to some of its provisions, does meet as far as may be humanly possible the hundreds of different situations that arise out of the status of citizenship; out of the acquisition of nationality by birth, by blood relationship or by any one of the many combinations which may create, in one form or another, the legal status of nationality, here as well as in other countries.

...

With this bill we are linking our past with our future. We are saying to history and to our posterity: Here is the definition of Canadianism. Here is the common status in Canada, a common stake in the welfare of the country, a common Canadian citizenship. [My emphasis.]

[40] Of interest, also, are the following remarks by the Hon. James Hugh Faulkner, Secretary of State, when he moved on May 21, 1975, for the second reading of the Bill that was to become the 1977 *Citizenship Act* [S.C. 1974-75-76, c. 108] (*House of Commons Debates*, May 21, 1975, at pages 5983-5984):

[. . .]

Rares sont les pays où la définition de citoyen se trouve refermée dans les articles d'une loi d'immigration. D'ailleurs, la définition mentionnée dans la loi de l'immigration est bien restreinte. Il s'agit d'une définition de la citoyenneté pour les seules fins de la loi, c'est-à-dire pour les fins de l'immigration.

[. . .]

Mon collègue, le ministre des Mines et ressources (M. Glen) m'autorise à vous apprendre que l'adoption de la présente mesure sera suivie de modifications à la loi de l'immigration qui feront disparaître de l'article 2 la seule véritable définition, bien que limitée dans son effet, qu'on puisse trouver de la citoyenneté canadienne.

[. . .]

La partie I du bill concerne les citoyens canadiens de naissance. Le premier article de cette partie vise à énoncer que les personnes nées avant l'entrée en vigueur de la loi jouissent d'ores et déjà, de par leur naissance, du titre de citoyens canadiens. Ces Canadiens de naissance sont de deux ordres : ceux qui sont nés au Canada ou à bord d'un navire canadien, et ceux qui sont nés de parents canadiens, ailleurs qu'au Canada, avant l'adoption de la loi [...]

[. . .]

Je crois que cette mesure, dont certaines dispositions comportent forcément un texte compliqué, répond autant qu'il est humainement possible aux mille et une situations différentes que comporte le statut de citoyen, qu'il soit acquis par droit de naissance, par filiation ou dans l'une ou l'autre des nombreuses circonstances auxquelles peut donner naissance, sous une forme ou sous une autre, le statut légal de citoyen, au Canada comme dans les autres pays.

[. . .]

Le bill relie notre passé à notre avenir. Nous disons à l'histoire et à la postérité : Voici la définition du nationalisme canadien. Voici le statut commun au Canada, un intérêt commun au bien-être du pays, une citoyenneté canadienne commune. [Mon soulignement.]

[40] Il convient aussi de citer les remarques suivantes de l'honorable James Hugh Faulkner, secrétaire d'État, lorsqu'il a proposé, le 21 mai 1975, la deuxième lecture du projet de loi qui allait devenir la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 [S.C. 1974-75-76, ch. 108] (*Débats de la Chambre des communes*, 21 mai 1975, aux pages 5983 et 5984) :

In Canada, the citizenship or nationality laws were determined by three statutes: the Canadian Immigration Act of 1910, designed to meet the needs of immigration and deportation; the Naturalization Act of 1914, adopted in order to meet the needs of imperial nationality; and the Canadian Nationals Act of 1921, enacted to meet the needs of participation in the international community, the League of Nations particularly.

It is interesting to note that not everyone who was a Canadian national under the Canadian Nationals Act was a Canadian under the Canadian Immigration Act and nowhere was provision made for Canadian citizenship. In 1930, these anomalies were brought forward and a report on nationality problems in Canada was presented to the secretary of state. A bill to revise and consolidate the laws of naturalization and citizenship was introduced in 1931 but was withdrawn before third reading.

Finally, in 1946, the secretary of state, the Hon. Paul Martin, introduced a new bill to revise and consolidate naturalization and citizenship laws and to introduce Canadian citizenship instead of British subject status or Canadian nationality. [My emphasis.]

[41] Parliament's intent was clearly carried into the wording of the 1947 *Canadian Citizenship Act*.

[42] Thus, on January 1, 1947, *The Canadian Citizenship Act*, which had been assented to on June 27, 1946 and whose long title is "*An Act respecting Citizenship, Nationality, Naturalization and Status of Aliens*", comes into force. The long title in itself confirms the avowed purpose of consolidating previous legislation and status. The 1947 Act is a complete code for Canadian citizenship. It deals with persons born before January 1, 1947, as well as with those born thereafter. It deals with persons born in Canada as well as with those born outside Canada. It determines which of these persons are Canadian citizens as of right and, with respect to those persons who are not Canadian citizens as of right, it determines which may apply for a grant of Canadian citizenship, and how, and subject to what requirements. The 1947 Act also determines when or how Canadian citizens lose their citizenship.

Au Canada, la législation en matière de citoyenneté ou de nationalité était constituée de trois lois : la loi canadienne sur l'immigration de 1910 destinée à répondre aux besoins en matière d'immigration et d'expulsion; la loi sur la naturalisation de 1914 adoptée pour répondre au besoin d'établir sa nationalité au sein de l'empire et la loi sur les ressortissants canadiens de 1921 née de la nécessité de participer à la communauté internationale, notamment à la Ligue des nations.

On remarquera que tous ceux qui étaient considérés comme des ressortissants canadiens aux termes de la loi sur les ressortissants canadiens n'étaient pas pour autant considérés comme Canadiens aux termes de la loi sur l'immigration et qu'il n'y avait aucune disposition prévue pour la citoyenneté canadienne. En 1930, on a mis le doigt sur ces anomalies et un rapport sur les problèmes de nationalité au Canada a été présenté au secrétaire d'État. Un bill révisant et consolidant les lois concernant la naturalisation et la citoyenneté était présenté en 1931 mais il était retiré avant la troisième lecture.

Enfin, en 1946, le secrétaire d'État, l'honorable Paul Martin, présentait un nouveau bill pour réviser et consolider les lois concernant la naturalisation et la citoyenneté et pour substituer la citoyenneté canadienne au statut de sujet britannique ou à la nationalité canadienne. [Mon soulignement.]

[41] L'intention du Parlement a clairement été rendue dans le libellé de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947.

[42] Ainsi, le 1<sup>er</sup> janvier 1947, la *Loi sur la citoyenneté canadienne*, qui avait été édictée le 27 juin 1946, et dont le titre intégral est « *Loi concernant la citoyenneté, la nationalité et la naturalisation, ainsi que le statut des étrangers* », est entrée en vigueur. Le titre intégral confirme lui-même le but avoué de la consolidation des lois et des statuts précédents. La Loi de 1947 est un code complet au sujet de la citoyenneté canadienne. Elle porte tant sur les personnes nées avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947 que celle nées après, tant sur les personnes nées au Canada que celles nées à l'extérieur. Elle précise lesquelles, parmi ces personnes, étaient citoyens canadiens de droit et, si elles ne l'étaient pas de droit, lesquelles pouvaient demander la citoyenneté canadienne. Elle précise aussi comment faire une telle demande et quelles en sont les exigences. La Loi de 1947 détermine aussi quand ou comment un citoyen canadien pouvait perdre sa citoyenneté.

[43] To ensure that there would be in the future only one statute defining Canadian citizenship, the 1914 *Naturalization Act* and the *Canadian Nationals Act* of 1921 are repealed by section 45 of the 1947 *Canadian Citizenship Act*. In addition the 1910 *Immigration Act*, which hitherto contained a definition of “Canadian citizen” [at paragraph 2(b)] for the purpose of immigration law, is amended as of January 1, 1947 by *An Act to amend the Immigration Act*, S.C. 1946, c. 54 [section 1]. Under the latter amendment, a “Canadian citizen”, for the purpose of the *Immigration Act*, means “a person who is a Canadian citizen under the [1947] *Canadian Citizenship Act*.”

[44] The relevant provisions of the 1947 *Canadian Citizenship Act* at this stage are the following:

#### PART I.

##### NATURAL-BORN CANADIAN CITIZENS.

4. A person, born before the commencement of this Act, is a natural-born Canadian citizen: —

...

(b) if he was born outside of Canada elsewhere than on a Canadian ship and his father, or in the case of a person born out of wedlock, his mother

(i) was born in Canada or on a Canadian ship and had not become an alien at the time of that person’s birth, or

(ii) was, at the time of that person’s birth, a British subject who had Canadian domicile,

if, at the commencement of this Act, that person has not become an alien, and has either been lawfully admitted to Canada for permanent residence or is a minor.

...

#### PART II.

##### CANADIAN CITIZENS OTHER THAN NATURAL-BORN.

9. (1) A person other than a natural-born Canadian citizen, is a Canadian citizen, if he

(a) was granted, or his name was included in a certificate of naturalization and he has not become an alien at the commencement of this Act; or

[43] Afin de garantir qu’à l’avenir, il n’y aurait qu’une seule loi définissant la citoyenneté canadienne, l’article 45 de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947 abroge la *Loi de naturalisation* de 1914 et la *Loi des ressortissants du Canada* de 1921. De plus, la *Loi de l’immigration* de 1910, qui jusqu’alors contenait une définition de « citoyen canadien » [à l’alinéa 2c)] au sens de la dite loi, est modifiée en date du 1<sup>er</sup> janvier 1947 par la *Loi modifiant la Loi de l’immigration*, S.C. 1946, ch. 54 [article 1]. En vertu de cette modification, un « citoyen canadien », au sens de la *Loi de l’immigration*, désigne « une personne qui est citoyen canadien en vertu de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* [de 1947] ».

[44] Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947 pour la présente analyse sont les suivantes :

#### PARTIE I.

##### CITOYENS CANADIENS DE NAISSANCE.

4. Une personne, née avant l’entrée en vigueur de la présente loi, est citoyen canadien de naissance

[. . .]

b) Lorsqu’elle est née hors du Canada ailleurs que sur un navire canadien et que son père ou, dans le cas d’une personne née hors du mariage, sa mère

(i) est né (ou née) au Canada ou sur un navire canadien et n’était pas devenu étranger (ou devenue étrangère) lors de la naissance de ladite personne, ou

(ii) était, à la naissance de ladite personne, un sujet britannique possédant un domicile canadien,

si, à l’entrée en vigueur de la présente loi, ladite personne n’est pas devenue étrangère, et a été licitement admise au Canada en vue d’une résidence permanente ou est mineure.

[. . .]

#### PARTIE II.

##### CITOYENS CANADIENS AUTREMENT QUE PAR LE FAIT DE LA NAISSANCE.

9. (1) Une personne, autre qu’un citoyen canadien de naissance, est citoyen canadien

a) si elle a obtenu un certificat de naturalisation, ou si son nom était inclus dans un tel certificat, et qu’elle ne soit pas devenue étrangère lors de l’entrée en vigueur de la présente loi; ou

(b) immediately before the commencement of this Act was a British subject who had Canadian domicile;

b) si, immédiatement avant la mise en vigueur de cette loi, elle était un sujet britannique possédant un domicile canadien;

...

[. . .]

#### PART IV.

#### PARTIE IV.

##### STATUS OF CANADIAN CITIZENS AND RECOGNITION OF BRITISH SUBJECTS

##### STATUT DES CITOYENS CANADIEN ET RECONNAISSANCE DES SUJETS BRITANNIQUES

26. A Canadian citizen is a British subject.

26. Un citoyen canadien est sujet britannique.

27. A Canadian citizen other than a natural-born Canadian citizen shall, subject to the provisions of this Act, be entitled to all rights, powers and privileges and be subject to all obligations, duties and liabilities to which a natural-born Canadian citizen is entitled or subject and, on and after becoming a Canadian citizen, shall, subject to the provisions of this Act, have a like status to that of a natural-born Canadian citizen.

27. Un citoyen canadien, autre que celui qui l'est de naissance, jouit, subordonné à la présente loi, de tous les droits, pouvoirs et privilèges et est assujéti à tous les devoirs, obligations et responsabilités, auxquels un citoyen canadien de naissance est admis ou assujéti. À compter du moment où il devient citoyen canadien, il possède, sous réserve des dispositions de la présente loi, un statut semblable à celui d'un citoyen canadien de naissance.

28. A person, who has acquired the status of British subject by birth or naturalization under the laws of any country of the British Commonwealth other than Canada to which he was subject at the time of his birth or naturalization, shall be recognized in Canada as a British subject.

28. Quiconque a acquis le statut de sujet britannique par le fait de la naissance ou de la naturalisation, sous le régime des lois de quelque pays de la Communauté des nations britanniques autre que le Canada, auxquelles il était assujéti lors de sa naissance ou de sa naturalisation, est reconnu au Canada sujet britannique.

...

[. . .]

#### PART VII.

#### PARTIE VII.

##### GENERAL.

##### GÉNÉRALITÉS.

...

[. . .]

45. (1) The *Naturalization Act*, chapter one hundred and thirty-eight of the Revised Statutes of Canada, 1927 and the *Canadian Nationals Act*, chapter twenty-one of the Revised Statutes of Canada, 1927 are repealed.

45. (1) Sont abrogées la *Loi de naturalisation*, chapitre cent trente-huit des Statuts révisés du Canada, 1927, et la *Loi des ressortissants du Canada*, chapitre vingt et un des Statuts révisés du Canada, 1927.

(2) Where, in any Act of the Parliament of Canada or any order or regulation made thereunder, any provision is made applicable in respect of

(2) Si, dans une loi du Parlement du Canada ou un arrêté ou règlement établi sous son régime, quelque disposition vise

(a) a “natural-born British subject” it shall apply in respect of a “natural-born Canadian citizen”; or

a) un « sujet britannique de naissance », elle s'applique à l'égard d'un « citoyen canadien de naissance », ou

(b) a “naturalized British subject” it shall apply in respect of a “Canadian citizen other than a natural-born Canadian citizen”; or

b) un « sujet britannique naturalisé », elle s'applique à l'égard d'un « citoyen canadien autre qu'un citoyen canadien de naissance », ou

(c) a “Canadian national” it shall apply in respect of a “Canadian citizen”;

c) un « ressortissant du Canada », elle s'applique à l'égard d'un « citoyen canadien »;

under this Act, and where in any Act, order or regulation aforesaid any provision is made in respect of the status of any

sous le régime de la présente loi et lorsque, dans quelque loi, arrêté ou règlement susdit, une disposition est établie sur le

such person as a Canadian national or British subject it shall apply in respect of his status as a Canadian citizen or British subject under this Act.

46. (1) Notwithstanding the repeal of the *Naturalization Act* and the *Canadian Nationals Act*, this Act is not to be construed or interpreted as depriving any person who is a Canadian national, a British subject or an alien as defined in the said Acts or in any other law in force in Canada of the national status he possesses at the time of the coming into force of this Act.

(2) This Act is to be construed and interpreted as affording facilities for any person mentioned in the last preceding subsection if he should so desire to become a Canadian citizen if he is not a natural-born Canadian citizen as defined in this Act, and if he possesses the qualifications for Canadian citizenship as defined in this Act.

[45] Under paragraph 2(a) of the 1947 *Canadian Citizenship Act*, a “Canadian citizen” is defined as “a person who is a Canadian citizen under this Act”. [emphasis added]. A person can only be a Canadian citizen if he meets the requirements set out in the 1947 *Canadian Citizenship Act*. That can happen in three ways, two as of right and one upon request. (I exclude the discretionary grant of citizenship by the Minister, which is not at issue here.)

[46] Persons born before January 1, 1947 are Canadian citizens as of right if they are either a natural-born Canadian within the meaning of section 4 in Part I of the Act; or a person other than a natural-born Canadian within the meaning of section 9 in Part II of the Act. Pursuant to section 46, persons who are not natural-born Canadian citizens as defined in the Act and who, before January 1, 1947, enjoyed a “national status” as a “Canadian national”, a “British subject” or an “alien”, can apply to the Minister under section 10 of the Act to become Canadian citizens if they possess the qualifications for Canadian citizenship as defined in the Act. There could be no clearer signal that the possession by a non-natural-born Canadian citizen of a national status prior to January 1, 1947 does not automatically confer the status of Canadian citizen from January 1, 1947 onwards.

statut d’une telle personne comme ressortissant du Canada ou sujet britannique, elle s’applique à l’égard de son statut de citoyen canadien ou sujet britannique aux termes de la présente loi.

46. (1) Nonobstant l’abrogation de la *Loi de naturalisation* et de la *Loi des ressortissants du Canada*, la présente ne doit pas s’interpréter comme privant quiconque est ressortissant canadien, sujet britannique ou étranger selon la définition contenue dans lesdites lois ou une autre loi en vigueur au Canada, du statut national qu’il possède lors de l’entrée en vigueur de la présente loi.

(2) La présente loi doit s’interpréter comme accordant des facilités à toute personne mentionnée dans le paragraphe précédent, si elle le désire, pour devenir citoyen canadien lorsqu’elle n’est pas citoyen canadien de naissance défini dans la présente loi et qu’elle possède les qualités requises pour la citoyenneté canadienne définie dans cette même loi.

[45] En vertu de l’alinéa 2a) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947, un « citoyen canadien » est défini comme « une personne qui est citoyen canadien en vertu de la présente loi [soulignement ajouté]. Une personne ne peut être un citoyen canadien que si elle satisfait aux exigences prévues par la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947, ce qu’elle peut faire de trois façons : deux de plein droit, et une sur demande. (J’exclus l’attribution de la citoyenneté, de façon discrétionnaire, par le ministre, qui n’est pas pertinente en l’espèce.)

[46] Les personnes nées avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947 sont des citoyens canadiens de droit si elles sont des citoyens canadiens de naissance, au sens de l’article 4 à la partie I de la Loi; ou si elles sont une personne autre qu’un citoyen canadien de naissance, au sens de l’article 9 à la partie II de la Loi. En vertu de l’article 46, les personnes qui ne sont pas des citoyens canadiens de naissance au sens de la Loi et qui, avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947, avaient le « statut national » de « ressortissant canadien », de « sujet britannique » ou d’un « étranger », peuvent présenter une demande au ministre, conformément à l’article 10 de la Loi, afin de devenir citoyens canadiens si elles possèdent les qualités requises pour la citoyenneté canadienne définie dans la Loi. On ne saurait plus clairement signifier que pour un citoyen canadien qui n’est pas né au Canada, le fait de posséder un statut national avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947 ne lui conférerait pas automatiquement le statut de citoyen canadien à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1947.

[47] As I read the 1947 *Canadian Citizenship Act* and to use the words of Secretary of State Faulkner in 1975, the Act “introduced Canadian citizenship instead of British subject status or Canadian nationality.” Whatever status existed under whatever prior statute or Order in Council, including P.C. 858, was, as of January 1, 1947, replaced by a new status, that of Canadian citizen as defined in the new Act.

[48] This interpretation of the pre-January 1, 1947 statutes and Orders in Council is, in my opinion, in line with the decision rendered by the Supreme Court of Canada in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, [1997] 1 S.C.R. 358 (*Benner*).

[49] In *Benner*, which dealt with the status of a person born after January 1, 1947 and with the constitutionality of certain provisions of the 1977 *Citizenship Act* that were applicable and in force at the time of the ruling, Iacobucci J., for the Court, expressed the view, at paragraph 30, that:

Before 1947, there was no concept of Canadian citizenship.

In the course of his reasons (paragraph 58), he stated that:

Under the old 1947 Act, individuals in the appellant’s position had no special claim to citizenship whatsoever—no provision was made for them in the 1947 legislation.

[50] Our Court, in *Solis v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 512 (F.C.A.), leave to appeal to Supreme Court of Canada denied [2000] 2 S.C.R. xix, has held that Canadian citizenship is a creature of federal statute and has no meaning apart from statute and that in order to be a Canadian citizen, a person must satisfy the applicable statutory requirements (see, also, *McLean v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 3 F.C. 127 (C.A.), affg (1999), 177 F.T.R. 219 (F.C.T.D.), and *Veleta v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2006), 268 D.L.R. (4th) 513 (F.C.A.).

[47] Selon mon interprétation de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947, et pour reprendre les mots du secrétaire d’État Faulkner en 1975, la Loi a substitué « la citoyenneté canadienne au statut de sujet britannique ou à la nationalité canadienne ». Quel que soit le statut qui existait auparavant en vertu de quelque loi ou arrêté en conseil que ce soit, y compris l’arrêté C.P. 858, en date du 1<sup>er</sup> janvier 1947, ce statut a été remplacé par un nouveau statut, soit celui de citoyen canadien au sens de la nouvelle Loi.

[48] Cette interprétation des lois et arrêtés d’avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947 est, à mon avis, conforme à la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Benner c. Canada (Secrétaire d’État)*, [1997] 1 R.C.S. 358 (*Benner*).

[49] Dans *Benner*, qui portait sur le statut d’une personne née après le 1<sup>er</sup> janvier 1947 et sur la constitutionnalité de certaines dispositions de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 qui étaient applicables et en vigueur lorsque le jugement a été rendu, le juge Iacobucci, pour la Cour, a exprimé au paragraphe 30 l’opinion selon laquelle :

Avant 1947, le concept de citoyenneté canadienne n’existait pas.

Dans ses motifs, il a déclaré que (au paragraphe 58) :

Sous le régime de la Loi de 1947, les personnes dans la situation de l’appelant n’avaient aucun droit particulier de demander la citoyenneté—cette loi ne comportait aucune disposition à leur égard.

[50] Notre Cour, dans *Solis c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1407 (C.A.) (QL), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée [2000] 2 R.C.S. xiv, a conclu que le concept de citoyenneté canadienne est une création statutaire fédérale, qu’il n’a pas de sens autre que celui que lui reconnaît la loi et que pour être citoyen canadien, une personne doit satisfaire aux exigences de la loi applicables. (Voir aussi *McLean c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2001] 3 C.F. 127 (C.A.), confirmant [1999] A.C.F. n° 1741, (1<sup>re</sup> inst.) (QL), et *Veleta c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CAF 138.

[51] Mr. Taylor's argument, as I understand it, is that he was a Canadian citizen under the 1947 Act either because P.C. 858 had granted him that status or because paragraph 4(b) of the 1947 Act, in drawing a distinction between persons born in wedlock and persons born out of wedlock, offends the equality provisions of section 15 of the Charter.

(a) Order in Council P.C. 858

[52] When Mr. Taylor landed in Canada in 1946, P.C. 858 could not in and of itself confer the status of "Canadian citizenship" under the 1947 *Canadian Citizenship Act*, because no such status existed until the coming into force of the Act on January 1, 1947.

[53] With respect to the effect of P.C. 858 (in particular section 3) after January 1, 1947 until its expiration on May 15, 1947, the Minister had conceded before Martineau J., as quoted at paragraph 173 of Martineau J.'s reasons, that:

For those arriving after January 1, 1947 and prior to May 15, 1947, P.C. 858 could have led to an automatic grant of Canadian citizenship if their supporting member of the Armed Forces had also become a citizen or they were a British subject. [Emphasis in original.]

[54] The Minister further conceded, as quoted at paragraph 173, of Martineau J.'s reasons, that:

While P.C. 858 itself limited its reach "for the purpose of Canadian immigration law", the amendments to the [1910] *Immigration Act*, also coming into force on January 1, 1947 changed the definition of citizen to incorporate the definition found in the new [1947] Canadian Citizenship Act. Additionally, the combination of being granted domicile and being a British subject would have themselves met the requirements of the 1947 Canadian Citizenship Act. [Emphasis in original.]

[55] Martineau J. stated at paragraph 174 of his reasons that "if Order in Council, P.C. 858, could have led to an automatic grant of Canadian citizenship for the dependents arriving after January 1, 1947 and prior to

[51] L'argument de M. Taylor, tel que je le comprends, est qu'il était citoyen canadien en vertu de la Loi de 1947 parce que l'arrêté en conseil C.P. 858 lui avait accordé ce statut ou parce que l'alinéa 4b) de la Loi de 1947, en distinguant les personnes nées dans les liens du mariage de celles nées hors des liens du mariage, viole les dispositions en matière d'égalité prévues à l'article 15 de la Charte.

a) C.P. 858

[52] Lorsque M. Taylor est débarqué au Canada en 1946, le décret C.P. 858 ne pouvait pas, en soi, conférer le statut de « citoyen canadien » en vertu de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947, puisque ce statut n'existait pas avant l'entrée en vigueur de la Loi, le 1<sup>er</sup> janvier 1947.

[53] En ce qui a trait à l'effet de l'arrêté en conseil C.P. 858 (l'article 3 en particulier) après le 1<sup>er</sup> janvier 1947, jusqu'à son expiration le 15 mai 1947, le ministre a reconnu devant le juge Martineau, comme le juge le cite au paragraphe 173 de ses motifs, que :

[. . .] [TRADUCTION] « pour les personnes qui sont arrivées après le 1<sup>er</sup> janvier 1947 et avant le 15 mai 1947, l'arrêté en conseil C.P. 858 peut avoir entraîné l'acquisition automatique de la citoyenneté canadienne si le membre des forces armées dont elles étaient alors à la charge était également devenu un citoyen ou si elles étaient des sujets britanniques ». [Souligné dans l'original.]

[54] Le ministre a aussi reconnu, comme le juge Martineau le cite au paragraphe 173 de ses motifs, que :

[TRADUCTION]

Bien que l'arrêté en conseil C.P. 858 limite lui-même sa portée « aux fins de la loi d'immigration du Canada », les modifications apportées à la Loi de l'immigration [de 1910], qui sont également entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1947, ont changé la définition du mot citoyen pour incorporer la définition qui se trouvait dans la nouvelle Loi sur la citoyenneté canadienne [de 1947]. En outre, le fait combiné de se voir octroyer le domicile et d'être un sujet britannique aurait eu en soi l'effet de répondre aux conditions de la Loi sur la citoyenneté canadienne de 1947. [Souligné dans l'original.]

[55] Le juge Martineau a déclaré au paragraphe 174 de ses motifs que « si l'arrêté en conseil C.P. 858 peut avoir mené à l'octroi automatique de la citoyenneté canadienne pour les personnes à charge qui sont

May 15, 1947, as admitted by the [Minister], it must also have granted such rights at the coming into force of the 1947 [Canadian] Citizenship Act to dependents who also had ‘citizen status’ at that date.”

[56] I have some doubt as to the correctness of the Minister’s legal concession, but I appreciate that it led the Judge to give P.C. 858 a more generous effect than it perhaps actually has. I need not, however, say anything further on this point. As stated before, I find that because of paragraph 2(a) of the 1947 *Canadian Citizenship Act*, a dependant landing pursuant to P.C. 858, before or after January 1, 1947, could only gain Canadian citizenship status after January 1, 1947, under the 1947 *Canadian Citizenship Act* if he came within a provision of the Act (see paragraphs 42 to 47 of these reasons).

[57] In order for Mr. Taylor to qualify as a “Canadian citizen” under the 1947 *Canadian Citizenship Act*, as a person born before January 1, 1947, he therefore had to satisfy section 4 or section 9, or apply for a grant of citizenship on the basis of subsection 46(2) of the Act. As we shall see subsection 46(2) is not applicable to Mr. Taylor, and any citizenship status Mr. Taylor could have acquired under section 4 or 9 was lost under the applicable loss provisions.

(b) Subsection 46(2)

[58] No arguments were made that Mr. Taylor acquired Canadian citizenship under subsection 46(2).

(c) Paragraph 4(b)

[59] With respect to the constitutionality of the “out of wedlock” provision in paragraph 4(b) of the Act, I have reached the view that to apply section 15 of the Charter, in the circumstances, to the 1947 provision would give the Charter a retrospective effect it cannot have. I have reached the view, further, that even if the Charter applied and paragraph 4(b) was found to be

arrivées après le 1<sup>er</sup> janvier 1947 et avant le 15 mai 1947, comme le reconnaît [le ministre], il doit également avoir accordé ces droits à l’entrée en vigueur de la Loi sur la citoyenneté [canadienne] de 1947 aux personnes à charge qui avaient également le “statut de citoyen” à cette date. »

[56] Je ne suis pas certain que la concession de droit du ministre soit juste, mais je comprends qu’elle a incité le juge à donner à l’arrêté C.P. 858 un effet plus généreux qu’il n’avait peut-être pas en réalité. Il n’est toutefois pas nécessaire que j’en dise davantage à ce sujet. Comme je l’ai déjà mentionné, je suis en effet d’avis qu’en raison de l’alinéa 2a) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947, une personne à charge débarquée en vertu de l’arrêté C.P. 858, avant ou après le 1<sup>er</sup> janvier 1947, ne pouvait, après le 1<sup>er</sup> janvier 1947, obtenir le statut de citoyen canadien au sens de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947 que si elle satisfaisait aux dispositions de la Loi (voir paragraphes 42 à 47 des présents motifs).

[57] Pour que M. Taylor se qualifie comme « citoyen canadien » en vertu de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947, en tant que personne née avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947, il devait donc satisfaire aux exigences de l’article 4 ou de l’article 9, ou demander la citoyenneté conformément au paragraphe 46(2) de la Loi. Comme je l’expliquerai, le paragraphe 46(2) ne s’applique pas à M. Taylor et tout statut de citoyen que M. Taylor aurait pu obtenir en vertu des articles 4 ou 9 a été perdu en vertu des dispositions relatives à la perte de citoyenneté applicables.

b) Paragraphe 46(2)

[58] Aucun argument n’a été présenté selon lequel M. Taylor avait obtenu la citoyenneté en vertu du paragraphe 46(2).

c) Alinéa 4b)

[59] En ce qui a trait à la constitutionnalité de la disposition portant sur la naissance « hors du mariage » à l’alinéa 4b) de la Loi, je suis d’avis que, compte tenu des circonstances, l’application de l’article 15 de la Charte à la disposition de 1947 donnerait à la Charte un effet rétrospectif qu’elle ne peut pas avoir. Je suis aussi d’avis que, même si la Charte pouvait être appliquée et

unjustified discrimination, the applicable loss provision (subsection 4(2) [as enacted by S.C. 1952-53, c, 23, s.2]) would continue to apply to persons born outside Canada whatever the marital status of their parents.

[60] While it is an undisputed principle that the Charter is not to be applied retroactively or retrospectively (see *Benner*, at paragraph 40), the Supreme Court of Canada has held that not every situation involving events which took place before the Charter came into force will necessarily involve a retrospective application of the Charter (*Benner*, at paragraph 41).

[61] A distinction in the application of the Charter to pre-Charter factual contexts was thus created in *Benner*. To use the words of Iacobucci J. in *Benner*, at paragraph 45:

The question, then, is one of characterization: is the situation really one of going back to redress an old event which took place before the *Charter* created the right sought to be vindicated, or is it simply one of assessing the contemporary application of a law which happened to be passed before the *Charter* came into effect?

Iacobucci J. added, at paragraph 46:

I realize that this distinction will not always be as clear as one might like, since many situations may be reasonably seen to involve both past discrete events and on-going conditions.

[62] In *Benner*, the issue was whether the equal benefit of the law guaranteed by section 15 of the Charter was denied where, under paragraphs 3(1)(c), 5(2)(b) and section 22 of the 1977 *Citizenship Act*, children born outside of Canada of a Canadian mother before February 14, 1977 are required to undergo a security check and to swear the oath of citizenship before their application for citizenship can be granted by the Minister, while children born outside of Canada of a Canadian father before February 14, 1977 are simply required to register their birth. In other words, applications for citizenship under the Act currently in force were treated differently depending on whether a person was from a paternal citizenship lineage or a

même s'il était conclu que l'alinéa 4b) constituait une discrimination injustifiée, la disposition relative à la perte de citoyenneté applicable (paragraphe 4(2) [édicte par S.C. 1952-53, ch. 23, art. 2]) continuerait de s'appliquer aux personnes nées hors du Canada, peu importe la situation matrimoniale des parents.

[60] Bien qu'il soit incontesté que la Charte ne doit pas être appliquée de façon rétroactive ou rétrospective (voir *Benner*, au paragraphe 40), la Cour suprême du Canada a conclu qu'une situation comportant des événements s'étant produits avant l'entrée en vigueur de la Charte n'entraînera pas toujours l'application rétrospective de la Charte (*Benner*, au paragraphe 41).

[61] La Cour suprême a ainsi créé une distinction en ce qui a trait à l'application de la Charte à des contextes factuels antérieurs à son entrée en vigueur. Pour reprendre les mots du juge Iacobucci dans *Benner*, au paragraphe 45 :

La question à trancher consiste donc à caractériser la situation : s'agit-il réellement de revenir en arrière pour corriger un événement passé, survenu avant que la *Charte* crée le droit revendiqué, ou s'agit-il simplement d'apprécier l'application contemporaine d'un texte de loi qui a été édicte avant l'entrée en vigueur de la *Charte*?

Le juge Iacobucci a ajouté, au paragraphe 46 :

Je suis bien conscient que cette distinction n'est pas toujours aussi nette qu'on le souhaiterait, car bien des situations peuvent raisonnablement être considérées comme mettant en jeu à la fois des événements précis et isolés et des conditions en cours.

[62] Dans *Benner*, la question était de déterminer si le droit au même bénéfice de la loi, garanti par l'article 15 de la Charte, était violé parce que, en vertu des alinéas 3(1)c) et 5(2)b) et de l'article 22 de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, on exigeait que les enfants nés à l'extérieur du Canada d'une mère canadienne avant le 14 février 1977 se soumettent à une enquête de sécurité et prêtent un serment d'allégeance avant que le ministre ne puisse accueillir leur demande de citoyenneté, alors que les enfants nés hors du Canada d'un père canadien avant le 14 février 1977 pouvaient revendiquer la citoyenneté dès l'enregistrement de leur naissance. En d'autres mots, les demandes de citoyenneté présentées en vertu de la Loi en vigueur à ce moment étaient

maternal citizenship lineage.

[63] The discrimination at issue in *Benner* was not that resulting from the 1947 *Canadian Citizenship Act*, which did not exist anymore, but that resulting from a remedy devised by Parliament in the 1977 *Citizenship Act* to correct a discrimination in the 1947 *Canadian Citizenship Act*. It is the 1977 remedy which was the issue, not the repealed 1947 discriminatory provision. As I read his reasons, Iacobucci J. in *Benner* found that the discrimination created in the 1947 Act could not in and of itself be challenged under the Charter because the 1947 Act did not exist anymore. What could be challenged, however, was the imperfect correction, in the 1977 legislation, which continued after the coming into force of the Charter to affect the “on-going status” of Mr. Benner.

[64] The following statements by Iacobucci J. seem to confirm my reading of his reasons (at paragraphs 32, 33, 58, 75 and 76):

Recognizing the injustice of this situation, Parliament enacted a new *Citizenship Act* in 1976. In this new Act, both parents received the right to pass on Canadian citizenship to children born abroad. However, this only applied to children born after February 14, 1977, the date the new Act came into effect. Parliament dealt separately with children born before this date. Clearly not wishing to abrogate the citizenship rights already possessed by children born abroad of Canadian fathers, Parliament maintained in s. 3(1)(e) of the new Act the rights of these paternal lineage claimants to citizenship upon simple registration of their birth . . .

Parliament did not, however, extend the same entitlement to citizenship to children of Canadian mothers born before the new Act came into force. It instead allowed them access to citizenship through an application process.... [Emphasis in original.]

...

I note that in fact these rights changed between the time the appellant was born and the time when he applied for citizenship. Under the old 1947 Act, individuals in the

traitées différemment, selon que la personne revendiquait la citoyenneté par ses liens paternels, ou par ses liens maternels.

[63] La discrimination en question dans l'arrêt *Benner* ne découlait pas de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947, qui n'existait plus alors, mais découlait plutôt d'une réparation prévue par le Parlement dans la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 en vue de corriger une discrimination dans la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947. C'est la réparation de 1977 qui était contestée et non la disposition discriminatoire abrogée de 1947. Selon mon interprétation de ses motifs, le juge Iacobucci a conclu, dans *Benner*, que la discrimination créée dans la Loi de 1947 ne pouvait pas en elle-même être contestée en appliquant la Charte, puisque la Loi de 1947 n'existait plus. Cependant, la correction imparfaite apportée dans la loi de 1977, pourrait quant à elle, être contestée parce qu'elle continuait, après l'entrée en vigueur de la Charte, à affecter le « statut en cours » de M. Benner.

[64] Les déclarations suivantes du juge Iacobucci semblent confirmer mon interprétation de ses motifs (aux paragraphes 32, 33, 58, 75 et 76) :

Reconnaissant l'injustice créée par cette situation, le Parlement a, en 1976, édicté une nouvelle *Loi sur la citoyenneté*. Cette nouvelle Loi conférait aux pères et aux mères le droit de transmettre la citoyenneté canadienne à leurs enfants nés à l'étranger. Toutefois, cette mesure ne s'appliquait qu'aux enfants nés après le 14 février 1977, date de l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi. Le Parlement a édicté des dispositions distinctes pour les enfants nés avant cette date. Ne désirant manifestement pas abroger le droit à la citoyenneté que possédaient déjà les enfants nés à l'étranger d'un père canadien, le Parlement a maintenu, à l'al. 3(1)e) de la nouvelle Loi, le droit des demandeurs invoquant leur filiation paternelle d'obtenir la citoyenneté sur simple enregistrement de leur naissance [. . .]

Le Parlement n'a toutefois pas accordé le même droit à la citoyenneté aux enfants nés d'une mère canadienne avant l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi. Il leur a plutôt permis d'acquérir la citoyenneté par une procédure de demande. [Soulignement dans l'original.]

[. . .]

Je souligne que ces droits ont effectivement changé entre le moment où l'appelant est né et celui où il a demandé la citoyenneté. Sous le régime de la Loi de 1947, les personnes

appellant's position had no special claim to citizenship whatsoever—no provision was made for them in the 1947 legislation. The 1977 Act changed this and created a qualified right to citizenship for people like the appellant. When he finally applied for citizenship in 1989, these were the rights which applied to his situation, not the rights prescribed by the earlier Act in effect at his birth.

...

Confronted by the clearly discriminatory 1947 Act, Parliament attempted to remedy the inequity by amending the legislation. That Parliament chose to do so is laudable, but it does not insulate the amended legislation from further review under the *Charter*. For example, if Parliament amended an old law which imposed a special 20 percent income tax on all Chinese Canadians so that the tax was only 10 percent, this would not prevent the 10 percent tax from itself coming under *Charter* attack. As the intervener, Federal Superannuates National Association, pointed out, the whole point of delaying s. 15's coming into force until April 17, 1985, was to give governments the chance to bring their legislation in line with its constitutionally entrenched equality requirements. After that date, the legislation was intended to be subject to s. 15 scrutiny, whether or not it had been amended.

Nor is it enough simply to say that the true source of the differential treatment for children born abroad of Canadian mothers is the 1947 Act, not the current Act. The 1947 Act does not exist anymore. More importantly, it was not challenged by the appellant and is not the subject of debate here. The appellant's quarrel is purely with the operation of the current Act and the treatment it accords to him because only his mother was Canadian. To the extent that the current Act carries on the discrimination of its predecessor legislation, it may itself be reviewed under s. 15, which is all the appellant has asked us to do. [My emphasis.]

[65] It is further revealing that Iacobucci J., at paragraph 37, in summing up the effect of the 1947 Act, referred to “three classes of ‘applicants’ for Canadian citizenship based on parental lineage”, none of which refers to children born before 1947. For all practical purposes the rights, be they absolute or qualified, of children born before 1947 were spent by the time the 1977 *Citizenship Act* came into force. Indeed, 30 years had gone by, long enough for any minor born before

dans la situation de l'appellant n'avaient aucun droit particulier de demander la citoyenneté—cette loi ne comportait aucune disposition à leur égard. La Loi de 1977 a changé cet état de choses et créé un droit restreint à la citoyenneté pour les personnes comme l'appellant. Lorsqu'il a finalement demandé la citoyenneté en 1989, ce sont ces droits qui s'appliquaient à sa situation, et non ceux prescrits par la Loi antérieure qui était en vigueur au moment de sa naissance.

[. . .]

Face au caractère manifestement discriminatoire de la Loi de 1947, le Parlement a voulu corriger cette iniquité en modifiant la Loi. Cette décision du législateur fédéral est certes louable, mais elle n'a pas pour effet de soustraire la loi modifiée à tout examen ultérieur fondé sur la *Charte*. Par exemple, si le Parlement avait modifié une vieille loi assujettissant à un impôt sur le revenu spécial de 20 pour 100 tous les Canadiens d'origine chinoise, de façon à abaisser le taux de cet impôt à 10 pour 100, cela n'empêcherait pas l'impôt de 10 pour 100 en résultant d'être contesté en vertu de la *Charte*. En sa qualité d'intervenante, l'Association nationale des retraités fédéraux a souligné que la décision de retarder l'entrée en vigueur de l'art. 15 jusqu'au 17 avril 1985 visait à donner aux divers gouvernements la possibilité d'harmoniser leurs lois avec les droits à l'égalité inscrits dans la Constitution. Après cette date, ces lois étaient censées être susceptibles d'examen en regard de l'art. 15, qu'elles aient ou non été modifiées.

Il ne suffit pas non plus d'affirmer que la source véritable du traitement différent appliqué aux enfants nés à l'étranger d'une mère canadienne est la Loi de 1947, et non la Loi actuelle. La Loi de 1947 n'existe plus. Fait plus important encore, l'appelant ne l'a pas attaquée et cette loi n'est pas en litige en l'espèce. Les récriminations de l'appelant visent uniquement le fonctionnement de la Loi actuelle et le traitement qu'elle lui applique du fait que seule sa mère était canadienne. Dans la mesure où la Loi actuelle perpétue la discrimination créée par la loi qui l'a précédée, elle peut elle-même être examinée en regard de l'art. 15, et c'est tout ce que l'appelant nous a demandé de faire. [Mon soulignement.]

[65] Le fait que le juge Iacobucci, au paragraphe 37, en résumant l'effet de la Loi de 1947, ait mentionné « trois catégories de “demandeurs” de la citoyenneté canadienne, fondées sur la filiation de l'intéressé », dont aucune ne porte sur les enfants nés avant 1947, est aussi révélateur. À toutes fins utiles, les droits des enfants nés avant 1947, qu'ils soient absolus ou conditionnels, étaient épuisés lorsque la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 est entrée en vigueur. En effet, trente ans s'étaient

1947 to have ceased to be a minor.

[66] In the case at bar, the challenge by Mr. Taylor is, in reality, with respect to paragraph 4(b) of the 1947 *Canadian Citizenship Act*, which was repealed by the 1977 *Citizenship Act*.

[67] Iacobucci J., in *Benner*, noted in paragraph 46 that:

Successfully determining whether a particular case involves applying the *Charter* to a past event or simply to a current condition or status will involve determining whether, in all the circumstances, the most significant or relevant feature of the case is the past event or the current condition resulting from it.

[68] My conclusion, in the end, is the same as that reached by Harrington J., in *Wilson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2003), 113 C.R.R. (2d) 325 (F.C.) and that reached by Nadon J. (then sitting in the Trial Division of the Federal Court) in *Dubey v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2002), 222 F.T.R. 1 (F.C.T.D.).

[69] In *Wilson*, Harrington J. stated, at paragraphs 25 and 26 of his reasons:

In my opinion the 1977 Act snapped the chain of causality, so that Mr. Wilson is really asking us to redress an old event.

I am fortified in this opinion by the decision of Nadon J. (as he then was) in *Dubey v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 582, 222 F.T.R. 1. He noted that the 1977 Act purported to redress distinctions between Canadian fathers and Canadian mothers for persons born outside Canada after 1 January 1947, and before 15 February 1977. Since the 1977 Act does not deal with people such as Mr. Wilson who were born in 1946, the 1977 Act did not carry forward legislative discrimination which would have to be assessed against the Charter. Whether the trigger point was the date when the 1977 Act came into force, as stated by Nadon J., or earlier dates when Mr. Wilson could or should have done something, but did not, the result is the same. The Acts which did not give Mr. Wilson the status he asserts have no current application and thus are not subject to the Charter. [My emphasis.]

[70] It is interesting to note, finally, that the 1977 *Citizenship Act* was intended by its authors not to have

écoulés, suffisamment longtemps pour que toute personne qui était mineure avant 1947 ne le soit plus.

[66] En l'espèce, la contestation de M. Taylor porte, en vérité, sur l'alinéa 4b) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947, qui a été abrogé par la *Loi sur la citoyenneté* de 1977.

[67] Dans *Benner*, le juge Iacobucci a noté au paragraphe 46 que :

Pour déterminer si une affaire donnée emporte l'application de la *Charte* à un événement passé, ou simplement à une condition ou à un statut en cours, il faut se demander si, compte tenu de toutes les circonstances, l'élément le plus important ou le plus pertinent de cette affaire est l'événement passé ou la condition en cours qui en résulte.

[68] En bout de ligne, ma conclusion est la même que celle du juge Harrington dans *Wilson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1475, et que celle du juge Nadon (alors juge à la Section de première instance de la Cour fédérale) dans *Dubey c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 582.

[69] Dans *Wilson*, le juge Harrington a expliqué, aux paragraphes 25 et 26 de ses motifs :

À mon avis, la Loi de 1977 a fait une rupture dans le lien de causalité entraînant que ce que M. Wilson demande en fait c'est de corriger un événement passé.

Je suis conforté dans mon opinion par la décision *Dubey c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 582, 222 F.T.R. 1, rendue par M. le juge Nadon, alors juge à la Section de première instance. Il a mentionné que la Loi de 1977 était censée corriger les distinctions entre les pères canadiens et les mères canadiennes de personnes nées hors du Canada après le 1<sup>er</sup> janvier 1947 et avant le 15 février 1977. Étant donné que la Loi de 1977 ne traite pas des personnes comme M. Wilson qui sont nées en 1946, cette loi n'a pas repris de dispositions législatives discriminatoires qui auraient eu à être appréciées au regard de la Charte. Que le point de déclenchement ait été l'entrée en vigueur de la Loi de 1977, selon ce qu'a déclaré le juge Nadon, ou plus tôt lorsque M. Wilson aurait pu ou aurait dû prendre des mesures, mais ne l'a pas fait, le résultat est le même. Les lois qui n'ont pas reconnu à M. Wilson le statut auquel il prétend n'ont pas d'application actuelle et ne sont ainsi pas soumises à l'application de la *Charte*. [Mon soulignement.]

[70] Il est intéressant de noter, finalement, que les auteurs de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977 avaient

a retroactive effect. This clearly appears from the *House of Commons Debates*, May 21, 1975, at page 5984, where Secretary of State Faulkner stated:

In our opinion, a retroactive citizenship law has unknown consequences. It could be as derogatory of right in some cases as the original law.

and from the presentation of Mr. Lewis Levy, Director of Legal Services, Department of the Secretary of State, before the Parliamentary Standing Committee, when he expressed the following view (Canada. House of Commons. Standing Committee on Broadcasting, Films and Assistance to the Arts, respecting: Bill C-20, An Act respecting citizenship in *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 36 (Friday, February 27, 1976), at pages 5-6):

When you are changing legislation you have to start at a given period and it is generally considered bad policy to try to do things retroactively. . . .

With the children it was a different situation. They have never been covered before and we felt that to open this up we did not know where to start, where to end. Above and beyond that, as we are now making the law equal between men and women, you have to consider this in historical context; you had a situation where children who were born out of the country derived their citizenship from a father if the children were born in wedlock and from the mother if not.

Now we are proposing to create a complete equality in there which would mean that children will derive their citizenship from either parent whether born in wedlock or not. If we were to go back to provide a sort of retroactive catchall there, the government and the country would be in the position of having to accept as citizens all sorts of— perhaps this might sound a little farfetched but if you want to go back to say the Korean war or Canadian Forces policing expeditions in the Middle East or in Cyprus and so on, and assuming that some of the members of the forces may have been active, and more active than others and they had children, they would have a right to have them declared Canadians and bring them into the country. That is just one thing, You do not know what you would be sweeping up; they might be people that if they were to apply for immigration the Immigration Department would not want to let them in. That was one factor; it may be a minor factor but when you are looking at it philosophically as to what you might be doing, that would be one thing.

voulu qu'elle n'ait pas d'effet rétroactif. Cela ressort clairement des *Débats de la Chambre des communes*, 21 mai 1975, à la page 5984, lors duquel le secrétaire d'État Faulkner a déclaré :

À notre avis, une loi rétroactive sur la citoyenneté aurait des conséquences imprévisibles. Elle pourrait porter atteinte à un droit au même titre que la loi qu'elle remplace.

et de la présentation devant le Comité permanent lors duquel M. Lewis Levy, directeur des services juridiques, Secrétariat d'État du Canada, s'est exprimé comme suit (Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Radiodiffusion, des films et de l'assistance aux arts, concernant : Bill C-20, Loi sur la citoyenneté dans les *PROCÈS-VERBAUX ET TÉMOIGNAGES*, fascicule n° 36 (le vendredi 27 février 1976), aux pages 5 et 6) :

Lorsque l'on modifie une loi, on doit commencer à une période donnée et le principe de la non-rétroactivité est maintenu [. . .]

Pour les enfants, c'est très différent. Ils n'étaient pas inclus précédemment. Nous ne savions pas où commencer ni où terminer pour élargir le champ d'application. En plus de cela, comme nous voulons que la Loi s'applique également aux hommes et aux femmes, il nous faut penser dans un contexte historique. Prenez par exemple la situation des enfants nés à l'extérieur du pays, qui ont reçu la citoyenneté de leur père s'ils sont issus d'un mariage, et de leur mère, dans le cas contraire.

Nous proposons maintenant une égalité complète; ce qui signifie que l'enfant recevra la citoyenneté de l'un ou l'autre parent, qu'il soit issu d'un mariage ou non. S'il nous fallait revenir en arrière pour une application rétroactive de la Loi, le gouvernement et le pays seraient placés dans une situation où il devrait accepter des citoyens de toutes sortes. . . Cela semble peut-être un peu tiré par les cheveux, mais remontons par exemple à la guerre de Corée ou aux missions canadiennes de surveillance au Moyen-Orient ou à Chypre, par exemple. Supposons que certains militaires aient été plus actifs que d'autres, qu'ils aient eu des enfants; ils auraient le droit de les déclarer Canadiens et de les amener au pays. C'est un aspect de la question, vous n'avez pas idée de ce que vous pouvez déterrer. Il y a des personnes qui ne voudraient pas les laisser entrer, s'ils faisaient une demande d'immigration au ministère de l'Immigration. Voilà un facteur, il n'est peut-être pas très important, mais théoriquement, il faut en tenir compte.

[71] It would be odd to use the Charter, in 2005, to challenge a 1947 statute which was repealed by a 1977 statute that Parliament did not wish to have retroactive effects.

[72] I fully appreciate that unfortunate circumstances and timing are in the end the reasons why Mr. Taylor did not become, on January 1, 1947, a natural-born Canadian citizen. Had his parents obtained permission to marry before his father's deployment to France, he would have qualified. As unfortunate as this result may be, this is a situation which is not within the domain of the courts to redress. I find that to apply the Charter to paragraph 4(b) of the 1947 *Canadian Citizenship Act* would in the circumstances give the Charter a retrospective effect, which it cannot have.

(d) Section 9 of the 1947 *Canadian Citizenship Act*

[73] It is not clear whether Mr. Taylor argues, in the alternative, that he qualifies as a non-natural-born Canadian citizen under paragraph 9(1)(b) of the 1947 Act because he would have been

9. (1) . . .

(b) immediately before the commencement of this Act . . . a British subject who had Canadian domicile.

[74] He was, most certainly, a British subject prior to January 1, 1947. He had, arguably, Canadian domicile at the time as a result of the deeming provision of section 3 of P.C. 858. I say "arguably" because he was no longer in Canada on January 1, 1947, having left with his mother in October 1946 with, it appears, no intention to return. Subparagraph 2(e)(ii) of the 1910 *Immigration Act* provides that:

2. . . .

(e) . . .

(ii) Canadian domicile is lost, for the purposes of this Act, by a person voluntarily residing out of Canada not for a mere special or temporary purpose but with the present intention of making his permanent home out of Canada. . . .

[71] Il serait dès lors incongru d'utiliser la Charte en 2005 pour contester une loi de 1947 abrogée en 1977 par une loi que le Parlement ne souhaitait pas rétroactive.

[72] Je suis parfaitement conscient qu'au fond, ce sont des circonstances malheureuses et intempestives qui ont fait que M. Taylor ne soit pas devenu, au 1<sup>er</sup> janvier 1947, un citoyen canadien de naissance. Si ses parents avaient obtenu la permission de se marier avant que son père fût envoyé en France, M. Taylor se serait qualifié. Aussi infortuné que soit le résultat, il s'agit d'une situation pour laquelle les cours ne peuvent pas offrir de réparation. Je conclus que, compte tenu des circonstances, l'application de la Charte à l'alinéa 4b) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947 donnerait à la Charte un effet rétrospectif, qu'elle ne peut pas avoir.

d) Article 9 de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947

[73] Il n'est pas clair si M. Taylor soutient, subsidiairement, qu'il a qualité de citoyen canadien autrement que par la naissance, au sens de l'alinéa 9(1)(b) de la Loi de 1947, parce qu'il aurait été

9. (1) [. . .]

b) si immédiatement avant la mise en vigueur de cette loi [. . .] un sujet britannique possédant un domicile canadien.

[74] Il était, bien entendu, un sujet britannique avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947. Il possédait, possiblement, un domicile canadien à l'époque, du fait de la disposition déterminative à l'article 3 de l'arrêté en conseil C.P. 858. Je dis « possiblement » parce qu'il ne se trouvait plus au Canada, le 1<sup>er</sup> janvier 1947, puisqu'il avait quitté le pays avec sa mère en octobre 1946 sans intention, semble-t-il, de retour. Le sous-alinéa 2f)(ii) de la *Loi de l'immigration* de 1910 prévoit que :

2. [. . .]

f) [. . .]

(ii) Cesse d'avoir domicile au Canada, pour les fins de la présente loi, toute personne qui réside volontairement en dehors du Canada, non pas simplement pour quelque objet particulier ou temporaire, mais avec l'intention réelle de demeurer permanemment en

dehors du Canada, ainsi que toute personne qui appartient aux catégories interdites ou non désirables aux termes de la présente loi;

[75] The Minister submits that Mr. Taylor lost his Canadian domicile when he left for England in October 1946 and as a result did not have a Canadian domicile “immediately, before the commencement of [the 1947] *Canadian Citizenship Act*.” The argument may not be without merit, but I would hesitate, based on the little evidence there is in the file, to find that Mr. Taylor lost in October 1946 the Canadian domicile he was deemed by P.C. 858 to have acquired in July 1946.

[76] As it turns out, however, the fact that Mr. Taylor might have been a non-natural-born Canadian citizen within the meaning of section 9 of the 1947 Act, would be of no assistance to him. As we shall see in the following paragraphs, he would in any event, have been caught by the loss provision contained in section 20 of the 1947 Act.

## II. The loss provisions in the 1947 *Canadian Citizenship Act*

[77] In the event I am wrong in finding that Mr. Taylor is not a natural-born Canadian citizen within the meaning of paragraph 4(b) of the 1947 Act; or if as stated above I assume for the sake of discussion that Mr. Taylor was a non-natural-born Canadian citizen within the meaning of section 9 of the 1947 Act, the question then arises as to whether any loss provisions contained in the statute are applicable to him.

### — Subsection 4(2)

[78] A finding that the Charter applies to paragraph 4(b) of the 1947 *Canadian Citizenship Act* would be of no use to Mr. Taylor. The remedy the Court would grant would be to strike the words “in the case of a person born out of wedlock” from that paragraph, thereby removing the distinction between children obtaining their citizenship through paternal or maternal lineage.

[75] Le ministre soutient que M. Taylor a perdu son domicile canadien lorsqu’il a quitté pour l’Angleterre en octobre 1946 et que, par conséquent, il ne possédait pas de domicile canadien « immédiatement avant la mise en vigueur de la [Loi sur la citoyenneté canadienne de 1947] ». L’argument n’est peut-être pas sans fondement, mais j’hésiterais, compte tenu du peu d’éléments de preuve au dossier, à conclure que M. Taylor a perdu en octobre 1946 le domicile canadien qu’il avait acquis, en vertu de l’arrêté C.P. 858, en juillet 1946.

[76] Cependant, le fait que M. Taylor était peut-être un citoyen canadien autrement que par la naissance, au sens de l’article 9 de la Loi de 1947, ne lui est d’aucune aide. Comme je l’expliquerai dans les paragraphes suivants, il aurait de toute façon été visé par la disposition relative à la perte de citoyenneté à l’article 20 de la Loi de 1947.

## II. Les dispositions relatives à la perte de citoyenneté dans la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947

[77] Pour le cas où je ferais fausse route en concluant que M. Taylor n’est pas un citoyen canadien de naissance au sens de l’alinéa 4b) de la Loi de 1947, ou si, comme je l’ai mentionné précédemment, je suppose pour les fins de la discussion que M. Taylor était un citoyen autrement que par la naissance, au sens de l’article 9 de la Loi de 1947, la question se pose alors à savoir s’il est visé par l’une des dispositions relatives à la perte de citoyenneté prévues par la Loi.

### — Le paragraphe 4(2)

[78] Une conclusion selon laquelle la Charte s’applique à l’alinéa 4b) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947 ne serait de toute manière d’aucune utilité pour M. Taylor. La réparation que la Cour accorderait serait de radier l’expression « dans le cas d’une personne née hors du mariage » de cet alinéa, ce qui retirerait alors la distinction entre un enfant qui obtient la citoyenneté par son lien de filiation avec son père, et l’enfant qui l’obtient par son lien de filiation avec sa mère.

[79] Mr. Taylor would then remain subject to the loss provision, like all other minors, contained in subsection 4(2) of the Act. Subsection 4(2) was assented to in 1953 in *An Act to amend The Canadian Citizenship Act*, S.C. 1952-53, c. 23 [section 2]. It came into force retroactively as of January 1, 1947. (As a result of that 1953 amendment, section 4 of the 1947 *Canadian Citizenship Act* was renumbered and former paragraph 4(b) became paragraph 4(1)(b). To avoid confusion I will continue to refer to paragraph 4(b) in the remainder of these reasons.)

[80] The loss provision, i.e. subsection 4(2), reads as follows:

4. (1) . . .

(2) A person who is a Canadian citizen under paragraph (b) of subsection one and was a minor on the first day of January, 1947, ceases to be a Canadian citizen upon the date of the expiration of three years after the day on which he attains the age of twenty-one years or on the first day of January, 1954, whichever is the later date, unless he

(a) has his place of domicile in Canada at such date; or

(b) has, before such date and after attaining the age of twenty-one years, filed, in accordance with the regulations, a declaration of retention of Canadian citizenship.

[81] Mr. Taylor does not contest that he was not domiciled in Canada on the date of his twenty-fourth birthday or that he did not file a declaration of retention before that date.

#### — Section 20

[82] Mr. Taylor is assumed to be a non-natural-born Canadian citizen by reason of section 9 of the 1947 Act, then the loss provision contained in section 20 of the 1947 Act comes into play. Section 20 provides that a Canadian citizen, other than a natural-born Canadian citizen,

20. . . . ceases to be a Canadian citizen if he resides outside of Canada for a period of at least six consecutive years . . . .

[79] M. Taylor n'en resterait tout de même pas moins visé par la disposition relative à la perte de citoyenneté, comme tous les autres enfants mineurs, prévue au paragraphe 4(2) de la Loi. Le paragraphe 4(2) a été édicté en 1953 dans la *Loi modificative de la Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1952-53, ch. 23 [l'article 2]. Il est entré en vigueur de façon rétroactive au 1<sup>er</sup> janvier 1947. (À la suite de la modification de 1953, l'article 4 de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947 a été renuméroté et l'ancien alinéa 4b) est devenu l'alinéa 4(1)b). Pour éviter la confusion, je continuerai à utiliser « alinéa 4b) » dans le reste de mes motifs.)

[80] La disposition relative à la perte de citoyenneté, c'est-à-dire le paragraphe 4(2), se lit comme suit :

4. (1) [. . .]

(2) Une personne qui est un citoyen canadien aux termes de l'alinéa b) du paragraphe premier et qui était mineure au premier jour de janvier 1947, cesse d'être un citoyen canadien à la date d'expiration de trois années après le jour où elle a atteint l'âge de vingt et un ans ou le premier jour de janvier 1954, selon la plus tardive de ces dates, à moins

a) qu'elle n'ait son lieu de domicile au Canada à pareille date; ou

b) qu'elle n'ait, avant pareille date et après avoir atteint l'âge de vingt et un ans, produit, en conformité des règlements, une déclaration de rétention de citoyenneté canadienne.

[81] M. Taylor ne conteste pas qu'il ne possédait pas de domicile canadien le jour de son 24<sup>e</sup> anniversaire, ni qu'il n'avait pas présenté de déclaration de rétention avant cette date.

#### — L'article 20

[82] Si l'on présume que M. Taylor est un citoyen canadien autrement que par la naissance, conformément à l'article 9 de la Loi de 1947, alors la disposition relative à la perte de citoyenneté prévue à l'article 20 de la Loi de 1947 entre en jeu. L'article 20 prévoit qu'un citoyen canadien, autre qu'un citoyen canadien de naissance,

20. [. . .] cesse d'être citoyen canadien s'il réside hors du Canada pendant une période d'au moins six années consécutives [. . .]

This period of “six consecutive years” was extended, retroactive to January 1, 1947, to “ten consecutive years” (*An Act to amend The Canadian Citizenship Act*, S.C. 1952-53, c. 23, section 8).

[83] Mr. Taylor does not contest that he resided outside of Canada for a period of at least ten consecutive years starting January 1, 1947.

[84] The two loss provisions are therefore applicable to Mr. Taylor, unless he is successful in his attack on these provisions with the *Canadian Bill of Rights* and the Charter.

#### — Due Process and Fundamental Justice

[85] The respondent’s position and the applications Judge’s reasons on the issue of the loss provisions are unclear. They rely simultaneously on the concepts of due process, principles of fundamental justice and procedural fairness. Reference is made in the notice of constitutional question filed by the respondent to paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* (the right not to be deprived of security of the person except by due process of law), paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights* (no legislation to be construed or applied so as to deprive a person of the right to a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice for the determination of his rights) and section 7 of the Charter (the right not to be deprived of the right to security of the person except in accordance with the principles of fundamental justice).

[86] I will assume at this stage and for the sake of discussion that both the *Canadian Bill of Rights* and the Charter are applicable to the 1947 *Canadian Citizenship Act*.

[87] There being no administrative proceedings in issue, neither the concept of fair hearing referred to in paragraph 2(e) of the *Canadian Bill of Rights*, nor that of procedural fairness come into play (see *MacBain v. Lederman*, [1985] 1 F.C. 856 (C.A.), per Heald J., at pages 877-878). In *Authorson v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 S.C.R. 40 (*Authorson*), Major J. also stated at paragraph 61:

La période de « six années consécutives » a été étendue, avec effet rétroactif au 1<sup>er</sup> janvier 1947, à « dix années consécutives » (*Loi modificative de la Loi sur la citoyenneté canadienne*, S.C. 1952-53, ch. 23, article 8).

[83] M. Taylor ne conteste pas le fait qu’il a habité à l’extérieur du Canada pendant une période d’au moins dix années consécutives à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1947.

[84] Les deux dispositions relatives à la perte de citoyenneté sont donc applicables à M. Taylor, à moins que sa contestation de ces dispositions, fondée sur la *Déclaration canadienne des droits* et sur la Charte, ne soit fructueuse.

#### — Application régulière de la loi et justice fondamentale

[85] La position de l’intimé et les motifs du juge des demandes au sujet des dispositions relatives à la perte de citoyenneté ne sont pas clairs. Ils se fondent simultanément sur les principes d’application régulière de la loi, de justice fondamentale et d’équité procédurale. Dans son avis de question constitutionnelle, l’intimé fait référence à l’alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* (le droit de ne pas se voir privé de la sécurité de la personne, sauf par l’application régulière de la loi), à l’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* (nulle loi du Canada ne doit s’interpréter ni s’appliquer comme privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits) et à l’article 7 de la Charte (le droit de ne se voir privé du droit à la sécurité de la personne qu’en conformité avec les principes de justice fondamentale).

[86] Pour l’instant, aux fins de la discussion, je supposerai que tant la *Déclaration canadienne des droits* que la Charte sont applicables à la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947.

[87] Comme il n’y a aucune procédure administrative en question, ni le concept d’audition impartiale, mentionné à l’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits*, ni celui d’application régulière de la loi n’entrent en jeu (voir *MacBain c. Lederman*, [1985] 1 C.F. 856 (C.A.), le juge Heald, aux pages 877 et 878). Dans *Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40 (*Authorson*), le juge Major a aussi déclaré au paragraphe 61 :

Section 2(e) of the *Bill of Rights* does not impose upon Parliament the duty to provide a hearing before the enactment of legislation. Its protections are operative only in the application of law to individual circumstances in a proceeding before a court, tribunal or similar body.

[88] With respect to the principle of fundamental justice, the respondent failed to identify any such principle. This Court has recently examined, in *Prentice v. Canada*, [2006] 3 F.C.R. 135 (F.C.A.), the burden facing a litigant asserting a breach of a principle of fundamental justice under section 7 of the Charter.

[89] In his memorandum of fact and law, at paragraph 104, Mr. Taylor seems to suggest that the principal issue, under section 7 of the Charter, is “that there be a fair hearing and notice” before a citizen loses his citizenship. In his reasons, although it is not entirely clear, the Judge appears to decide that the principle of fundamental justice at issue is the “arbitrary” method with which Mr. Taylor was deprived of his citizenship.

[90] In other words, as I understand Mr. Taylor’s argument and the Judge’s reasons, the fundamental principle at issue here is that no person should be deprived of his citizenship unless some form of notice is provided for in the statute or regulation and given to the person (see the Judge’s reasons, at paragraph 249). No authority was cited to support the proposition that such a principle, if it exists, is a fundamental one. At best, the proposition is a different way of saying that “due process” requires a notice to be given, which brings us back to the concept of “due process of law” and paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*. What we are essentially left with, therefore, is the argument that due process of law, under paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*, requires that prior notice be given to persons at risk of being deprived through forthcoming legislation of their citizenship.

[91] The determination by the Judge that due process requires that persons be given what the Judge calls “proper notice” of the loss provisions in the 1947 Act is contrary to long-standing parliamentary tradition and well-established legal principles.

L’alinéa 2e) de la *Déclaration canadienne des droits* n’oblige pas le législateur à tenir une audience avant l’adoption d’une loi. Ses garanties ne jouent que dans le cadre de l’application de la loi à des situations individuelles dans une instance tenue devant une cour de justice, un tribunal administratif ou un organisme semblable.

[88] En ce qui a trait au principe de justice fondamentale, l’intimé n’a identifié aucun tel principe. Notre Cour a récemment examiné, dans *Prentice c. Canada*, [2006] 3 R.C.F. 135 (C.A.F.), le fardeau qui incombe à une partie qui soutient qu’il y a eu manquement à un principe de justice fondamentale en vertu de l’article 7 de la Charte.

[89] Dans son mémoire des faits et du droit, au paragraphe 104, M. Taylor semble soutenir que la question principale, au sujet de l’article 7 de la Charte, est qu’il doit y avoir une audition et un préavis équitable avant qu’un citoyen ne perde sa citoyenneté. Dans ses motifs, bien que ce ne soit pas parfaitement clair, le juge semble avoir décidé que le principe de justice fondamentale en litige est la façon « arbitraire » par laquelle M. Taylor s’est vu retirer sa citoyenneté.

[90] En d’autres mots, selon mon interprétation de l’argument de M. Taylor et des motifs du juge, le principe fondamental en question en l’espèce est le fait que personne ne devrait se voir retirer sa citoyenneté à moins que la loi ou le règlement ne prévoit une forme d’avis approprié qui soit donné à la personne concernée (voir les motifs du juge, au paragraphe 249). Aucune jurisprudence n’a été citée à l’appui de la proposition selon laquelle un tel principe, s’il existe, est un principe fondamental. Au mieux, la proposition est une façon différente d’énoncer que le principe de « l’application régulière de la loi » exige qu’un avis soit donné, ce qui nous ramène au principe de « l’application régulière de la loi » et à l’alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*. Il nous reste donc l’argument selon lequel l’application régulière de la loi, aux termes de l’alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*, exige qu’un avis soit donné à la personne qui risque de perdre sa citoyenneté en raison d’une loi à venir.

[91] La conclusion du juge, selon laquelle l’application régulière de la loi exige qu’on donne à la personne ce que le juge appelle un « avis approprié » de la disposition relative à la perte de citoyenneté de la Loi de 1947, est contraire à la longue tradition parlementaire et aux principes juridiques bien établis.

[92] The legislative process in Canada is a public process. Any proposed federal legislation must receive three readings in the House of Commons and Senate and Royal Assent before it becomes an enacted law. When an Act comes into force, it becomes binding on all those persons to whom it applies. In *Authorson*, Major J. stated the following, at paragraphs 12 and 37:

Due process does not require that the veterans receive notice and a hearing before Parliament prior to the passage of expropriative legislation. As unfortunate as it is for the respondent, long-standing parliamentary tradition has never required that procedure.

...

The respondent claimed a right to notice and hearing to contest the passage of s. 5.1(4) of the *Department of Veterans Affairs Act*. However, in 1960, and today, no such right exists. Long-standing parliamentary tradition makes it clear that the only procedure due any citizen of Canada is that proposed legislation receive three readings in the Senate and House of Commons and that it receive Royal Assent. Once that process is completed, legislation within Parliament's competence is unassailable.

These statements apply, in my view, whether the right at issue is the right to "enjoyment of property" as was the case in *Authorson*, or the right asserted by Mr. Taylor "to life, liberty, security of the person". Paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights* does not suggest that any distinction should be made in that regard.

[93] It is a well-recognized principle that ignorance of the law is no excuse. A person is presumed to know the law and is bound by the law. (See, in a citizenship context, *McNeil v. Canada (Secretary of State)* (2000), 193 F.T.R. 88 (F.C.T.D.); see, more generally, *R. v. Molis*, [1980] 2 S.C.R. 356, at page 363.)

[94] In the same vein, this Court has recently held that there is no basis in law for imposing a positive duty on government officials to forewarn persons that they might be impacted by pending legislation. (See *de la Fuente v. Canada (Minister of Citizenship and*

[92] Le processus législatif au Canada est un processus public. Tout projet de loi fédérale doit faire l'objet de trois lectures à la Chambre des communes et au Sénat et doit recevoir la sanction royale avant que la loi ne soit adoptée. Lorsqu'une loi entre en vigueur, elle devient exécutoire pour toutes les personnes à qui elle s'applique. Dans l'arrêt *Authorson*, le juge Major a déclaré aux paragraphes 12 et 37 :

La garantie d'application régulière de la loi ne confère pas aux Anciens combattants le droit à un préavis et à une audition par le Parlement avant l'adoption d'une loi expropriatrice. Aussi malheureux que cela puisse être pour l'intimé, notre longue tradition parlementaire n'a jamais exigé une telle procédure.

[. . .]

L'intimé a soutenu avoir droit à un préavis et à une audition lui permettant de contester l'adoption du par. 5.1(4) de la *Loi sur le ministère des Anciens combattants*. Toutefois, un tel droit n'existait pas en 1960 et n'existe toujours pas aujourd'hui. Selon notre longue tradition parlementaire, il est clair que tout ce qu'un citoyen canadien peut exiger, sur le plan procédural, c'est qu'un projet de loi fasse l'objet de trois lectures à la Chambre des communes et au Sénat et qu'il reçoive la sanction royale. Une fois ce processus mené à terme, les mesures législatives prises par le Parlement dans les limites de sa compétence sont inattaquables.

Ces énoncés s'appliquent, à mon avis, que le droit en question soit le droit « à la jouissance des biens », comme c'était le cas dans *Authorson*, ou le droit « à la vie, à la liberté, à la sécurité de la personne » que M. Taylor revendique. L'alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits* ne donne pas à penser qu'il existe une distinction à ce sujet.

[93] Il est bien établi que l'ignorance de la loi n'est pas une excuse. Tous sont censés connaître la loi et tous sont liés par la loi. (Voir, dans le contexte de la citoyenneté, *McNeil c. Canada (Secrétaire d'État)*, [2000] A.C.F. n° 1477 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); voir, dans un contexte plus général, *R. c. Molis*, [1980] 2 R.C.S. 356, à la page 363.)

[94] De même, cette Cour a récemment conclu qu'aucune règle de droit ne permet d'imposer l'obligation aux représentants du gouvernement d'avertir une personne qu'elle peut être touchée par une nouvelle loi. (Voir *de la Fuente c. Canada (Ministre de*

*Immigration*) [2007] 1 F.C.R. 387 (F.C.A.), at paragraph 20.)

[95] In this regard, the decision of this Court in *Veleta*, does not support a determination that as a matter of principle there is a notice requirement in citizenship cases. The notice requirement, in that case, resulted largely from the fact that the determination of the Court had a direct effect on the citizenship status of third parties. Furthermore, the citizenship of one of the third parties had already been recognized and that third party had a reasonable legitimate expectation that he would receive some form of notice from the Minister that his citizenship status had changed.

[96] Requiring additional notice of particular provisions in an Act would create obvious practical problems. With respect to the 1947 Act, it is unclear how the government, in practice, could have notified the persons potentially affected by the loss provisions, many of whom would have been outside of Canada and the existence, identity and place of residence of whom were unknown. Requiring additional notice would also create a situation where laws of general application would not, in fact, apply equally to all persons since their application would depend on whether the persons had proper notice.

[97] The loss provisions are contained in the 1947 Act, which was debated in Parliament and published. The three readings in the Senate and the House of Commons and publication were proper notice of all of the provisions in the 1947 Act including loss provisions. The entire 1947 Act became binding on all persons to whom it applied when it came into force on January 1, 1947. The same applies, of course, to the 1953 amendment.

[98] Parliament, in the 1947 Act, gave minor persons born outside of Canada a special opportunity to manifest their citizenship status within a considerable number of years—24 to be exact. In the case of non-natural-born Canadians, Parliament also preserved their citizenship status, requiring them to reside outside of Canada for 10

*la Citoyenneté et de l'Immigration*), [2007] 1 R.C.F. 387, (C.A.F.) au paragraphe 20.)

[95] À ce sujet, la décision de notre Cour dans *Veleta*, ne soutient pas une conclusion selon laquelle, en principe, il existe une exigence de préavis dans les cas de citoyenneté. L'exigence de préavis, dans cette affaire, découlait largement du fait que la conclusion de la Cour avait un effet direct sur le statut de citoyen de tierces personnes. De plus, la citoyenneté de l'un des tiers avait déjà été reconnue et il était raisonnable et légitime que ce tiers s'attende à recevoir un quelconque préavis du ministre au sujet du changement de son statut en matière de citoyenneté.

[96] Exiger un avis supplémentaire de certaines dispositions d'une loi créerait des problèmes pratiques évidents. En ce qui a trait à la Loi de 1947, il n'est pas clair de quelle façon le gouvernement, en pratique, aurait pu avertir les personnes qui pouvaient être affectées par la disposition relative à la perte de citoyenneté puisque beaucoup d'entre elles se trouvaient hors du Canada et que leur existence, identité et lieu de résidence étaient inconnus. Le fait d'exiger un avis supplémentaire créerait aussi une situation dans laquelle les lois d'application générale ne s'appliqueraient pas de façon égale envers tous, puisque leur application dépendrait du préavis qui aurait été donné ou non.

[97] Les dispositions relatives à la perte de citoyenneté se trouvent dans la Loi de 1947, que le Parlement a débattue et publiée. Les trois lectures au Sénat et à la Chambre des communes, ainsi que la publication, constituaient un avis approprié de toutes les dispositions de la Loi de 1947, y compris des dispositions relatives à la perte de citoyenneté. La Loi de 1947 entière est devenue exécutoire pour toutes les personnes à qui elle s'appliquait lorsqu'elle est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1947. Il en est de même, bien entendu, pour les modifications apportées en 1953.

[98] Dans la Loi de 1947, le Parlement a donné aux mineurs nés hors du Canada une occasion spéciale de revendiquer leur statut de citoyen au cours d'une longue période—24 ans pour être précis. Dans le cas de personnes devenues citoyens canadiens autrement que par la naissance, le Parlement a aussi préservé leur

consecutive years before their citizenship status was lost. It is unfortunate that Mr. Taylor was not aware in due course of these provisions. These are not, however, under the Canadian parliamentary system, situations that attract the application of the concept of “due process of law.”

### III. Age discrimination

[99] The respondent also challenges paragraphs 3(1)(d) and (e) of the current Act [*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29] as being a violation of section 15 of the Charter based on differential treatment because of his date of birth. These paragraphs read as follows:

3. (1) Subject to this Act, a person is a citizen if

...

(d) the person was a citizen immediately before February 15, 1977; or

(e) the person was entitled, immediately before February 15, 1977, to become a citizen under paragraph 5(1)(b) of the former Act.

[100] The applications Judge summarized the argument at paragraph 257 of his decision, where he states that the respondent submits:

. . . that both the prior and current legislative citizenship schemes are “discriminatory”. Children born outside Canada, in wedlock or out of wedlock, prior and after February 15, 1977, are treated differently with respect to both the acquisition and the extinguishment of citizenship status. The differential treatment is currently based on one’s date of birth (an analogous ground to age) and, in effect, perpetuates former differential treatment based on the marital status and sex of one’s parents, which are the key factors to determine whether citizenship is derived from one’s father or mother. The Applicant submits that such differential treatment reflects a demeaning and prejudicial view of “illegitimate children” which is discriminatory and infringes the rights to equality guaranteed by subsection 15(1) of the Charter. [My emphasis.]

[101] Before proceeding with a section 15 analysis on

statut. Ils devaient résider à l’extérieur du Canada pendant 10 années consécutives avant de perdre leur citoyenneté. Il est malheureux que M. Taylor n’ait pas eu connaissance de ces dispositions à temps. Cependant, en vertu du régime parlementaire du Canada, il ne s’agit pas d’une situation qui commande l’application du principe de « l’application régulière de la loi ».

### III. La discrimination fondée sur l’âge

[99] L’intimé conteste aussi les alinéas 3(1)(d) et (e) de la Loi actuelle [*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29]. Il soutient qu’il s’agit d’une violation de l’article 15 de la Charte, puisqu’il est traité différemment en raison de sa date de naissance. Ces alinéas se lisent comme suit :

3. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, a qualité de citoyen toute personne :

[. . .]

d) ayant cette qualité au 14 février 1977;

e) habile, au 14 février 1977, à devenir citoyen aux termes de l’alinéa 5(1)(b) de l’ancienne loi.

[100] Le juge des demandes a résumé l’argument de l’intimé au paragraphe 257 de ses motifs, où il déclare que l’intimé soutient :

[. . .] que les régimes législatifs antérieurs et actuel en matière de citoyenneté sont « discriminatoires ». Les enfants nés à l’extérieur du Canada, dans les liens du mariage ou hors du mariage, avant et après le 15 février 1977, sont traités différemment pour ce qui est de l’acquisition et de l’extinction du statut de citoyen. Cette différence de traitement est actuellement fondée sur la date de naissance d’une personne (un motif analogue à celui de l’âge) et, en fait, perpétue une différence de traitement antérieure fondée sur l’état matrimonial et le sexe de l’un des parents, qui sont les éléments clés pour déterminer si la citoyenneté est transmise par le père ou par la mère. Le demandeur soutient qu’une telle différence de traitement reflète une opinion déshonorante et préjudiciable à l’égard des « enfants illégitimes » qui est discriminatoire et qui porte atteinte aux droits à l’égalité garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte. [Mon soulignement.]

[101] Avant d’effectuer une analyse fondée sur

an issue as multi-layered as this, it is important to sift through the submissions to find the heart of the alleged discrimination. I find that the root source of the discrimination alleged by the respondent remains the differential treatment based on the marital status of his parents in paragraph 4(b) of the 1947 *Canadian Citizenship Act*. To clarify, it is helpful to quote from the memorandum of fact and law of the respondent, where at paragraph 122 he states:

It is submitted that the 1977 statute therefore sets up a scheme that those persons born before January 1, 1947, must have exercised their citizenship rights by landing and declaring allegiance (before age 24) before February 15, 1977 or those persons will never be able to claim citizenship. This then differentiates between those born before and those born after January 1, 1947, having the effect of preventing the application of section 4(b) of the previous Act by reference. The differential treatment is based on the date of birth, i.e., whether one was born before or after January 1, 1947 having exercised the right by 1977 (that is, analogous to age). [My emphasis.]

[102] What the respondent is attempting to achieve with the section 15 Charter argument based on differential treatment because of his date of birth, is to have the repealed paragraph 4(b) of the 1947 *Canadian Citizenship Act* “referenced” or read into the current *Citizenship Act*. Even if such a remedy were open to the Court, I find that I do not need to go further on this issue. In order for the respondent to ultimately succeed, I would be required, at some point, to return again to the marital status distinction made in paragraph 4(b) of the 1947 *Canadian Citizenship Act* (carried through in the revised statutes of 1970, to paragraph 4(1)(b) of the *Canadian Citizenship Act* [R.S.C. 1970, c. C-19]). We are, it seems, running in circles. To illustrate even more the extent to which Mr. Taylor is asking the Court to “reference” into the current Act paragraph 4(b) of the 1947 Act, suffice it to note that in his notice of constitutional question, he attacks provisions found in statutes dated, respectively, 1985, 1977, 1970, 1953, 1951 and 1947.

l’article 15 pour une question aussi complexe que celle-ci, il est important d’examiner les observations présentées pour trouver le cœur de la présumée discrimination. Je suis d’avis que la source principale de la discrimination alléguée par l’intimé reste le traitement différent, fondé sur la situation matrimoniale de ses parents, prévu à l’alinéa 4b) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947. Pour plus de clarté, il convient de citer le mémoire des faits et du droit de l’intimé, dans lequel il déclare, au paragraphe 122 :

[TRADUCTION]

On soutient que la loi de 1977 établit par conséquent un régime selon lequel les personnes nées avant le 1<sup>er</sup> janvier 1947 doivent avoir fait valoir leur droit à la citoyenneté en débarquant et en prêtant serment d’allégeance (avant l’âge de 24 ans) avant le 15 février 1977, sinon ces personnes n’auront jamais le droit de réclamer la citoyenneté. Ceci crée donc une différence de traitement entre les personnes nées avant et les personnes nées après le 1<sup>er</sup> janvier 1947, ce qui a pour effet d’empêcher l’application de l’alinéa 4b) de la loi précédente. Le traitement différent est fondé sur la date de naissance, c’est-à-dire si la personne est née avant, ou après, le 1<sup>er</sup> janvier 1947, et a fait valoir son droit avant 1977 (donc, fondé sur un motif analogue à l’âge). [Mon soulignement.]

[102] Ce que l’intimé tente d’obtenir avec cet argument au sujet de l’article 15 de la Charte, selon lequel il y a eu traitement différent fondé sur sa date de naissance, c’est que l’alinéa 4b) abrogé de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947 soit incorporé par renvoi dans la *Loi sur la citoyenneté* actuelle. Même si la Cour pouvait accorder un tel recours, j’estime que je n’ai pas à poursuivre plus avant sur cette question. Pour que l’intimé ait finalement gain de cause, je devrais, à un certain point, revenir sur la distinction au sujet de la situation matrimoniale prévue à l’alinéa 4b) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947 (qui a été reconduit, dans les statuts révisés de 1970) à l’alinéa 4(1)b) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* [S.R.C. 1970, ch. C-19]). Nous tournons en rond, me semble-t-il. Pour illustrer encore mieux dans quelle mesure M. Taylor demande à la Cour d’incorporer par renvoi l’alinéa 4b) de la Loi de 1947 dans la Loi actuelle, il suffit de noter que, dans son avis de question constitutionnelle, il conteste des dispositions tirées de lois qui datent, respectivement, de 1985, de 1977, de 1970, de 1953, de 1951 et de 1947.

[103] *Augier v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R.150 (F.C.) (*Augier*) is distinguishable for the same reason as was discussed earlier for *Benner*. In *Augier*, Mosley J. found that a distinction made in paragraph 5(2)(b) of the current *Citizenship Act* based on gender and marital status was an unjustified violation of section 15. Key to the analysis and remedy granted in *Augier* was that the impugned provision was live and in force.

[104] This Court, in *McLean*, and the Federal Court, in *Dubey* and *Wilson*, have dismissed constitutional attacks made against paragraphs 3(1)(d) and (e) of the 1977 *Citizenship Act*. There is no point repeating here what was said in these cases.

[105] In any event, if I am wrong in my determination of the respondent's section 15 argument related to discrimination based on his date of birth, any entitlement to citizenship status the respondent had under paragraph 4(b) of the 1947 *Canadian Citizenship Act* was already lost under the loss provision in subsection 4(2) of the 1947 *Canadian Citizenship Act* (as amended in 1953). When paragraph 4(b) and subsection 4(2) were repealed in the 1977 *Citizenship Act*, the respondent was already older than 24 years of age, and therefore the respondent could not retain any entitlement to Canadian citizenship under paragraph 4(b).

[106] Courts must be careful in their temporal application of section 15 of the Charter. Section 15 was not intended by the Charter's framers to apply retroactively or retrospectively. The evidence for this is found in the very fact that section 15 came into force three years after the rest of the Charter (see subsection 32(2) of the Charter). I am supported in this view by *Regina v. Seo* (1986), 54 O.R. (2d) 293 (C.A.); *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161 (B.C.C.A.), at page 170 and; *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737 (C.A.).

[103] La décision *Augier c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 150 (C.F.) (*Augier*) se distingue de l'affaire en l'espèce pour les mêmes raisons énoncées plus tôt au sujet de l'arrêt *Benner*. Dans *Augier*, le juge Mosley a conclu qu'une distinction prévue à l'alinéa 5(2)b) de la *Loi sur la citoyenneté* actuelle, fondée sur le sexe et sur la situation matrimoniale, constitue une violation injustifiée de l'article 15. Il est important de noter que l'analyse effectuée dans *Augier*, et le recours qui a été accordé, étaient fondés sur le fait que la disposition contestée était courante et en vigueur.

[104] Cette Cour, dans l'arrêt *McLean*, et la Cour fédérale, dans les décisions *Dubey* et *Wilson*, ont rejeté des contestations de la constitutionnalité des alinéas 3(1)d) et e) de la *Loi sur la citoyenneté* de 1977. Il ne sert à rien de répéter en l'espèce ce qui a été conclu dans ces affaires.

[105] De toute façon, si je fais erreur dans ma conclusion au sujet de l'argument de l'intimé portant sur l'article 15, selon lequel il y aurait discrimination fondée sur sa date de naissance, tout droit à la citoyenneté que l'intimé aurait eu en vertu de l'alinéa 4b) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947 était déjà perdu en vertu de la disposition relative à la perte de citoyenneté prévue au paragraphe 4(2) de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* de 1947 (dans sa version modifiée de 1953). Lorsque l'alinéa 4b) et le paragraphe 4(2) ont été abrogés par la *Loi sur la citoyenneté* de 1977, l'intimé avait déjà plus de 24 ans et, par conséquent, il ne pouvait conserver aucun droit à la citoyenneté canadienne en vertu de l'alinéa 4b).

[106] Les tribunaux doivent être prudents lors de l'application temporelle de l'article 15 de la Charte. Les rédacteurs de l'article 15 de la Charte n'ont pas voulu qu'elle s'appliquât rétroactivement ou rétrospectivement. La preuve se trouve dans le fait même que l'article 15 est entré en vigueur trois ans après le reste de la Charte (voir le paragraphe 32(2) de la Charte). Les décisions *Regina c. Seo* (1986), 54 O.R. (2d) 293 (C.A.); *Davidson et al. v. Davidson* (1986), 33 D.L.R. (4th) 161, (C.A. C.-B.), à la page 170; et *Mack v. Canada (Attorney General)* (2002), 60 O.R. (3d) 737 (C.A.) appuient mon point de vue.

[107] There is some wisdom in not having the Charter apply retroactively or retrospectively to a 1947 statute that was repealed before the Charter came into force. It seems to me it would be unfair to the Parliament and to the government of that day to judge moral values of a distant past in the light of today's values. It could also be an unbearable burden on today's government to demonstrate today that the measures taken then were then justified in a free and democratic society. And since we would be moving in the realm of history, speculation and hypothesis, could we not contemplate the possibility that Parliament, in the circumstances prevailing in 1947, would have invoked the notwithstanding clause? For if we are to apply the Charter to the past, should we not apply it with its checks and balances? All this is to suggest that courts may not be the best instruments for rewriting history.

#### Conclusion

[108] Mr. Taylor's desire to be recognized as a Canadian citizen from the date of his birth or, at least, from January 1, 1947 onwards, cannot therefore be satisfied by this Court. Mr. Taylor may still apply for a grant of citizenship pursuant to subsection 5(4) of the current Act. This is the avenue, I assume, counsel for the Minister had in mind at the beginning of the hearing before us, when he encouraged Mr. Taylor to avail himself of the opportunity given to him by the current Act.

#### Disposition

[109] I would allow the appeal, set aside the decision of Martineau J. dated September 1, 2006, and restore the decision of citizenship officer Hefferon, dated April 5, 2005, dismissing Mr. Taylor's application for a citizenship certificate.

[110] The appellant Minister did not seek costs and none should be granted in this Court or in the Federal Court.

DESJARDINS J.A.: I concur.

RYER J.A.: I concur.

[107] Le fait de ne pas appliquer la Charte de façon rétroactive ou rétrospective à une loi de 1947 qui a été abrogée avant que la Charte n'entre en vigueur témoigne d'une certaine sagesse. Il me semble qu'il serait injuste à l'égard du Parlement et du gouvernement de l'époque de juger les valeurs morales qui existaient dans ce passé lointain, à la lumière des valeurs d'aujourd'hui. Le gouvernement de ce jour aurait aussi, peut-être, un fardeau insupportable s'il devait démontrer aujourd'hui que les mesures prises à cette époque étaient alors justifiées dans une société libre et démocratique. Et tant qu'à nous lancer dans le domaine de l'histoire, de la spéculation et des hypothèses, ne pourrions-nous pas envisager la possibilité que le Parlement, compte tenu de la situation existante en 1947, ait alors invoqué la clause de dérogation? Car, si nous appliquons la Charte au passé, ne devrions-nous pas l'appliquer avec les contrepois qu'elle contient? Tout cela pour suggérer que les tribunaux ne sont peut-être pas l'instance appropriée pour réécrire l'histoire.

#### Conclusion

[108] La Cour ne peut donc pas satisfaire au désir de M. Taylor d'être reconnu comme citoyen canadien à partir de sa date de naissance ou, à tout le moins, à partir du 1<sup>er</sup> janvier 1947. M. Taylor peut tout de même présenter une demande de citoyenneté en vertu du paragraphe 5(4) de la Loi actuelle. C'est à cette avenue, je pense, que l'avocat du ministre songeait au début de l'audience, lorsqu'il a encouragé M. Taylor à se prévaloir des possibilités que lui offre la Loi actuelle.

#### Dispositif

[109] J'accueillerais l'appel, j'infirmes la décision du juge Martineau rendue le 1<sup>er</sup> septembre 2006 et je rétablirais la décision de l'agente de la citoyenneté Hefferon, rendue le 5 avril 2005, qui rejetait la demande de certificat de citoyenneté présentée par M. Taylor.

[110] Le ministre appelant n'a pas demandé les dépens et aucuns dépens ne devraient être accordés devant cette Cour ni devant la Cour fédérale.

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

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

A-435-06  
2007 FCA 346

A-435-06  
2007 CAF 346

**Minister of National Revenue** (*Appellant*)

**Ministre du Revenu national** (*appelant*)

v.

c.

**Greater Montréal Real Estate Board** (*Respondent*)

**Chambre immobilière du Grand Montréal** (*intimée*)

**INDEXED AS: M.N.R. v. GREATER MONTRÉAL REAL ESTATE BOARD (F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: M.R.N. c. CHAMBRE IMMOBILIÈRE DU GRAND MONTRÉAL (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Létourneau, Pelletier and Trudel JJ.A.—Montréal, October 9; Ottawa, November 2, 2007.

Cour d'appel fédérale, juges Létourneau, Pelletier et Trudel, J.C.A.—Montréal, 9 octobre; Ottawa, 2 novembre 2007.

*Income Tax — Practice — Appeal from Federal Court decision setting aside ex parte order made under Income Tax Act (Act), s. 231.2(3), authorizing M.N.R. to impose requirement on respondent to provide information, documents relating to group of unnamed taxpayers — Canada Customs and Revenue Agency investigating whether respondent's member real estate agents, licensed brokers living or carrying on business in Montérégie/Rive-Sud area complying with Act — Under Act, s. 231.2(3), ex parte order made if person or group referred to in application for authorization ascertainable; if information or documents required to verify compliance with duty or obligation thereunder — (1) Federal Court correctly concluding group referred to in appellant's application ascertainable under Act, s. 231.2(3)(a) since audit involving group composed of real estate agents, brokers living or carrying on business in area served by Canada Revenue Agency's Montérégie/Rive-Sud area — (2) Test under s. 231.2(3) whether Federal Court satisfied information or documents relating to unnamed persons required to verify compliance with Act — Since conditions in s. 231.2(3)(c), (d) to obtain authorization repealed, Parliament intended to ease M.N.R.'s burden of proof — Federal Court erring in finding M.N.R. having to fulfill requirement of "genuine and serious inquiry" of specific persons to obtain authorization — Erroneously perpetuating reasoning in cases decided prior to repeal of s. 231.2(3)(c), (d) — Based on Act, s. 231.2(3)(b), ex parte application granted if Federal Court satisfied information, documents required for tax audit conducted in good faith — Evidence showing M.N.R. satisfying requirements in Act, s. 231.2 — Appeal allowed.*

*Impôt sur le revenu — Pratique — Appel de la décision de la Cour fédérale annulant une ordonnance ex parte délivrée en vertu de l'art. 231.2(3) de la Loi de l'impôt sur le revenu [Loi], autorisant le M.R.N. à exiger de l'intimée qu'elle fournisse des renseignements et documents concernant un groupe de contribuables non désignés nommément — L'Agence des douanes et du revenu du Canada cherchait à vérifier si les agents immobiliers et courtiers agréés membres de l'intimée qui demeuraient ou faisaient affaire sur le territoire de la Montérégie/Rive-Sud respectaient la Loi — En vertu de l'art. 231.2(3) de la Loi, l'ordonnance ex parte sera émise si la personne ou le groupe visé par la demande d'autorisation est identifiable et si la fourniture ou la production est exigée pour vérifier le respect des devoirs et obligations imposés par la Loi — 1) La Cour fédérale a conclu à juste titre que le groupe visé par la requête du demandeur était identifiable en vertu de l'art. 231.2(3)a) de la Loi parce que la vérification portait sur le groupe formé des agents et courtiers immobiliers domiciliés ou pratiquant sur le territoire desservi par le bureau de la Montérégie/Rive-Sud de l'Agence du revenu du Canada — 2) Le critère en vertu de l'art. 231.2(3) est celui de savoir si la Cour fédérale est convaincue que les renseignements ou documents concernant des personnes non désignées nommément sont exigés pour vérifier le respect de la Loi — Comme les conditions énoncées aux art. 231.2(3)c) et d) pour obtenir l'autorisation ont été abrogées, le législateur avait l'intention d'alléger le fardeau de preuve du M.R.N. — La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le M.R.N. devait démontrer que des personnes déterminées faisaient l'objet d'une « enquête sérieuse et véritable » pour être autorisé à procéder — Cette conclusion perpétuait à tort le raisonnement formulé dans des affaires qui ont été tranchées avant l'abrogation des art. 231.2(3)c) et d) — À la lumière de l'art. 231.2(3)b) de la Loi, la demande ex parte sera accordée si la Cour fédérale est convaincue que les renseignements ou documents sont requis dans le cadre d'une vérification fiscale entreprise de bonne foi — La preuve*

*Construction of Statutes — Income Tax Act (Act), s. 231.2(3) — Appeal from Federal Court decision setting aside ex parte order made under Act, s. 231.2(3), authorizing M.N.R. to impose requirement on respondent to provide information, documents relating to group of unnamed taxpayers — Context examined — Act, ss. 231.1(1), 231.2(1) intended to be used for “administration and enforcement of Act,” — S. 231.2 referring to M.N.R.’s audit powers, not investigative powers — In repealing Act, s. 231.2(3)(c), (d), Parliament permitting form of fishing expedition, with Court’s authorization, on conditions prescribed by Act, to facilitate M.N.R.’s access to information — Federal Court’s strict approach to s. 231.2 not appropriate.*

This was an appeal from a Federal Court decision setting aside an *ex parte* order made under subsection 231.2(3) of the *Income Tax Act* (Act), authorizing the M.N.R. to impose a requirement on the respondent to provide information and documents relating to a group of unnamed taxpayers. In the course of operating an inter-agency service, the respondent collects various information about its members and the properties they are selling. The Canada Customs and Revenue Agency sought to verify whether the real estate agents and licensed brokers living or carrying on business in the Montérégie/Rive-Sud area had completed their income tax returns properly and whether they had reported the commissions they had earned. The M.N.R. required authorization from a judge under subsection 231.2(3) of the Act, which states that the *ex parte* order will be made if the person or group referred to is ascertainable and if the information or documents are required to verify compliance with any duty or obligation under the Act. The Federal Court upheld its initial finding that the group referred to by the M.N.R. in its *ex parte* application constituted an ascertainable group within the meaning of paragraph 231.2(3)(a), but set aside its previous order and determined that the Minister had failed to establish that the request for information was intended to determine whether each one of the respondent members had complied with the Act by reporting all of their income. The issues were whether the Federal Court erred in finding (1) in the first judgment, that the group was ascertainable; and (2) that there was no “genuine and serious inquiry” about the agents and brokers referred to in the request for information.

*Held*, the appeal should be allowed.

*démontrait que le M.R.N. s’est conformé aux prescriptions de l’art. 231.2 — Appel accueilli.*

*Interprétation des lois — Art. 231.2(3) de la Loi de l’impôt sur le revenu (Loi) — Appel de la décision de la Cour fédérale annulant une ordonnance ex parte délivrée en vertu de l’art. 231.2(3) de la Loi, autorisant le M.R.N. à exiger de l’intimée qu’elle fournisse des renseignements et documents concernant un groupe de contribuables non désignés nommément — Examen du contexte — Les art. 231.1(1) et 231.2(1) de la Loi sont destinés à être utilisés « pour l’application et l’exécution de la Loi » — L’art. 231.2 fait référence aux pouvoirs de vérification du M.R.N. par opposition à ses pouvoirs d’enquête — En abolissant les art. 231.2(3)c) et d) de la Loi, le législateur a permis une certaine forme de recherche à l’aveuglette, avec l’autorisation de la Cour et aux conditions prescrites par la Loi, dans le but de rendre l’accès aux renseignements plus facile au M.R.N. — Le point de vue restrictif adopté par la Cour fédérale à l’égard de l’art. 231.2 ne convenait pas.*

Il s’agissait d’un appel de la décision de la Cour fédérale qui avait pour effet d’annuler une ordonnance *ex parte* délivrée en vertu du paragraphe 231.2(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* (la Loi), autorisant le M.R.N. à exiger de l’intimée qu’elle fournisse des renseignements et documents concernant un groupe de contribuables non désignés nommément. Dans le cadre de l’opération d’un service inter-agence, l’intimée recueille divers renseignements sur ses membres et sur les propriétés qu’ils vendent. L’Agence des douanes et du revenu du Canada cherchait à vérifier si les agents immobiliers et courtiers agréés qui demeuraient ou faisaient affaire sur le territoire de la Montérégie/Rive-Sud avaient dûment rempli leurs déclarations d’impôt et s’ils y avaient rapporté les commissions gagnées. Le M.R.N. a demandé l’autorisation judiciaire du paragraphe 231.2(3) de la Loi, qui précise que l’ordonnance *ex parte* sera émise si la personne ou le groupe visé est identifiable et si la fourniture ou la production est exigée pour vérifier le respect des devoirs et obligations imposés par la Loi. La Cour fédérale a réaffirmé sa conclusion première que le groupe auquel le M.R.N. réfère dans sa requête *ex parte* constitue un groupe identifiable au sens de l’alinéa 231.2(3)a), mais elle a annulé son ordonnance antérieure et a conclu que le ministre n’avait pas établi que la demande de renseignements visait à établir si tous et chacun des membres de l’intimée avaient respecté la Loi en déclarant tous leurs revenus. Les questions litigieuses étaient celles de savoir si la Cour fédérale avait commis une erreur en concluant 1) dans le premier jugement, que le groupe était identifiable et 2) qu’il n’y avait pas d’« enquête sérieuse et véritable » sur les agents immobiliers et courtiers agréés dont il était question dans la demande de renseignements.

*Arrêt* : l’appel doit être accueilli.

(1) The Federal Court correctly concluded that the group referred to in the application was ascertainable under paragraph 231.2(3)(a) of the Act. The audit involved the group composed of real estate agents and brokers living or carrying on business in the area served by the Canada Revenue Agency's Montréal/Rive-Sud Tax Services Office.

(2) The Federal Court ruled that a genuine and serious inquiry is a condition precedent for judicial authorization under subsection 231.2(3) of the Act. But subsection 231.2(3) does not mention "genuine and serious inquiry." The appropriate test in considering an application under subsection 231.2(3) is whether the Federal Court is satisfied that the information or documents relating to one or more unnamed persons (forming an ascertainable group) is required to verify compliance with the Act. Prior to 1996, subsection 231.2(3) of the Act required that the application for authorization be supported by information on oath addressing four conditions listed therein. The conditions in paragraphs (c) and (d), i.e. reasonable grounds to believe that there has been non-compliance with the Act and difficulty in obtaining the information otherwise, were repealed in 1996. The Federal Court erred in finding that the M.N.R. had to establish that every member of the respondent was the subject of a "genuine and serious inquiry." This perpetuated the reasoning in *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729; *James Richardson & Sons, Ltd. v. Minister of National Revenue*; [1984] S.C.R. 614, without considering that the relevant legislation was different then. The removal of the conditions in paragraphs (c) and (d) shows Parliament's intention to ease the M.N.R.'s burden of proof because the M.N.R. no longer has to establish reasonable grounds for believing that a violation has been committed or demonstrate that the information is not otherwise more readily available. While a strict interpretation of subsection 231.2(3) is required, it must neither have the effect of adding a condition nor re-inserting the conditions in former paragraphs 231.2(3)(c) and (d).

Subsections 231.1(1) and 231.2(1) specifically state that they are intended to be used for "the administration and enforcement" of the Act. Section 231.2 refers to the M.N.R.'s audit powers as opposed to its investigative powers. In this case, there was an audit within the meaning of the Act. The fact that the M.N.R. was just beginning the audit in no way precluded the application of paragraph 231.2(3)(b). In removing paragraphs (c) and (d) from subsection 231.2(3), Parliament permitted a type of fishing expedition, with the authorization of the Court and on conditions prescribed by the Act, for the purpose of facilitating the M.N.R.'s access to information. The strict approach the Federal Court adopted in this case, necessitated by the scope of the former statutory

1) La Cour fédérale a conclu à juste titre que le groupe visé par la requête était identifiable en vertu de l'alinéa 231.2(3)a) de la Loi. La vérification portait sur le groupe formé des agents et courtiers immobiliers domiciliés ou pratiquant sur le territoire desservi par le Bureau des services fiscaux de la Montréal/Rive-Sud de l'Agence du revenu du Canada.

2) La Cour fédérale a statué que l'enquête sérieuse et véritable est une qualification préalable à l'autorisation judiciaire du paragraphe 231.2(3) de la Loi, mais cette disposition ne mentionne pas l'expression « enquête sérieuse et véritable ». Le critère approprié pour l'examen d'une demande sous le paragraphe 231.2(3) est celui de savoir si la Cour fédérale est convaincue que les renseignements ou documents concernant une ou plus d'une personne non désignées nommément (formant un groupe identifiable) sont exigés pour vérifier le respect de la Loi. Avant 1996, le paragraphe 231.2(3) de la Loi exigeait que la demande d'autorisation soit soutenue par une dénonciation sous serment dont les affirmations répondaient aux quatre conditions qui y étaient énoncées. Les exigences des alinéas c) et d), soit les motifs raisonnables de croire que la Loi n'a pas été respectée et l'impossibilité d'obtenir l'information plus facilement par d'autres moyens, ont été abrogées en 1996. La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le M.N.R. devait démontrer que tous et chacun des membres de l'intimée faisaient l'objet d'une « enquête sérieuse et véritable ». Cette conclusion perpétuait le raisonnement formulé dans *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729 et *James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1984] R.C.S. 614, sans tenir compte du fait que la législation pertinente différait. Le retrait des conditions c) et d) montre l'intention du législateur d'alléger le fardeau de preuve du M.N.R. puisque ce dernier n'a plus à établir qu'il a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise ou à démontrer qu'il ne peut trouver plus aisément l'information recherchée. Bien qu'une interprétation stricte du paragraphe 231.2(3) soit nécessaire, celle-ci ne doit pas avoir pour effet d'insérer une condition supplémentaire ou d'insérer de nouveau les conditions des anciens alinéas 231.2(3)c) et d).

Les paragraphes 231.1(1) et 231.2(1) précisent expressément qu'ils sont destinés à être utilisés « pour l'application et l'exécution » de la Loi. L'article 231.2 fait référence aux pouvoirs de vérification du M.N.R. par opposition à ses pouvoirs d'enquête. En l'espèce, il y avait une vérification fiscale au sens de la Loi. Le fait que le M.N.R. en était au début de sa vérification n'empêchait aucunement l'application de l'alinéa 231.2(3)b). En abolissant les alinéas c) et d) du paragraphe 231.2(3), le législateur a permis une certaine forme de recherche à l'aveuglette, avec l'autorisation de la Cour et aux conditions prescrites par la Loi, le tout dans le but de rendre l'accès aux renseignements plus facile au M.N.R. Le point de vue restrictif adopté par la

provision, was not appropriate.

Based on paragraph 231.2(3)(b), the M.N.R.'s *ex parte* application for judicial authorization will be granted if the Federal Court is satisfied that the information or documents are required for a tax audit conducted in good faith. In this case, the M.N.R.'s notice of application and affidavit evidence in support thereof showed that the tax audit was conducted in good faith, that it had a genuine factual basis and that its objective was to ensure compliance with the Act. The M.N.R. satisfied the requirements in section 231.2.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 231.1(1) (as enacted by S.C. 1994, c. 21, s. 107), 231.2 (as am. by S.C. 1996, c. 21, s. 58; 2000, c. 30, s. 176).  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 221, 231 (as am. by S.C. 1986, c. 6, s. 121), 231.2 (as enacted *idem*), 233 (as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 65).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729; (1962), 35 D.L.R. (2d) 49; 62 DTC 1236; *James Richardson & Sons, Ltd. v. Minister of National Revenue et al.*, [1984] 1 S.C.R. 614; (1984), 9 D.L.R. (4th) 1; [1984] 4 W.W.R. 577; 7 Admin. L.R. 302; [1984] CTC 345; 84 DTC 6325; 54 N.R. 241; *Artistic Ideas Inc. v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, [2005] 2 C.T.C. 25; 2005 DTC 5165; (2005), 330 N.R. 378; 2005 FCA 68; *Fédération des Caisses Populaires Desjardins de Québec v. Minister of National Revenue*, [1997] 2 C.T.C. 159 (Que. Sup. Ct.).

##### CONSIDERED:

*M.N.R. v. Sand Exploration Ltd.*, [1995] 3 F.C. 44; [1995] 2 C.T.C. 140; (1995), 95 DTC 5358 (T.D.); *All Saints Greek Orthodox Church v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [2006] 3 C.T.C. 87; 2006 DTC 6264; 2006 FC 374; *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757; (2002), 317 A.R. 1; 219 D.L.R. (4th) 233; [2003] 3 W.W.R. 197; 8 Alta. L.R. (4th) 1; 169 C.C.C. (3d) 1; 6 C.R. (6th) 23; 101 C.R.R. (2d) 35; [2003] 1 C.T.C. 135; 2002 DTC 7547; 295 N.R. 201; 2002 SCC 73.

Cour fédérale en l'instance, qui était justifié par l'ampleur de l'ancienne disposition, ne convenait pas.

À la lumière de l'alinéa 231.2(3)b), la demande d'autorisation judiciaire *ex parte* du M.R.N. sera accordée si la Cour fédérale est convaincue que les renseignements ou documents sont requis dans le cadre d'une vérification fiscale entreprise de bonne foi. En l'espèce, l'avis de demande du M.R.N. et la preuve par affidavit produite à l'appui démontraient que la vérification fiscale a été entreprise de bonne foi, qu'elle avait un fondement factuel véritable et qu'elle visait à s'assurer du respect de la Loi. Le M.R.N. s'est conformé aux prescriptions de l'article 231.2.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 231.1(1) (édicte par L.C. 1994, ch. 21, art. 107), 231.2 (mod. par L.C. 1996, ch. 21, art. 58; 2000, ch. 30, art. 176).  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 221, 231 (mod. par S.C. 1986, ch. 6, art. 121), 231.2 (édicte, *idem*), 233 (mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 65).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES:

*Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729; (1962), 35 D.L.R. (2d) 49; 62 DTC 1236; *James Richardson & Sons, Ltd. c. Ministre du Revenu national et autres*, [1984] 1 R.C.S. 614; *Artistic Ideas Inc. c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2005 CAF 68; *Fédération des Caisses Populaires Desjardins de Québec v. Minister of National Revenue*, [1997] 2 C.T.C. 159 (C.S. Qué.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*M.R.N. c. Sand Exploration Ltd.*, [1995] 3 C.F. 44 (1<sup>re</sup> inst.); *Église orthodoxe grecque de tous les saints c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, 2006 CF 374; *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757; 2002 CSC 73.

## REFERRED TO:

*Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.) v. National Foundation for Christian Leadership*, [2005] 1 C.T.C. 185; 2005 DTC 5034; (2004), 264 F.T.R. 36; 2004 FC 1753; affd [2005] 3 C.T.C. 274; 2005 DTC 5389; 2005 FCA 246; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; (1990), 68 D.L.R. (4th) 568; 55 C.C.C. (3d) 530; 76 C.R. (3d) 283; 47 C.R.R. 151; [1990] 2 C.T.C. 103; 90 DTC 6243; 106 N.R. 385; 106 N.R. 385; 39 O.A.C. 385; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; (1998), 157 D.L.R. (4th) 423; [1999] 4 W.W.R. 589; 163 Sask. R. 161; 123 C.C.C. (3d) 97; 14 C.R. (5th) 2237; 50 C.R.R. (2d) 69; 224 N.R. 161; *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; (1990), 67 D.L.R. (4th) 161; 54 C.C.C. (3d) 417; 29 C.P.R. (3d) 97; 76 C.R. (3d) 129; 47 C.R.R. 1; 106 N.R. 161; 39 O.A.C. 161; *Bisaillon v. Canada* (1999), 99 DTC 5695; 264 N.R. 21 (F.C.A.).

## AUTHORS CITED

Canada Revenue Agency. Income Tax Information Circular IC71-14R3 “The Tax Audit”, June 18, 1984.

Côté, Pierre-André. *Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.  
 Sherman, David M., ed. *Practitioner’s Income Tax Act*, 32nd ed., Toronto: Thomson Carswell, 2007.

APPEAL from a Federal Court decision ([2007] 5 C.T.C. 151; (2006), 303 F.T.R. 29; 2007 DTC 5519; 2006 FC 1069) setting aside an *ex parte* order made under *Income Tax Act*, subsection 231.2(3), authorizing the M.N.R. to impose a requirement on the respondent to provide information and documents relating to a group of unnamed taxpayers. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Pierre Lamothe* and *Maria-Grazia Bittichesu* for appellant.  
*Simon Grégoire* and *François Morin* for respondent.

## DÉCISIONS CITÉES:

*Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.) c. National Foundation for Christian Leadership*, 2004 CF 1753; conf. par 2005 CAF 246; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *Bisaillon c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 1477 (C.A.) (QL).

## DOCTRINE CITÉE

Agence du revenu du Canada. Circulaire d’information en matière d’impôt sur le revenu IC71-14R3 « La vérification fiscale », 18 juin 1984.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal : Thémis, 1999.

Sherman, David M., dir. *La Loi du Praticien, Loi de l’impôt sur le revenu*, 16<sup>e</sup> éd. Toronto : Thomson Carswell, 2007.

APPEL de la décision de la Cour fédérale (2006 DTC 6597; 2006 CF 1069) qui a pour effet d’annuler une ordonnance *ex parte* délivrée en vertu du paragraphe 231.2(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, autorisant le M.R.N. à exiger de l’intimée qu’elle fournisse des renseignements et documents concernant un groupe de contribuables non désignés nommément. Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Pierre Lamothe* et *Maria-Grazia Bittichesu* pour l’appelant.  
*Simon Grégoire* et *François Morin* pour l’intimée.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

*Borden Ladner Gervais LLP*, Montréal, for respondent.

*The following is the English version of the reasons for judgment rendered by*

TRUDEL J.A.:

The facts and the proceeding

[1] The Minister of National Revenue (M.N.R.) is appealing a decision by Madam Justice Johanne Gauthier (the Judge) dated September 6, 2006 [[2007] 5 C.T.C. 151 (F.C.)]. This decision set aside an earlier order dated June 28, 2005, which was made *ex parte* under subsection 231.2(3) [s. 231.2(3)(c) (rep. by S.C. 1996, c. 21, s. 58), (*d*) (rep., *idem*)] of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (the Act). That order authorized the M.N.R. to impose a requirement on the Greater Montréal Real Estate Board (the GMREB) to provide information and documents relating to a group of unnamed taxpayers.

[2] The GMREB is a non-profit organization whose primary mission is to promote and protect the professional interests of its members. In the course of operating an inter-agency service, it collects various information about its members and the properties they are selling.

[3] In the autumn of 2004, the Canada Customs and Revenue Agency serving the Montérégie/Rive-Sud area set out to verify whether the real estate agents and licensed brokers living or carrying on business in that area were complying with the Act. This investigation was intended to determine, *inter alia*, whether the agents and brokers had completed their income tax returns properly and whether they had reported the commissions they had earned.

[4] In order to carry out this investigation relating to the administration and enforcement of the Act, the M.N.R. required authorization from a judge under subsection 231.2(3). Section 231.2 [s. 231.2(1) (as am.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant.

*Borden Ladner Gervais s.r.l., s.e.n.c.r.l.*, Montréal, pour l'intimée.

*Voici les motifs du jugement rendus en français par*

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. :

Les faits et la procédure

[1] Le ministre du Revenu national (M.N.R.) interjette appel d'une décision de l'honorable Johanne Gauthier (la juge) rendue le 6 septembre 2006 [2006 DTC 6597 (C.F.)]. Cette décision a pour effet d'annuler une ordonnance antérieure du 28 juin 2005 émise *ex parte* en vertu du paragraphe 231.2(3) [art. 231.2(3)c) (abrogé par L.C. 1996, ch. 21, art. 58), (*d*) (abrogé, *idem*)] de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la Loi). Cette ordonnance autorisait le M.N.R. à exiger de la Chambre immobilière du Grand Montréal (la CIGM) qu'elle fournisse des renseignements et documents concernant un groupe de contribuables non désignés nommément.

[2] La CIGM est un organisme à but non lucratif qui a pour mission première de promouvoir et protéger les intérêts professionnels de ses membres. Dans le cadre de l'opération d'un service inter-agence, elle recueille divers renseignements sur ses membres et sur les propriétés qu'ils vendent.

[3] À l'automne 2004, l'Agence des douanes et du revenu du Canada (l'ADRC), desservant le territoire de la Montérégie/Rive-Sud, entreprend de vérifier si les agents immobiliers et courtiers agréés y demeurant ou y faisant affaires se conforment à la Loi et la respectent. Cette vérification vise à déterminer, entre autres choses, si ces agents et courtiers ont dûment rempli leurs déclarations d'impôt et s'ils y ont rapporté les commissions gagnées.

[4] Afin d'effectuer cette vérification visant l'application et l'exécution de la Loi, le M.N.R. requiert l'autorisation judiciaire du paragraphe 231.2(3). L'article 231.2 énonce [art. 231.2(1) (mod. par L.C.

by S.C. 2000, c. 30, s. 176), (6) (as am. by S.C. 1996, c. 21, s. 58)] states:

**231.2** (1) Notwithstanding any other provision of this Act, the Minister may, subject to subsection (2), for any purpose related to the administration or enforcement of this Act, including the collection of any amount payable under this Act by any person, by notice served personally or by registered or certified mail, require that any person provide, within such reasonable time as is stipulated in the notice,

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return; or

(b) any document.

(2) The Minister shall not impose on any person (in this section referred to as a “third party”) a requirement under subsection 231.2(1) to provide information or any document relating to one or more unnamed persons unless the Minister first obtains the authorization of a judge under subsection 231.2(3).

(3) On *ex parte* application by the Minister, a judge may, subject to such conditions as the judge considers appropriate, authorize the Minister to impose on a third party a requirement under subsection 231.2(1) relating to an unnamed person or more than one unnamed person (in this section referred to as the “group”) where the judge is satisfied by information on oath that

(a) the person or group is ascertainable; and

(b) the requirement is made to verify compliance by the person or persons in the group with any duty or obligation under this Act.

(c) and (d) [Repealed, 1996, c. 21, s. 58(1)]

(4) Where an authorization is granted under subsection 231.2(3), it shall be served together with the notice referred to in subsection 231.2(1).

(5) Where an authorization is granted under subsection 231.2(3), a third party on whom a notice is served under subsection 231.2(1) may, within 15 days after the service of the notice, apply to the judge who granted the authorization or, where the judge is unable to act, to another judge of the same court for a review of the authorization.

(6) On hearing an application under subsection 231.2(5), a judge may cancel the authorization previously granted if the judge is not then satisfied that the conditions in paragraphs 231.2(3)(a) and 231.2(3)(b) have been met and the judge may confirm or vary the authorization if the judge is satisfied that those conditions have been met.

2000, ch. 30, art. 176), (6) (mod. par L.C. 1996, ch. 21, art. 58)] :

**231.2** (1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, le ministre peut, sous réserve du paragraphe (2) et, pour l'application et l'exécution de la présente loi, y compris la perception d'un montant payable par une personne en vertu de la présente loi, par avis signifié à personne ou envoyé par courrier recommandé ou certifié, exiger d'une personne, dans le délai raisonnable que précise l'avis :

a) qu'elle fournisse tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire;

b) qu'elle produise des documents.

(2) Le ministre ne peut exiger de quiconque — appelé « tiers » au présent article — la fourniture de renseignements ou production de documents prévue au paragraphe (1) concernant une ou plusieurs personnes non désignées nommément, sans y être au préalable autorisé par un juge en vertu du paragraphe (3).

(3) Sur requête *ex parte* du ministre, un juge peut, aux conditions qu'il estime indiquées, autoriser le ministre à exiger d'un tiers la fourniture de renseignements ou production de documents prévue au paragraphe (1) concernant une personne non désignée nommément ou plus d'une personne non désignée nommément — appelée « groupe » au présent article —, s'il est convaincu, sur dénonciation sous serment, de ce qui suit :

a) cette personne ou ce groupe est identifiable;

b) la fourniture ou la production est exigée pour vérifier si cette personne ou les personnes de ce groupe ont respecté quelque devoir ou obligation prévu par la présente loi;

c) et d) [Abrogés, 1996, ch. 21, art. 58(1)]

(4) L'autorisation accordée en vertu du paragraphe (3) doit être jointe à l'avis visé au paragraphe (1).

(5) Le tiers à qui un avis est signifié ou envoyé conformément au paragraphe (1) peut, dans les 15 jours suivant la date de signification ou d'envoi, demander au juge qui a accordé l'autorisation prévue au paragraphe (3) ou, en cas d'incapacité de ce juge, à un autre juge du même tribunal de réviser l'autorisation.

(6) À l'audition de la requête prévue au paragraphe (5), le juge peut annuler l'autorisation accordée antérieurement s'il n'est pas convaincu de l'existence des conditions prévues aux alinéas (3)a) et b). Il peut la confirmer ou la modifier s'il est convaincu de leur existence.

[5] This provision clearly states that the *ex parte* order will be made if the person or group referred to is ascertainable and if the information or documents are required to verify compliance with any duty or obligation under the Act.

[6] In the order at issue, the Judge upheld her initial finding that the group referred to by the M.N.R. in its *ex parte* application constituted an ascertainable group within the meaning of paragraph 231.2(3)(a). She also set aside her previous order and determined that the “Minister has not established that, at this stage of the project, the request for information is intended to determine whether each and every one of the GMREB members (real estate agents and brokers) has complied with the Act by reporting all of their income”: at paragraph 58 of the order.

#### The issues

[7] The analysis of section 231.2 of the Act and its application to the facts of this case are at the heart of the dispute, as evidenced by the parties’ submissions. The M.N.R. contends that the first judgment is erroneous in that the Judge found that there was no “genuine and serious inquiry” about the agents and brokers referred to in the request for information. For its part, the GMREB argues that the Judge erred in finding that the group was ascertainable.

[8] I therefore propose to examine each of the issues beginning with the GMREB’s submission.

#### The identifiable group

[9] The Judge was correct in finding that the group referred to in the application was ascertainable under paragraph 231.2(3)(a) of the Act.

[10] The GMREB argues that a group is ascertainable when the persons in the group have done something specific together in the pursuit of a common objective, which is not the case here [TRANSLATION] “because there is no reason to believe that there is a common link related to the administration of the Act”: respondent’s memorandum, at paragraph 52. The GMREB refers to the decisions in: *Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.) v. National Foundation for Christian*

[5] Il ressort de la lecture de cette disposition que l’ordonnance *ex parte* sera émise si la personne ou le groupe visé est identifiable et si la fourniture ou la production est exigée pour vérifier le respect des devoirs et obligations imposés par la Loi.

[6] Dans l’ordonnance sous étude, la juge réaffirme sa conclusion première que le groupe auquel le M.R.N. réfère dans sa requête *ex parte* constitue un groupe identifiable au sens de l’alinéa 231.2(3)a). Par ailleurs, elle annule son ordonnance antérieure et conclut que le « Ministre n’a pas établi qu’à ce stade-ci du projet, la demande de renseignements vise à établir si tous et chacun des membres de la CIGM (agents et courtiers immobiliers) ont respecté la loi en déclarant tous leurs revenus » : au paragraphe 58 de l’ordonnance.

#### Les questions en litige

[7] L’analyse de l’article 231.2 de la Loi et son application aux faits de l’espèce sont au cœur du débat, comme en témoignent les prétentions des parties. Le M.R.N. soutient que le premier jugement est entaché d’une erreur en ce que la juge conclut à l’absence d’une « enquête véritable et sérieuse » sur les agents et courtiers ciblés par la demande de renseignements. De son côté, la CIGM trouve erreur dans la conclusion portant sur le caractère identifiable du groupe visé.

[8] Je propose donc d’examiner chacune de ces questions en commençant par la prétention de la CIGM.

#### Le groupe identifiable

[9] La juge a eu raison de conclure, sous l’alinéa 231.2(3)a) de la Loi, que le groupe visé par la requête est identifiable.

[10] La CIGM prétend qu’un groupe est identifiable lorsque les personnes composant celui-ci posent ensemble des gestes précis dans la poursuite d’un but commun, ce qui ne serait pas le cas, en l’instance, « puisqu’il n’existe aucune raison de croire qu’elles ont un lien en commun en rapport avec l’application de la Loi » : mémoire de l’intimée, au paragraphe 52. La CIGM réfère aux décisions dans : *Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.) c. National Foundation for*

*Leadership*, [2005] 1 C.T.C. 185 (F.C.) (appeal dismissed: [2005] 3 C.T.C. 274 (F.C.A.) (*Christian Leadership*); *Artistic Ideas Inc. v. Canada (Customs and Revenue Agency)*, [2005] 2 C.T.C. 25 (F.C.A.) (*Artistic Ideas*); *M.N.R. v. Sand Exploration Ltd.*, [1995] 3 F.C. 44 (T.D.) (*Sand Exploration*); and *Fédération des Caisses Populaires Desjardins de Québec v. Minister of National Revenue*, [1997] 2 C.T.C. 159 (Que. Sup. Ct.), (*Fédération des Caisses*).

[11] These judgments are of no assistance in this case and do not support the GMREB's position on "ascertainable group". The reasons in these cases must be read with caution, bearing in mind the particular context of the legislation in effect at the time they were written since section 231.2 of the Act was significantly amended in 1996 [S.C. 1996, c. 21, s. 58]. The other legislative provisions on which the reasons were based must also be considered.

[12] Accordingly, in *Fédération des Caisses*, the M.N.R. made an arbitrary identification based on the nature of the transactions and not on the persons making those transactions. In that case, the individuals or companies had transferred sums of money out of Canada through the Fédération or one of the caisses affiliated with it for a given period. This case required the analysis of section 231.2 prior to its amendment.

[13] In *Artistic Ideas*, our Court authorized the M.N.R. to obtain the names of charitable organizations involved in "art flips" under subsection 231.2(1), not subsections (2) or (3). The Court ruled that there was no evidence that the M.N.R. wanted to obtain the names of the charities to verify their compliance with the Act. In fact, their names were necessary solely for the Minister's investigation of the third party Artistic Ideas.

[14] The *Sand Exploration* and *Christian Leadership* cases also do not support GMREB's argument that the pursuit of a common objective is a prerequisite for a group to be ascertainable.

*Christian Leadership*, 2004 CF 1753 (appel rejeté : 2005 CAF 246) (*Christian Leadership*); *Artistic Ideas Inc. c. Canada (Agence des douanes et du revenu)*, 2005 CAF 68 (*Artistic Ideas*); *M.R.N. c. Sand Exploration Ltd.*, [1995] 3 C.F. 44 (1<sup>re</sup> inst.) (*Sand Exploration*) ; et *Fédération des Caisses Populaires Desjardins de Québec v. Minister of National Revenue*, [1997] 2 C.T.C. 159 (C.S. Qué.), (*Fédération des Caisses*).

[11] Ces jugements ne sont d'aucun secours, en l'espèce, et ne peuvent appuyer la thèse de la CIGM sur la notion du « groupe identifiable ». Il faut en lire les motifs avec prudence en se situant dans le contexte particulier de la législation en vigueur au moment de leur diffusion puisque l'article 231.2 de la Loi a été substantiellement amendé en 1996 [L.C. 1996, ch. 21; art. 58]. Il ne faut pas, non plus, ignorer les autres dispositions législatives sur lesquelles ils se fondent.

[12] Ainsi, dans *Fédération des Caisses*, le M.R.N. procédait à une identification arbitraire effectuée à partir de la nature des transactions et non des auteurs de ces transactions, en l'occurrence, les particuliers ou les corporations ayant transité des sommes d'argent à l'extérieur du Canada par l'entremise de la Fédération ou de l'une de ses caisses affiliées pour une période donnée. Cette décision commandait l'analyse de l'article 231.2 avant qu'il ne soit modifié.

[13] Dans l'arrêt *Artistic Ideas*, notre Cour a permis au M.R.N. d'obtenir le nom d'organismes de bienfaisance impliqués dans des opérations « achat et vente successifs d'œuvres d'art » sous le paragraphe 231.2(1) et non sous les paragraphes (2) et (3). La Cour statuait qu'aucune preuve n'indiquait que le M.R.N. souhaitait obtenir le nom des organismes de bienfaisance pour vérifier s'ils se conformaient à la Loi. En effet, leur nom était alors nécessaire seulement pour l'enquête effectuée par le M.R.N. sur le tiers Artistic Ideas.

[14] Les arrêts *Sand Exploration* et *Christian Leadership* n'appuient pas davantage la prétention de la CIGM, à savoir que la poursuite d'un but commun est un prérequis pour qu'un groupe soit identifiable.

[15] Last, the GMREB contends that the group is not ascertainable because it numbers close to 2 000 people: respondent's memorandum, at paragraph 52. This argument is not convincing. In *All Saints Greek Orthodox Church v. Canada (Minister of National Revenue—M.N.R.)*, [2006] 3 C.T.C. 87 (F.C.), at least 1 300 donors made up the ascertainable group within the meaning of the Act.

[16] In this case, the audit involves the group composed of real estate agents and brokers living or carrying on business in the area served by the Canada Revenue Agency's Montérégie/Rive-Sud Tax Services Office. Gauthier J. correctly concluded that this was an ascertainable group for purposes of section 231.2 of the Act.

[17] I will now deal with the arguments about a genuine and serious inquiry.

#### The genuine and serious inquiry

[18] The Judge accepted the GMREB's submission that the M.N.R. was not conducting a genuine and serious inquiry about one or more individuals in the identified group. She ruled that a genuine and serious inquiry was a condition precedent for judicial authorization under subsection 231.2(3) of the Act.

[19] The Judge suggested that any new application for authorization by the M.N.R. would have to specify "that a genuine audit is under way in regard to each and every one of the members of this group and not only an investigation or project aimed at selecting the members of the group who are to be audited later": at paragraph 59 of the order. Consequently, she was not satisfied with the evidence, ruling that the M.N.R. was only conducting an audit project, and she set aside her previous order, concluding that there was no genuine and serious inquiry.

[20] The statutory provision under review does not mention "genuine and serious inquiry." This expression, which originated in *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 729 (*Canadian Bank of Commerce*) and resulted from a simple admission by the parties (at page 733), has since

[15] Enfin, la CIGM prétend qu'il ne peut s'agir d'un groupe identifiable puisque le groupe visé compte près de 2 000 personnes : mémoire de l'intimé, au paragraphe 52. Cet argument n'est pas convaincant. Dans *Église orthodoxe grecque de tous les saints c. Canada (Ministre du Revenu national—M.R.N.)*, 2006 CF 374, au moins 1 300 donateurs formaient le groupe identifiable au sens de la Loi.

[16] En l'instance, la vérification porte sur le groupe formé des agents et courtiers immobiliers domiciliés ou pratiquant sur le territoire desservi par le Bureau des services fiscaux de la Montérégie/Rive-Sud de l'Agence du revenu du Canada. La juge Gauthier a conclu à juste titre qu'il s'agissait d'un groupe identifiable pour les fins de l'article 231.2 de la Loi.

[17] Je passe maintenant aux arguments portant sur la notion d'enquête sérieuse et véritable.

#### L'enquête sérieuse et véritable

[18] La juge a retenu la prétention de la CIGM, soit l'absence d'une enquête sérieuse et véritable de la part du M.R.N. à l'égard d'une ou des personnes du groupe visé. Elle a fait de cette enquête sérieuse et véritable une qualification préalable à l'autorisation judiciaire du paragraphe 231.2(3) de la Loi.

[19] La juge suggère que toute nouvelle demande d'autorisation du M.R.N. devra préciser « qu'une véritable vérification est en cours à l'égard de tous et chacun des membres de ce groupe et pas seulement une enquête ou projet visant à sélectionner les membres du groupe qui devront plus tard faire l'objet d'une vérification » : au paragraphe 59 de l'ordonnance. En conséquence, elle est insatisfaite de la preuve jugeant que le M.R.N. n'a entrepris qu'un projet de vérification, et annule son ordonnance antérieure en concluant à l'absence d'une enquête véritable et sérieuse.

[20] La disposition législative sous étude ne mentionne pas l'expression « enquête sérieuse et véritable ». Cette notion, qui émane de l'affaire *Canadian Bank of Commerce v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 729 (*Canadian Bank of Commerce*) et, qui découlait alors d'une simple

been repeated and argued as if it were an established legal principle.

[21] In my view, whether a “genuine and serious inquiry” exists is not the appropriate test in considering an application under subsection 231.2(3) of the Act. The question is not whether the M.N.R. began a genuine and serious inquiry, let alone one involving every unnamed person of the group. Rather the question is: was the applications Judge satisfied that the information or documents relating to one or more unnamed persons (forming an ascertainable group) was required to verify compliance with the Act?

The Richardson and Canadian Bank of Commerce decisions

[22] Over the years, the provision under review has been the subject of legislative amendments that must be borne in mind when analyzing the cases cited by the parties to support their arguments. I will spend more time discussing *James Richardson & Sons, Ltd. v. Minister of National Revenue et al.*, [1984] 1 S.C.R. 614 (*Richardson*), which, together with *Canadian Bank of Commerce*, is cited as the leading case on the concept of serious and genuine inquiry.

[23] In *Richardson*, the Supreme Court of Canada reviewed the facts in light of section 231 [prior to the 1986 amendment] of the *Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63; the relevant parts at that time read as follows:

**231. ...**

(3) The Minister may, for any purposes related to the administration or enforcement of this Act, by registered letter or by a demand served personally, require from any person

(a) any information or additional information, including a return of income or a supplementary return, or

(b) production, or production on oath, of any books, letters, accounts, invoices, statements (financial or otherwise) or other documents.

within such reasonable time as may be stipulated therein.

(4) Where the Minister has reasonable and probable grounds to believe that a violation of this Act or a regulation

admission des parties (à la page 733), a depuis été reprise et plaidée tel un principe de droit consacré.

[21] Je suis d’avis que « l’enquête sérieuse et véritable » n’est pas le critère approprié pour l’examen d’une demande sous le paragraphe 231.2(3) de la Loi. La question à se poser n’est pas celle de savoir si le M.R.N. a entrepris une enquête sérieuse et véritable, et encore moins sur chacune des personnes non désignées nommément du groupe. La question est plutôt la suivante : le juge des requêtes est-il convaincu que les renseignements ou documents concernant une ou plus d’une personne non désignées nommément (formant un groupe identifiable), sont exigés pour vérifier le respect de la Loi?

Les arrêts Richardson et Canadian Bank of Commerce

[22] Au fil des ans, la disposition sous étude a fait l’objet d’amendements législatifs que l’on ne peut ignorer dans l’analyse des arrêts cités par les parties au soutien de leurs prétentions. Je m’attarderai plus longuement à l’affaire *James Richardson & Sons Ltd. c. Ministre du Revenu national et autres*, [1984] 1 R.C.S. 614, (*Richardson*), citée avec *Canadian Bank of Commerce*, comme l’arrêt de principe sur la notion d’enquête sérieuse et véritable.

[23] Dans *Richardson*, la Cour suprême du Canada examinait les faits à la lumière de l’article 231 [avant la modification de 1986] de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, dont les parties pertinentes se lisaient alors comme suit :

**231. [...]**

(3) Pour toute fin relative à l’application ou à l’exécution de la présente loi, le Ministre peut, par lettre recommandée ou par demande à personne exiger de toute personne :

a) tout renseignement ou tout renseignement supplémentaire, y compris une déclaration de revenu ou une déclaration supplémentaire, ou

b) la production ou la production sous serment de livres, lettres, comptes, factures, états (financiers ou autres) ou autres documents,

dans le délai raisonnable qui peut y être fixé.

(4) Lorsque le Ministre a des motifs raisonnables pour croire qu’une infraction à cette loi ou à un règlement a été

has been committed or is likely to be committed, he may, with the approval of a judge of a superior or county court, which approval the judge is hereby empowered to give on *ex parte* application, authorize in writing any officer of the Department of National Revenue, together with such members of the Royal Canadian Mounted Police or other peace officers as he calls on to assist him and such other persons as may be named therein, to enter and search, if necessary by force, any building, receptacle or place for documents, books, records, papers or things that may afford evidence as to the violation of any provisions of this Act or a regulation and to seize and take away any such documents, books, records, papers or things and retain them until they are produced in any court proceedings

(5) An application to a judge under subsection (4) shall be supported by evidence on oath establishing the facts upon which the application is based. [Emphasis added.]

The section referred to the commission of a violation and authorized certain persons to enter and search for evidence of the violation.

[24] In that case, the M.N.R. had decided that it was necessary to verify whether traders in the commodities futures market were complying with the Act. In order to do so, the Minister had asked Richardson to provide its clients' commodity monthly statements so that the information could be processed on a test basis. Richardson had supplied the information but with clients' account numbers only and no means of identifying them. The M.N.R. had asked for additional information, including a complete list of customers and personal information about them. Richardson had refused, alleging, *inter alia*, that the M.N.R.'s demands were for "information returns respecting. . . [a] class of information" [at page 621] required in connection with assessments. Richardson added that these demands fell instead within the ambit of paragraph 221(1)(d) and section 233 [as am. by S.C. 1979, c. 5, s. 65] of the *Income Tax Act*, which provided:

**221.** (1) The Governor in Council may make regulations

...

(d) requiring any class of persons to make information returns respecting any class of information required in

commise ou sera probablement commise, il peut, avec l'agrément d'un juge d'une cour supérieure ou d'une cour du comté, agrément que le juge est investi par ce paragraphe, du pouvoir de donner sur la présentation d'une demande *ex parte*, autoriser par écrit tout fonctionnaire du ministère du Revenu national ainsi que tout membre de la Gendarmerie royale du Canada ou tout autre agent de la paix à l'assistance desquels il fait appel et toute autre personne qui peut y être nommée, à entrer et à chercher, usant de la force s'il le faut, dans tout bâtiment, contenant ou endroit en vue de découvrir les documents, livres, registres, pièces ou choses qui peuvent servir de preuve au sujet de l'infraction de toute disposition de la présente loi ou d'un règlement et à saisir et à emporter ces documents, livres, registres, pièces ou choses et à les retenir jusqu'à ce qu'ils soient produits devant la cour.

(5) Une demande faite à un juge en vertu du paragraphe (4) sera appuyée d'une preuve fournie sous serment et établissant la véracité des faits sur lesquels est fondée la demande. [Je souligne.]

L'article référerait à la commission d'une infraction et permettait d'entrer et de chercher des éléments de preuve de cette infraction.

[24] Dans cette affaire, le M.R.N. avait jugé nécessaire de vérifier si les négociants en denrées à terme se conformaient à la Loi. Pour ce faire, il avait demandé à Richardson de fournir les états mensuels des opérations à terme de ses clients afin de pouvoir traiter ces renseignements à titre d'essai. Richardson avait fourni ces renseignements en indiquant les numéros de compte des clients sans qu'il soit possible de les identifier. Le M.R.N. avait demandé des renseignements additionnels, dont la liste complète des clients et des renseignements personnels les concernant. Richardson avait refusé alléguant, entre autres, que les demandes du M.R.N. visaient à obtenir « des déclarations renfermant des renseignements en ce qui concerne [...] [un] genre de renseignements » [à la page 621] requis relativement aux cotisations. Il ajoutait que ces demandes étaient plutôt visées par l'alinéa 221(1)d) et l'article 233 [mod. par S.C. 1979, ch. 5, art. 65] de la *Loi de l'impôt sur le revenu* qui prévoyaient :

**221.** (1) Le gouverneur en conseil peut établir des règlements

[. . .]

d) enjoignant à toute catégorie de personnes de faire des déclarations renfermant des renseignements en ce qui

connection with assessments under this Act;

...

**233.** Whether or not he has filed an information return as required by a regulation made under paragraph 221(1)(d), every person shall, on demand from the Minister, served personally or by registered mail, file with the Minister, within such reasonable time as may be stipulated in the demand, such prescribed information return as is designated therein.

[25] Richardson was successful before the Supreme Court of Canada, which confirmed that a demand could only be made for information relative to the tax liability of a person or persons under the former subsection 231(3) of the *Income Tax Act* if a genuine and serious inquiry was being conducted into the tax liability of such person or persons. The section did not authorize a general survey of compliance by a class of taxpayers. The M.N.R. was invited to use [former] paragraph 221(1)(d) to “obtain a regulation . . . requiring all such traders to file returns of their transactions in the commodities futures market” (at page 625).

[26] The *Richardson* decision must be read and applied with caution. In *Artistic Ideas*, Mr. Justice Rothstein [as he then was], writing for the Federal Court of Appeal, was reserved about *Richardson* and *Canadian Bank of Commerce*. Rothstein J.A. wrote (at paragraph 9):

These authorities pre-date subsections 231.2(2) and (3), although it is apparent that their enactment was prompted, at least in part, by the *Richardson* case. While they provide useful background, the relevant legislation is different today than at the time of those decisions.

[27] In fact, subsection 231.2(1), as it currently reads, is the former subsection 231(3) [repealed and substituted by S.C. 1986, c. 6, s. 121], to which, in 1986, Parliament added the terms “[n]otwithstanding any other provision of this Act” and “subject to subsection (2)” [at section 231.2]. This amendment to section 231.2 did not substantially change the earlier wording.

[28] At the same time, Parliament added subsections 231.2(2) to (6), which, in 1995, led Rothstein J., as he

concerne tout genre de renseignements requis relativement aux cotisations sous le régime de la présente loi,

[. . .]

**233.** Qu’elle ait produit ou non une déclaration renfermant des renseignements requise par un règlement établi selon l’alinéa 221(1)d), toute personne doit, sur demande émanant du Ministre faite par signification à personne ou par poste recommandée, produire auprès du Ministre la déclaration prescrite renfermant les renseignements qu’indique la demande, dans le délai raisonnable que celle-ci peut fixer.

[25] Richardson a eu gain de cause devant la Cour suprême du Canada qui a affirmé que la portée de l’ancien paragraphe 231(3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* se limitait aux cas où le M.R.N. menait une enquête réelle et sérieuse sur l’assujettissement à l’impôt d’une ou plusieurs personnes précises et qu’il ne s’étendait pas à une enquête sur une catégorie de personnes. Le M.R.N. était alors invité à se prévaloir de [l’ancien] alinéa 221(1)d) pour « obtenir un règlement enjoignant à tous ces négociants de déclarer les opérations qu’ils ont conclues dans leur commerce de denrées à terme » (à la page 625).

[26] L’arrêt *Richardson* doit être lu et appliqué avec prudence. Dans *Artistic Ideas*, la Cour d’appel fédérale, sous la plume du juge Rothstein [tel était alors son titre], adopte une position réservée quant aux arrêts *Richardson* et *Canadian Bank of Commerce*. Le juge Rothstein écrit (au paragraphe 9) :

Ces arrêts sont antérieurs aux paragraphes 231.2(2) et (3), dont l’adoption semble cependant avoir été motivée, à tout le moins en partie, par l’arrêt *Richardson*. Bien que ces arrêts fournissent des renseignements généraux utiles, les dispositions législatives applicables ont changé depuis qu’ils ont été rendus.

[27] En effet, le paragraphe 231.2(1), tel qu’il se lit maintenant, est l’ancien paragraphe 231(3) [abrogé et remplacé par S.C. 1986, ch. 6, art. 121] auquel le législateur a ajouté, en 1986, les termes « [n]onobstant les autres dispositions de la présente loi » et « sous réserve du paragraphe (2) » [à l’article 231.2]. Cette modification apportée à l’article 231.2 ne changeait pas substantiellement le texte législatif antérieur.

[28] Au même moment, le législateur ajoutait les paragraphes 231.2(2) à (6), ce qui, en 1995, amenait le

then was, to state that compliance with the procedure in subsections 231.2(2) and (3) of the Act addressed the “mischief” identified in *Richardson (Sand Exploration)* [at pages 51-52]).

[29] I do not believe that *Richardson* and *Canadian Bank of Commerce* pose an obstacle to the M.N.R.’s submission in this case. In *Richardson*, as I indicated earlier, the M.N.R. requested information in order to process it on a test basis. Furthermore, the judgment in *Canadian Bank of Commerce* was premised on the fact, acknowledged by the parties, that the requirement in that case was made in good faith and that it involved a genuine and serious inquiry about specific persons. Mr. Justice Cartwright wrote on page 738:

... it appears to be common ground, (i) that the requirement addressed to the appellant relates to a genuine and serious inquiry into the tax liability of some specific person or persons ... [Emphasis added.]

[30] With respect, and unlike Madam Justice Wilson who wrote for the Court in *Richardson*, I do not believe that Cartwright J. thereby “makes it clear that his judgment is premised on that prerequisite being there” (at page 624), that is, that the requirement must relate to a genuine and serious inquiry.

[31] But there is more. Prior to 1996, subsection 231.2(3) of the Act required that the application for authorization be supported by information on oath addressing the following four conditions:

**231.2 ...**

(3) ...

(a) the person or group is ascertainable;

(b) the requirement is made to verify compliance by the person or persons in the group with any duty or obligation under this Act;

(c) it is reasonable to expect, based on any grounds, including information (statistical or otherwise) or past experience relating to the group or any other persons, that the person or any person in the group may have failed or may be likely to fail to provide information that is sought

juge Rothstein, siégeant alors à la Cour fédérale, Section de première instance, à constater que la procédure imposée par les paragraphes 231.2(2) et (3) de la Loi réglait la « question des effets néfastes » décrits dans l’affaire *Richardson (Sand Exploration)* [aux pages 51 et 52]).

[29] Je ne crois pas que *Richardson* et *Canadian Bank of Commerce* constituent un obstacle à la prétention du M.R.N. en l’espèce. Dans *Richardson*, comme je l’ai souligné plus tôt, le M.R.N. demandait des informations pour les traiter à l’essai. Par ailleurs, le jugement rendu dans *Canadian Bank of Commerce* était fondé sur le fait, reconnu par les parties, que la demande dans cette affaire était faite de bonne foi et qu’elle portait sur une enquête véritable et sérieuse visant des personnes déterminées. Le juge Cartwright écrit en page 738 :

[TRADUCTION] [...] personne ne semble contester le fait : (i) que la demande adressée à l’appelante se rapporte à une enquête véritable et sérieuse portant sur l’assujettissement à l’impôt d’une seule ou de plusieurs personnes déterminées [...] [Je souligne.]

[30] Respectueusement, et contrairement à la juge Wilson qui écrit pour la Cour dans *Richardson*, je ne crois pas que le juge Cartwright ait ainsi « affirmé clairement que son jugement se fondait sur l’existence de cette condition essentielle » (à la page 624), c’est-à-dire que la demande doit porter sur une enquête véritable et sérieuse.

[31] Mais il y a plus. Avant 1996, le paragraphe 231.2(3) de la Loi exigeait que la demande d’autorisation soit soutenue par une dénonciation sous serment dont les affirmations répondaient aux quatre conditions suivantes :

**231.2 [...]**

(3) [...]

a) cette personne ou ce groupe est identifiable;

b) la fourniture ou la production est exigée pour vérifier si cette personne ou les personnes de ce groupe ont respecté quelque devoir ou obligation prévu par la présente loi;

c) il est raisonnable de s’attendre — pour n’importe quel motif, notamment des renseignements (statistiques ou autres) ou l’expérience antérieure, concernant ce groupe ou toute autre personne — à ce que cette personne ou une personne de ce groupe n’ait pas fourni les renseignements

pursuant to the requirement or to otherwise comply with this Act; and

(d) the information or documents is not otherwise more readily available.

[32] In 1996, the conditions in paragraphs (c) and (d) of subsection (3), i.e., reasonable grounds to believe that there has been non-compliance with the Act and the difficulty in obtaining the information otherwise, were repealed.

#### Section 231.2 of the Act currently in effect

[33] According to the Judge, the M.N.R. had to establish that each and every one of the members of the GMREB identified in the application was the subject of a genuine and serious inquiry. Otherwise, the Minister was conducting a fishing expedition, which is prohibited by *Richardson*. I do not agree. This finding perpetuates the reasoning in *Canadian Bank of Commerce* and *Richardson* without distinguishing the facts of the case and the statutory provision currently in effect.

[34] Generally, the M.N.R.'s powers of investigation and audit in the Act are the consideration for a self-reporting and self-assessing tax system that depends upon the honesty and integrity of taxpayers for its success (*R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627).

[35] It is recognized that the audit powers in section 231.2 of the Act are an intrusive measure affecting the right to the protection of private information and must be construed restrictively (*Sand Exploration*, at page 52).

[36] These general principles are not being challenged, but it is nonetheless necessary to give meaning to the legislative amendments. Commenting on the 1995 Budget Papers, tax expert David M. Sherman wrote the following [at page 1338] about the conditions in paragraphs (c) and (d) (*Practitioner's Income Tax Act*, 32nd ed. (Toronto: Thomson Carswell, 2007)):

These restrictions [231.2(3)(c) and (d)], which make it difficult for Revenue Canada to obtain timely information in order to verify compliance with the Act, are being eliminated.

exigés ou ne les fournisse vraisemblablement pas ou n'ait pas respecté par ailleurs la présente loi ou ne la respecte vraisemblablement pas;

d) il n'est pas possible d'obtenir plus facilement les renseignements ou les documents.

[32] Par la suite, en 1996, les exigences des alinéas c) et d) du paragraphe (3), soit les motifs raisonnables de croire que la Loi n'a pas été respectée et l'impossibilité d'obtenir l'information plus facilement par d'autres moyens, étaient abrogées.

#### L'article 231.2 de la Loi en vigueur

[33] Selon la juge, le M.R.N. devait démontrer que tous et chacun des membres de la CIGM ciblés par la demande faisaient l'objet d'une enquête sérieuse et véritable. Sinon, il s'agissait d'une recherche à l'aveuglette proscrite par *Richardson*. Je ne suis pas d'accord. Cette conclusion perpétue le raisonnement dans *Canadian Bank of Commerce* et *Richardson* sans distinction eu égard aux faits de l'espèce et à la disposition législative présentement en vigueur.

[34] De façon générale, les pouvoirs d'enquête et de vérification du M.R.N. dans la Loi sont la contrepartie d'un régime fiscal d'auto-déclaration et d'autocotisation dont le succès repose sur l'honnêteté et l'intégrité des contribuables (*R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627).

[35] Il est reconnu que les pouvoirs de vérification prévus à l'article 231.2 de la Loi sont une mesure attentatoire au droit de protection des renseignements privés et doivent s'interpréter restrictivement (*Sand Exploration*, à la page 52).

[36] Ces principes généraux ne sont pas remis en question, mais il faut, tout de même, donner un sens aux modifications législatives. Commentant les documents budgétaires de 1995, le fiscaliste David M. Sherman écrit [à la page 1589] quant aux conditions des alinéas c) et d) (*La Loi du praticien, Loi de l'impôt sur le revenu*, 16<sup>e</sup> éd. (Toronto : Thomson Carswell, 2007)) :

Ces restrictions [231.2(3)c) et d)], qui compliquent l'accès de l'ARDC à des renseignements opportuns pour vérifier le respect de la Loi, sont abolies. Cette mesure proposée ajoutera

This proposed measure will improve Revenue Canada's ability to verify compliance with the self-assessment system with respect to transactions where no information reporting is required.

[37] I believe that removing conditions (c) and (d) from subsection 231.2(3) shows Parliament's intention to ease the M.N.R.'s burden of proof in the sense suggested by tax expert Sherman because the M.N.R. no longer has to establish reasonable grounds for believing that a violation has been committed or demonstrate that the information is not otherwise more readily available.

[38] While I recognize that a strict interpretation is required, it must not have the effect of adding another condition to the provision—which occurs if we accept the respondent's argument—that is, that the M.N.R. must prove that he or she is conducting a genuine and serious inquiry relating to unnamed persons referred to in the application. Nor can the provision be interpreted in such a way as to re-insert the conditions in paragraphs (c) and (d).

[39] Section 231.2 of the Act must be interpreted by considering all of its parts, including the headings and sub-headings, which are also part of the statute (Pierre-André Côté, *Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. (Scarborough: Carswell, 2000), at page 79; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at page 463). Headings may help to situate a provision within the general structure of the statute and determine the intention of Parliament.

[40] What about section 231.2 of the Act? This section is found in Part XV of the Act, entitled "Administration and Enforcement," under the heading "General". Subsections 231.1(1) [as enacted by S.C. 1994, c. 21, s. 107] and 231.2(1) explicitly state that they are intended to be used for "the administration and enforcement" of the Act.

[41] This general expression, which introduces the provision under consideration, allows us to situate section 231.2 of the Act in context; the section refers to the M.N.R.'s audit powers, as opposed to its investigative powers. As the Supreme Court of Canada pointed out in *R. v. Jarvis*, [2002] 3 S.C.R. 757, at page

à la capacité de l'ARDC de vérifier le respect du régime d'autocotisation relativement aux transactions à l'égard desquelles la divulgation de renseignements n'est pas requise.

[37] Je crois que le retrait des conditions c) et d) du paragraphe 231.2(3) montre l'intention du législateur d'alléger le fardeau de preuve du M.R.N. dans le sens suggéré par le fiscaliste Sherman, puisque le M.R.N. n'a plus à établir qu'il a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise ou à démontrer qu'il ne peut trouver plus aisément l'information recherchée.

[38] Tout en reconnaissant l'exigence d'une interprétation stricte, celle-ci ne doit pas avoir pour effet, comme c'est le cas si l'on retient la prétention de l'intimée, d'ajouter au texte en y insérant une condition supplémentaire, soit celle pour le M.R.N. de prouver qu'il effectue une enquête sérieuse et véritable à l'endroit des personnes non désignées nommément visées par sa demande. Il ne faut pas non plus interpréter la disposition de sorte d'y insérer, de nouveau, les conditions des alinéas c) et d).

[39] L'article 231.2 de la Loi doit être interprété en tenant compte de tous ses éléments, y incluant les rubriques et intertitres qui font aussi partie de la loi (Pierre-André Côté, *Interprétations des lois*, 3<sup>e</sup> éd. (Montréal: Thémis, 1999), à la page 79 ; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, à la page 463). Les rubriques peuvent être utiles en permettant de situer une disposition dans la structure générale du texte et en permettant de préciser l'objectif du législateur.

[40] Alors, qu'en est-il de l'article 231.2 de la Loi ? Il se trouve dans la partie XV de la Loi, intitulée « Application et exécution » sous la rubrique « Généralités ». Comme ils le prévoient expressément, les paragraphes 231.1(1) [édicte par L.C. 1994, ch. 21, art. 107] et 231.2(1) sont destinés à être utilisés « pour l'application et l'exécution » de la Loi.

[41] Cette expression générale introductive à la disposition sous étude permet une mise en contexte de l'article 231.2 de la Loi qui fait appel aux pouvoirs de vérification du M.R.N., par opposition à ses pouvoirs d'enquête. Il est possible, nous rappelle la Cour suprême du Canada dans *R. c. Jarvis*, [2002] 3 R.C.S. 757, à la

761, “[a] distinction can be drawn between the audit and investigative powers” under the Act.

[42] Administrative policy and interpretation, while not binding, can also be an important factor where there is doubt as to the meaning of legislation (*Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29). In the case before us, the respondent is relying on Income Tax Information Circular IC71-14R3, entitled “The Tax Audit”, to establish that an “audit project” relating to certain members of the GMREB is not an audit within the meaning of the Act.

[43] This argument is without merit. On the one hand, I find that there was, in this case, an audit within the meaning of the Act. On the other hand, the circular describes the role, policies and practices of the tax audit; the audit project is only one of the methods available to the M.N.R. in its “selection of files for audit” process.

[44] In this case, the M.N.R. asked the respondent to provide a list of its members in a given geographic area in order to compare the data with the information it already had. The fact that the M.N.R. was just beginning the audit in no way precludes the application of paragraph 231.2(3)(b). Clearly, the M.N.R. cannot argue that each and every one of the members were the subject of a “genuine and serious inquiry,” which was what the Judge criticized: those members are still not identified. Imposing such a requirement on the M.N.R. neutralizes the utility of subsections 231.2(2) and (3) of the Act, which permit, under judicial authorization, verification of the honesty of a tax return.

[45] Regardless of what the GMREB says on this point, it appears to me that in removing paragraphs (c) and (d) from subsection 231.2(3), Parliament permitted a type of fishing expedition, with the authorization of the Court and on conditions prescribed by the Act, all for the purpose of facilitating the M.N.R.’s access to information. It seems to me that the strict approach adopted by the Judge in this case is not appropriate for the provision under review. This approach, borrowed

page 761, « d’établir une distinction entre les pouvoirs de vérification et les pouvoirs d’enquête » sous le régime de la Loi.

[42] Les politiques et l’interprétation administratives, bien que non contraignantes, revêtent aussi une certaine importance en cas de doute sur le sens de la législation (*Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29). En l’instance, l’intimée s’appuie sur la Circulaire d’information en matière d’impôt sur le revenu IC71-14R3, intitulée « La vérification fiscale », pour établir que le « projet de vérification » qui concerne certains membres de la CIGM, n’est pas une vérification au sens de la Loi.

[43] Cet argument est sans fondement. D’une part, je conclus qu’il y a, en l’instance, une vérification fiscale au sens de la Loi. D’autre part, la circulaire explique le rôle, les politiques et les méthodes de la vérification fiscale, dont les projets de vérification qui ne sont que l’un des moyens auquel le M.R.N. peut avoir recours dans son processus de « prélèvement des données pour vérification » .

[44] En l’instance, le M.R.N. demande à l’intimée de lui fournir une liste de ses membres, pour un secteur géographique donné, afin d’en comparer les données à celles qu’il possède déjà. Le fait que le M.R.N. en soit au début de sa vérification n’empêche aucunement l’application de l’alinéa 231.2(3)b). Il est évident que le M.R.N. ne peut prétendre que tous et chacun des membres font déjà l’objet d’une « enquête sérieuse et véritable », ce que lui reproche la juge : ces membres ne sont pas encore désignés nommément. Imposer une telle exigence au M.R.N. enlève toute utilité pratique aux paragraphes 231.2(2) et (3) de la Loi qui permettent, sous autorisation judiciaire, le contrôle fiscal de la sincérité d’une déclaration de revenus.

[45] Quoi qu’en dise la CIGM, il me semble qu’en abolissant les alinéas c) et d) du paragraphe 231.2(3), le législateur a permis une certaine forme de recherche à l’aveuglette, avec l’autorisation du Tribunal et aux conditions prescrites par la Loi, le tout dans le but de rendre l’accès aux renseignements plus facile au M.R.N. Il me semble que le point de vue restrictif adopté par la juge, en l’instance, ne convient pas à la disposition sous étude. Ce point de vue, emprunté à *Richardson*, était

from *Richardson*, was necessitated by the scope of the former statutory provision which, if interpreted too broadly, left open the possibility of abuse by tax enforcement officials (*Sand Exploration*).

#### The applicable test

[46] Despite its penal sanctions, the Act is essentially and primarily regulatory and administrative. The M.N.R.'s audit powers, including the powers described in subsection 231.2(3), are necessary to achieve the objectives of the Act and to ensure compliance with it (*McKinlay; Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425).

[47] In a tax system based on the principle of self-reporting and self-assessment, the M.N.R. must be given broad powers to audit taxpayers' returns and inspect all records that may be relevant to the preparation of these returns (*Bisaillon v. Canada* (1999), 99 DTC 5695 (F.C.A.)).

[48] It follows from my reading of paragraph 231.2(3)(b) that the M.N.R.'s *ex parte* application will be granted if the applications Judge is satisfied that the information or documents are required for a tax audit conducted in good faith. This good faith guarantees that the M.N.R. will act judiciously in the exercise of its audit power under section 231.2 to ensure the administration and enforcement of the Act.

[49] Having thus defined the applicable test on an application for judicial authorization under subsection 231.2(3), it is my view, based on the M.N.R.'s *ex parte* notice of application, supported by the affidavit of auditor Christiane E. Joly, that the tax audit in this case was conducted in good faith, that it had a genuine factual basis and that its objective was to ensure compliance with the Act.

[50] In this case, the M.N.R. received documents from the GMREB in March 2005 while auditing a real estate agent who was a member of the organization. Several months later came the *ex parte* application at

justifié par l'ampleur de l'ancienne disposition qui, interprétée trop libéralement, aurait ouvert la porte à des abus de la part du fisc (*Sand Exploration*).

#### Le critère d'analyse applicable

[46] En dépit des sanctions pénales qu'elle comporte, la Loi est essentiellement et principalement de nature réglementaire et administrative. Les pouvoirs de vérification du M.R.N., incluant les pouvoirs décrits au paragraphe 231.2(3), sont nécessaires pour réaliser les objectifs de la Loi et en assurer le respect (*McKinley; Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425).

[47] Le M.R.N. doit, dans un système d'impôt fondé sur le principe de l'auto-déclaration et de l'auto-cotisation, pouvoir disposer de larges pouvoirs de vérification des déclarations des contribuables et d'examen des documents qui ont pu servir à préparer ces déclarations (*Bisaillon c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 1477 (C.A.F.)).

[48] Il s'ensuit de ma lecture de l'alinéa 231.2(3)b) que la requête *ex parte* du M.R.N. sera accordée si le juge des requêtes est convaincu que la fourniture des renseignements ou la production des documents sont exigées dans le cadre d'une vérification fiscale faite de bonne foi. Cette bonne foi est garante de l'exercice judicieux, par le M.R.N., de son pouvoir de vérification conformément à l'article 231.2 de la Loi, pour en assurer l'application et l'exécution.

[49] Ayant ainsi défini le critère applicable à une demande d'autorisation judiciaire formulée sous le paragraphe 231.2(3), je suis d'opinion qu'il ressort de l'avis de demande *ex parte* du M.R.N., supporté par la dénonciation assermentée de la vérificatrice Christiane E. Joly, que la vérification fiscale, en l'espèce, a été entreprise de bonne foi, qu'elle a un fondement factuel véritable et qu'elle vise à s'assurer du respect de la Loi.

[50] En l'espèce, le M.R.N. a reçu des documents de la CIGM en mars 2005, lors de la vérification d'un agent immobilier membre de cet organisme. Venait, quelques mois plus tard, la demande *ex parte* sous étude visant

issue involving certain unnamed members of the GMREB. The affidavit in support of the application expressly states the objective: [TRANSLATION] “to determine whether the brokers who earned commissions following the sale of immovable property complied with all the duties and obligations under the Act” (appeal book, at page 39). The M.N.R. therefore satisfied the requirements in the Act and, more specifically, those in section 231.2.

[51] Last, at the hearing and in the event that the Court were to find in favour of the M.N.R., counsel indicated that they had reached agreement on the method of exchange of documents and information. The M.N.R. asks that this agreement be homologated. The Court cannot accede to this request because the agreement was not filed and the parties made no submissions about its contents.

[52] Accordingly, I propose to allow the appeal and to set aside the order made by the Federal Court on September 6, 2006, with costs before both courts.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

PELLETIER J.A.: I concur.

certain membres de la CIGM non désignés nommément. L'affidavit souscrit au soutien de la demande mentionne expressément l'objectif visé : « déterminer si les courtiers ayant gagné des revenus de commissions suite à la vente d'immeubles, ont respecté tous les devoirs et obligations prévus par la Loi (dossier d'appel, à la page 39). Le M.R.N. s'est donc conformé aux prescriptions de la Loi, et plus spécifiquement aux exigences de l'article 231.2.

[51] Enfin, à l'audition, et dans l'éventualité où la Cour devait conclure en faveur du M.R.N., les procureurs ont mentionné avoir conclu une entente sur les modalités d'échange des documents et des renseignements devant être fournis. Le M.R.N. en souhaite l'homologation. La Cour ne peut faire suite à cette demande puisque l'entente n'a pas été déposée et que les parties n'ont fait aucune représentation quant à son contenu.

[52] En conséquence, je propose d'accueillir l'appel et d'annuler l'ordonnance rendue par la Cour fédérale le 6 septembre 2006 avec dépens devant les deux cours.

Le juge LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je suis d'accord.

Le juge PELLETIER, J.C.A. : Je suis d'accord.

T-685-06  
2008 FC 31

T-685-06  
2008 CF 31

**Ahmad Qasem** (*Applicant*)

**Ahmad Qasem** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of National Revenue** (*Respondent*)

**Le ministre du Revenu national** (*défendeur*)

*INDEXED AS: QASEM v. M.N.R. (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ: QASEM c. M.R.N. (C.F.)*

Federal Court, O'Reilly J.—Toronto, October 9, 2007;  
Ottawa, January 10, 2008.

Cour fédérale, juge O'Reilly — Toronto, 9 octobre 2007;  
Ottawa, 10 janvier 2008.

*Customs and Excise — Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act — Judicial review of Minister's delegate's decision confirming forfeiture of money seized from applicant based on suspicion representing proceeds of crime pursuant to Act, s. 18(2) — Request for ministerial review imposing evidentiary burden on applicant, not legal burden on criminal standard of proof beyond reasonable doubt — Minister's delegate thus erred when applied strict form of criminal standard requiring applicant do more than present evidence dispelling reasonable suspicion funds coming from crime — Application allowed.*

*Douanes et Accise — Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes — Contrôle judiciaire de la décision par laquelle le représentant du ministre a confirmé la confiscation d'une somme d'argent saisie du demandeur parce que l'agent soupçonnait que cet argent constituait un produit de la criminalité en vertu de l'art. 18(2) de la Loi — La demande de révision soumise au ministre impose au demandeur un fardeau de présentation d'éléments de preuve, pas la norme de preuve en vigueur au pénal qui découle de la loi, soit la preuve hors de tout doute raisonnable — Le représentant du ministre a donc commis une erreur lorsqu'il a appliqué une forme stricte de la norme hors de tout doute raisonnable applicable au criminel, obligeant le demandeur à faire plus que présenter une preuve dissipant un soupçon raisonnable selon lequel l'argent provenait d'un crime — Demande accueillie.*

This was an application for judicial review of the Minister's delegate's decision confirming the forfeiture of over \$100 000 seized from the applicant on suspicion that it represented the proceeds of crime pursuant to subsection 18(2) of the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*. The money was seized after the applicant failed to report that he was carrying more than \$10 000 before boarding a plane out of the country, contrary to section 12 of the Act. The Minister's delegate relied on an adjudicator's report stating that the applicant had not provided "enough credible, reliable and independent evidence to establish that no other reasonable explanation [was] possible."

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le représentant du ministre a confirmé la confiscation d'une somme d'argent de plus de 100 000 \$ saisie du demandeur parce que l'agent soupçonnait que cet argent constituait un produit de la criminalité en vertu du paragraphe 18(2) de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*. L'argent a été confisqué après que le demandeur a omis de déclarer qu'il transportait plus de 10 000 \$ avant d'embarquer à bord d'un vol qui quittait le pays, en contravention à l'article 12 de la Loi. Le représentant du ministre a invoqué un rapport de l'arbitre qui disposait que le demandeur n'avait pas rapporté « une preuve suffisamment crédible, fiable et indépendante pour établir qu'il n'y [avait] aucune autre explication raisonnable possible ».

*Held*, the application should be allowed.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Although in *Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, the Federal Court stated that the applicant who wishes to dispel a suspicion based on

Bien que la Cour fédérale ait déclaré dans l'affaire *Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)* que le demandeur qui souhaite dissiper un

reasonable grounds must adduce evidence which proves beyond a reasonable doubt that there are no reasonable grounds for suspicion, the application of this approach in practice raised some concerns. A request for ministerial review creates an evidentiary burden on the applicant, not a legal burden on the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt. It is important to keep the two burdens distinct. The legal burden under the Act falls on the officials who seek to have the seized funds forfeited. Reliance on the criminal standard may distract decision makers from the real issue, i.e. whether there is a reasonable suspicion that the funds in issue represent the proceeds of crime. The delegate must examine the evidence as a whole, both the evidence supporting a suspicion that the money came from crime, as well as the evidence presented by the person concerned showing that the funds have a legitimate provenance.

Here, the Minister's delegate applied a particularly strict form of the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt. The effect of this approach was to impose on the applicant a standard that was too high. It required the applicant to prove that his explanation of the source of the funds was the only one possible, and imposed a burden to do more than present evidence to dispel a reasonable suspicion that the funds came from crime. There is no basis for that requirement either in the Act or in the case law.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, ss. 12(1) (as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 54), 18(1), (2) (as am. *idem*, s. 134), 25 (as am. *idem*, s. 61), 29 (as am. by S.C. 2006, c. 12, s. 15).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### NOT FOLLOWED:

*Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2007), 63 Admin. L.R. (4th) 161; 2007 FC 208.

##### REFERRED TO:

*Dag v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 427; *Ondre v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC

souçon fondé sur l'existence de motifs raisonnables doit produire une preuve qui établit hors de tout doute raisonnable qu'il n'existe aucun motif raisonnable de soupçonner, l'application pratique de cette approche a soulevé certaines préoccupations. La demande de révision soumise au ministre crée un fardeau de présentation d'éléments de preuve qui incombe au demandeur, pas un fardeau qui découle de la loi et qui est fondé sur la norme de preuve en vigueur au pénal, soit la preuve hors de tout doute raisonnable. Il est important de faire la part des choses. C'est à l'agent qui cherche à faire confisquer l'argent saisi que la Loi impose le fardeau de la preuve. L'accent mis sur la norme de preuve en vigueur au pénal peut détourner l'attention du représentant du ministre de la décision qu'il doit réellement prendre, c'est-à-dire décider s'il existe un soupçon raisonnable selon lequel l'argent est le fruit d'activités criminelles. Le représentant doit évaluer la preuve dans son ensemble, autant la preuve étayant le soupçon que l'argent provient du crime que la preuve produite par l'intéressé tendant à établir l'origine légitime de l'argent.

En l'espèce, le représentant du ministre a appliqué une forme particulièrement stricte de la norme hors de tout doute raisonnable applicable au criminel. Cette approche a eu pour effet d'imposer au demandeur une norme trop exigeante. Il était exigé du demandeur qu'il prouve que son explication quant à l'origine de l'argent soit la seule possible et lui imposait un fardeau qui l'obligeait à faire plus que présenter une preuve dissipant un soupçon raisonnable selon lequel l'argent provenait d'un crime. Rien dans la Loi ou la jurisprudence ne justifie une telle exigence.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17, art. 12(1) (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 54), 18(1), (2) (mod., *idem*, art. 134), 25 (mod., *idem*, art. 61), 29 (mod. par L.C. 2006, ch. 12, art. 15).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION NON SUIVIE :

*Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 208.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Dag c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 427; *Ondre c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection*

454; *Hamam v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 691; *Yusufov v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 453; *Majeed v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 1082; *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320; (1997), 150 D.L.R. (4th) 733; [1997] 10 W.W.R. 570; 118 Man. R. (2d) 218; 118 C.C.C. (3d) 1; 9 C.R. (5th) 1; 216 N.R. 215; *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860; (1977), 74 D.L.R. (3d) 731; 34 C.C.C. (2d) 18; 37 C.R.N.S. 1; 14 N.R. 181.

*civile*, 2007 CF 454; *Hamam c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 691; *Yusufov c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 453; *Majeed c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 1082; *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320; *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860.

## AUTHORS CITED

Ferguson, Gerry *et al. Canadian Criminal Jury Instructions: CRIMJI*, 4th ed., Vol. 1. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005.  
Watt, David. *Ontario Specimen Jury Instructions (Criminal)*. Toronto: Thomson Carswell, 2003.

APPLICATION for judicial review of the Minister's delegate's decision confirming the forfeiture of money seized under the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act* on suspicion that it represented the proceeds of crime. Application allowed.

## APPEARANCES:

*Ahmad N. Baksh* for applicant.  
*Marie A. Crowley* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Ahmad Baksh*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] O'REILLY J.: In 2003, Mr. Ahmad Qasem presented himself at Pearson International Airport to board a flight for Amsterdam with a final destination of Amman, Jordan. In the jetway, just as he was about to board the plane, he was stopped by an inspector who was assisted by a dog trained to detect currency. A customs officer asked Mr. Qasem a series of questions

## DOCTRINE CITÉE

Ferguson, Gerry *et al. Canadian Criminal Jury Instructions: CRIMJI*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 1. Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005.  
Watt, David. *Ontario Specimen Jury Instructions (Criminal)*. Toronto: Thomson Carswell, 2003.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le représentant du ministre a confirmé la confiscation d'une somme d'argent saisie en vertu de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes* parce que l'agent soupçonnait que cet argent constituait un produit de la criminalité. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*Ahmad N. Baksh* pour le demandeur.  
*Marie A. Crowley* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Ahmad Baksh*, Toronto, 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 rendu par*

[1] LE JUGE O'REILLY : En 2003, M. Ahmad Qasem s'est présenté à l'Aéroport international Pearson pour embarquer à bord d'un vol à destination d'Amsterdam, dans le but de se rendre à Amman, en Jordanie. Sur la passerelle d'embarquement, alors qu'il allait monter à bord de l'avion, il a été interpellé par un inspecteur, qui était assisté d'un chien entraîné à détecter les billets de

and, in due course, it came to light that Mr. Qasem had over \$100 000 in cash in his pockets and carry-on bag. Mr. Qasem had not reported the fact that he was taking a large amount of currency out of Canada, as he was obliged to do under the *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, subsection 12(1) [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 54] (see attached Annex for relevant statutory provisions). As a result, his money was seized on suspicion that it represented the proceeds of crime. Mr. Qasem asked the Minister of National Revenue to review that decision. The Minister's delegate confirmed that the money should be forfeited. Mr. Qasem argues that the delegate erred and asks me to overturn his decision.

[2] I agree that the delegate erred and must, therefore, allow this application for judicial review.

### I. Issues

1. Did the delegate err in imposing a burden and standard of proof on Mr. Qasem that was too high?

2. Was the delegate's decision reasonable?

[3] In light of my conclusion on the first issue, I decline to address the second.

### II. Analysis

Did the delegate err in imposing a burden and standard of proof on Mr. Qasem that was too high?

#### 1. Factual Background

[4] The customs officer asked Mr. Qasem if he could speak English. He said, "Not so good." The officer then asked him if he had more than \$10 000 with him. The officer showed Mr. Qasem some money to help him understand what was being asked. Mr. Qasem

banque. Un agent des douanes a posé à M. Qasem une série de questions et, finalement l'on s'est rendu compte que M. Qasem possédait plus de 100 000 \$ en espèces dans ses poches et dans son bagage à main. M. Qasem n'avait pas déclaré qu'il exportait du Canada une grosse somme d'argent en espèces, comme il était tenu de le faire aux termes du paragraphe 12(1) [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 54] de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17 (voir l'annexe ci-jointe pour les dispositions pertinentes de la Loi). En conséquence, son argent a été saisi car l'on soupçonnait qu'il s'agissait d'un produit de la criminalité. M. Qasem a demandé au ministre du Revenu national de revoir cette décision. Le représentant du ministre a confirmé que l'argent devait être confisqué. M. Qasem soutient que le représentant a commis une erreur et me demande d'annuler sa décision.

[2] Je conviens que le représentant du ministre a commis une erreur et je dois donc accueillir la présente demande de contrôle judiciaire.

### I. Les questions en litige

1. Le représentant a-t-il commis une erreur en imposant à M. Qasem un fardeau de la preuve trop lourd et une norme de preuve trop exigeante?

2. La décision du représentant était-elle raisonnable?

[3] Compte tenu de la conclusion que j'ai tirée quant à la première question, je choisis de ne pas répondre à la seconde.

### II. Analyse

Le représentant a-t-il commis une erreur en imposant à M. Qasem un fardeau de la preuve trop lourd et une norme de preuve trop exigeante?

#### 1. Les faits

[4] L'agent des douanes a demandé à M. Qasem s'il parlait anglais. Celui-ci a répondu : [TRADUCTION] « Pas très bien ». L'agent lui a ensuite demandé s'il avait plus de 10 000 \$ sur lui. L'agent a montré de l'argent à M. Qasem pour l'aider à comprendre ce qu'on lui

replied that he had \$5 000. The officer asked to see it. Mr. Qasem produced from his front trouser pocket a bundle of bills that the officer believed to contain more than \$5 000. The officer took Mr. Qasem to another location in the airport where the bundle was counted. It contained \$10 000. Mr. Qasem was then asked if he had any more money on him. He said no. The officer asked him to empty another pocket. Mr. Qasem produced another bundle of bills containing \$10 000. The officer asked him if he had any more. He said no. The officer asked Mr. Qasem to empty his shirt pocket, which yielded another wad of bills containing a mixture of Canadian and United States currency. The officer then examined Mr. Qasem's carry-on bag, which he found to contain nine bundles of money held together with elastic bands. Mr. Qasem was escorted to a search room where the money could be counted. An Arabic-speaking officer was asked to join them to help interpret.

[5] When all the money was counted, it added up to \$100 200.

[6] At Mr. Qasem's request, the officer contacted Mr. Qasem's son, who explained that the money was intended to be used to buy land on the West Bank (not Jordan). It was necessary to carry cash because there were no banks in the area. Cash transactions are commonplace there.

[7] Because Mr. Qasem had failed to comply with subsection 12(1) of the Act by not declaring that he was carrying such a large amount of cash, and because the officer suspected that it represented the proceeds of crime, the money was seized and forfeited under subsections 18(1) and (2) [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 134] of the Act.

[8] In his written report, the officer noted the following circumstances justifying his decision:

- a large amount of money was involved;
- Mr. Qasem initially denied possessing it;

demandait. M. Qasem a répondu qu'il avait 5 000 \$. L'agent a demandé à voir l'argent. M. Qasem a sorti de la poche avant de son pantalon une liasse de billets dont la valeur, selon ce que croyait l'agent, dépassait 5 000 \$. L'agent a emmené M. Qasem ailleurs dans l'aéroport pour que l'argent soit compté. La liasse de billets comptait 10 000 \$. On a alors demandé à M. Qasem s'il avait d'autres espèces sur lui. Il a répondu par la négative. L'agent lui a alors demandé de vider une autre poche. M. Qasem en a sorti une autre liasse de billets valant 10 000 \$. L'agent lui a demandé s'il lui en restait. Il a répondu par la négative. L'agent a demandé à M. Qasem de vider la poche de sa chemise, d'où ce dernier a sorti une autre liasse de billets contenant à la fois des dollars canadiens et des dollars américains. L'agent a ensuite examiné le bagage à main de M. Qasem, ce qui lui a permis de trouver neuf liasses de billets retenus ensemble par des élastiques. L'agent a escorté M. Qasem jusque dans une salle de fouille où l'argent a pu être compté. Un agent parlant l'arabe les a accompagnés pour servir d'interprète.

[5] Le montant des espèces, après qu'elles eurent été comptées, s'élevait à 100 200 \$.

[6] À la demande de M. Qasem, l'agent a communiqué avec le fils de M. Qasem, qui a expliqué que l'argent devait servir à acheter un terrain en Cisjordanie (et non en Jordanie). Il était nécessaire de transporter des espèces, car il n'y a pas de banque dans la région. Les transactions en espèces sont choses courantes là-bas.

[7] Parce que M. Qasem ne s'était pas conformé au paragraphe 12(1) de la Loi en ne déclarant pas qu'il transportait un tel montant d'argent, et parce que l'agent soupçonnait que cet argent constituait un produit de la criminalité, l'argent a été saisi et confisqué en vertu des paragraphes 18(1) et (2) [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 134] de la Loi.

[8] Dans son rapport écrit, l'agent a signalé les faits suivants à l'appui de sa décision :

- un montant d'argent important était en cause;
- M. Qasem a d'abord nié l'avoir en sa possession;

- the money did not belong to Mr. Qasem;
  - Mr. Qasem had no personal income;
  - Mr. Qasem had no documents to confirm that the funds were legitimately acquired or what their purpose was;
  - Mr. Qasem had no travel documents confirming that his final destination was the West Bank;
  - the bills were secured by elastic bands, which is consistent with money laundering practices;
  - Mr. Qasem possessed bank deposits for the Islamic International Arab Bank;
  - Mr. Qasem possessed multiple sets of identification;
  - Mr. Qasem's two passports (one Canadian, one Palestinian) had different birth dates and spellings of his name.
- l'argent n'appartenait pas à M. Qasem;
  - M. Qasem n'avait aucun revenu personnel;
  - M. Qasem ne possédait aucun document confirmant que l'argent avait été acquis légitimement ou à quoi il devait servir;
  - M. Qasem ne possédait aucun document de voyage prouvant que sa destination finale était la Cisjordanie;
  - les billets étaient retenus par des élastiques, ce qui est une pratique utilisée dans le blanchiment d'argent;
  - M. Qasem possédait des dépôts bancaires pour l'Islamic International Arab Bank;
  - M. Qasem possédait plusieurs ensembles de pièces d'identité;
  - Les deux passeports de M. Qasem (un passeport canadien et un passeport palestinien) comportaient des dates de naissance différentes et son nom était orthographié différemment.

[9] Mr. Qasem asked to have the officer's decision reviewed by the Minister. He was invited to submit further evidence and did so. Mr. Qasem's son explained that \$98 000 came from the repayment of a loan that he had made to the family business. He produced statements showing transactions on the company account that he said were for the purpose of the loan repayment. He was asked for additional corroborating documents but was only able to produce a copy of the loan agreement.

[10] Customs officials also supplied further evidence for the Minister's delegate to consider. In particular, officials described money launderers' techniques for bundling money as compared to the practices of legitimate financial institutions. Further, they questioned whether one could use Canadian dollars to purchase property in a foreign country.

[9] M. Qasem a demandé au ministre de réviser la décision de l'agent. Il a été invité à produire d'autres éléments de preuve, ce qu'il a fait. Le fils de M. Qasem a expliqué que 98 000 \$ provenaient du remboursement d'un prêt qu'il avait fait à l'entreprise familiale. Il a produit les relevés du compte de l'entreprise montrant les transactions qui, selon ce qu'il prétend, ont servi à rembourser le prêt. On lui a demandé de présenter d'autres documents justificatifs, mais il n'a pu produire qu'une copie du contrat de prêt.

[10] Les agents d'immigration ont également présenté d'autres éléments de preuve au représentant du ministre. Plus précisément, les agents ont exposé les techniques utilisées par les blanchisseurs d'argent pour mettre des billets de banque en liasse, qui diffèrent des pratiques des établissements financiers légitimes. En outre, ils ont émis des doutes quant au fait que des dollars canadiens puissent être utilisés pour l'achat de biens dans un pays étranger.

[11] The Minister's delegate confirmed that Mr. Qasem had violated subsection 12(1) of the Act by failing to declare that he was carrying more than \$10 000 in cash. Accordingly, the money he was carrying was lawfully subject to seizure under subsection 18(1) of the Act. The delegate went on to explain that the money would continue to be forfeited as suspected proceeds of crime because:

- the amount (\$100 200) was a very large sum to be transporting to another country, considering the risks of theft and loss; and
- Mr. Qasem had provided insufficient evidence to confirm his assertion that the money represented proceeds from the sale of a business.

[12] The delegate also had before him the opinion of an adjudicator, who had reviewed all of the evidence and advanced a recommended outcome on the review. The adjudicator's reasons are considered to form part of the delegate's decision (*Dag v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 427). The following passage formed a key part of the adjudicator's analysis:

Where there is a failure to report, the claimant must establish by reliable proof that the reasons for suspicion are groundless, namely that the suspicion of proceeds of crime is without reason. It is my opinion that the claimant has not provided in sufficient detail and with enough credible, reliable and independent evidence to establish that no other reasonable explanation is possible. [Emphasis added.]

[13] The delegate authorized the return of \$5 000 to Mr. Qasem, as he had initially told the officer that this was the amount he was carrying. The rest was forfeited.

## 2. Burden and Standard of Proof

[14] The Minister's delegate must determine whether the evidence discloses reasonable grounds to suspect that the funds in issue represent the proceeds of crime: *Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)* (2007), 63 Admin. L.R. (4th)

[11] Le représentant du ministre a confirmé que M. Qasem avait contrevenu au paragraphe 12(1) de la Loi en ne déclarant pas qu'il était en possession de plus de 10 000 \$ en espèces. Par conséquent, l'argent qu'il transportait avait été légalement saisi en vertu du paragraphe 18(1) de la Loi. Le représentant a ensuite expliqué que l'argent demeurerait confisqué à titre de produit de la criminalité présumé parce que :

- le montant (100 200 \$) constituait une somme très importante à emporter dans un autre pays, compte tenu des risques de vol ou de perte;
- M. Qasem n'avait pas produit de preuves suffisantes confirmant son affirmation selon laquelle l'argent constituait le produit de la vente d'une entreprise.

[12] Le représentant disposait également de l'avis d'un arbitre, qui avait examiné l'ensemble de la preuve et qui avait formulé une recommandation à la suite de son examen. Les motifs de l'arbitre sont considérés comme faisant partie de la décision du représentant (*Dag c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 427). Le passage suivant constitue un élément clé de l'analyse de l'arbitre :

[TRADUCTION] Lorsqu'il y a omission de déclarer, le demandeur doit établir au moyen de preuves fiables que les motifs à l'origine du soupçon sont sans fondement, c'est-à-dire que le soupçon selon lequel il s'agit d'un produit de la criminalité n'a pas lieu d'être. Je suis d'avis que le demandeur n'a pas fourni suffisamment de précisions et n'a pas rapporté une preuve suffisamment crédible, fiable et indépendante pour établir qu'il n'y a aucune autre explication raisonnable possible. [Non souligné dans l'original.]

[13] Le représentant a autorisé que 5 000 \$ soient rendus à M. Qasem, car il s'agissait de la somme qu'il avait initialement déclarée à l'agent. Le reste a été confisqué.

## 2. Le fardeau de la preuve et norme de preuve

[14] Le représentant du ministre doit décider si la preuve révèle des motifs raisonnables de soupçonner que l'argent en question est un produit de la criminalité : *Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 208. À toutes fins

161 (F.C.). In effect, then, the delegate must determine whether there is reliable and objective evidence to support that suspicion.

[15] Mr. Qasem argues that the delegate imposed on him a burden and standard of proof that, in effect, is impossible to meet and unwarranted by the governing legislation. The leading case on this issue is *Sellathurai*, above. There, Justice Sandra Simpson stated, at paragraphs 72-73:

With regard to the burden of proof on an applicant who wishes to dispel a suspicion based on reasonable grounds, it is my view that such an applicant must adduce evidence which proves beyond a reasonable doubt that there are no reasonable grounds for suspicion. Only in such circumstances will the evidence be sufficient to displace a reasonable suspicion.

I have reached this conclusion because, if a Minister's Delegate were only satisfied on the balance of probabilities that there were no reasonable grounds for suspicion, it would still be open to him to suspect that forfeited currency was proceeds of crime. The civil standard of proof does not free the mind from all reasonable doubt and, if reasonable doubt exists, suspicion survives.

[16] This approach has been followed in numerous other decisions of the Federal Court: *Ondre v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 454; *Hamam v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 691; *Yusufov v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 453; *Majeed v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2007 FC 1082.

[17] I accept the logic and symmetry of Justice Simpson's approach — a reasonable suspicion that funds represent the proceeds of crime can be displaced only by evidence that is sufficiently cogent to put the legitimate source of the funds beyond reasonable doubt. However, I have concerns about the application of this approach in practice, both in general terms and in the case before me.

pratiques, le représentant doit alors décider s'il existe une preuve fiable et objective à l'appui du soupçon.

[15] M. Qasem soutient que le délégué lui a imposé un fardeau de la preuve ou une norme de preuve dont il était en fait impossible de s'acquitter et qui n'étaient pas justifiés aux termes de la loi applicable. La décision de principe à cet égard est la décision *Sellathurai*, précitée. Dans celle-ci, la juge Sandra Simpson a fait les observations suivantes, aux paragraphes 72 et 73 :

En ce qui concerne la charge de preuve qui incombe à un demandeur qui souhaite dissiper un soupçon fondé sur l'existence de motifs raisonnables, je suis d'avis que ce demandeur doit produire une preuve qui établit hors de tout doute raisonnable qu'il n'existe aucun motif raisonnable de soupçonner. Ce n'est que dans de telles circonstances que la preuve pourra faire disparaître un soupçon raisonnable.

Je suis arrivée à cette conclusion parce que, si un représentant du ministre était convaincu selon la prépondérance des probabilités seulement qu'il n'y a aucun motif raisonnable de soupçonner, il pourrait quand même soupçonner que les espèces confisquées sont des produits de la criminalité. La norme de preuve civile n'efface pas tout doute raisonnable de l'esprit et, si un doute raisonnable existe, le soupçon subsiste.

[16] Cette approche a été suivie dans de nombreuses autres décisions de la Cour fédérale : *Ondre c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 454; *Hamam c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 691; *Yusufov c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 453; *Majeed c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2007 CF 1082.

[17] J'accepte la logique et la symétrie de l'approche énoncée par la juge Simpson : un soupçon raisonnable selon lequel l'argent constitue un produit de la criminalité ne peut être dissipé que par une preuve suffisamment convaincante pour établir hors de tout doute raisonnable la licéité de l'origine de l'argent. Cependant, je nourris certaines réserves quant à l'application pratique de cette approche, tant en général que dans l'affaire dont je suis saisi.

[18] First, I believe it would be wrong to insist that there is a legal burden of proof on the person whose funds were seized to produce evidence beyond a reasonable doubt that the funds were not generated from criminal activity. As I interpret the scheme of the Act, the person concerned can simply ask for a ministerial review of the decision of the customs officer on the issues of non-compliance with the Act and the disposition of the seized funds (sections 25 [as am. by S.C. 2001, c. 41, s. 61] and 29 [as am. by S.C. 2006, c. 12, s. 15]). The review amounts to a fresh assessment of the evidence. A request for a review does not, in itself, create a legal burden and certainly not one on the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt. As a practical matter, of course, if the person cannot marshal enough evidence to negate a reasonable suspicion, he or she will fail to persuade the delegate to return the seized funds. But that reality reflects an evidentiary burden, not a legal one, and it is important to keep the two distinct. If a party fails to discharge a legal burden, the decision maker must, as a matter of law, decide against him or her. If a party fails to discharge an evidentiary burden, he or she simply takes the risk that the decision maker may make a finding against him or her.

[19] It appears to me, in fact, that the legal burden under the Act falls on the officials who seek to have the seized funds forfeited. Under subsection 18(2), an officer has a duty to return the seized funds, less a penalty, unless he or she has reasonable grounds to suspect that they represent the proceeds of crime. This provision creates a presumption that most of the funds will normally be returned to the person from whom they were seized unless there is good reason to suspect that they were derived from criminal activity. It suggests that officials must prove the presence of those reasonable grounds in order to justify retaining the funds. The same burden and standard of proof would appear to apply equally in respect of proceedings before a Minister's delegate (under sections 25 and 29).

[18] En premier lieu, je crois qu'il serait erroné de soutenir que, en vertu de la loi, le saisi a le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable que l'argent n'est pas le fruit d'une activité criminelle. Si je comprends bien l'esprit de la Loi, le saisi peut simplement demander au ministre de réviser la décision rendue par l'agent des douanes sur les questions relatives au non-respect de la Loi et à ce qu'on a décidé de faire avec l'argent saisi (articles 25 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 61] et 29 [mod. par L.C. 2006, ch. 12, art. 15]). La révision constitue une nouvelle évaluation de la preuve. La demande de révision en soi ne crée pas un fardeau qui serait déterminé par la loi et n'impose certainement pas la norme de preuve en vigueur au pénal, qui est la preuve hors de tout doute raisonnable. Concrètement, bien sûr, si l'intéressé ne parvient pas à rassembler une preuve suffisante pour réfuter le soupçon raisonnable, il ne réussira pas à convaincre le représentant de rendre l'argent saisi. Mais il s'agit là d'un fardeau de présentation d'éléments de preuve, et non d'un fardeau de la preuve qui découle de la loi; il est important de faire la part des choses. Si la partie ne parvient pas à s'acquitter du fardeau de la preuve que la loi lui impose, le décideur, en droit, est tenu de se prononcer contre elle. Si la partie ne s'acquitte pas de son fardeau de présentation de la preuve, elle prend tout simplement le risque que le décideur se prononce contre elle.

[19] En fait, selon moi, c'est à l'agent qui cherche à faire confisquer l'argent saisi que la Loi impose le fardeau de la preuve. Selon le paragraphe 18(2), l'agent a l'obligation de restituer l'argent saisi, déduction faite d'une pénalité, sauf s'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'il s'agit d'un produit de la criminalité. Cette disposition crée une présomption voulant que la plupart de l'argent soit normalement restitué au saisi à moins qu'il n'existe un motif raisonnable de soupçonner que l'argent est le fruit d'activités criminelles. Cela donne à entendre que, pour justifier la saisie, l'agent doit prouver l'existence de ces motifs raisonnables. Il semble que le même fardeau de la preuve et la même norme de preuve incomberaient également au représentant du ministre dans le cadre de la procédure devant lui (conformément aux articles 25 et 29).

[20] Second, I believe that an emphasis on this evidentiary burden may distract the delegate from the actual determination that must be made; that is, whether there is reliable and objective evidence supporting a suspicion that the funds were generated from criminal activities. If the delegate focuses unduly on the evidence produced by the person concerned and measures it against the standard of “proof beyond a reasonable doubt,” he or she may lose sight of the real issue. In fact, a reasonable doubt about the origins of the funds may not amount to the same thing as a reasonable suspicion that the funds come from crime. The delegate must evaluate the evidence as a whole, both the evidence supporting a suspicion that the money came from crime, as well as the evidence presented by the person concerned showing that the funds have a legitimate provenance. The Act creates a low standard for seizing what may be a very large sum of money, possibly representing a person’s entire life savings. The evidentiary standard for these seizures (“reasonable suspicion”) is even lower than the threshold that applies to searches for evidence of crime (“reasonable grounds to believe”). While I accept and respect Parliament’s intentions and the overarching purposes of the Act, I see no reason to make the scheme more onerous than it already is by imposing an excessive standard of proof on the person whose funds have been seized.

[21] Third, reliance on the language of the criminal law is not particularly helpful in this context. The standard of “proof beyond a reasonable doubt” is notoriously difficult to describe and explain, as the Supreme Court of Canada has repeatedly stated (see, e.g., *R. v. Lifchus*, [1997] 3 S.C.R. 320). Accordingly, the Supreme Court has urged trial judges to take great care in charging juries on the meaning of proof beyond a reasonable doubt in order to reduce the likelihood of wrongful convictions. I am doubtful whether it helps those who must make decisions under the Act to try to apply the criminal standard of proof, instead of simply determining whether a reasonable suspicion exists.

[20] En deuxième lieu, je crois que l’accent mis sur ce fardeau de présentation d’éléments de preuve peut détourner l’attention du représentant de la décision qu’il doit réellement prendre, c’est-à-dire décider s’il existe une preuve fiable et objective étayant le soupçon selon lequel l’argent est le fruit d’activités criminelles. Si le représentant insiste trop sur la preuve présentée par l’intéressé et l’évalue à l’aune de la « preuve hors de tout doute raisonnable », il risque de perdre de vue la véritable question en litige. En fait, un doute raisonnable concernant l’origine de l’argent peut ne pas équivaloir à un soupçon raisonnable que l’argent provient du crime. Le représentant doit évaluer la preuve dans son ensemble, autant la preuve étayant le soupçon que l’argent provient du crime que la preuve produite par l’intéressé tendant à établir l’origine légitime de l’argent. La Loi prescrit une norme peu élevée pour la saisie d’un montant d’argent possiblement très important qui constitue peut-être les économies de toute une vie. La norme de preuve pour ces saisies (« motifs raisonnables de soupçonner ») est encore moins exigeante que celle applicable aux fouilles visant à relever les éléments de preuve d’un crime (« motifs raisonnables de croire »). Bien que je reconnaisse et respecte l’intention du législateur et l’objet général de la Loi, je ne vois aucune raison d’en rendre l’application plus dure qu’elle ne l’est déjà, en imposant une norme de preuve excessive au saisi.

[21] En troisième lieu, il n’est pas particulièrement utile en l’espèce de s’appuyer sur la langue du droit pénal. Il est bien connu que la norme de la « preuve hors de tout doute raisonnable » est difficile à définir et à expliquer, comme l’a affirmé plus d’une fois la Cour suprême du Canada (voir, par exemple l’arrêt, *R. c. Lifchus*, [1997] 3 R.C.S. 320). Par conséquent, la Cour suprême a instamment invité le juge qui préside le procès pénal devant jury à faire particulièrement attention quand il lui explique la signification de « preuve hors de tout doute raisonnable » afin de réduire les possibilités de déclarations de culpabilité injustifiées. Je ne suis pas convaincu qu’il soit utile à ceux qui doivent prendre des décisions en vertu de la Loi de tenter d’appliquer la norme de preuve en vigueur au pénal plutôt que de simplement juger s’il existe un soupçon raisonnable.

[22] To my mind, these concerns arise on the facts of this case. As mentioned, the adjudicator concluded (and the delegate appears to have accepted) that Mr. Qasem had “not provided in sufficient detail and with enough credible, reliable and independent evidence to establish that no other reasonable explanation is possible.” This language is actually a particularly strict form of the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt that is sometimes used where the Crown’s case is made up entirely of circumstantial evidence. It cautions jurors to use extreme care before convicting on the strength of circumstantial evidence alone (see, e.g., *Canadian Criminal Jury Instructions: CRIMJI*, 4th ed., Vol. 1, Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005, at section 4.15, paragraph 3; *Ontario Specimen Jury Instructions (Criminal)*, Toronto: Thomson Carswell, 2002, at Final 18, footnote 1 [page 110]). It is no longer strictly required in criminal cases (see *R. v. Cooper*, [1978] 1 S.C.R. 860).

[23] I agree with Mr. Qasem that the effect of this approach was to impose on him a burden and standard of proof that was too high. The standard applied by the adjudicator was even more demanding than the usual criminal standard which, as I have already explained, is of questionable value in this context. In effect, it required Mr. Qasem to prove that his explanation of the source of the funds was the only one possible. This approach imposed a burden on Mr. Qasem to do more than present evidence to dispel a reasonable suspicion that the funds came from crime. I see no basis for that requirement either in the Act or in the cases cited above.

[24] Further, it seems to me that the adjudicator’s approach was to place undue emphasis on Mr. Qasem’s inability to show that his was the only possible explanation for the source of the funds, rather than focusing on the question whether there was a reasonable suspicion that the money came from crime. A decision maker could find that the person’s explanation for the source of the funds was not the only one possible and

[22] Dans mon esprit, l’espèce soulève ces réserves. Comme je l’ai mentionné, l’arbitre a conclu (et le représentant semble l’avoir accepté) que M. Qasem n’a [TRADUCTION] « pas fourni suffisamment de précisions et n’a pas rapporté une preuve suffisamment crédible, fiable et indépendante pour établir qu’il n’y a aucune autre explication raisonnable possible ». Les termes choisis expriment en fait sous une forme particulièrement stricte la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable applicable au criminel, forme parfois utilisée quand la preuve de la Couronne est entièrement indirecte. Cette formulation incite les jurés à exercer la plus grande prudence avant de déclarer coupable l’accusé uniquement sur la base d’une preuve indirecte (voir, par exemple, *Canadian Criminal Jury Instructions : CRIMJI*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 1, Vancouver : Continuing Legal Education Society of British Columbia, 2005, à la section 4.15, paragraphe 3; *Ontario Specimen Jury Instructions (Criminal)*, Toronto : Thomson Carswell, 2002, section Final 18, note de bas de page 1 [page 110]). Elle n’est plus strictement exigée dans les affaires pénales (voir *R. c. Cooper*, [1978] 1 R.C.S. 860).

[23] Je conviens avec M. Qasem que cette approche a eu pour effet de lui imposer un fardeau de la preuve trop lourd et une norme de preuve trop exigeante. La norme suivie par l’arbitre était encore plus exigeante que la norme habituelle en droit pénal, norme dont la valeur, comme je l’ai déjà expliqué, est douteuse en l’espèce. En fait, il était exigé de M. Qasem qu’il prouve que son explication quant à l’origine de l’argent soit la seule possible. Le fardeau ainsi imposé à M. Qasem l’obligeait à faire plus que présenter une preuve dissipant un soupçon raisonnable voulant que l’argent provînt d’un crime. Je ne vois rien dans la Loi ou dans la jurisprudence citée précédemment qui justifie une telle exigence.

[24] En outre, il me semble que, dans son approche, l’arbitre a insisté de manière injustifiée sur l’incapacité de M. Qasem à montrer que son explication quant à la source de l’argent était la seule possible, alors qu’il aurait dû se concentrer sur la question de savoir s’il existait un soupçon raisonnable que l’argent provenait d’un crime. Le décideur pourrait conclure que l’explication de l’intéressé quant à la source de l’argent

still conclude that the evidence as a whole does not support a reasonable suspicion that the money came from crime. The two are not mutually exclusive. This differs from the criminal context where, if the Crown fails to discharge its burden of proof, there will, by definition, be a reasonable doubt about the accused's guilt. Again, this suggests to me that reliance on the language and requirements of the criminal law is not apt in this context.

### 3. Conclusion

[25] Based on the foregoing, I find that the delegate made an error of law in imposing a burden and standard of proof on Mr. Qasem that was too high. Further, I have general concerns about the use of the criminal standard of proof beyond a reasonable doubt in this context. Reliance on that standard may distract decision makers from the real issue — whether there is a reasonable suspicion that the funds in issue represent the proceeds of crime.

[26] While I see that there was evidence before the delegate that could have satisfied the reasonable suspicion standard in any case, I believe it would be prudent to send the matter back to another delegate for reconsideration. It is not clear to me that the conclusion of the delegate would inevitably have been the same if the error of law had not been made. The matter should be reconsidered by a different delegate in keeping with these reasons. The application for judicial review is allowed, with costs.

### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT IS that

1. The application for judicial review is allowed, with costs.
2. The matter should be reconsidered by a different delegate of the Minister.

n'est pas la seule possible, mais conclure néanmoins que l'ensemble de la preuve n'établit pas l'existence d'un soupçon raisonnable voulant que l'argent soit un produit de la criminalité. Les deux conclusions ne s'excluent pas mutuellement. En cela, le procès pénal est différent, car si la Couronne ne s'acquitte pas du fardeau de la preuve qui lui incombe, il subsiste, par définition, un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Là encore, cela me donne à penser que le recours à la langue et aux exigences du droit pénal n'est pas judicieux en l'espèce.

### 3. Conclusion

[25] Compte tenu de ce qui précède, je conclus que le représentant a commis une erreur de droit en imposant un fardeau de la preuve trop lourd et une norme de preuve trop exigeante à M. Qasem. En outre, je nourris certaines réserves en général quant aux recours, dans le genre d'affaires à la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable suivie en droit pénal. Suivre sur cette norme peut détourner l'attention du décideur de la véritable question : savoir s'il existe un soupçon raisonnable que l'argent en question constitue un produit de la criminalité.

[26] Bien que je constate que le représentant disposait de preuves qui pourraient satisfaire à la norme du soupçon raisonnable de toute façon, je crois qu'il serait prudent de renvoyer l'affaire à un autre représentant pour nouvel examen. Il n'est pas manifeste que la conclusion du représentant aurait été inévitablement la même s'il n'avait pas commis d'erreur de droit. L'affaire doit être examinée à nouveau par un autre représentant qui tiendra compte des présents motifs. La demande de contrôle judiciaire sera accueillie, avec dépens.

### JUGEMENT

LA COUR STATUE que :

1. La présente demande de contrôle judiciaire est accueillie, avec dépens.
2. L'affaire doit être examinée de nouveau par un autre représentant du ministre.

## Annex

*Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act, S.C. 2000, c. 17.*

**12.** (1) Every person or entity referred to in subsection (3) shall report to an officer, in accordance with the regulations, the importation or exportation of currency or monetary instruments of a value equal to or greater than the prescribed amount.

...

**18.** (1) If an officer believes on reasonable grounds that subsection 12(1) has been contravened, the officer may seize as forfeit the currency or monetary instruments.

(2) The officer shall, on payment of a penalty in the prescribed amount, return the seized currency or monetary instruments to the individual from whom they were seized or to the lawful owner unless the officer has reasonable grounds to suspect that the currency or monetary instruments are proceeds of crime within the meaning of subsection 462.3(1) of the *Criminal Code* or funds for use in the financing of terrorist activities.

...

**25.** A person from whom currency or monetary instruments were seized under section 18, or the lawful owner of the currency or monetary instruments, may within 90 days after the date of the seizure request a decision of the Minister as to whether subsection 12(1) was contravened, by giving notice in writing to the officer who seized the currency or monetary instruments or to an officer at the customs office closest to the place where the seizure took place.

...

**29.** (1) If the Minister decides that subsection 12(1) was contravened, the Minister may, subject to the terms and conditions that the Minister may determine,

(a) decide that the currency or monetary instruments or, subject to subsection (2), an amount of money equal to their value on the day the Minister of Public Works and Government Services is informed of the decision, be returned, on payment of a penalty in the prescribed amount or without penalty;

## Annexe

*Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes, L.C. 2000, ch. 17.*

**12.** (1) Les personnes ou entités visées au paragraphe (3) sont tenues de déclarer à l'agent, conformément aux règlements, l'importation ou l'exportation des espèces ou effets d'une valeur égale ou supérieure au montant réglementaire.

[...]

**18.** (1) S'il a des motifs raisonnables de croire qu'il y a eu contravention au paragraphe 12(1), l'agent peut saisir à titre de confiscation les espèces ou effets.

[...]

(2) Sur réception du paiement de la pénalité réglementaire, l'agent restitué au saisi ou au propriétaire légitime les espèces ou effets saisis sauf s'il soupçonne, pour des motifs raisonnables, qu'il s'agit de produits de la criminalité au sens du paragraphe 462.3(1) du *Code criminel* ou de fonds destinés au financement des activités terroristes.

[...]

**25.** La personne entre les mains de qui ont été saisis des espèces ou effets en vertu de l'article 18 ou leur propriétaire légitime peut, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la saisie, demander au ministre de décider s'il y a eu contravention au paragraphe 12(1) en donnant un avis écrit à l'agent qui les a saisis ou à un agent du bureau de douane le plus proche du lieu de la saisie.

[...]

**29.** (1) S'il décide qu'il y a eu contravention au paragraphe 12(1), le ministre peut, aux conditions qu'il fixe :

a) soit restituer les espèces ou effets ou, sous réserve du paragraphe (2), la valeur de ceux-ci à la date où le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux est informé de la décision, sur réception de la pénalité réglementaire ou sans pénalité;

(b) decide that any penalty or portion of any penalty that was paid under subsection 18(2) be remitted; or

(c) subject to any order made under section 33 or 34, confirm that the currency or monetary instruments are forfeited to Her Majesty in right of Canada.

The Minister of Public Works and Government Services shall give effect to a decision of the Minister under paragraph (a) or (b) on being informed of it.

b) soit restituer tout ou partie de la pénalité versée en application du paragraphe 18(2);

c) soit confirmer la confiscation des espèces ou effets au profit de Sa Majesté du chef du Canada, sous réserve de toute ordonnance rendue en application des articles 33 ou 34.

Le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, dès qu'il en est informé, prend les mesures nécessaires à l'application des alinéas a) ou b).

T-1415-04  
2008 FC 33

T-1415-04  
2008 CF 33

**Dora Sfetkopoulos, David McGregor, Priscilla Lavell, Eugene Harack, Robin Turney, Ronald Folz, Michael Gibbison, Timothy Degans, Mark Hukulak, Leonard Sisson, Paul Manning, Ron Reid, Ron Speck, John Lobraico, Eddie Wallace, Michael Delarmee, Ronald George Wilson, and Jeffrey Long**  
(*Applicants*)

**Dora Sfetkopoulos, David McGregor, Priscilla Lavell, Eugene Harack, Robin Turney, Ronald Folz, Michael Gibbison, Timothy Degans, Mark Hukulak, Leonard Sisson, Paul Manning, Ron Reid, Ron Speck, John Lobraico, Eddie Wallace, Michael Delarmee, Ronald George Wilson, et Jeffrey Long**  
(*demandeurs*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Le procureur général du Canada** (*défendeur*)

**INDEXED AS: SFETKOPOULOS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)**

**RÉPERTORIÉ: SFETKOPOULOS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)**

Federal Court, Strayer D.J.—Toronto, December 3, 2007; Ottawa, January 10, 2008.

Cour fédérale, juge suppléant Strayer—Toronto, 3 décembre 2007; Ottawa, 10 janvier 2008.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Judicial review seeking order declaring Marihuana Medical Access Regulations, s. 41(b.1) invalid — S. 41(b.1) providing person designated under Regulations to produce marihuana for authorized user suffering from serious medical condition only capable of doing so for one such user — This restriction on access infringing applicants' liberty, security rights under Charter, s. 7 as, inter alia, forcing authorized users not capable of growing for themselves or of engaging designated producer to seek marihuana on black market — No substantial, compelling collective interests justifying s. 41(b.1)—S. 41(b.1) arbitrary, inconsistent with rule of law, fundamental justice — Application allowed.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Contrôle judiciaire en vue de faire déclarer invalide l'art. 41b.1) du Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales — L'art. 41b.1) précise que la personne désignée en vertu du Règlement pour produire de la marihuana pour un utilisateur autorisé souffrant d'un grave problème de santé ne peut le faire qu'à l'égard d'un seul utilisateur — Cette restriction à l'accès viole les droits à la liberté et à la sécurité des demandeurs prévus à l'art. 7 de la Charte puisqu'elle oblige notamment les utilisateurs autorisés qui ne peuvent pas cultiver leur propre marihuana et qui ne peuvent pas avoir recours aux services d'un producteur désigné à acheter de la marihuana au marché noir — Il n'y avait pas d'intérêts collectifs importants et impérieux qui justifiaient l'art. 41b.1) — L'art. 41b.1) est arbitraire et il n'est pas conforme à la primauté du droit et aux principes de justice fondamentale — Demande accueillie.*

*Food and Drugs — Marihuana Medical Access Regulations allowing certain persons with serious medical conditions to apply for authorization to possess (ATP) marihuana — Regulations limiting lawful sources of supply to marihuana produced by ATP holder, by person they designate, or from licensed dealer — Regulations, s. 41(b.1) providing designated person may only produce for one ATP holder — This restriction contrary to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.*

*Aliments et Drogues — Le Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales permet à certaines personnes souffrant de graves problèmes de santé de présenter une demande pour obtenir une autorisation de possession (AP) de marihuana — Le Règlement limite les sources licites d'approvisionnement en marihuana aux titulaires d'AP qui produisent leur marihuana, aux personnes que les titulaires d'AP désignent comme producteurs ou au producteur titulaire de licence — L'art. 41b.1) du Règlement précise que la personne désignée ne peut produire que pour un seul titulaire d'AP — Cette restriction contrevient à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés.*

Under the *Marihuana Medical Access Regulations*, persons suffering from a terminal disease, symptoms associated with such a disease or certain other conditions are entitled to apply to the Minister of Health for an authorization to possess (ATP) dried marihuana. The Regulations limit the lawful sources of supply of dried marihuana for the ATP holder to marihuana produced by that holder or by a person they designate, or from a licensed dealer as provided for by the *Interim Policy for the Provision of Marihuana Seeds and Dried Marihuana Product for Medical Purposes in Canada*. The person designated by the ATP holder must obtain a designated person production licence, and can produce for only one ATP holder pursuant to paragraph 41(b.1). This was an application for judicial review of the decision of the Minister of Health refusing to grant Carasel Harvest Supply Corporation of Smith Falls, Ontario licences to produce marihuana for more than one of the ATP holding applicants. More specifically, pursuant to *Constitution Act, 1982*, subsection 52(1) the applicants sought an order declaring paragraph 41(b.1) of the Regulations invalid as being contrary to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and referring the matter back to the Minister for reconsideration.

*Held*, the application should be allowed.

There were no substantial and compelling collective interests against which the applicants' section 7 rights (in this case, liberty and security) could be subordinated. These rights include the right to choose, on medical advice, to use marihuana for the treatment of a serious condition, and the right not to have one's physical liberty endangered by the risk of imprisonment from having to access marihuana illicitly. They also include the right for those with a medical need to have access to medication without undue state interference. The respondent's arguments to justify paragraph 41(b.1) were all rejected. Paragraph 41(b.1) was thus found to be inconsistent with the rule of law and the principles of fundamental justice. It leaves those ATP holders who cannot grow for themselves and who cannot engage a designated producer because of the restrictions imposed on the latter by the Regulations, to seek marihuana in the black market. It is also not tenable for the government, consistently with the right established in other courts for qualified medical users to have reasonable access to marihuana, to force them either to buy from the government contractor, grow their own or be limited to the unnecessarily restrictive system of designated producers. Finally, paragraph 41(b.1) is arbitrary in the sense that it causes individuals a major difficulty with access while providing no commensurate furtherance of the interests of the state. Paragraph 41(b.1) infringes on

Le *Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales* précise que des personnes souffrant d'une maladie en phase terminale, de symptômes associés à une telle maladie ou de certaines autres maladies ont le droit de présenter une demande au ministre de la Santé pour obtenir une autorisation de possession (AP) de marihuana séchée. Le *Règlement* limite les sources licites d'approvisionnement en marihuana séchée aux titulaires d'AP qui produisent leur marihuana eux-mêmes, aux personnes que les titulaires d'AP désignent comme producteurs ou au producteur titulaire de licence visé par la *Politique provisoire pour la fourniture de semences de marihuana et de marihuana séchée à des fins médicales au Canada*. La personne désignée par le titulaire d'AP doit obtenir une licence de production à titre de personne désignée et ne peut produire que pour un seul titulaire d'AP en vertu du paragraphe 41b.1). Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministre de la Santé a refusé d'octroyer à Carasel Harvest Supply Corporation de Smith Falls (Ontario) des licences de production de marihuana pour plus d'un des demandeurs titulaires d'AP. Plus particulièrement, les demandeurs ont demandé, en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, que le paragraphe 41b.1) du *Règlement* soit déclaré invalide parce qu'il contrevient à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que la demande soit renvoyée au ministre pour nouvel examen.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Il n'y avait pas d'intérêts collectifs importants et impérieux auxquels les intérêts des demandeurs prévus à l'article 7 (la liberté et la sécurité en l'espèce) pouvaient être subordonnés. Ces intérêts comprennent le droit de choisir, en fonction d'un avis médical, d'utiliser la marihuana comme traitement pour un grave problème de santé, ainsi que le droit d'une personne de ne pas voir sa liberté physique mise en danger par le risque d'être emprisonnée pour avoir obtenu de la marihuana illégalement. Ces intérêts comprennent aussi le droit des personnes qui ont un besoin médical d'avoir accès à des médicaments sans que l'État ne s'interpose indûment. Les arguments que le défendeur a invoqués à l'appui du paragraphe 41b.1) ont tous été rejetés. La Cour a donc conclu que cette disposition n'est pas conforme à la primauté du droit et aux principes de justice fondamentale. Cette disposition oblige les titulaires d'AP qui ne peuvent pas cultiver leur propre marihuana et qui ne peuvent pas avoir recours aux services d'un producteur désigné en raison des restrictions imposées par le *Règlement* à acheter de la marihuana au marché noir. En outre, vu le droit établi par d'autres tribunaux selon lequel les utilisateurs à des fins médicales devraient avoir un accès raisonnable à la marihuana, il est indéfendable que le gouvernement force ces utilisateurs à s'approvisionner chez son fournisseur, à cultiver leur propre marihuana ou à être limités par le système inutilement restrictif des

section 7 liberty and security rights.

The matter was sent back to the Minister for reconsideration. It was not appropriate for the Court to retain supervisory jurisdiction because it would be required to monitor future legislation and veto proposed regulations apparently inconsistent with a right of access. The declaration making paragraph 41(b.1) of the Regulations invalid was self-executing. No implementation was required.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7, 23, 24(1).
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 52(1).
- Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 4.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14).
- Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27.
- Marihuana Medical Access Regulations*, SOR/2001-227, ss. 41(b) (as rep. by SOR/2003-387, s. 9), (b.1) (as enacted *idem*), 54 (as rep. *idem*, s. 10), 54.1 (as enacted *idem*, s. 11).
- Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 6.
- Regulations Amending the Marihuana Medical Access Regulations*, SOR/2003-387.
- Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, March 30, 1961, [1964] Can. T.S. No. 30, Art. 23.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### DISTINGUISHED:

*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3; 218 N.S.R. (2d) 311; 232 D.L.R. (4th) 577; 45 C.P.C. (5th) 1; 112 C.R.R. (2d) 202; 312 N.R. 1; 2003 SCC 62; revg (2001), 194 N.S.R. (2d) 323; 203 D.L.R. (4th) 128; 85 C.R.R. (2d) 189; 2001 NSCA 104; revg (2000), 185 N.S.R. (2d) 246; 575 A.P.R. 246 (S.C.).

##### CONSIDERED:

*R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481; 188 D.L.R. (4th)

producteurs désignés. Enfin, le paragraphe 41b.1) est arbitraire puisqu'il cause aux utilisateurs d'importantes difficultés en matière d'accès et qu'il n'avance pas l'intérêt de l'État. Le paragraphe 41b.1) viole les droits à la liberté et à la sécurité prévus à l'article 7.

L'affaire a été renvoyée au ministre pour nouvel examen. Il n'était pas opportun pour la Cour de garder un pouvoir de contrôle parce qu'elle serait tenue de surveiller les lois à venir et d'exercer un droit de veto sur toute proposition de règlement qui semblerait incompatible avec le droit à l'accès. La déclaration qui rend le paragraphe 41b.1) du Règlement invalide était automatiquement exécutoire. Aucune application n'était nécessaire.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7, 23, 24(1).
- Convention unique sur les stupéfiants de 1961*, 30 mars 1961, [1964] R.T. Can. n° 30, art. 23.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 52(1).
- Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 4.
- Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14).
- Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 6.
- Règlement modifiant le Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales*, DORS/2003-387.
- Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales*, DORS/2001-227, art. 41b) (abr. par DORS/2003-387, art. 9), b.1) (édicte, *idem*), 54 (abr., *idem*, art. 10), 54.1 (édicte, *idem*, art. 11).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3; 2003 CSC 62; infirmant (2001), 194 N.S.R. (2d) 323; 203 D.L.R. (4th) 128; 85 C.R.R. (2d) 189; 2001 NSCA 104; infirmant (2000), 185 N.S.R. (2d) 246; 575 A.P.R. 246 (C.S.)

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481; 188 D.L.R. (4th)

385; 146 C.C.C. (3d) 193; 37 C.R. (5th) 97; 75 C.R.R. (2d) 233; 135 O.A.C. 1 (C.A.); revg in part (1997), 12 C.R. (5th) 251; 48 C.R.R. (2d) 352 (Ont. Prov. Div.); *Hitzig v. Canada* (2003), 171 C.C.C. (3d) 18; 10 C.R. (6th) 122; 101 C.R.R. (2d) 320 (Ont. S.C.J.); appeal dismissed; cross-appeal allowed in part (2003), 231 D.L.R. (4th) 104; 177 C.C.C. (3d) 449; 14 C.R. (6th) 1; 111 C.R.R. (2d) 201 (Ont. C.A.); application for leave to appeal to S.C.C. dismissed, [2004] 1 S.C.R. x; *R. v. Long* (2007), 88 O.R. (3d) 146; 226 C.C.C. (3d) 66; 159 C.R.R. (2d) 301; 2007 ONCJ 340.

## REFERRED TO:

*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; (1985), 24 D.L.R. (4th) 536; [1986] 1 W.W.R. 481; 69 B.C.L.R. 145; 23 C.C.C. (3d) 289; 48 C.R. (3d) 289; 18 C.R.R. 30; 36 M.V.R. 240; 63 N.R. 266; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342; [1993] 7 W.W.R. 641; 56 W.A.C. 1; 82 B.C.L.R. (2d) 273; 34 B.C.A.C. 1; 85 C.C.C. (3d) 15; 24 C.R. (4th) 281; 158 N.R. 1; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; (1994), 120 D.L.R. (4th) 348; 50 B.C.A.C. 161; 94 C.C.C. (3d) 481; 34 C.R. (4th) 133; 24 C.R.R. (2d) 189; 174 N.R. 81; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791; (2005), 254 D.L.R. (4th) 577; 130 C.R.R. (2d) 99; 335 N.R. 25; 2005 SCC 35.

## AUTHORS CITED

Health Canada. Drug Strategy and Controlled Substances Programme. *Interim Policy for the Provision of Marihuana Seeds and Dried Marihuana Product for Medical Purposes in Canada*, July 2003.  
Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2003-387, *C. Gaz.* 2003.II.2984.

APPLICATION for an order declaring that paragraph 41(b.1) of the *Marihuana Medical Access Regulations*, which provides that a person designated pursuant to the Regulations to produce marihuana for an authorized user may only do so for one such user, is contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, section 7. Application allowed.

## APPEARANCES:

*Ron Marzel* and *Alan Young* for applicants.  
*Christopher K. Leafloor* and *James Gorham* for respondent.

385; 146 C.C.C. (3d) 193; 37 C.R. (5th) 97; 75 C.R.R. (2d) 233; 135 O.A.C. 1 (C.A.); infirmant en partie (1997), 12 C.R. (5th) 251; 48 C.R.R. (2d) 352 (Div. prov. Ont.); *Hitzig v. Canada* (2003), 171 C.C.C. (3d) 18; 10 C.R. (6th) 122; 101 C.R.R. (2d) 320 (C.S.J. Ont.); appel rejeté; appel incident accueilli en partie (2003), 231 D.L.R. (4th) 104; 177 C.C.C. (3d) 449; 14 C.R. (6th) 1; 111 C.R.R. (2d) 201 (C.A. Ont.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2004] 1 R.C.S. x; *R. v. Long* (2007), 88 O.R. (3d) 146; 226 C.C.C. (3d) 66; 159 C.R.R. (2d) 301; 2007 ONCJ 340.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791; 2005 CSC 35.

## DOCTRINE CITÉE

Santé Canada. Programme de la stratégie antidrogue et des substances contrôlées. *Politique provisoire pour la fourniture de semences de marihuana et de marihuana séchée à des fins médicales du Canada*, juillet 2003.  
Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2003-387, *Gaz. C.* 2003.II.2984.

DEMANDE en vue d'obtenir une déclaration portant que le paragraphe 41b.1) du *Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales*, qui précise que la personne désignée en vertu du Règlement pour produire de la marihuana pour un utilisateur autorisé ne peut le faire qu'à l'égard d'un seul utilisateur, contrevient à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Demande accueillie.

## ONT COMPARU :

*Ron Marzel* et *Alan Young* pour les demandeurs.  
*Christopher K. Leafloor* et *James Gorham* pour le défendeur.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Marzel and Associates*, Toronto, for applicants.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

STRAYER D.J.:

## INTRODUCTION

[1] This is an application for judicial review. The applicants ask that the Court declare invalid paragraph 41(b.1) [as enacted by SOR/2003-387, s. 9] of the *Marihuana Medical Access Regulations*, SOR/2001-227 (MMAR). A request in the original application for *mandamus* requiring the Minister of Health to authorize Carasel Harvest Supply Corporation (Carasel) to be a designated producer of medicinal cannabis for all of the applicants has been withdrawn. Instead the applicants ask that the matter be referred back to the Minister for reconsideration. The applicants also request that this Court retain supervisory jurisdiction over Health Canada's implementation of a revised process for allowing a single designated producer of medical marihuana to produce for more than one medical user.

## FACTS

[2] The MMAR permit certain persons to apply to the Minister of Health for authorization to possess (ATP) dried marihuana. The application must show that the applicant suffers from a terminal disease specified in the Regulations, or from symptoms associated with such diseases, or certain other conditions where the medical opinions certify that marihuana might mitigate such conditions. The Regulations limit the lawful sources of supply of dried marihuana for the ATP holder to marihuana produced by that holder or by a person designated by him, or from a licensed dealer. If the ATP holder produces for himself he must have a personal-use production licence (PPL). If he obtains from a person he designates, that person must obtain a designated-person

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Marzel and Associates*, Toronto, pour les demandeurs.

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

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

LE JUGE SUPPLÉANT STRAYER :

## INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire. Les demandeurs demandent à la Cour de déclarer invalide l'alinéa 41b.1 [édicte par DORS/2003-387, art. 9] du *Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales*, DORS/2001-227 (le RAMM). Les demandeurs ont retiré la requête, présentée dans la première demande, en obtention d'un bref de *mandamus* ordonnant au ministre de la Santé d'autoriser la désignation de Carasel Harvest Supply Corporation (Carasel) à titre de producteur de marihuana à des fins médicales pour tous les demandeurs. Les demandeurs demandent plutôt que l'affaire soit renvoyée au ministre pour nouvel examen. Ils demandent aussi que la Cour garde un pouvoir de contrôle sur Santé Canada pour la mise en œuvre d'un processus révisé permettant à un producteur désigné de marihuana à des fins médicales d'en produire pour plus d'un utilisateur à la fois.

## LES FAITS

[2] Le RAMM permet à certaines personnes de présenter une demande au ministre de la Santé pour obtenir une autorisation de possession (AP) de marihuana séchée. La demande doit démontrer que le demandeur souffre d'une maladie en phase terminale, au sens du Règlement, de symptômes associés à une telle maladie, ou de certaines autres maladies dont les symptômes, selon les professionnels de la santé, pourraient être atténués par l'utilisation de la marihuana. Le Règlement limite les sources licites d'approvisionnement en marihuana séchée aux titulaires d'AP qui produisent leur marihuana eux-mêmes, aux personnes que les titulaires d'AP désignent comme producteurs, ou aux producteurs titulaires de licences. Si le titulaire

production licence (DPL). That licence holder can obtain a licence to produce for only one user (MMAR, paragraph 41(b.1), and may not produce marihuana in common with more than two other holders of DPLs (MMAR, section 54.1[as enacted by SOR/2003-387, s.11]). There is one licensed dealer in Canada, Prairie Plant Systems Inc. (PPS) which grows marihuana under contract with the Government of Canada in a mine in Flin Flon, Manitoba. That production is further processed in Saskatoon, Saskatchewan.

[3] All of the present applicants applied to the Minister of Health to designate as their producer Carasel of Smith Falls, Ontario. The manager of Carasel was licensed to produce marihuana for one of the applicants and her husband was licensed to produce for another. Otherwise the applicants' request for licences designating Carasel as their DPL were refused as advised in a letter dated May 20, 2004, to Carasel from the Director General, Drug Strategy and Controlled Substances Program of Health Canada basing the decision on paragraph 41(b) [repealed, *idem*, s. 9] of the MMAR. This paragraph read as follows:

**41.** The Minister shall refuse to issue a designated-person production licence [if]

...

(b) the designated person would be the holder of more than one licence to produce;

(In point of fact, paragraph 41(b) had by then been found invalid as described below, and had been replaced by an identical provision re-enacted as paragraph 41(b.1).)

[4] This issue has a substantial history. Prior to the adoption of the MMAR there was no authorized system for persons with severe medical conditions to obtain

d'AP produit sa propre marihuana, il doit détenir une licence de production à des fins personnelles (LPP). S'il l'obtient d'une personne qu'il a désignée comme producteur, cette personne doit obtenir une licence de production à titre de personne désignée (LPPD). Ce titulaire de licence ne peut obtenir une licence de production que pour un seul utilisateur (RAMM, alinéa 41b.1)) et ne peut produire de la marihuana en commun avec plus de deux autres titulaires de licence de production (RAMM, article 54.1[édicte par DORS/2003-387, art. 11]). Il y a un producteur titulaire de licence au Canada, Prairie Plant Systems Inc. (PPS), qui produit de la marihuana dans une mine à Flin Flon (Manitoba) en vertu d'un contrat avec le gouvernement du Canada. Cette production est transformée à Saskatoon (Saskatchewan).

[3] Tous les demandeurs en l'espèce ont présenté une demande au ministre de la Santé visant à désigner Carasel de Smith Falls (Ontario) comme leur producteur. La gestionnaire de Carasel et son époux étaient titulaires de licences de production de marihuana pour deux des demandeurs. Les demandes des autres demandeurs, qui visaient à faire désigner Carasel comme leur titulaire de LPPD, ont été refusées dans une lettre envoyée le 20 mai 2004 à Carasel par le directeur général du Programme de la stratégie antidrogue et des substances contrôlées de Santé Canada. Cette décision était fondée sur l'alinéa 41b) [abrogé, *idem*, art. 9] du RAMM, qui prévoit :

**41.** Le ministre refuse de délivrer la licence de production à titre de personne désignée:

[...]

b) dans le cas où la personne désignée deviendrait titulaire de plus d'une licence de production si la licence était délivrée;

(En fait, l'alinéa 41b) avait déjà été déclaré invalide, comme je l'expliquerai plus loin, et avait été remplacé par une disposition identique remise en vigueur comme l'alinéa 41b.1).)

[4] La question soulevée dans la présente affaire n'est pas nouvelle. Avant l'adoption du RAMM, les gens souffrant d'une maladie grave qui voulaient obtenir de

dried marihuana. The possession of such marihuana was prohibited by the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, section 4 and by the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, section 6 [this Act was repealed by the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, s. 94]. While there had been some other cases touching on this problem, the first leading authority was the case of *R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481 decided by the Ontario Court of Appeal in July 2000. Mr. Parker suffered from epilepsy and found that smoking marihuana helped him avoid serious symptoms. He was charged with possession and cultivation of marihuana. Evidence from his doctor and from experts generally supported the beneficial effects of marihuana, particularly for those suffering from epilepsy. The trial Judge [(1997), 12 C.R. (5th) 251 (Ont. Prov. Div.)] had found that the evidence established the therapeutic effects of marihuana in treatment of epilepsy and that its denial to the defendant was an infringement of section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. He therefore granted an exemption to the defendant from the statutes prohibiting possession of marihuana. On appeal, the Ontario Court of Appeal confirmed that section 4 of the *Controlled Drugs and Substances Act* (the *Narcotics Control Act* having been repealed in the interim) was invalid in that it deprived Mr. Parker of his rights to liberty and security contrary to section 7 of the Charter. In its judgment of July 31, 2000, the Court declared section 4 invalid but suspended the declaration for a year to allow the government to provide some substitute arrangement consistent with the Court's decision. One day before the expiry of that suspension, on July 30, 2001, the Governor in Council enacted the MMAR. Those Regulations, while providing a system for medical users with ATPs to grow and possess marihuana legally or to obtain it legally from a DPL, drastically restricted the use of DPLs. The MMAR prohibited compensation being paid to a designated producer and more seriously, limited the production of a DPL to one customer. These Regulations came under attack in *Hitzig v. Canada* (2003), 171 C.C.C. (3d) 18 in the Ontario Superior Court of Justice. On January 9, 2003, that Court found the Regulations limiting an ATP's supply to either marihuana grown by the user or

la marihuana séchée ne disposaient d'aucun recours officiel. La possession de la marihuana était interdite par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, article 4, et par la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, article 6 [cette Loi a été abrogée par la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, art. 94]. Bien qu'il y ait eu d'autres affaires portant sur la question, la première affaire à faire jurisprudence a été l'arrêt *R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481 de la Cour d'appel de l'Ontario, rendue en juillet 2000. M. Parker souffrait d'épilepsie et avait remarqué qu'il évitait certains symptômes graves lorsqu'il fumait de la marihuana. Il a été accusé de possession et de culture de marihuana. Les témoignages de son médecin et d'experts soutenaient en général l'argument selon lequel la marihuana avait des effets bénéfiques, particulièrement pour les personnes souffrant d'épilepsie. Le juge de première instance [(1997), 12 C.R. (5th) 251 (Div. prov. Ont.)] avait conclu que la preuve démontrait les effets thérapeutiques de la marihuana dans le traitement de l'épilepsie et que l'interdiction au défendeur d'en posséder violait l'article 7 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). Par conséquent, il avait accordé à l'intimé une exemption des lois qui interdisaient la possession de la marihuana. En appel, la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé que l'article 4 de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* (la *Loi sur les stupéfiants* ayant été abrogée entre-temps) était invalide puisqu'il privait M. Parker de ses droits en matière de liberté et de sécurité, en contravention avec l'article 7 de la Charte. Dans le jugement rendu le 31 juillet 2000, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que l'article 4 était invalide, mais a suspendu la déclaration pour un an afin de permettre au gouvernement de prévoir une disposition de remplacement conforme à la décision. Un jour avant l'expiration de la suspension, le 30 juillet 2001, la gouverneure en conseil a édicté le RAMM. Ce Règlement prévoyait un système pour que les utilisateurs de marihuana à des fins médicales titulaires d'AP puissent en faire la culture et puissent être légalement en possession de marihuana ou puissent en obtenir légalement auprès d'un titulaire de LPPD, mais

by a DPL (where the DPL could not be paid and could only grow for one user) were so restrictive as to force many users to obtain marihuana illicitly on the black market. (PPS had not at that time been licensed as a dealer to provide its production to users: at that time its production was being used for research only.) The Superior Court of Justice held that the Regulations infringed Mr. Hitzig's rights of liberty and security under section 7 of the Charter. The learned Judge found that the restrictions were not in accordance with the principles of fundamental justice because there was no rational connection between the restrictions and the state's interests. In response, in July 2003, Health Canada developed the *Interim Policy for the Provision of Marihuana Seeds and Dried Marihuana Product for Medical Purposes in Canada*. This policy, combined with some amendments to the MMAR, allowed people with an ATP to obtain dried marihuana or a marihuana seed directly from PPS. While this was announced before the hearing by the Ontario Court of Appeal of *Hitzig*, the Court was not asked to take into account the constitutionality of that policy or whether it affected the constitutionality of the Regulations held by the Ontario Superior Court of Justice to be invalid. The Ontario Court of Appeal rendered its judgment in *Hitzig* on October 7, 2003 [(2003), 231 D.L.R. (4th) 104]. It held various aspects of the MMAR to be invalid. The portions of concern to us are those relating to access to supply. The Court struck down the requirements that a DPL not be compensated and that he be confined to one customer. The Court was particularly concerned that even the government recognized that many holders of an ATP could not obtain a licit supply of marihuana but would have to resort to the black market. Requiring medical users to obtain their supplies illicitly infringed their liberty and security interests, which interests embraced a right of reasonable access to a substance which the government acknowledges they may possess and consume. It found that the principles of fundamental justice include the recognition of the rule of law, and that state conduct which leads to—indeed countenances—violation of the law is contrary to those principles. Further, it applied the test of whether the restrictions furthered some substantial and compelling collective interest, and it could find none. In considering the government's invocation of section 1 of the Charter, the Court held that for similar reasons the restrictions imposed in the Regulations on access to marihuana for

il restreignait sévèrement l'utilisation des LPPD. Le RAMM interdisait qu'un producteur désigné soit payé et, de façon plus importante, il limitait la production permise pour chaque LPPD à un seul client. Le Règlement a été contesté dans l'affaire *Hitzig v. Canada* (2003), 171 C.C.C. (3d) 18, devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. Le 9 janvier 2003, la Cour supérieure de justice a conclu que le Règlement, qui limitait l'approvisionnement d'un titulaire d'AP à de la marihuana qu'il produisait lui-même ou qui était produite par un titulaire de LPPD (lequel titulaire ne pouvait pas être payé et ne pouvait produire que pour un seul utilisateur), était si restreignant qu'il forçait de nombreux utilisateurs à obtenir leur marihuana de façon illicite au marché noir. (À l'époque, PPS n'avait pas encore obtenu de licence pour fournir son produit aux utilisateurs : sa production était alors utilisée à des fins de recherche seulement.) La Cour supérieure de justice a conclu que le Règlement privait M. Hitzig de ses droits à la liberté et à la sécurité prévus à l'article 7 de la Charte. Le juge a conclu que les restrictions ne respectaient pas les principes de justice fondamentale parce qu'il n'y avait aucun lien raisonnable entre les restrictions et l'intérêt de l'État. En réponse, en juillet 2003, Santé Canada a élaboré la *Politique provisoire pour la fourniture de semences de marihuana et de marihuana séchée à des fins médicales du Canada*. Cette politique, jumelée à quelques modifications apportées au RAMM, permettait aux titulaires d'AP d'obtenir de la marihuana séchée ou des semences de marihuana directement chez PPS. Bien que cela fût annoncé avant l'audience de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Hitzig*, la Cour n'a pas eu à tenir compte de la constitutionnalité de la politique et n'a pas eu à déterminer si elle affectait la constitutionnalité du Règlement que la Cour supérieure de justice de l'Ontario avait déclaré invalide. La Cour d'appel de l'Ontario a rendu un jugement dans l'affaire *Hitzig* le 7 octobre 2003 [(2003), 231 D.L.R. (4th) 104]. Elle a conclu que certaines parties du RAMM étaient invalides. Les parties pertinentes quant à la présente demande sont celles qui portent sur l'accès à la marihuana. La Cour d'appel de l'Ontario a radié les exigences selon lesquelles un titulaire de LPPD ne pouvait pas être payé et qu'il ne pouvait fournir son produit qu'à un seul client. La Cour d'appel de l'Ontario était particulièrement inquiète du fait que même le gouvernement reconnaissait que de nombreux titulaires

medical purposes were not rationally connected to such legitimate objectives as the state had in controlling access to marihuana. As a result, the Court struck down several provisions in the MMAR. We are only concerned here with provisions concerning access by authorized persons. The Court struck down paragraph 41(b), the successor to which is in issue before me in the present case. The Court also struck down the provisions on compensation for DPLs and the limitations on them that they could only produce for one user and could grow jointly with only two other producers.

d'AP ne pouvaient pas obtenir de marihuana légalement et qu'ils devaient en trouver sur le marché noir. Le fait que des utilisateurs de marihuana à des fins médicales aient à obtenir leur produit de façon illicite portait atteinte à leurs intérêts en matière de liberté et de sécurité, lesquels intérêts comprenaient le droit d'avoir un accès raisonnable à une substance que le gouvernement leur permettait de posséder et de consommer. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que les principes de justice fondamentale comprenaient la reconnaissance de la primauté du droit et que le comportement de l'État, qui entraînait — et même qui se prêtait à — une violation de la loi, était contraire à ces principes. De plus, elle a appliqué le critère visant à déterminer si les restrictions soutenaient un intérêt collectif important et impérieux et a conclu que ce n'était pas le cas. Elle a examiné l'argument du gouvernement qui invoquait l'article premier de la Charte et a conclu que, pour des raisons semblables, les restrictions imposées par le Règlement au sujet de l'accès à la marihuana à des fins médicales n'étaient pas raisonnablement liées aux objectifs légitimes de l'État qui visaient à contrôler l'accès à la marihuana. Par conséquent, la Cour d'appel de l'Ontario a radié plusieurs dispositions du RAMM. En l'espèce, seules les dispositions portant sur l'accès à la marihuana pour les personnes autorisées sont pertinentes. La Cour d'appel de l'Ontario a radié l'alinéa 41b), dont la disposition de remplacement est en litige en l'espèce. La Cour d'appel de l'Ontario a aussi radié les dispositions portant sur le paiement des titulaires de LPPD et les restrictions selon lesquelles un tel titulaire ne pouvait produire de marihuana que pour un seul utilisateur et qu'il ne pouvait pas produire de la marihuana en commun avec plus de deux autres titulaires de licence de production.

[5] On December 3, 2003, the Governor in Council adopted several amendments to the MMAR (see SOR/2003-387). While it repealed a number of provisions which the Court in *Hitzig* had found to be invalid, including paragraph 41(b), it re-enacted paragraph 41(b) in virtually identical terms as paragraph 41(b.1) which requires the Minister to refuse to issue a designated-person production licence:

[5] Le 3 décembre 2003, la gouverneure en conseil a adopté plusieurs modifications au RAMM (voir DORS/2003-387). Bien que la version modifiée du RAMM abrogeât un certain nombre de dispositions que la Cour d'appel de l'Ontario avait invalidées dans *Hitzig*, y compris l'alinéa 41b), elle remettait cette dernière disposition en vigueur par l'alinéa 41b.1), dont les termes sont pratiquement identiques à la disposition abrogée, qui prévoyait que le ministre devait refuser de délivrer une licence de production à titre de personne désignée :

## 41. ...

(b.1) if the designated person would be the holder of more than one licence to produce...

It also re-enacted, as section 54.1, previous section 54 [repealed by SOR/2003-387, s. 10] which prohibited a DPL from producing in common with more than two other DPLs. It is the re-enacted paragraph 41(b.1) that the applicants seek to have declared invalid for essentially the same reasons as its predecessor was declared invalid in *Hitzig* by the Ontario Court of Appeal.

[6] The Minister, however, lays some stress on the fact that on December 3, 2003, with the coming into force of the amendments to the MMAR, Health Canada announced, as referred to above, its *Interim Policy for the Provision of Marihuana Seeds and Dried Marihuana Product for Medical Purposes*. This was designed to give authorized persons reasonable access to a legal source of supply. Essentially it facilitated ATP holders obtaining dried marihuana or seed from the government's contractor, PPS. It is not in dispute that as of the summer of 2007, fewer than 20% of persons with ATPs were obtaining their marihuana from PPS (in July 2007, 392 out of a total of 1 983 ATP holders).

## ANALYSIS

## Introduction

[7] The issue before me is that of reasonable access to a supply of dried marihuana or seed for those who already possess an authorization to possess marihuana. I have some misgivings about the Court prescribing therapeutic substances which are not drugs approved under the elaborate and scientific processes of the *Food and Drugs Act* [R.S.C., 1985, c. F-27], and on which there is far from a scientific consensus as to their benefits. But matters have moved well beyond that issue. The courts would not find themselves in the business of prescribing medical treatment were it not for the decision over 20 years ago that section 7 authorizes them (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R.

## 41. [...]

b.1) dans le cas où la personne deviendrait titulaire de plus d'une licence de production.

Elle remettait aussi en vigueur, par l'article 54.1, l'article 54 [abrogé par DORS/2003-387, art. 10] qui interdisait à un titulaire de LPPD de produire de la marihuana en commun avec plus de deux autres titulaires de LPPD. En l'espèce, les demandeurs demandent que l'alinéa 41b.1) remis en vigueur soit déclaré invalide pour sensiblement les mêmes raisons pour lesquelles l'alinéa 41b) a été invalidé dans l'arrêt *Hitzig* de la Cour d'appel de l'Ontario.

[6] Cependant, le ministre souligne que, le 3 décembre 2003, lorsque les modifications au RAMM sont entrées en vigueur, Santé Canada a annoncé, comme je l'ai mentionné, la mise en place de la *Politique provisoire pour la fourniture de semences de marihuana et de marihuana séchée à des fins médicales du Canada*. Cette politique avait pour objectif de fournir aux personnes autorisées un accès raisonnable à une source licite d'approvisionnement. Essentiellement, elle facilitait pour les titulaires d'AP l'obtention de marihuana séchée ou de semences de marihuana auprès du fournisseur du gouvernement, PPS. Il n'est pas contesté qu'en date de l'été 2007, moins de 20 p. 100 des titulaires d'AP obtenaient leur marihuana chez PPS (en juillet 2007, 392 des 1 983 titulaires d'AP obtenaient ainsi leur marihuana).

## ANALYSE

## Introduction

[7] La question en litige en l'espèce porte sur l'accès raisonnable à de la marihuana séchée ou à des semences de marihuana pour les personnes qui possèdent déjà une autorisation de possession de marihuana. J'ai quelques réserves au sujet du rôle de la Cour dans la prescription de substances thérapeutiques qui ne sont pas des médicaments approuvés conformément au processus complexe et scientifique prévu par la *Loi sur les aliments et drogues* [L.R.C. (1985), ch. F-27], et pour lesquels il n'existe aucun consensus scientifique au sujet de leurs bienfaits. Cependant, il faut aujourd'hui aller bien au-delà de cette question. Les tribunaux n'auraient pas à trancher sur des questions de prescription de

486), in the determination of what is contrary to the principles of fundamental justice, to pass judgment not only on the procedural fairness but also on the substantive correctness of the law. But we must apply the constitution as the Supreme Court of Canada has found it to be. It is clear that the Government of Canada has accepted, by adopting the MMAR and the Interim Policy, that undue restraints on access to marihuana for those to whom it has given authority to possess such substance do attract the strictures of section 7 of the Charter. These were the central findings by the Ontario Court of Appeal in the *Parker* and *Hitzig* decisions. It appears that the Crown never sought to appeal *Parker* and an application for leave to appeal in the *Hitzig* case was dismissed by the Supreme Court of Canada ([2004] 1 S.C.R.x), that appeal apparently being framed on the correctness of the remedies chosen by the Ontario Court of Appeal. After each of these decisions by the Ontario Court of Appeal, the Government of Canada took steps to make its law and practices conform to the Charter requirements identified by the Court. While the Attorney General in the present case sought to argue again the applicability of the principles of fundamental justice, it appears to me that the real issues in dispute here are as to whether the remedial steps taken by the government have brought it into conformity with the Charter requirements identified in *Parker* and *Hitzig*. The Attorney General has, correctly I believe, pointed out that those requirements do not include an obligation on the part of government to supply marihuana to medical users. What the Charter requires is that government not hinder for no good reason those with demonstrated medical need to obtain this substance.

#### Standard of Review

[8] While neither party raised this issue, I take it that it is incumbent on me to address it as this is a judicial review of a decision of the Minister or his delegate with respect to applications for designation of a supplier. Such decisions are of course reviewable under the

traitement médical si ce n'était d'une décision rendue il y a plus de 20 ans dans laquelle il a été conclu que l'article 7 de la Charte (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486), dans l'examen de ce qui est contraire aux principes de justice fondamentale, leur donne le pouvoir de rendre une décision non seulement sur la question de l'équité procédurale, mais aussi sur le bien-fondé de la loi. Il faut cependant appliquer la Constitution de la façon que la Cour suprême du Canada a déterminé. Il est évident qu'en adoptant le RAMM et la Politique provisoire, le gouvernement du Canada a accepté que les restrictions exagérées en matière d'obtention de marihuana pour les personnes à qui il a donné l'autorisation de posséder une telle substance contreviennent à l'article 7 de la Charte. Il s'agit là des conclusions principales de la Cour d'appel de l'Ontario dans les arrêts *Parker* et *Hitzig*. Il semble que la Couronne n'a jamais tenté de porter l'arrêt *Parker* en appel et la Cour suprême du Canada a rejeté la requête en autorisation d'appel de l'arrêt *Hitzig* ([2004], 1 R.C.S.x), puisque l'appel était apparemment fondé sur le bien-fondé des recours choisis par la Cour d'appel de l'Ontario. Après chacune de ces décisions de la Cour d'appel de l'Ontario, le gouvernement du Canada a tenté de rendre ses lois et pratiques conformes aux exigences fondées sur la Charte identifiées par la Cour. Bien que le procureur général ait tenté en l'espèce de contester de nouveau l'applicabilité des principes de justice fondamentale, il me semble que les véritables questions en litige portent sur la question de savoir si les mesures correctives que le gouvernement a prises ont rendu la loi conforme aux exigences fondées sur la Charte qui ont été formulées dans les arrêts *Parker* et *Hitzig*. Le procureur général a mentionné, correctement à mon avis, que ces exigences n'obligeaient pas le gouvernement à fournir de la marihuana à des fins médicales aux utilisateurs. La Charte prévoit que le gouvernement ne doit pas empêcher, sans raison valable, les personnes qui ont un besoin médical prouvé d'obtenir cette substance.

#### La norme de contrôle

[8] Bien que ni l'une ni l'autre partie n'ait soulevé la question, je suppose qu'il m'incombe de traiter de la question de la norme de contrôle en l'espèce comme il s'agit d'un contrôle judiciaire d'une décision du ministre ou de son représentant en ce qui concerne les demandes

*Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] without any privative clause. The nature of the question is essentially one of constitutional law. As such it is more amenable to authoritative determination by the courts rather than the Minister. While the parties have put some facts in issue, they were not facts which were put before the Minister: they are “legislative” facts presented to assist the constitutional analysis in this Court and are for determination by the Court. For these reasons I am satisfied the standard of review of the Minister’s decision is correctness.

#### Issues

[9] It appears to me that there are essentially two questions for me to determine. First, is paragraph 41(b.1) contrary to the Charter? Second, in determining this does the Interim Policy of December 3, 2003, whereby greater access is provided to PPS product, provide a factual context in which paragraph 41(b.1) can be seen as a permissible limitation on one form of supply, namely that from designated producers?

[10] I am satisfied from the decisions of the Ontario Court of Appeal in *Parker* and in *Hitzig*, that paragraph 41(b.1) is a restriction on section 7 liberty and security rights of the applicants. This is the paragraph which has been evoked by the Minister to prevent them from being able to choose their designated producer, namely Carasel. In determining whether there is a breach of section 7 of the Charter, one must first find an infringement of an interest protected by section 7 and then consider whether, if there is a restriction on that interest, it is in accordance with the principles of fundamental justice. For the reasons given by the Ontario Court of Appeal in *Hitzig*, at paragraphs 97-104, I conclude that both the liberty and security interests of the applicants are negatively affected by paragraph 41(b.1). As for the liberty interests, “liberty” comprehends the right to make decisions of

de désignation d’un fournisseur. Bien entendu, le contrôle judiciaire de telles décisions est prévu par la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], sans clause privative. La question relève essentiellement du droit constitutionnel. Par conséquent, elle se prête mieux à une décision contraignante rendue par les tribunaux que par le ministre. Bien que les parties aient présenté des faits en cause, il ne s’agissait pas de faits qui avaient été présentés au ministre : ce sont des faits « législatifs » présentés dans le but d’aider la Cour à effectuer son analyse constitutionnelle et sur lesquels la Cour doit se prononcer. Pour ces motifs, je suis convaincu que la décision correcte est la norme de contrôle applicable à la décision du ministre.

#### Les questions en litige

[9] À mon avis, il y a essentiellement deux questions à trancher. Premièrement, l’alinéa 41b.1) contrevient-il à la Charte? Deuxièmement, pour répondre à cette question, la Politique provisoire qui est entrée en vigueur le 3 décembre 2003, en vertu de laquelle un meilleur accès aux produits de PPS est offert, fournit-elle un contexte factuel grâce auquel il est possible de conclure que l’alinéa 41b.1) peut être perçu comme une restriction autorisée au sujet d’une forme d’approvisionnement, à savoir l’approvisionnement auprès de producteurs désignés?

[10] En me fondant sur les arrêts *Parker* et *Hitzig*, de la Cour d’appel de l’Ontario, je suis convaincu que l’alinéa 41b.1) restreint les droits à la liberté et à la sécurité des demandeurs, droits prévus à l’article 7 de la Charte. Le ministre a évoqué cette l’alinéa afin d’empêcher les demandeurs de choisir leur producteur désigné, Carasel. Pour déterminer s’il y a eu violation de l’article 7 de la Charte, je dois d’abord déterminer s’il y a eu violation d’un intérêt protégé par l’article 7 et ensuite, s’il y a restriction de cet intérêt, examiner si cette restriction respecte les principes de justice fondamentale. Pour les motifs énoncés par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Hitzig*, aux paragraphes 97 à 104, je conclus que les intérêts en matière de liberté et de sécurité des demandeurs ont tous deux été touchés défavorablement par l’alinéa 41b.1). En ce qui a trait aux intérêts en matière de liberté, le terme « liberté »

fundamental personal importance. This would include the right to choose, on medical advice, to use marihuana for treatment of serious conditions, that right implying a right of access to such marihuana. It would also include the right not to have one's physical liberty endangered by the risk of imprisonment from having to access marihuana illicitly. With respect to security, this interest includes the similar right for those with medical need to have access to medication without undue state interference.

[11] In determining whether these limits on section 7 interests are in accordance with the principles of fundamental justice, one can consider whether the individual rights in section 7 may nevertheless be subordinated to substantial and compelling collective interests (see *Hitzig*, at paragraph 119, and authorities cited therein). Such a limitation, if it does little or nothing to enhance the state's interest, can be regarded as arbitrary: see *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at page 594; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at pages 792-793; and *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 791, at paragraphs 130, 131, 231. I believe that paragraph 41(b.1) fails this test.

[12] First it must be observed that, according to the government's own statistics, some 80% of persons with ATPs who have been duly authorized to have and use marihuana are not obtaining it from the government source, namely PPS. The evidence shows that many users are unable to grow their own marihuana, either because they are too ill or because their home circumstances do not make it possible. While I have no statistics on the percentage of the market supplied by DPLs, the Regulations remain almost as restrictive as those which were struck down by the Ontario Court of Appeal as creating an undue restraint on an ATP's recognized right to access. The Ontario Court of Appeal held that, by inference, a large percentage of ATPs were getting their marihuana from illicit sources. The only things that have changed in this respect since that decision is the amendment to the MMAR permitting designated producers to be compensated, and the

comprend le droit de prendre des décisions qui sont fondamentalement importantes d'un point de vue personnel. Cela s'entend aussi du droit de choisir, en fonction d'un avis médical, d'utiliser la marihuana comme traitement pour un grave problème de santé; ce droit sous-entend le droit à l'accès à la marihuana. Il comprend aussi le droit d'une personne de ne pas voir sa liberté physique mise en danger par le risque d'être emprisonnée pour avoir obtenu de la marihuana illégalement. En ce qui a trait à la sécurité, cet intérêt est semblable au droit des personnes qui ont un besoin médical d'avoir accès à des médicaments sans que l'État ne s'interpose indûment.

[11] Pour déterminer si ces restrictions aux intérêts prévus à l'article 7 respectent les principes de justice fondamentale, il faut examiner si les droits de l'article 7 peuvent néanmoins être subordonnés à des intérêts collectifs importants et impérieux (voir *Hitzig*, au paragraphe 119, et la jurisprudence qui y est citée). Une telle restriction, si elle n'avance guère l'intérêt de l'État, peut être perçue comme arbitraire : voir *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la page 594; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, aux pages 792 et 793; et *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791, aux paragraphes 130, 131 et 231. Je suis d'avis que l'alinéa 41b.1) ne satisfait pas à ce critère.

[12] Premièrement, je tiens à faire remarquer que, d'après les statistiques du gouvernement, environ 80 p. 100 des titulaires d'AP qui ont obtenu l'autorisation de posséder et de consommer de la marihuana ne font pas affaire avec le fournisseur du gouvernement, à savoir PPS. La preuve montre que de nombreux utilisateurs sont incapables de cultiver leur propre marihuana, soit parce qu'ils sont trop malades, soit parce que leur situation d'habitation rend la chose impossible. Bien que je n'aie aucune statistique au sujet du pourcentage du marché fourni par les titulaires de LPPD, le Règlement reste pratiquement aussi restreignant que celui qui a été abrogé par la Cour d'appel de l'Ontario parce qu'il créait une limite indue au droit d'accès autorisé des titulaires d'AP. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu, par déduction, qu'un pourcentage élevé de titulaires d'AP obtenaient leur marihuana auprès de fournisseurs illégaux. Les seules choses qui ont changé à ce sujet,

availability of marihuana and seeds from the government's producer, PPS. I will discuss the latter factor later.

[13] The government's justification for re-enacting the previously invalidated paragraph 41(b) as a new paragraph 41(b.1) was stated in the Regulatory Impact Analysis Statement [*C. Gaz.* 2003.II.2984] published with the Regulations of December 3, 2003 amending the MMAR. That justification is as follows (the reference to section 54 is not directly relevant but shows the policy being pursued):

- Paragraph 41(b) will be re-enacted to reinstate on a national basis, the limit on the number of persons for whom one designated person can produce marihuana; under the MMAR, one DPPL holder can cultivate for only one ATP holder; and
- Section 54 will be re-enacted to reinstate on a national basis, the limit on the number of DPL holders who can produce marihuana in common; under the MMAR, a DPL holder is not permitted to produce marihuana in common with more than two other DPL holders.

These limits on the production of marihuana are necessary to:

- maintain control over distribution of an unapproved drug product, which has not yet been demonstrated to comply with the requirements of the FDA/FDR;
- minimize the risk of diversion of marihuana for non-medical use;
- be consistent with the obligations imposed on Canada as a signatory to the United Nations' *Single Convention on Narcotic Drugs, 1961* as amended in 1972 (the 1961 Convention), in respect of cultivation and distribution of cannabis; and
- maintain an approach that is consistent with movement toward a supply model whereby marihuana for medical purposes would be: subject to product standards; produced under regulated conditions; and distributed through pharmacies, on the advice of physicians, to

depuis que la décision a été rendue, sont les modifications au RAMM permettant aux producteurs désignés d'être payés et l'accès à la marihuana et à des semences de marihuana chez PPS, le producteur du gouvernement. Je reviendrai sur ce dernier point plus loin.

[13] La justification du gouvernement au sujet de la remise en vigueur de l'alinéa 41(b), qui avait été abrogé, sous le nouveau alinéa 41(b.1) a été énoncée dans le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation [*Gaz. C.* 2003.II.2984], publié le 3 décembre 2003 avec le Règlement modifiant le RAMM. Cette justification est la suivante (la référence à l'article 54 n'est pas directement pertinente, mais montre que la politique reste en vigueur) :

- L'alinéa 41(b) sera remis en vigueur pour réintégrer au plan national la limite du nombre de personnes pour lesquelles une personne désignée peut produire; en vertu du RAMM, une seule personne désignée peut produire pour un seul détenteur d'une autorisation de possession; et
- L'article 54 sera remis en vigueur pour réintégrer au plan national la limite du nombre de personnes désignées qui peuvent produire de la marihuana en commun; en vertu du RAMM, un détenteur de licence de production à titre de personne désignée n'est pas autorisé à produire de la marihuana en commun avec plus de deux autres détenteurs.

Ces limites sur la production de marihuana sont nécessaires pour :

- maintenir le contrôle sur la distribution d'une drogue non approuvée, dont la conformité aux exigences de la LAD et du RAD n'a pas encore été démontrée;
- minimiser le risque de détournement de la marihuana à des fins non médicales;
- être compatible avec les obligations du Canada comme signataire de la Convention unique sur les stupéfiants des Nations Unies de 1961, telle que modifiée en 1972 (la convention de 1961), concernant la culture et la distribution de cannabis; et
- maintenir une approche qui est compatible avec le mouvement vers un modèle d'approvisionnement selon lequel la marihuana à des fins médicales serait assujettie à des normes du produit, serait produite sous des conditions réglementées et serait distribuée par les

patients with serious illnesses, when conventional therapies are unsuccessful. Such a model would also include a program of education and market surveillance.

In its argument, the government has essentially adopted this rationale for the re-enactment of paragraph 41(b.1). It is therefore necessary to consider whether such reasons provide a basis for saying that paragraph 41(b.1) is in accordance with the principles of fundamental justice. In the particular context of this case I will consider criteria such as that adopted by the Ontario Court of Appeal in *Hitzig*, at paragraphs 109-128, holding that fundamental justice requires respect for the rule of law and thus cannot countenance a system which forces authorized medical users of dried marihuana to obtain it illicitly. Also I will have regard to the question of whether the limitation in paragraph 41(b.1) is arbitrary, not genuinely connected to the protection of the interests of the state. In this, I rely on the authority of cases such as *Rodriguez* and *Chaoulli*, cited above with relevant passages.

[14] The first justification offered by the respondent for paragraph 41(b.1) as set out in the 2003 Regulatory Impact Analysis Statement quoted above, is that such a restriction on designated producers limiting them to produce for only one user is for the purpose of maintaining control over distribution of an unapproved drug product. It has not been demonstrated to me why limiting the production of a designated producer to one customer will have this effect. The Regulations only permit such producer to produce marihuana for persons already authorized by the Minister to possess and use marihuana: that is, holders who have an ATP licence. ATP holders are persons adjudged by the Minister to be legitimate users of this “unapproved drug” and whether the producer grows for one ATP holder or 30 ATP holders the distribution of marihuana would be to persons, and for purposes, already countenanced by the Regulations. Some mention was made of quality control being jeopardized if designated producers could produce for more than one customer. I am unaware that Health Canada imposes any quality control on designated producers now but if it does, or even if it

pharmacies, sur avis des médecins, aux patients gravement malades lorsque les thérapies conventionnelles échouent. Un tel modèle comprend également un programme d'éducation et la surveillance du marché.

Dans ses arguments, le gouvernement a souscrit pour l'essentiel à cette justification de la remise en vigueur de l'alinéa 41b.1). Par conséquent, il faut examiner si une telle justification peut fonder l'argument selon lequel l'alinéa 41b.1) est conforme aux principes de justice fondamentale. Dans le contexte particulier en l'espèce, je tiendrai compte du critère adopté par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hitzig*, aux paragraphes 109 à 128, selon lequel la justice fondamentale exige le respect de la primauté du droit et, par conséquent, qu'elle ne peut pas tolérer un système qui force des utilisateurs reconnus de marihuana à des fins médicales à obtenir leur marihuana de façon illégale. J'examinerai aussi la question de savoir si la restriction prévue à l'alinéa 41b.1) est arbitraire et n'a pas de lien raisonnable à la protection de l'intérêt de l'État. J'invoque à l'appui de ces démarches les passages pertinents des affaires *Rodriguez* et *Chaoulli*, précitées.

[14] La première justification que le défendeur a offerte pour l'alinéa 41b.1), qui a été énoncée dans le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation de 2003, précité, est que la restriction de production pour un seul utilisateur imposée aux producteurs vise à garder le contrôle sur la distribution d'un médicament non approuvé. Aucune preuve n'a expliqué pourquoi la restriction à un seul client de la production d'un producteur désigné aurait cet effet. Le Règlement ne permet à un tel producteur de produire de la marihuana que pour les personnes qui ont déjà obtenu l'autorisation du ministre de posséder et de consommer de la marihuana : c'est-à-dire les titulaires d'AP. Les titulaires d'AP sont des personnes qui, selon le ministre, sont des utilisateurs légitimes de ce « médicament non approuvé ». Qu'un producteur cultive de la marihuana pour un ou pour 30 titulaires d'AP, la distribution de la marihuana serait faite pour les personnes et pour les objectifs déjà acceptés par le Règlement. Le défendeur a mentionné que le contrôle de la qualité serait compromis si les producteurs désignés pouvaient cultiver de la marihuana pour plus d'un client. Je ne sais

does not, it can put in place the same kind of quality controls for designated producers with one or many customers. Indeed it seems logical that if designated producers were authorized to produce for many customers there would be economies of scale and a level of income that might make possible even better quality control by the producer. At the same time, a host of one-customer designated producers would be made unnecessary and therefore any control and inspection system Health Canada might wish to impose on designated producers would be simpler and cheaper to operate with fewer producers.

[15] As a second rationale, it is said by the government that paragraph 41(b.1) will “minimize the risk of diversion of marihuana for non-medical use.” That, too, has not been explained to my satisfaction. Again, designated producers, no matter how many customers they have, must confine their sales to persons with an ATP. A designated producer, since he is authorized to grow marihuana now, has a present potential for producing more than his one customer needs and diverting the surplus for illicit sale. This would be true whether he grows for one customer or 25. I suppose that it might be easier, in a grow operation large enough to supply 25 legitimate customers, to conceal a larger potential surplus of production for illicit sale. This is hypothetical and it might equally be said that, as noted above, with fewer designated producers having larger operations, a system of inspection would be much easier to sustain than in the present plethora of single-customer producers. The government also argues that a larger grow operation run by a designated producer with multiple customers would, because of its size, attract theft. But it is also argued by the applicants that a larger operation, because of efficiencies of scale, could have a better security system and indeed could be more secure than the typical home-based self-producer or single-customer designated producer.

pas si Santé Canada impose présentement un contrôle de la qualité aux producteurs désignés, mais s’il le fait, ou même s’il ne le fait pas, il pourrait mettre en place le même type de contrôle de la qualité pour les producteurs désignés, qu’ils aient un ou plusieurs clients. En effet, il me semble logique que, si les producteurs avaient l’autorisation de produire pour plus d’un client, des économies importantes seraient réalisées et le producteur aurait ainsi un revenu suffisant pour assurer un meilleur contrôle de la qualité. De la même façon, il ne serait plus nécessaire d’avoir une quantité de producteurs désignés qui n’ont qu’un client et, par conséquent, tout système de contrôle et d’inspection que Santé Canada pourrait vouloir imposer aux producteurs désignés fonctionnerait de façon simple et économique, puisqu’il y aurait moins de producteurs.

[15] Le gouvernement soutient, en guise de deuxième justification, que l’alinéa 41b.1 servirait à « minimiser le risque de détournement de la marihuana à des fins non médicales ». Encore une fois, je n’ai pas été satisfait de l’explication de cet argument. Je répète que les producteurs désignés, peu importe le nombre de leurs clients, doivent restreindre leurs ventes aux titulaires d’AP. Un producteur désigné, puisqu’il a maintenant l’autorisation de cultiver de la marihuana, pourrait déjà produire plus de marihuana que ce dont son client a besoin et pourrait détourner le surplus pour la vente sur le marché noir. Cela reste vrai, que le producteur produise pour un ou pour 25 clients. Je suppose qu’il pourrait être plus facile, dans une culture de marihuana suffisante pour la vente à 25 clients légitimes, de cacher un surplus possiblement plus important qui serait réservé à la vente sur le marché noir. Il s’agit d’une hypothèse et on peut également supposer que, comme il y aurait moins de producteurs désignés, mais que ceux-ci auraient des cultures plus importantes, le système d’inspection serait plus simple à opérer que présentement alors qu’il y a une quantité importante de producteurs qui n’ont qu’un seul client. Le gouvernement soutient aussi que les cultures plus importantes gérées par un producteur désigné qui aurait de nombreux clients attireraient les voleurs, en raison de leur taille. Les demandeurs, quant à eux, prétendent qu’en raison de l’accroissement important de l’efficacité des cultures à grande échelle, les producteurs pourraient avoir un meilleur système de sécurité. Cela serait

[16] At this point it may be observed, in respect of both the first and second rationales that it may well be that there could be justification for limiting the size of operations of designated producers, to facilitate supervision and inspection for quality and security. But any new regulations to this end will have to be justified as having a demonstrable purpose rationally related to legitimate state interests. No such justification has been offered to me for paragraph 41(b.1).

[17] As the third justification for paragraph 41(b.1) the government has invoked the United Nations *Single Convention on Narcotic Drugs, 1961* [March 30, 1961, [1964] Can. T.S. No. 30] which, the government says, imposes on it obligations “in respect of cultivation and distribution of cannabis.” I have studied the Convention and the affidavit of the Minister’s witness on this subject and remain puzzled. The Convention appears to require the Government of Canada to control marihuana as a narcotic drug and to limit its use to medical and scientific purposes. It requires a medical prescription for the supply or dispensation of drugs to individuals and a system of limiting quantities of drugs available to them. It requires that Canada maintain a system to control all persons and enterprises engaged in the trade or distribution of drugs which must be carried out under licence. It would appear that Canada complies with these requirements except for the requirement of a prescription for any cannabis authorized for individual medical use, although the MMAR system may constitute an adequate substitute. The Minister lays particular stress on Article 23 of the Convention which requires that a state permitting the cultivation of marihuana have an Agency to carry out functions under that article. Paragraph 2(d) of Article 23 requires that cultivators of marihuana be required to deliver their total crops to the Agency. According to the Minister, Health Canada has been designated as the Agency for Canada. The Minister argues as follows:

To allow growers to supply to more than one person who is authorized to possess and use marihuana for medical purposes

effectivement plus sécuritaire que pour les titulaires d’AP qui ont leur propre culture à la maison ou que pour les producteurs désignés qui n’ont qu’un seul client.

[16] Il convient de noter, au sujet des deux justifications susmentionnées, qu’il serait peut-être juste de limiter la taille des cultures des producteurs désignés afin de faciliter la supervision et l’inspection de la qualité et de la sécurité. Cependant, pour tout nouveau règlement à ce sujet, il faudra justifier qu’il y a un but rationnellement lié à l’intérêt légitime de l’État. On ne m’a offert aucune justification de ce genre au sujet de l’alinéa 41b.1).

[17] Comme troisième justification pour l’alinéa 41b.1), le gouvernement invoque la *Convention unique sur les stupéfiants de 1961* [30 mars 1961, [1964] R.T. Can. n° 30] des Nations Unies, qui, selon le gouvernement, lui impose des obligations « concernant la culture et la distribution de cannabis ». J’ai examiné la Convention et l’affidavit du témoin du ministre à ce sujet, et je reste perplexe. La Convention semble imposer au gouvernement du Canada l’obligation de contrôler la marihuana comme stupéfiant et de limiter son utilisation à des fins médicales et scientifiques. Elle exige des ordonnances médicales pour l’approvisionnement ou la vente de marihuana pour chaque personne et la mise en place d’un système limitant la quantité de marihuana mise à leur disposition. Elle exige que le Canada instaure un système pour contrôler toutes les personnes et entreprises qui se livrent à la vente ou à la distribution de la marihuana; ces personnes et entreprises doivent être titulaires de licences. Il semble que le Canada ait respecté ces exigences, sauf en ce qui a trait à l’ordonnance pour la marihuana autorisée à des fins médicales personnelles, quoique le RAMM puisse servir de substitut adéquat. Le ministre souligne particulièrement l’article 23 de la Convention, qui exige qu’un État qui permet la culture de la marihuana doit mettre en place un organisme chargé d’exercer les fonctions énoncées dans cet article. L’alinéa 2d) de l’article 23 exige que tout cultivateur de marihuana livre à l’organisme la totalité de sa récolte. D’après le ministre, Santé Canada a été nommé organisme pour le Canada. Le ministre soutient que :

Le fait de permettre aux cultivateurs d’avoir plus d’un client autorisé à posséder et à utiliser de la marihuana à des fins

would obligate the Government, in compliance with the 1961 Convention, to collect all marihuana produced.

This appears to me to be a *non sequitur*. If the Convention requires that all “cultivators” of marihuana must deliver their “total crops” to the Agency (as Article 23 specifies) then presumably holders of PPLs and DPLs, even though they produce for one person, should deliver their “total crops” to Health Canada. That is not done: the MMAR contemplates that production is consumed by a user, whether produced by himself or by his designated producer. I have failed to see how allowing a designated producer to produce for multiple users creates some new problem *vis-à-vis* the Convention which does not already exist. Counsel agreed that the Convention has not been made part of the law of Canada as such although parts of it have been implemented by Canadian law. To the extent that the MMAR, if they were to permit the holder of the DPL to produce for more than one ATP holder, might conflict with the Convention, this domestic law must prevail over an unimplemented international treaty. Further if to follow the requirements of the Convention were to conflict with Canadian constitutional requirements such as the guarantees in section 7 of the Charter then the Canadian constitution must prevail in this Court.

[18] Fourthly, the government says that paragraph 41(b.1) is necessary to “maintain an approach that is consistent with movement toward a supply model” whereby medical marihuana would be produced and made available like other therapeutic drugs, on prescription and through pharmacies. That may well be a laudable goal and if ever reached would make unnecessary litigation such as the present case. But we do not know when this new age will dawn and in the meantime the courts, in their wisdom, have concluded that persons with serious conditions for which marihuana provides some therapy should have reasonable access to it. It is no answer to say that someday there may be a better system. Nor does the hope for the future explain why a designated producer must be restricted to one customer.

médicales obligerait le gouvernement, conformément à la Convention de 1961, à recueillir la marihuana produite.

Ce raisonnement me semble dépourvu de logique. Si la Convention exige que tout « cultivateur » de marihuana livre à l’organisme « la totalité de sa récolte » (comme l’article 23 le précise), alors il est probable que les titulaires de LPP et de LPPD, même s’ils ne produisent que pour une seule personne, aient à livrer « la totalité de [leur] récolte » à Santé Canada. Ce n’est pas ce qui se passe : le RAMM prévoit que la production doit être consommée par un utilisateur, qu’il en soit lui-même le producteur ou qu’il l’obtienne chez son producteur désigné. Je ne vois pas comment le fait de permettre à un producteur désigné de produire de la marihuana pour plus d’un utilisateur crée un nouveau problème, jusqu’alors inexistant, par rapport à la Convention. L’avocat du défendeur a reconnu que la Convention ne faisait pas partie du droit du Canada comme tel, bien que certaines parties aient été mises en application dans le droit canadien. Dans la mesure où le RAMM, s’il permettait au titulaire d’une LPPD de produire pour plus d’un titulaire d’AP, pourrait être incompatible avec la Convention, la loi interne doit l’emporter sur un traité international qui n’a jamais été appliqué. De plus, si le fait de respecter les exigences de la Convention entraînait un conflit par rapport aux exigences constitutionnelles du Canada, telles que celles prévues à l’article 7 de la Charte, alors la Cour doit donner préséance à la constitution du Canada.

[18] Quatrièmement, le gouvernement soutient que l’alinéa 41b.1) est nécessaire afin de « maintenir une approche qui est compatible avec le mouvement vers un modèle d’approvisionnement » selon lequel la marihuana à des fins médicales serait produite et distribuée comme tout autre médicament thérapeutique, par ordonnance et dans les pharmacies. C’est un objectif louable et, s’il est atteint, il rendra inutile les litiges comme celui en l’espèce. Cependant, nous ne savons pas quand arrivera cette nouvelle ère et, entre-temps, les tribunaux, en toute sagesse, ont conclu que les personnes qui souffrent de graves problèmes de santé et pour qui la marihuana est thérapeutique devraient y avoir raisonnablement accès. Ce n’est pas une solution que de déclarer qu’un jour, il y aura un meilleur système en place. L’espoir pour le futur n’explique pas non plus

[19] Consequently, I have concluded that the restraint on access which paragraph 41(b.1) provides is not in accordance with the principles of fundamental justice. First, it does not adequately respond to the concerns motivating the Ontario Court of Appeal judgment in *Hitzig*: that is it leaves those ATP holders who cannot grow for themselves and who cannot engage a designated producer because of the restrictions imposed on the latter by the MMAR, to seek marihuana in the black market. The Ontario Court of Appeal said that this is contrary to the rule of law, to pressure a citizen to break the law in order to have access to something he medically requires. The only factor which has changed since the *Hitzig* case arose is the advent of PPS as a licensed dealer. The Minister argues that any ATP holder, who cannot grow for himself or cannot find a designated producer prepared to dedicate himself solely to that ATP holder, may obtain his dried marihuana or seed from a government contractor, namely PPS. That certainly does provide an alternative avenue of access. But the evidence shows that after four years of this new policy of the government supply of marihuana, fewer than 20% of ATP holders resort to it. The applicants take the position that the PPS product is inferior and not to the taste of most users. They say that PPS only makes available one strain of marihuana for medical use whereas there are several strains which have different therapeutic effects depending on the condition of the user. The evidence as to the quality of the PPS product was almost all hearsay and anecdotal. The expert scientific evidence as to the different therapeutic effects of various strains mainly indicates that there is great uncertainty and the subject requires further research. I am therefore not prepared to lead a judicial incursion into yet another field of medicine and pass judgment on the quality of the PPS product. In my view it is not tenable for the government, consistently with the right established in other courts for qualified medical users to have reasonable access to marihuana, to force them either to buy from the government contractor, grow their own or be limited to the unnecessarily restrictive system of designated producers. At the moment, their only alternative is to acquire marihuana illicitly and that,

pourquoi un producteur désigné ne peut avoir plus d'un client.

[19] Par conséquent, je conclus que les limites d'accès prévues à l'alinéa 41b.1) ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale. Premièrement, l'alinéa 41b.1) ne répond pas adéquatement aux inquiétudes que la Cour d'appel de l'Ontario a soulevées dans l'arrêt *Hitzig*, c'est-à-dire le fait que les titulaires d'AP qui ne peuvent pas cultiver leur propre marihuana et qui ne peuvent pas avoir recours aux services d'un producteur désigné en raison des restrictions imposées par le RAMM sont obligés d'acheter de la marihuana au marché noir. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu qu'il était contraire à la primauté du droit de forcer un citoyen à enfreindre la loi afin d'avoir accès à une substance dont il a besoin à des fins médicales. Le seul critère qui a changé depuis l'arrêt *Hitzig* porte sur le fait que PPS est un distributeur autorisé. Le ministre soutient que tout titulaire d'AP qui ne peut pas cultiver sa propre marihuana, ou qui ne peut pas trouver de producteur désigné prêt à fournir de la marihuana seulement pour lui, peut obtenir de la marihuana séchée ou des semences chez le fournisseur du gouvernement, soit PPS. Cela offre certainement une solution de rechange au sujet de l'accès. Cependant, la preuve montre que, quatre ans après l'entrée en vigueur de la nouvelle politique du gouvernement quant à l'approvisionnement en marihuana, moins de 20 p. 100 des titulaires d'AP y ont recours. Les demandeurs sont d'avis que le produit de PPS est inférieur et ne plaît pas aux utilisateurs. Ils soutiennent que PPS ne fournit qu'une seule souche de marihuana à des fins médicales, alors qu'il existe plusieurs souches qui ont différents effets thérapeutiques selon l'état de santé de l'utilisateur. La preuve quant à la qualité du produit de PPS est presque seulement une preuve par oui-dire et empirique. La preuve scientifique des experts au sujet des différents effets thérapeutiques des diverses souches montre principalement que les résultats sont plutôt incertains et qu'une recherche plus approfondie est nécessaire. Je ne suis donc pas prêt à m'immiscer dans un autre domaine de la médecine et à rendre un jugement au sujet de la qualité du produit de PPS. À mon avis, vu le droit établi par d'autres tribunaux selon lequel les utilisateurs à des fins médicales devraient avoir un accès raisonnable à la marihuana, il est indéfendable que le gouvernement

according to *Hitzig*, is inconsistent with the rule of law and therefore with the principles of fundamental justice.

[20] I also find that paragraph 41(b.1) is inconsistent with the principles of fundamental justice because it is arbitrary in the sense that it causes individuals a major difficulty with access while providing no commensurate furtherance of the interests of the state.

[21] For these reasons I find paragraph 41(b.1) to infringe the applicants' rights to liberty and security under section 7 of the Charter and therefore to be invalid.

[22] In written submissions the respondent invoked, as an alternative, section 1 of the Charter. His position is even more difficult under section 1 as there he has the onus of establishing that such a limitation is demonstrably justified. His argument in this respect adds little to the justification offered under section 7. Assuming that there are some legitimate objectives being pursued by adoption of the MMAR, for the same reasons that I found paragraph 41(b.1) to be arbitrary and thus contrary to the principles of fundamental justice I find that it is not rationally connected to the objectives stated for it and its restraint is disproportional to any state interests promoted.

[23] The applicants argued certain other grounds which I will not go into in any detail. It was argued that the current Regulations were adopted without adequate consultation with the "stakeholders" and therefore they are invalid. The evidence did not entirely support the claim of no consultation, and in any event, I know of no authority for the proposition that there is a constitutional requirement in the legislative process for consultation to

force ces utilisateurs à s'approvisionner chez son fournisseur, à cultiver leur propre marihuana ou à être limités par le système inutilement restrictif des producteurs désignés. Présentement, la seule autre solution des utilisateurs est de se procurer de la marihuana de façon illicite et, comme l'explique l'arrêt *Hitzig*, cette solution n'est pas conforme à la primauté du droit et, par conséquent, aux principes de justice fondamentale.

[20] Je conclus aussi que l'alinéa 41b.1) ne respecte pas les principes de justice fondamentale parce qu'il est arbitraire, puisqu'il cause aux utilisateurs d'importantes difficultés en matière d'accès et qu'il n'avance pas l'intérêt de l'État.

[21] Pour ces motifs, je conclus que l'alinéa 41b.1) viole les droits à la liberté et à la sécurité des demandeurs, prévus à l'article 7 de la Charte, et, par conséquent, qu'il est invalide.

[22] Dans ses observations écrites, le défendeur a invoqué, à titre subsidiaire, l'article premier de la Charte. Son point de vue est encore plus compliqué s'il se fonde sur l'article premier, puisqu'il a alors le fardeau de démontrer la justification des restrictions. L'argument du défendeur à ce sujet n'ajoute pas grand-chose à la justification qu'il a offerte dans l'analyse portant sur l'article 7. À supposer que l'adoption du RAMM vise l'atteinte d'objectifs légitimes, pour les mêmes raisons mentionnées lorsque j'ai conclu que l'alinéa 41b.1) était arbitraire et qu'il était par conséquent contraire aux principes de justice fondamentale, je conclus que cet alinéa n'est pas raisonnablement lié aux objectifs qui ont été mentionnés et que les restrictions qu'il impose ne sont pas proportionnelles à tout intérêt de l'État qu'il pourrait promouvoir.

[23] Les demandeurs ont présenté d'autres arguments, mais je ne les examinerai pas en détail. Ils ont soutenu que le Règlement actuel a été adopté sans la tenue d'une consultation appropriée avec les « intervenants » et que, par conséquent, il était invalide. La preuve n'était pas entièrement l'argument au sujet du manque de consultation et, de toute façon, on ne m'a rien présenté qui soutienne la proposition de l'existence d'une

occur with parties who may have an interest. However desirable consultation may be, it has not yet become a constitutional imperative in the legislative process. The applicants also cited to me the recent case of *R. v. Long* (2007), 88 O.R. (3d) 146. In this case an Ontario Court of Justice Judge held invalid subsection 4(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, which prohibits the possession of marihuana because in his view, the Government of Canada had not yet adequately removed barriers to access. The MMAR still limits access. While the policy adopted in 2003 could make it possible for anyone in need of marihuana to obtain it from PPS, the government contractor, the learned Judge did not consider this to be enough because that policy is not expressed in law. Therefore, while persons who have a constitutional right to access might in fact get it through PPS, they could not be said to have a legal right to that access, only the benefit of an administrative policy permitting it. I do not intend to deal with this case further. It is under appeal. Further, I have found that the unnecessary restrictions on access in paragraph 41(b.1) cannot be overcome by a forced monopoly for PPS product for those who cannot grow for themselves or find an available designated producer. Therefore the question of whether the policy should be embodied in law is not relevant to my finding.

[24] In conclusion, it can be said that the Minister in assuming the validity of paragraph 41(b.1) did not take a correct view of the law.

#### REMEDIES

[25] The applicants requested that I declare paragraph 41(b.1) of the MMAR to be of no force or effect on the basis that it violates section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I will so declare. They have also requested that, in lieu of their original request for *mandamus*, I refer their applications for the designation of Carasel as their producer back to the Minister for

exigence constitutionnelle dans le processus législatif selon laquelle il doit y avoir consultation des parties qui pourraient être touchées. Bien que la consultation puisse être souhaitable, elle n'est pas encore considérée comme impératif constitutionnel dans le processus législatif. Les demandeurs ont aussi cité la décision rendue récemment dans l'affaire *R. v. Long* (2007), 88 O.R. (3d) 146. Dans cette affaire, un juge de la Cour de justice de l'Ontario a conclu que le paragraphe 4(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, qui interdit la possession de marihuana, était invalide parce qu'à son avis, le gouvernement du Canada n'avait pas encore éliminé adéquatement les obstacles quant à l'accès à la marihuana. Le RAMM restreint toujours cet accès. Bien que la politique adoptée en 2003 ait permis aux utilisateurs de marihuana d'en obtenir auprès de PPS, le fournisseur du gouvernement, le juge a conclu que ce n'était pas suffisant puisque la politique ne fait pas partie de la loi. Par conséquent, même si les personnes qui ont un droit constitutionnel à l'accès à la marihuana puisse s'en procurer chez PPS, on ne peut pas conclure qu'elles ont un droit légal à un tel accès. Elles ne bénéficient que d'une politique administrative qui le permet. Je n'ai pas l'intention de poursuivre sur le sujet. La décision a été portée en appel. De plus, j'ai conclu que les restrictions inutiles à l'accès, prévues à l'alinéa 41b.1), ne peuvent pas être résolues en imposant le monopole du produit de PPS aux personnes qui ne peuvent pas cultiver leur propre marihuana et qui ne trouvent pas de producteur désigné qui soit libre. Par conséquent, je suis d'avis que la question de savoir si la politique devrait être édictée dans une loi n'est pas pertinente.

[24] En conclusion, il est possible d'affirmer que le ministre, lorsqu'il a supposé que l'alinéa 41b.1) était valide, n'a pas interprété le droit correctement.

#### RECOURS

[25] Les demandeurs m'ont demandé de déclarer l'alinéa 41b.1) du RAMM inopérant parce qu'il contrevient à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et c'est ce que je ferai. Ils ont aussi demandé qu'au lieu de leur accorder un bref de *mandamus*, je renvoie au ministre, pour nouvel examen en conformité avec mes motifs, leur demande de

reconsideration consistently with my reasons. I will so direct.

[26] Further, the applicants have asked that I should, under subsection 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,

... retain supervisory jurisdiction over Health Canada's creation and implementation of a new process for allowing multiple patients to designate a single designated producer by requiring Health Canada to submit periodic reports on the status and progress of the new process.

The applicants mainly rely on the decision of the Supreme Court of Canada in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3 where, by a majority of 5-4, that Court reversed the decision of the Court of Appeal of Nova Scotia [(2001), 194 N.S.R. (2d) 323] and upheld the decision of the trial Judge [(2000), 185 N.S.R. (2d) 246 (S.C.)] to retain such jurisdiction. He had declared that francophones in five school districts in Nova Scotia were entitled to "homogeneous French-language facilities and programs at the secondary school level." While the Government of Nova Scotia did not deny the entitlement of the plaintiffs to such facilities under section 23 of the Charter, some years had passed without those facilities being provided. In his judgment declaring the entitlement, the trial Judge ordered the respondents to use their best efforts to comply with the orders requiring these facilities to be provided, and the Court retained jurisdiction to hear reports from the respondents respecting their compliance with this order. This order was set aside by the Nova Scotia Court of Appeal, on the grounds that the trial Judge was *functus officio* once he made the order and could not continue "supervisory jurisdiction." The majority in the Supreme Court of Canada reversed this decision. The Court listed several considerations which should be taken into account when deciding whether to retain supervisory jurisdiction. It also said that in this case the trial Judge was not *functus officio* because although continuing a supervisory role he did not purport to retain any jurisdiction to change the declarations of entitlement.

désignation de Carasel à titre de producteur pour tous les demandeurs. Je le ferai.

[26] De plus, les demandeurs m'ont demandé, conformément au paragraphe 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* :

[TRADUCTION] [...] de garder un pouvoir de contrôle sur Santé Canada en ce qui a trait à la création et à la mise en application d'un nouveau processus permettant à plus d'un patient de choisir un seul cultivateur à titre de producteur désigné en exigeant que Santé Canada présente des comptes rendus périodiques au sujet de l'état et du progrès du nouveau processus.

Les demandeurs se fondent principalement sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, dans lequel la Cour suprême, dans une majorité de 5 à 4, a infirmé la décision de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse [(2001), 194 N.S.R. (2d) 323] et a maintenu la décision du juge de première instance [(2000), 185 N.S.R. (2d) 246 (C.S.)], qui avait décidé de garder un tel pouvoir de contrôle. Il avait déclaré que les francophones dans cinq arrondissements scolaires en Nouvelle-Écosse avaient droit à « des programmes et des écoles homogènes de langue française au niveau secondaire ». Bien que le gouvernement de la Nouvelle-Écosse n'ait pas nié le droit des demandeurs à l'accès à de tels services, droit prévu à l'article 23 de la Charte, de nombreuses années s'étaient écoulées sans que ces services ne soient offerts. Dans le jugement qui déclarait ce droit, le juge de première instance a ordonné aux défendeurs de déployer tous les efforts pour se conformer aux ordonnances qui exigeaient que ces services soient fournis, et la Cour a conservé la compétence pour entendre les rapports des défendeurs au sujet de leur adhésion à cette ordonnance. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a annulé cette ordonnance, au motif que le juge de première instance était dessaisi après avoir rendu l'ordonnance et qu'il ne pouvait pas garder de « pouvoir de contrôle ». La majorité de la Cour suprême du Canada a infirmé cette décision. La Cour suprême a énuméré plusieurs points dont un juge doit tenir compte pour déterminer s'il peut garder un pouvoir de contrôle. Elle a aussi déclaré que, dans cette affaire, le juge de première instance n'était pas dessaisi parce que, même s'il gardait un pouvoir de

[27] I am not persuaded that I should retain supervisory jurisdiction in this case. First, it should be noted that the *Doucet-Boudreau* case did not involve a determination under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] that a law is invalid, as does the present case. In *Doucet-Boudreau*, the duty owed under section 23 of the Charter was not in dispute, only its implementation and this was a remedial order under subsection 24(1) of the Charter, a matter of implementation by the construction of facilities and the organization of courses to comply with the requirements of the declaration. In the present case, I am making a declaration of invalidity under subsection 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. That declaration will be self-executing, making invalid paragraph 41(b.1) of the MMAR. As I have signaled in my reasons, I cannot preclude the Governor in Council amending the Regulations yet again if to do so it would achieve some legitimate goal while preserving reasonable access by ATP holders to marihuana. That is always a possibility after every declaration of invalidity. But the Supreme Court of Canada, both the majority and the minority, in *Doucet-Boudreau* recognized that one of the factors to be taken into account in choosing a remedy of supervisory jurisdiction is the separation of powers. What would be required of me if I were to retain supervisory jurisdiction would be the monitoring of future legislation and, if such jurisdiction were to be of any use to the applicants, I would have to exercise a veto over new proposed regulations which appear to me to be inconsistent with that right of access. Under the circumstances, I do not think that is appropriate and I will not so order.

[28] The applicants will, of course, be entitled to their costs.

contrôle, il n'avait pas l'intention de réserver sa compétence pour changer sa déclaration quant aux droits des demandeurs.

[27] Je ne suis pas convaincu que je devrais garder un pouvoir de contrôle en l'espèce. Premièrement, il convient de noter que l'affaire *Doucet-Boudreau* ne portait pas sur une décision rendue en application du paragraphe 52(1) 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]], qui prévoit l'invalidité d'une loi, comme c'est le cas en l'espèce. Dans la décision *Doucet-Boudreau*, l'obligation prévue à l'article 23 de la Charte n'était pas contestée; seule l'application de cette obligation était en litige et l'ordonnance réparatoire, rendue conformément au paragraphe 24(1) de la Charte, visait la construction d'installations et l'organisation de cours qui respectaient les exigences de l'article 23. En l'espèce, je déclare invalide une disposition du Règlement, en vertu du paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette déclaration sera automatiquement exécutoire et l'alinéa 41b.1) du RAMM sera considéré invalide. Comme je l'ai expliqué dans mes motifs, je ne peux pas interdire à la gouverneure en conseil de modifier une fois de plus le Règlement, si une telle modification permet d'atteindre un but légitime tout en préservant l'accès raisonnable à la marihuana pour les titulaires d'AP. C'est toujours une possibilité après une déclaration d'invalidité. Cependant, dans l'arrêt *Doucet-Boudreau*, tant la majorité que la minorité de la Cour suprême du Canada ont reconnu qu'avant de choisir de garder un pouvoir de contrôle, il faut tenir compte de la séparation des pouvoirs. Si je gardais un pouvoir de contrôle, je devrais surveiller les lois à venir et, si une des lois pouvait servir aux demandeurs, je devrais exercer un droit de véto sur toute proposition de règlement qui me semblerait être incompatible avec le droit à l'accès. Compte tenu des circonstances, je ne crois pas que c'est approprié et je ne rendrai pas l'ordonnance sollicitée.

[28] Bien entendu, les demandeurs auront droit à leurs dépens.

## JUDGMENT

## JUGEMENT

THIS COURT HEREBY ORDERS AND ADJUDGES that

1. Paragraph 41(b.1) of the *Marihuana Medical Access Regulations*, SOR/2001-227, as amended, be declared invalid as contrary to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*;

2. The refusal of the applications by the applicants for designated-person production licences designating Carasel Harvest Supply Corporation as their designated producer be set aside and these matters be referred back to the Minister for reconsideration in accordance with these reasons;

3. The applicants be awarded costs.

LA COUR ORDONNE que :

1. L'alinéa 41b.1) du *Règlement sur l'accès à la marihuana à des fins médicales*, DORS/2001-227, modifié, soit déclaré invalide parce qu'il contrevient à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*;

2. La décision rejetant les demandes des demandeurs en obtention de licences de production à titre de personne désignée visant à nommer Carasel Harvest Supply Corporation comme leur producteur désigné soit annulée et que la demande soit renvoyée au ministre pour nouvel examen conforme aux présents motifs;

3. Les dépens soient accordés aux demandeurs.

T-1844-06  
2007 FC 916

T-1844-06  
2007 CF 916

**Mazda Canada Inc. (Plaintiff)**

**Mazda Canada Inc. (demanderesse)**

v.

c.

**Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd., the Ship “Cougar Ace”, Her Owners and All Others Interested in Her, Nyi Nyi Tun, Yue Yew Loon and Thaung Htut Maung (Defendants)**

**Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd., les propriétaires et toutes les autres personnes ayant un droit sur le navire « Cougar Ace », Nyi Nyi Tun, Yue Yew Loon et Thaung Htut Maung (défendeurs)**

*INDEXED AS: MAZDA CANADA INC. v. COUGAR ACE (THE) (F.C.)*

*RÉPERTORIÉ : MAZDA CANADA INC. c. COUGAR ACE (LE) (C.F.)*

Federal Court, Harrington J.—Vancouver, August 15, 16; Ottawa, September 14, 2007.

Cour fédérale, juge Harrington—Vancouver, 15 et 16 août; Ottawa, 14 septembre 2007.

*Maritime Law — Practice — Motion to stay action for loss of, damage to cargo, for indemnity with respect to salvage of ship — Ship leaving Japan with cargo of automobiles, trucks, bound for Canada, U.S.A. — Cargo damaged during ballasting operation — Defendant shipowner, time charterer submitting Japanese jurisdiction agreed to in bill of lading having closest connection with dispute — Under Marine Liability Act, s. 46, notwithstanding foreign jurisdiction clause, cargo action may be instituted in Canada if intended port of discharge Canadian — Case law on forum selection reviewed — Factors to be considered in choosing appropriate forum — Canada having real, substantial connection with instant case as New Westminster intended port of discharge — Motion dismissed.*

*Droit maritime — Pratique — Requête en vue de faire suspendre une action réclamant les pertes et les avaries causées à la cargaison d'un navire et une indemnité relativement au sauvetage — Le navire a quitté le Japon avec une cargaison d'automobiles et de camions à destination du Canada et des É.-U. — La cargaison a été endommagée pendant une opération de ballastage — Le propriétaire du navire et l'affrètement à temps défendeurs prétendaient que la compétence japonaise convenue dans le connaissement présente les liens les plus étroits avec le litige — En vertu de l'art. 46 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime, et indépendamment de l'existence d'une clause conférant la compétence à un tribunal étranger, une action peut être intentée au Canada au sujet de la cargaison si le port de déchargement prévu est situé au Canada — Examen de la jurisprudence relative à l'élection du for — Facteurs qu'il faut prendre en considération pour choisir le tribunal approprié — Le Canada possédait des liens véritables et substantiels avec la présente affaire parce que New Westminster était le port de débarquement prévu — Requête rejetée.*

*Conflict of Laws — Plaintiff commencing action in Federal Court for loss of, damage to cargo aboard ship sailing from Japan to Canada — Under clause 28 of governing bill of lading, action against carrier must be brought exclusively in Japan — Defendant shipowner, time charterer seeking stay of proceedings in favour of Japanese jurisdiction — Canadian maritime law including conflict of law rules — Whether Japanese law differs from Canadian law — Like Canada, Japan giving effect to Hague-Visby Rules, to Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976 — Unlike Canada, at time of casualty, Japan not giving effect to 1996 Protocol which more than doubles limit of liability — Effect of Marine Liability Act, s. 46 — Motion to stay action dismissed.*

*Conflit de lois — La demanderesse a introduit une action devant la Cour fédérale pour réclamer les pertes et les avaries causées à la cargaison d'un navire qui a quitté le Japon à destination du Canada — En vertu de l'art. 28 du connaissement, l'action intentée contre le transporteur ressortit au Japon — Le propriétaire du navire et l'affrètement à temps défendeurs ont cherché à faire suspendre l'instance en faveur de la compétence japonaise — Les règles de conflit des lois font partie du droit maritime canadien — Il s'agissait de savoir si le droit japonais diffère du droit canadien — À l'instar du Canada, le Japon a entériné les Règles de La Haye-Visby ainsi que la Convention de 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes — À l'encontre du Canada, le Japon n'avait pas, au*

This was a motion to stay an action for loss of and damage to cargo aboard the *Cougar Ace*, and for indemnity with respect to salvage. The *Cougar Ace* left Yokohama, Japan in July 2006, with a cargo of 4 813 Mazda automobiles and 110 Isuzu trucks, bound for New Westminster, British Columbia and the states of Washington and California. During a routine ballasting operation at sea, the ship took on a violent and severe list. The ship and cargo were redelivered to Alaska where the ship was righted. The ship was towed to Portland, Oregon where the cargo was discharged. Mazda Canada's loss was extensive, perhaps in excess of US\$20 000 000 as the cargo may have lost its merchantable quality. Following the action for loss and damage brought by the plaintiff in the Federal Court, the defendant shipowner and time charterer moved to have the action stayed in favour of the Japanese jurisdiction, the jurisdiction and law agreed upon in the bill of lading and was alleged to have the closest connection with the dispute. Clause 28 of the governing bill of lading provides that, unless otherwise agreed, any action against the carrier must be brought exclusively before the Tokyo District Court in Japan. Section 50 of the *Federal Courts Act* confirms the Federal Court's discretionary power to stay proceedings on the ground that the claim is proceeding in another jurisdiction or if for any other reason it is in the interests of justice to do so. However, section 46 of the *Marine Liability Act* adds that notwithstanding a foreign jurisdiction clause, a cargo action may be instituted in Canada if, among other things, the intended port of discharge is Canadian. Section 46 does not override the Court's discretion to grant a stay pursuant to section 50 of the *Federal Courts Act*.

*Held*, the motion should be dismissed.

The existence of a more appropriate forum must be clearly established to displace the forum selected by the plaintiff. Many factors to be considered in determining the more appropriate forum are fact-driven. In contracts of affreightment by sea one must also take into account the public policy of Canada as expressed in section 46 of the *Marine Liability Act*, forum selection clauses and that unique feature of maritime law, the action *in rem* with its accompanying warrant of arrest.

*moment où l'accident est survenu, entériné le Protocole de 1996, qui augmente de plus du double la limite de responsabilité — Effet de l'art. 46 de la Loi sur la responsabilité en matière maritime — Requête en suspension de l'action rejetée.*

Il s'agissait d'une requête en vue de faire suspendre une action réclamant les pertes et les avaries causées à la cargaison qui se trouvait à bord du *Cougar Ace*, et une indemnité relativement au sauvetage du navire. Le *Cougar Ace* a quitté Yokohama, au Japon, en juillet 2006, avec à son bord une cargaison de 4 813 automobiles de marque Mazda et 110 camions de marque Isuzu, en direction de New Westminster (Colombie-Britannique) et des États de Washington et de la Californie. Pendant une opération courante de ballastage en mer, le navire s'est brusquement et violemment incliné. Le navire et la cargaison ont été restitués en Alaska, où le navire a été redressé. Celui-ci a été remorqué à Portland (Oregon), où la cargaison a été déchargée. Les pertes subies par Mazda Canada étaient considérables et dépassaient peut-être 20 000 000 \$US car la cargaison n'avait peut-être plus aucune valeur marchande. Après que la demanderesse eut introduit une action devant la Cour fédérale, pour réclamer les pertes et les avaries, le propriétaire du navire et l'affrètement à temps défendeurs ont déposé une requête en vue de faire suspendre l'action en faveur de la compétence japonaise — la compétence et les règles de droit convenues par les parties dans le connaissement — qui, selon eux, présente les liens les plus étroits avec le litige. L'article 28 du connaissement précise que, sauf entente contraire, toute action intentée contre le transporteur ressortit à la Cour de district de Tokyo, au Japon. L'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* confirme le pouvoir discrétionnaire de la Cour fédérale de suspendre les procédures au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal ou lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige. Toutefois, l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* précise qu'indépendamment de l'existence d'une clause conférant la compétence à un tribunal étranger, une action peut être intentée au Canada au sujet de la cargaison si, notamment, le port de déchargement prévu est situé au Canada. L'article 46 n'a pas préséance sur le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'accorder une suspension en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

*Jugement* : la requête doit être rejetée.

L'existence d'un tribunal plus approprié doit être clairement établie pour que soit écarté celui qu'a choisi le demandeur. Nombre de facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer le tribunal le plus approprié sont axés sur les faits. Dans les contrats d'affrètement maritime, il y a lieu de tenir compte de la politique publique du Canada telle qu'elle est exprimée à l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, des clauses d'élection du for et de cette caractéristique unique du droit maritime, l'action *in rem* avec le mandat de saisie dont elle est assortie.

The Federal Court has jurisdiction over the subject-matter of this claim by virtue of Canadian maritime law, more particularly paragraph 22(2)(h) of the *Federal Courts Act*. It matters not that Japanese law is applicable. Canadian maritime law includes conflict of law rules.

In this case, there is no natural forum. Three, if not four, jurisdictions have a real and substantial connection with this case: Canada, Japan, Singapore, and perhaps the United States. In answering the question of whether Japan is clearly a more appropriate forum than Canada, the following factors were considered fairly neutral: the residence of the parties and their witnesses, the location of the evidence, the place where the contract was negotiated and executed, the location of the defendants' assets, the applicable law, and the need to have the judgment recognized in another jurisdiction. Although the applicable law is Japanese, the real question was whether that law differs from Canadian law. Like Canada, Japan gives effect to the Hague-Visby Rules and to the *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976*. However, unlike Canada, at the time of the casualty, Japan did not give effect to the 1996 Protocol which more than doubles the limit of liability.

Other factors considered were the advantages conferred upon the plaintiff by its choice of forum, the interests of justice including international comity and public policy, the action *in rem*, the interests of the parties and the forum selection clause. As to the juridical advantage, Mazda Canada would gain a financial advantage of about US\$1 500 000 if the action continues in Canada. In both Canada and Japan, the defendants' liability would likely be limited by application of the Hague-Visby Rules. However, in Japan, unlike Canada, that limited liability would be further reduced by application of the 1976 Convention. However, the defendants were not looking to Japan simply in order to lessen their liability; rather, they argued that the Hague-Visby Rules fully exonerate them from liability irrespective of the forum in which the case is heard. As to the public policy issues at stake, freedom of contract is subordinated to the will of the state. A domestic carrier doing business within Canada, or a foreign carrier doing business with Canada, cannot circumvent Canadian law simply by inserting a foreign forum selection clause in the bill of lading, and then moving that foreign court for a negative declaration of liability. Section 46 of the *Marine Liability Act* does not fly in the face of international comity and does not make Canada an international pariah. In this case, the Japanese courts have not issued an anti-suit injunction and will apparently do nothing to impede the Canadian action. Nor was Mazda seeking an anti-suit injunction. These last-mentioned factors all weighed in favour of Canada, the plaintiff's choice of forum. As to the jurisdiction clause, section 46 of the *Marine Liability Act* does not render it null and void. The effect of section 46 is to deem

La Cour fédérale a compétence sur l'objet de la présente demande en vertu du droit maritime canadien et plus particulièrement de l'alinéa 22(2)(h) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Il importe peu que le droit japonais s'applique. Les règles de conflit des lois font partie du droit maritime canadien.

En l'espèce, il n'existe pas de tribunal qui convient naturellement. Il y a trois sinon quatre pays qui ont des liens véritables et substantiels avec la présente affaire : le Canada, le Japon, Singapour et, peut-être, les États-Unis. Pour répondre à la question de savoir si le Japon constitue de toute évidence un forum plus approprié que le Canada, la Cour a estimé que les facteurs suivants étaient assez neutres : le lieu de résidence des parties et de leurs témoins, le lieu où se trouve la preuve, l'endroit où le contrat a été négocié et signé, le lieu où se trouvent les biens des défendeurs, le droit applicable et la nécessité de faire reconnaître le jugement dans un autre ressort. Bien que le droit applicable soit japonais, la véritable question à se poser était celle de savoir si ce droit diffère du droit canadien. À l'instar du Canada, le Japon a entériné les Règles de La Haye-Visby ainsi que la *Convention de 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes*. Cependant, à l'encontre du Canada, le Japon n'avait pas, au moment où l'accident est survenu, entériné le Protocole de 1996, qui augmente de plus du double la limite de responsabilité.

Les autres facteurs qui ont été pris en considération étaient les avantages conférés à la demanderesse par son choix du tribunal compétent, les intérêts de la justice, y compris la courtoisie internationale et la politique publique du Canada, l'action *in rem*, les intérêts des parties et la clause d'élection du for. Pour ce qui est des avantages juridiques, Mazda Canada retirerait un avantage financier éventuel d'environ 1 500 000 \$US si l'action se poursuivait au Canada. Tant au Canada qu'au Japon, la responsabilité des défendeurs serait vraisemblablement limitée par l'application des Règles de La Haye-Visby. Toutefois, au Japon, contrairement au Canada, cette responsabilité limitée serait réduite davantage par l'application de la Convention de 1976. Cependant, les défendeurs ne se tournaient pas vers le Japon dans le seul but de limiter leur responsabilité. Au contraire, ils plaidaient que les Règles de La Haye-Visby les exonèrent de toute responsabilité et ce, indépendamment du pays où la cause est instruite. Pour ce qui est des questions de politique publique en jeu, la liberté de contracter est subordonnée à la volonté de l'État. Un transporteur national qui fait affaire à l'intérieur du Canada et un transporteur étranger qui fait affaire avec le Canada ne peuvent contourner la loi canadienne en se contentant d'insérer une clause d'élection du for dans le connaissement pour ensuite saisir le tribunal étranger en question en vue d'obtenir un jugement déclaratoire l'exonérant de toute responsabilité. L'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* ne va pas à l'encontre du principe de la courtoisie internationale et ne fait pas du Canada un paria sur le plan international. En l'espèce, les tribunaux japonais n'ont pas prononcé d'injonction interdisant les poursuites et il semble qu'ils ne feront rien pour faire

that a case has a real and substantial connection with Canada should one of the factors therein be present. Canada has a real and substantial connection with this case because New Westminster was the intended port of discharge. The plaintiff was entitled to select its forum. It has not been clearly established that Japan would be a more appropriate forum.

obstacle à l'action intentée au Canada. Mazda ne réclame par ailleurs pas d'injonction interdisant les poursuites. Ces derniers facteurs penchent tous en faveur du Canada, qui est le for choisi par la demanderesse. Pour ce qui est de la clause attributive de compétence, l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* n'a pas pour effet de la rendre nulle et de nul effet. Il découle de l'article 46 que l'on doit présumer que l'affaire a des liens véritables et substantiels avec le Canada si l'un des facteurs énumérés à cet article est présent. Le Canada possède effectivement des liens véritables et substantiels avec la présente affaire parce que New Westminster était le port de débarquement prévu. La demanderesse avait le droit de choisir sa juridiction. Il n'a pas été clairement démontré que les tribunaux japonais seraient un for plus approprié.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Carriage of Goods by Sea Act 1991* (Aust.), No. 160, 1991.  
*Convention on Limitation for Maritime Claims, 1976, as amended by the Protocol of 1996*, being Schedule 1 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6.  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 22(2)(h), 50 (as am. *idem*, s. 46).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 127 (as am. *idem*, s. 13).  
*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature*, Brussels, 25 August 1924 (Hague Rules).  
*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, concluded at Brussels, August 25, 1924, and Protocol concluded at Brussels, February 23, 1968, and Additional Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979*, being Schedule 3 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6 (Hague-Visby Rules).  
*Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, s. 46.  
*Maritime Transport Act 1994* (N.Z.), 1994/104.  
*United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978*, concluded at Hamburg on 31 March, 1978, 1695 U.N.T.S. 3 (Hamburg Rules) [S.C. 2001, c. 6, Sch. 4].

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Eleftheria, The*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.); *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897; (1993), 102 D.L.R. (4th) 96; [1993] 3 W.W.R. 441; 23 B.C.A.C. 1; 77 B.C.L.R. (2d) 62; 14 C.P.C. (3d) 1; 150 N.R. 321; 39

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Carriage of Goods by Sea Act 1991* (Aust.), No. 160, 1991.  
*Convention de 1976 sur la limitation de la responsabilité en matière de créances maritimes telle que modifiée par le Protocole de 1996*, qui constitue l'annexe 1 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6.  
*Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978*, conclue à Hambourg le 31 mars 1978, 1695 R.T.N.U. 3 (Règles de Hambourg) [L.C. 2001, ch. 6, ann. 4].  
*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement, conclue à Bruxelles, 25 août 1924, et protocole conclu à Bruxelles, 23 février 1968 et protocole supplémentaire conclu à Bruxelles, 21 décembre 1979*, qui constitue l'annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 (Règles de La Haye-Visby).  
*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement et Protocole de signature*, Bruxelles, 25 août 1924 (Règles de La Haye).  
*Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6, art. 46.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 22(2)(h), 50 (mod., *idem*, art. 46).  
*Maritime Transport Act 1994* (N.Z.), 1994/104.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 127 (mod., *idem*, art. 13).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Eleftheria, The*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.); *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897; *Holt Cargo Systems Inc c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907; 2001 CSC 90; confirmant [1999]

W.A.C. 1; *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907; (2001), 207 D.L.R. (4th) 577; 30 C.B.R. (4th) 6; 280 N.R. 201; 2001 SCC 90; affg (1999), 173 D.L.R. (4th) 493; 239 N.R. 114 (F.C.A.); affg [1997] 3 F.C. 187; (1997), 146 D.L.R. (4th) 736; 46 C.B.R. (3d) 169; 127 F.T.R. 244 (T.D.).

## DISTINGUISHED:

*Morviken (The)*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

## CONSIDERED:

*Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450; (2003), 224 D.L.R. (4th) 577; 30 C.P.C. (5th) 1; 2003 SCC 27; *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); *Sim v. Robinow* (1892), 19 R. 665; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205; (2002), 220 D.L.R. (4th) 54; 28 C.P.C. (5th) 201; 297 N.R. 83; 2002 SCC 78; *Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk (The)*, [2007] 2 F.C.R. 733; (2006), 273 D.L.R. (4th) 302; 352 N.R. 331; 2006 FCA 284; *MacShannon v. Rockware Glass Ltd.*, [1978] A.C. 795; *Antares Shipping Corp. v. The Ship "Capricorn" et al.*, [1977] 2 S.C.R. 422; (1976), 65 D.L.R. (3d) 105; 7 N.R. 518.

## REFERRED TO:

*Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. No. 2059 (C.A.) (QL); *United Nations v. Atlantic Seaways Corp.*, [1979] 2 F.C. 541; (1979), 99 D.L.R. (3d) 609; 28 N.R. 207 (C.A.); *Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157; (1979), 99 D.L.R. (3d) 235; 10 C.P.C. 9; 26 N.R. 313; *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The)*, [2003] 3 F.C. 220; (2002), 297 N.R. 151; 2002 FCA 479; *Antwerp Bulcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 S.C.R. 951; (2001), 207 D.L.R. (4th) 612; 30 C.B.R. (4th) 68; 279 N.R. 154; 2001 SCC 91; *Atlantic Star (The)*, [1974] A.C. 436 (H.L.); *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995).

MOTION to stay an action for loss of and damage to cargo aboard the *Cougar Ace* and for indemnity with respect to salvage. Motion dismissed.

## APPEARANCES:

*A. Barry Oland* for plaintiff.  
*Mark Sachs* and *Robert A. Margolis* for defendants  
Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd. and Yue Yew Loon.

A.C.F. n° 337 (C.A.) (QL); confirmant [1997] 3 C.F. 187 (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Morviken (The)*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450; 2003 CSC 27; *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.); *Sim v. Robinow* (1892), 19 R. 665; *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205; 2002 CSC 78; *Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le)*, [2007] 2 R.C.F. 733; 2006 CAF 284; *MacShannon v. Rockware Glass Ltd.*, [1978] A.C. 795; *Antares Shipping Corp. c. Le navire « Capricorn » et autres*, [1977] 2 R.C.S. 422.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. n° 2059 (C.A.) (QL); *Nations Unies c. Atlantic Seaways Corp.*, [1979] 2 C.F. 541 (C.A.); *Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157; *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2003] 3 C.F. 220; 2002 CAF 479; *Antwerp Bulcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 R.C.S. 951; 2001 CSC 91; *Atlantic Star (The)*, [1974] A.C. 436 (H.L.); *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995).

REQUÊTE en vue de faire suspendre une action réclamant les pertes et les avaries causées à la cargaison du *Cougar Ace*, et une indemnité relativement au sauvetage du navire. Requête rejetée.

## ONT COMPARU :

*A. Barry Oland* pour la demanderesse.  
*Mark Sachs* et *Robert A. Margolis* pour les défendeurs  
Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd. et Yue Yew Loon.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Oland & Company*, Vancouver, for plaintiff.  
*Thomas Cooper*, Vancouver, for defendants Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd. and Yue Yew Loon.

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

[1] HARRINGTON J.: The *Cougar Ace*, belonging to the Port of Singapore, set sail from Yokohama 19 July 2006, with a cargo of 4 813 Mazda automobiles and 110 Isuzu trucks, bound for New Westminster, British Columbia, Tacoma, Washington and Port Hueneme, California. All went well until six days later, when some 350 kilometres south of the Aleutian Islands and while engaged in a routine ballasting operation, the ship took on a violent and severe list of 60 degrees to port. The crew, the ship and her cargo were in imminent peril. With the exception of two broken legs, the crew escaped unscathed, rescued by the United States Coast Guard.

[2] The shipowner, MOB Cougar (PTE) Ltd., through the agency of the time charterer, Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., entered into a Lloyd's standard form of salvage agreement with Titan Marine LLC of Fort Lauderdale, Florida. The ship and cargo were successfully redelivered at Dutch Harbor, Alaska. There the ship was righted. Her owner and time charterer decided to tow her to Portland, Oregon where the ship was to be repaired and all cargo was to be discharged and forwarded to their respective final destinations. Later, Mazda Canada Inc., owner of the 1 563 automobiles bound for New Westminster, and holder of the covering bill of lading, together with Mazda Motors of America Inc. (Mazda U.S.A.), likewise interested in the Tacoma and Port Hueneme cargo, decided to take delivery at Portland, where they would inspect, test, and if appropriate carry out repairs. Mazda Canada's loss is extensive, perhaps in excess of US\$20 000 000 as the cargo may have lost its merchantable quality. The damage suffered by Mazda U.S.A. may be more than twice that.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Oland & Company*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Thomas Cooper*, Vancouver, pour les défendeurs Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., MOB Cougar (PTE) Ltd. et Yue Yew Loon.

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

[1] LE JUGE HARRINGTON : Le *Cougar Ace*, dont le port d'attache est Singapour, a levé l'ancre à Yokohama le 19 juillet 2006, avec à son bord une cargaison de 4 813 automobiles de marque Mazda et 110 camions de marque Isuzu, en direction de New Westminster (Colombie-Britannique), de Tacoma (Washington) et de Port Hueneme (Californie). La traversée s'est déroulée sans heurt jusqu'à ce que six jours plus tard, alors qu'il se trouvait à environ 350 kilomètres au sud des îles Aléoutiennes et qu'il était en train d'effectuer une opération courante de ballastage, le navire s'est brusquement et violemment incliné de 60 degrés à bâbord. L'équipage, le navire et la cargaison étaient tous en péril. À l'exception de deux jambes fracturées, les membres de l'équipage s'en sont tirés indemnes et ont été secourus par la Garde côtière des États-Unis.

[2] Le propriétaire du navire, MOB Cougar (PTE) Ltd., par l'entremise d'un affréteur à temps, Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., a signé une formule type de convention de sauvetage de la Lloyd's avec Titan Marine LLC, de Fort Lauderdale, en Floride. Le navire et la cargaison ont été restitués avec succès à Dutch Harbor (Alaska), où le navire a été redressé. Le propriétaire et l'affréteur à temps ont décidé de remorquer le navire à Portland (Oregon), où il devait être réparé et où toute la cargaison devait être déchargée et réacheminée vers sa destination finale. Plus tard, Mazda Canada Inc., qui était propriétaire des 1 563 automobiles qui devaient être livrées à New Westminster, et qui était titulaire du connaissement avec Mazda Motors of America Inc. (Mazda U.S.A.), qui détenait aussi des droits sur la cargaison de Tacoma et de Port Hueneme, a décidé de prendre livraison de la cargaison à Portland, où elle pourrait l'inspecter, procéder à des vérifications et effectuer les réparations nécessaires. Les pertes subies par Mazda Canada sont considérables et dépassent peut-être 20 000 000 \$US car il se peut que la cargaison n'ait plus aucune valeur marchande. Les

[3] Mazda Canada has taken action in this Court for loss of and damage to the New Westminster bound cargo, and for indemnity with respect to salvage. The action is styled *in rem* against the ship *Cougar Ace* and *in personam* against her owner, MOB Cougar (PTE) Ltd. of Singapore; her time charterer, Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd. of Japan; the Master and Second Engineer of the *Cougar Ace* who hail from Myanmar, and her Singaporean Chief Engineer. The action *in rem* has not been served, and the *Cougar Ace* has not been arrested here, as she has not called at a Canadian port since the casualty. The owner and the Chief Engineer were served in Singapore, and the time charterer in Japan. The Master and Second Engineers have not been served.

[4] The defendant shipowner and time charterer, supported by Chief Engineer Loon, have moved to have the Canadian action stayed in favour of Japanese jurisdiction—the jurisdiction and law agreed in the bill of lading—and the jurisdiction they say has the closest connection with the dispute.

[5] Two other actions with respect to the Mazda automobiles have been taken. Mazda U.S.A. and its cargo underwriters have sued in the United States District Court for the District of Oregon. While this motion was being argued, that action was dismissed in light of the Japanese jurisdiction clause contained in the bills of lading, identical in form to the bill of lading before me. I was informed that there is a right of appeal, but I am not aware if it has been exercised.

[6] In the second action, Mitsui has sued in Japan for a declaration that it is not liable for loss and damage to the Canadian and American bound Mazda cargo. The action makes no mention of the 110 Isuzu trucks. Counsel had no instructions as to whether Isuzu is pursuing the matter or not. Mitsui alleges that the Chief Officer made a mistake during the ballasting operation,

dommages subis par Mazda U.S.A. correspondent peut-être au double de ce montant.

[3] Mazda Canada a introduit une action devant notre Cour pour les pertes et les avaries causées à la cargaison à destination de New Westminster. Elle réclame aussi une indemnité relativement au sauvetage. Il s'agit d'une action *in rem* intentée contre le navire *Cougar Ace* et d'une action *in personam* contre son propriétaire, MOB Cougar (PTE) Ltd., de Singapour, son affrètement à temps, Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd., du Japon, ainsi que contre le commandant et deuxième mécanicien du *Cougar Ace*, qui est originaire du Myanmar, et son chef mécanicien, originaire de Singapour. L'action *in rem* n'a pas été signifiée et le *Cougar Ace* n'a pas été saisi ici, car il n'a mouillé dans aucun port canadien depuis l'incident en question. Le propriétaire et l'ingénieur chef ont reçu signification de l'action à Singapour et l'affrètement à temps, au Japon. Le commandant et le deuxième mécanicien n'ont pas reçu signification de l'action.

[4] Le propriétaire du navire et l'affrètement à temps défendeurs ont, avec l'appui du chef mécanicien Loon, présenté une requête en vue de faire suspendre l'action canadienne en faveur de la compétence japonaise—la compétence et les règles de droit convenues par les parties dans le connaissement—qui est, selon eux, le pays qui présente les liens les plus étroits avec le litige.

[5] Deux autres actions ont été intentées au sujet des automobiles Mazda. Mazda U.S.A. et les assureurs de sa cargaison ont introduit une poursuite aux États-Unis devant la Cour de district du district d'Oregon. Pendant que la présente requête était débattue, cette action a été rejetée en raison de la clause de compétence japonaise stipulée dans les connaissements, et dont la forme est identique au connaissement qui m'est soumis en l'espèce. On m'a informé qu'il existe un droit d'appel, mais je ne sais pas s'il a été exercé.

[6] Dans la seconde action, Mitsui a intenté un procès au Japon en vue d'obtenir un jugement l'exonérant de toute responsabilité en ce qui concerne les pertes et les avaries subies par la cargaison de Mazda destinée au Canada et aux États-Unis. Il n'est fait aucune mention des 110 camions Isuzu dans cette action. Les avocats n'ont pas reçu de directives au sujet de la question de

which it characterizes as an error in the management of the ship. An error in the management of the ship not caused or contributed to by a failure to properly train the officers and crew constitutes a complete defence under the applicable Hague-Visby Rules [*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading, concluded at Brussels, August 25, 1924, and Protocol concluded at Brussels, February 23, 1968, and Additional Protocol concluded at Brussels, December 21, 1979*, being Schedule 3 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6]. However, when the stay motion came before me that action had not yet been served. Although not named as a plaintiff, for the purposes of the following analysis, I will treat the Japanese action as if the shipowner were also party thereto.

[7] There is no easy resolution to this issue. Although the case law on motions for stays supported by forum selection clauses has been constant, Canada's public policy changed with the coming into force of the *Marine Liability Act* in 2001 [S.C. 2001, c. 6]. Furthermore, the case law with respect to stays not supported by forum selection clauses has evolved dramatically over the past few decades with the notion of *forum non conveniens* now in full bloom, and the need to obtain judicial leave to serve notice of an action out of the jurisdiction abolished.

#### FORUM SELECTION CLAUSES

[8] Although a bill of lading is not the contract of affreightment, it may serve as evidence of same. The parties in this case agree that it contains all the relevant terms and conditions. It was issued on Mitsui's letterhead to Itochu Corporation of Tokyo who shipped 1 563 Mazda vehicles, said to weigh 1 955 890 kilos, at Nakanoseki for discharge at New Westminster. The bill of lading was consigned to the shipper's order. Mazda Canada was the notify party. For the purposes of this motion it must be presumed that Itochu sold the cargo to Mazda Canada and endorsed the bill of lading over to it.

savoir si Isuzu poursuivait l'affaire ou non. Mitsui allègue que le capitaine en second a commis une erreur lors de l'opération de ballastage, erreur qu'elle qualifie de négligence dans la gestion du navire. Une négligence dans la gestion du navire qui n'est pas causée ou aggravée par une formation insuffisante des officiers ou de l'équipage constitue un moyen de défense complet selon les dispositions applicables des Règles de La Haye-Visby [*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissance, conclue à Bruxelles, 25 août 1924, et protocole conclu à Bruxelles, 23 février 1968 et protocole supplémentaire conclu à Bruxelles, 21 décembre 1979*, qui constitue l'annexe 3 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6]. Toutefois, lorsque j'ai été saisi de la requête en suspension, cette action n'avait pas encore été signifiée. Bien qu'il ne soit pas désignée comme partie demanderesse, pour faciliter l'analyse qui suit, je vais traiter l'action japonaise comme si le propriétaire du navire y était également partie.

[7] Il n'y a pas de réponse toute faite à cette question. Bien que la jurisprudence sur les requêtes en suspension fondées sur des clauses d'élection due for soit constante, la politique officielle canadienne a changé avec l'entrée en vigueur de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* en 2001 [L.C. 2001, ch. 6]. Par ailleurs, la jurisprudence portant sur les requêtes en suspension qui ne s'appuient pas sur des clauses d'élection due for a connu une évolution spectaculaire au cours des dernières décennies à la suite du développement de la notion de *forum non conveniens* et parce qu'il n'est plus nécessaire d'obtenir une autorisation judiciaire pour signifier un avis introductif d'instance hors du ressort.

#### CLAUSES D'ÉLECTION DUE FOR

[8] Bien qu'un connaissance ne soit pas un contrat d'affrètement, il peut en faire foi. Dans le cas qui nous occupe, les parties sont d'accord pour dire que le connaissance renferme toutes les modalités pertinentes. Il a été établi sur le papier à en-tête de Mitsui en faveur de l'Itochu Corporation de Tokyo, laquelle a embarqué 1 563 véhicules Mazda, ayant un poids présumé de 1 955 890 kilos, à Nakanoseki en vue de leur déchargement à New Westminster. Le connaissance était établi à l'ordre du chargeur. Mazda Canada était la partie avisée. Aux fins de la présente requête, il faut présumer que

Itochu a vendu la cargaison à Mazda Canada, en faveur de qui elle a endossé le connaissement.

[9] The bill of lading identifies Mitsui as the “carrier”, but “sub-contractor(s)” are defined as including the shipowner. By means of the “Himalaya Clause”, all bill of lading benefits were extended to it.

[9] Dans le connaissement, Mitsui est identifiée comme étant le « transporteur », mais le « sous-traitant » est assimilé au propriétaire du navire suivant la définition prévue au connaissement. En vertu de la « clause Himalaya », Mitsui a pu bénéficier de tous les avantages conférés par le connaissement.

[10] Mitsui and Itochu have a long-term charter between themselves, which calls for Tokyo arbitration. However, there is no evidence that Mazda Canada was aware of it, and in any event it does not form part of the contract endorsed over.

[10] Mitsui et Itochu ont conclu entre elles une charte-partie de longue durée, qui prévoit un arbitrage dit « de Tokyo ». Il n’y a rien cependant qui permette de penser que Mazda Canada était au courant de l’existence de ce contrat, qui ne fait de toute façon pas partie du contrat qui a été endossé en sa faveur.

[11] Clause 28 of the governing bill of lading provides:

[11] L’article 28 du connaissement applicable est ainsi libellé :

## 28. LAW AND JURISDICTION

The contract evidenced by or contained in this Bill of Lading shall be governed by Japanese law except as may be otherwise provided for herein.

Unless otherwise agreed, any action against the Carrier thereunder must be brought exclusively before the Tokyo District Court in Japan. Any action by the Carrier to enforce any provision of this Bill of Lading may be brought before any court of competent jurisdiction at the option of the Carrier.

[12] Section 50 [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 46] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. *idem*, s. 14)] confirms this Court’s discretionary power to stay proceedings on the ground that the claim is proceeding in another jurisdiction or if for any other reason it is in the interests of justice to do so. However, the aforesaid section 46 of the more recent *Marine Liability Act* goes on to say that notwithstanding a foreign jurisdiction clause, a cargo action may be instituted here if, among other things, the intended port of discharge is Canadian.

[TRADUCTION]

## 28. DROIT APPLICABLE ET COMPÉTENCE

Sauf disposition contraire aux présentes, le contrat constaté par le présent connaissement est régi par le droit du Japon.

Sauf entente contraire, tout différend en découlant ou toute demande s’y rapportant ressortit à la Cour de district de Tokyo. Toute action introduite par le transporteur en vue de faire respecter les stipulations du présent connaissement peut être introduite devant tout tribunal compétent au choix du transporteur.

[12] L’article 50 [mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 46] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod., *idem*, art. 14)] confirme le pouvoir discrétionnaire de notre Cour de suspendre les procédures au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal ou lorsque, pour quelque autre raison, l’intérêt de la justice l’exige. Toutefois, l’article 46, précité, de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, qui est plus récente, précise qu’indépendamment de l’existence d’une clause conférant la compétence à un tribunal étranger, une action peut être intentée au Canada au sujet de la cargaison si, notamment, le port de chargement prévu est situé au Canada.

[13] Were it not for section 46, I would have granted the stay without hesitation. The starting point is the decision of Mr. Justice Brandon, as he then was, in *The Eleftheria*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.), fully approved by our Supreme Court in *Z.I. Pompey Industrie v. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 S.C.R. 450.

[14] Under *The Eleftheria* principle, a court which otherwise has jurisdiction is not bound to grant a stay in light of a foreign forum selection clause, but in its discretion should do so unless there is "strong cause" otherwise. In exercising its discretion, the court should take into account all the circumstances including: (a) where the evidence is available and the effect of that on the relative convenience and expense of trial; (b) whether the law of the foreign court applies and if so, whether it differs from our law in any material respect; (c) to which country the parties are connected, and how closely; (d) whether the defendants generally desire trial in the foreign country, or are only seeking procedural advantages; and (e) whether the plaintiff would be prejudiced in the foreign court because: (i) it would be deprived of security; (ii) be unable to enforce any judgment obtained; (iii) be faced with a time bar not otherwise applicable; or (iv) for political, racial, religious or other reasons be unlikely to get a fair trial. In this case, the defendants realize a stay of the Canadian action would be conditional on their waiving time bar in Japan.

[15] As Mr. Justice Bastarache noted in *Z.I. Pompey*, at paragraph 29: "[b]ills of lading are typically entered into by sophisticated parties familiar with the negotiation of maritime shipping transactions who should, in normal circumstances, be held to their bargain." There has been a long history of Mazda automobiles being shipped to Canada under the same bill of lading form. Mazda Canada was certainly aware that the bill of lading purported to give the Tokyo courts exclusive jurisdiction.

[13] N'eût été de l'article 46, j'aurais accordé sans hésiter la suspension demandée. Le point de départ est la décision du juge Brandon dans l'affaire *The Eleftheria*, [1969] 1 Lloyd's Rep. 237 (Adm.), que la Cour suprême a entièrement approuvée dans l'arrêt *Z.I. Pompey Industrie c. ECU-Line N.V.*, [2003] 1 R.C.S. 450.

[14] Suivant le principe posé dans l'arrêt *The Eleftheria*, le tribunal par ailleurs compétent n'est pas tenu d'accorder une suspension d'instance s'il existe une clause d'élection du for, mais il doit exercer son pouvoir discrétionnaire en accordant la suspension demandée à moins qu'on ne lui démontre qu'il existe des « motifs sérieux » de ne pas le faire. En exerçant son pouvoir discrétionnaire, le tribunal doit tenir compte des circonstances suivantes : a) où peut-on trouver la preuve et quelles conséquences peut-on en tirer sur les avantages et les coûts comparés d'un procès ici ou à l'étranger? b) le droit du tribunal étranger est-il applicable et, si c'est le cas, diffère-t-il de notre droit sur des points importants? c) avec quel pays chaque partie a-t-elle des liens, et dans quelle mesure? d) les défendeurs souhaitent-ils vraiment porter le litige devant un tribunal étranger ou cherchent-ils seulement à bénéficier d'un avantage procédural? e) le demandeurs subiraient-ils un préjudice s'il devait intenter une action devant un tribunal étranger : i) parce qu'il serait privés de garantie à l'égard de sa réclamation; ii) parce qu'il serait incapables de faire exécuter le jugement obtenu; iii) parce qu'il serait soumis à un délai de prescription non applicable au Canada; ou iv) parce que, pour des raisons politiques, raciales, religieuses ou autres, il ne serait pas en mesure d'obtenir un jugement équitable. Dans le cas qui nous occupe, les défendeurs sont conscients du fait qu'une suspension de l'action intentée au Canada serait conditionnelle à une renonciation par eux au délai de prescription applicable au Japon.

[15] Ainsi que le juge Bastarache l'a signalé dans l'arrêt *Z.I. Pompey*, au paragraphe 29 : « Les connaissements sont en général conclus par des personnes averties qui sont rompues à la négociation d'opérations de transport maritime et qui doivent normalement être tenues de respecter leurs engagements ». Depuis longtemps, des automobiles Mazda sont expédiées au Canada sous la même formule de connaissement. Mazda Canada était certainement au courant que le connaissement était censé conférer une compétence exclusive aux tribunaux de Tokyo.

*MARINE LIABILITY ACT*

[16] In 2001, our *Marine Liability Act* came into force. Section 46 provides:

46. (1) If a contract for the carriage of goods by water to which the Hamburg Rules do not apply provides for the adjudication or arbitration of claims arising under the contract in a place other than Canada, a claimant may institute judicial or arbitral proceedings in a court or arbitral tribunal in Canada that would be competent to determine the claim if the contract had referred the claim to Canada, where

- (a) the actual port of loading or discharge, or the intended port of loading or discharge under the contract, is in Canada;
- (b) the person against whom the claim is made resides or has a place of business, branch or agency in Canada; or
- (c) the contract was made in Canada.

(2) Notwithstanding subsection (1), the parties to a contract referred to in that subsection may, after a claim arises under the contract, designate by agreement the place where the claimant may institute judicial or arbitral proceedings.

[17] It has already been held that section 46 does not override the Court's discretion to grant a stay pursuant to section 50 of the *Federal Courts Act*. Yet, the question remains whether the bill of lading should be construed as if it contained no forum selection clause, or whether that clause is still a factor the Court should take into account in exercising its discretion.

*FORUM NON CONVENIENS*

[18] Although an anti-suit injunction case, the decision of the Supreme Court in *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 S.C.R. 897, has been constantly cited, including by that Court itself, in the context of motions for interlocutory stays of proceedings. In turn, *Amchem* rendered homage to English cases, particularly *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

*LOI SUR LA RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE MARITIME*

[16] En 2001, notre *Loi sur la responsabilité en matière maritime* est entrée en vigueur. L'article 46 dispose :

46. (1) Lorsqu'un contrat de transport de marchandises par eau, non assujéti aux règles de Hambourg, prévoit le renvoi de toute créance découlant du contrat à une cour de justice ou à l'arbitrage en un lieu situé à l'étranger, le réclamant peut, à son choix, intenter une procédure judiciaire ou arbitrale au Canada devant un tribunal qui serait compétent dans le cas où le contrat aurait prévu le renvoi de la créance au Canada, si l'une ou l'autre des conditions suivantes existe :

- a) le port de chargement ou de déchargement — prévu au contrat ou effectif — est situé au Canada;
- b) l'autre partie a au Canada sa résidence, un établissement, une succursale ou une agence;
- c) le contrat a été conclu au Canada.

(2) Malgré le paragraphe (1), les parties à un contrat visé à ce paragraphe peuvent d'un commun accord désigner, postérieurement à la créance née du contrat, le lieu où le réclamant peut intenter une procédure judiciaire ou arbitrale.

[17] Il a déjà été jugé que l'article 46 n'a pas préséance sur le pouvoir discrétionnaire de la Cour d'accorder une suspension en vertu de l'article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Pourtant, on ne sait toujours pas si le connaissance devrait être interprété comme s'il ne renfermait pas de clause d'élection de for ou si cette clause constitue toujours un facteur dont la Cour devrait tenir compte lorsqu'elle exerce son pouvoir discrétionnaire.

*FORUM NON CONVENIENS*

[18] Malgré le fait qu'il s'agissait d'une affaire portant sur une injonction interdisant les poursuites, l'arrêt *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board)*, [1993] 1 R.C.S. 897, a constamment été cité, y compris par la Cour suprême elle-même, dans le contexte de requêtes en suspension d'instance interlocutoire. À son tour, dans cet arrêt, la Cour suprême rendait hommage à certains arrêts anglais, et notamment l'arrêt *Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd.*, [1987] 1 Lloyd's Rep. 1 (H.L.).

[19] As noted by Lord Goff in *Spiliada*, the fundamental principle was expressed long ago by Lord Kinneer in *Sim v. Robinow* (1892), 19 R. 665, at page 668:

... the plea can never be sustained unless the court is satisfied that there is some other tribunal, having competent jurisdiction, in which the case may be tried more suitably for the interest of all the parties and for the ends of justice.

[20] The jurisprudence led Lord Goff to conclude at page 11:

In my opinion, the burden resting on the defendant is not just to show that England is not the natural or appropriate forum for the trial, but to establish that there is another available forum which is clearly or distinctly more appropriate than the English forum.

[21] In *Amchem*, at pages 911-912, Mr. Justice Sopinka recognized that modern business transactions and the resolution of disputes arising therefrom transcend domestic jurisdictions:

Meanwhile, the business of litigation, like commerce itself, has become increasingly international. With the increase of free trade and the rapid growth of multi-national corporations it has become more difficult to identify one clearly appropriate forum for this type of litigation. The defendant may not be identified with only one jurisdiction. Moreover, there are frequently multiple defendants carrying on business in a number of jurisdictions and distributing their products or services world wide. As well, the plaintiffs may be a large class residing in different jurisdictions. It is often difficult to pinpoint the place where the transaction giving rise to the action took place. Frequently, there is no single forum that is clearly the most convenient or appropriate for the trial of the action but rather several which are equally suitable alternatives.

[22] He continued at page 921:

... I agree with the English authorities that the existence of a more appropriate forum must be clearly established to displace the forum selected by the plaintiff. [His emphasis.]

[23] The factors to be considered are fact-driven. There has been no attempt, and indeed it would be quite inappropriate, to set out an exhaustive list of factors

[19] Ainsi que lord Goff l'a fait observer dans l'arrêt *Spiliada*, le principe fondamental a été exprimé il y a longtemps par lord Kinneer dans l'arrêt *Sim v. Robinow* (1892), 19 R. 665, à la page 668 :

[TRADUCTION] [...] ce moyen n'est recevable que si le tribunal est convaincu qu'il existe une autre juridiction compétente devant laquelle il est plus convenable de faire instruire l'affaire dans l'intérêt de toutes les parties et pour les favoriser la réalisation des fins de la justice.

[20] La jurisprudence a conduit lord Goff à conclure, à la page 11 :

[TRADUCTION] À mon avis, il incombe au défendeur de démontrer, non seulement que l'Angleterre n'est pas le lieu naturel ou approprié pour la tenue du procès, mais aussi qu'il existe un autre tribunal compétent qui est manifestement ou clairement plus approprié que le tribunal anglais.

[21] Dans l'arrêt *Amchem*, aux pages 911 et 912, le juge Sopinka a reconnu que les activités commerciales modernes et le règlement des litiges en découlant transcendaient les frontières nationales :

Dans l'intervalle, les litiges, comme le commerce, ont pris de plus en plus un caractère international. Étant donné l'essor du libre-échange et la prolifération des sociétés multinationales, il est devenu plus difficile de déterminer un tribunal qui soit nettement approprié pour ce type de litige. Il se peut que l'on ne puisse rattacher le défendeur à un seul ressort. Au surplus, il arrive souvent que les défendeurs soient nombreux, qu'ils exercent leur activité dans nombre de territoires et distribuent leurs produits ou leurs services dans le monde entier. En outre, il se peut que les demandeurs forment un grand groupe et résident dans des ressorts distincts. Il est souvent difficile de mettre le doigt sur l'endroit où l'opération qui a donné ouverture à l'action a été effectuée. Souvent, il n'y a aucun tribunal qui est nettement le plus commode ou le plus approprié pour connaître de l'action, mais plusieurs représentent plutôt un choix aussi propice.

[22] Le juge Sopinka poursuit, à la page 921 :

[...] tout comme les tribunaux anglais, j'estime qu'il faut établir clairement qu'un autre tribunal est plus approprié pour que soit écarté celui qu'a choisi le demandeur. [C'est le juge qui souligne.]

[23] Les facteurs dont il faut tenir compte sont axés sur les faits. Personne n'a tenté de dresser une liste exhaustive des facteurs qui doivent être soupesés et d'ailleurs une

which should be weighed. In *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 S.C.R. 205, the Supreme Court [at paragraph 71] listed the 10 factors set out by the Quebec Court of Appeal in *Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. No. 2059 (QL), which are:

- 1) The parties' residence, that of witnesses and experts;
- 2) the location of the material evidence;
- 3) the place where the contract was negotiated and executed;
- 4) the existence of proceedings pending between the parties in another jurisdiction;
- 5) the location of Defendants' assets;
- 6) the applicable law;
- 7) advantages conferred upon Plaintiff by its choice of forum, if any;
- 8) the interest of justice;
- 9) the interest of the parties;
- 10) the need to have the judgment recognized in another jurisdiction.

[24] This list was considered by Mr. Justice Evans in the case most on point, *Magic Sportswear Corp. v. Mathilde Maersk (The)*, [2007] 2 F.C.R. 733 (F.C.A.) [hereinafter *OT Africa*]. In addition, in contracts of affreightment by sea one must now take into account the public policy of Canada as expressed in section 46 of the *Marine Liability Act*, forum selection clauses and that unique feature of maritime law, the action *in rem* with its accompanying warrant of arrest.

#### JURISDICTION *RATIONE MATERIAE* AND *PERSONAE*

[25] I think it appropriate to jurisdictionally situate section 46 of the *Marine Liability Act* before weighing the factors which should be taken into account in determining whether a stay should be granted in this particular case. The Federal Court has jurisdiction over

telle démarche serait bien maladroite. Dans l'arrêt *Spar Aerospace Ltée c. American Mobile Satellite Corp.*, [2002] 4 R.C.S. 205, la Cour suprême [au paragraphe 71] a repris à son compte les 10 facteurs énumérés par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *Lexus Maritime inc. c. Oppenheim Forfait GmbH*, [1998] A.Q. n° 2059 (QL) :

- 1) le lieu de résidence des parties et des témoins ordinaires et experts;
- 2) la situation des éléments de preuve;
- 3) le lieu de formation et d'exécution du contrat;
- 4) l'existence d'une autre action intentée à l'étranger;
- 5) la situation des biens appartenant au défendeur;
- 6) la loi applicable au litige;
- 7) l'avantage dont jouit la demanderesse dans le for choisi;
- 8) l'intérêt de la justice;
- 9) l'intérêt des deux parties;
- 10) la nécessité éventuelle d'une procédure en exemplification à l'étranger.

[24] Le juge Evans a examiné cette liste dans une affaire fort semblable à la présente, *Magic Sportswear Corp. c. Mathilde Maersk (Le)*, [2007] 2 R.C.F. 733 (C.A.F.) [ci-après *OT Africa*]. Par ailleurs, dans les contrats d'affrètement maritime, il y a lieu de tenir compte de la politique officielle du Canada telle qu'elle est exprimée à l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, des clauses d'élection de for et de cette caractéristique unique du droit maritime, l'action *in rem* avec le mandat de saisie dont elle est assortie.

#### COMPÉTENCE *RATIONE MATERIAE* ET *PERSONAE*

[25] Je pense qu'il convient de situer l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* sur le plan de la compétence avant de soupeser les facteurs dont il faut tenir compte pour déterminer s'il convient d'accorder une suspension en l'espèce. La Cour fédérale a compétence

the subject-matter of this claim by virtue of Canadian maritime law, more particularly paragraph 22(2)(h) of the *Federal Courts Act* as it is for “loss of or damage to goods carried in or on a ship”. There is no geographical limitation on this subject-matter jurisdiction. This Court would have jurisdiction even if the shipment were from one Japanese port to another (*United Nations v. Atlantic Seaways Corp.*, [1979] 2 F.C. 541 (C.A.)). It matters not that Japanese law is applicable. Canadian maritime law includes conflict of law rules (*Tropwood A.G. et al. v. Sivaco Wire & Nail Co. et al.*, [1979] 2 S.C.R. 157).

[26] Historically, courts took jurisdiction over defendants who were personally served within the country. See rule 127 [as am. by SOR/2004-283, s. 13] and following of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. *idem*, s. 2)]. In certain circumstances, service upon an agent in Canada is deemed to be personal service.

[27] If the defendant could not be served within Canada, leave to serve notice of the action elsewhere had to be obtained from the Court. Not to put too fine a line on it, but the plaintiff had to show a reasonably arguable case on the merits, and a real and substantial connection between that case and Canada. As noted by Mr. Justice Sopinka in *Amchem*, most provinces have done away with the need to obtain leave. The *Federal Courts Rules* have been amended to the same effect.

#### OT AFRICA

[28] Section 46 does not expressly override the Court’s discretion to stay under section 50 of the *Federal Courts Act*, and the two can be read together. As Mr. Justice Evans stated in *OT Africa* at paragraph 36, it “removes the Court’s discretion to stay solely on the ground that the parties have selected an exclusive forum outside Canada” (emphasis added). In reaching that conclusion, he held that certain *obiter* remarks of Mr. Justice Bastarache in *Z.I. Pompey*, above, and by Mr. Justice Nadon in *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani*

sur l’objet de la présente demande en vertu du droit maritime canadien et plus particulièrement de l’alinéa 22(2)h) de la *Loi sur les Cours fédérales*, car il s’agit d’une « demande d’indemnisation pour la perte ou l’avarie de marchandises transportées à bord d’un navire ». Cette compétence *ratione materiae* n’est assujettie à aucune limite territoriale. Notre Cour serait compétente même si la cargaison était transportée entre deux ports japonais (*Nations Unies c. Atlantic Seaways Corp.*, [1979] 2 C.F. 541 (C.A.)). Il importe peu que le droit japonais s’applique. Les règles de conflit des lois font partie du droit maritime canadien (*Tropwood A.G. et autres c. Sivaco Wire & Nail Co. et autres*, [1979] 2 R.C.S. 157).

[26] Historiquement, les tribunaux se déclaraient compétents à l’égard des défendeurs qui recevaient signification à personne sur le territoire du pays en cause (voir les règles 127 [mod. par DORS/2004-283, art. 13] et suivantes des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod., *idem*, art. 2)]). Dans certains cas, la signification effectuée à un mandataire au Canada est réputée être une signification à personne.

[27] S’il n’était pas possible de signifier l’acte introductif d’instance au défendeur au Canada, il fallait obtenir de la Cour l’autorisation de le signifier ailleurs. Sans entrer dans tous les détails, disons que la partie demanderesse devait démontrer que sa cause avait un minimum de fondement, de même que l’existence de liens véritables et substantiels entre le litige et le Canada. Comme le juge Sopinka l’a signalé dans l’arrêt *Amchem*, la plupart des provinces se sont débarrassées de l’obligation d’obtenir une autorisation. Les *Règles des Cours fédérales* ont été modifiées dans le même sens.

#### OT AFRICA

[28] L’article 46 ne l’emporte pas explicitement sur le pouvoir discrétionnaire d’accorder une suspension qui est conféré à la Cour par l’article 50 de la *Loi sur les Cours fédérales* et il est possible de concilier ces deux articles. Ainsi que le juge Evans l’a déclaré dans l’arrêt *OT Africa* au paragraphe 36, « cette disposition supprime le pouvoir discrétionnaire de la Cour d’ordonner la suspension de l’instance pour le seul motif que les parties ont choisi d’attribuer une compétence exclusive à un for situé à l’extérieur du Canada » (non souligné dans

(*I.S.M.A.S.) s.n.c. v. Castor (The)*, [2003] 3 F.C. 220 (C.A.), do not stand for the proposition that section 46 requires Canadian courts to hear the case on the merits.

[29] In *OT Africa*, the Canadian agent of the English carrier issued a bill of lading covering a shipment from New York to Monrovia, Liberia via Le Havre. The cargo out-turned in damaged condition. The connections with Canada were that the carrier had an agency here and that the contract was made here. The cargo underwriters were also here. These are not the connecting factors before me. I am basing myself on the fact that the intended port of discharge, New Westminster, is in Canada. It could possibly have been argued that the defendants have an agency here. However, I think it right that Mazda did not take up that point.

[30] *OT Africa* responded to the Canadian action by obtaining an anti-suit injunction in the United Kingdom. That anti-suit injunction weighed heavily in Mr. Justice Evans' reasons for granting a stay. He held that section 46 did not rule out considerations of comity and the practical problems to which parallel proceedings may give rise.

[31] He said at paragraphs 79 through 81:

The principal policy objective of section 46 is the protection of the interests of Canadian exporters and importers, and, I would add, their insurers, by diminishing or eliminating the legal effect of a contractual clause requiring them to litigate any dispute in a foreign forum. The legislative record does not suggest that Parliament was also concerned to protect the interests of Canadian insurers when insuring non-Canadian goods shipped from and to ports outside Canada by non-Canadian shippers.

l'original). Pour en arriver à cette conclusion, le juge a expliqué que certaines observations incidentes formulées par le juge Bastarache dans l'arrêt *Z.I. Pompey*, précité, et par le juge Nadon dans l'arrêt *Incremona-Salerno Marmi Affini Siciliani (I.S.M.A.S.) s.n.c. c. Castor (Le)*, [2003] 3 C.F. 220 (C.A.), n'appuyaient pas la proposition que l'article 46 oblige les tribunaux canadiens à juger l'affaire sur le fond.

[29] Dans l'affaire *OT Africa*, l'agence canadienne d'un chargeur anglais avait émis établi un connaissement portant sur le transport d'une cargaison de New York à Monrovia, au Libéria, via Le Havre. À son arrivée, on a constaté des avaries à la cargaison. Les liens avec le Canada consistaient en le fait que le transporteur y possédait une agence et que le contrat avait été conclu là. Les assureurs de la cargaison se trouvaient également au Canada. Ce ne sont pas les mêmes facteurs de rattachement que ceux qui ont été portés à ma connaissance en l'espèce. Je me fonde sur le fait que le port de débarquement prévu, New Westminster, se trouve au Canada. On aurait peut-être pu soutenir que les défendeurs ont une agence au Canada. Je crois cependant que c'est à juste titre que Mazda n'a pas repris cet argument.

[30] *OT Africa* a répondu à l'action intentée devant les tribunaux canadiens en obtenant au Royaume-Uni une injonction interdisant les poursuites. Le juge Evans a accordé beaucoup de poids à cette injonction pour justifier sa décision d'accorder la suspension demandée. Il a expliqué que l'article 46 n'excluait pas la prise en compte des règles de courtoisie et des problèmes pratiques que l'existence d'instances parallèles serait susceptible de poser.

[31] Il a déclaré ce qui suit, aux paragraphes 79, 80 et 81 :

Le principal objet de l'article 46 est de protéger les intérêts des exportateurs et des importateurs canadiens et, j'ajouterais, de leurs assureurs, en atténuant ou en supprimant l'effet d'une clause contractuelle les obligeant à confier leurs litiges éventuels à un for étranger. Il ne ressort pas des débats législatifs que le Parlement ait également souhaité protéger les intérêts des assureurs canadiens qui assurent des marchandises non canadiennes expédiées de ports étrangers vers des ports étrangers par des transporteurs étrangers.

While section 46 preserves the jurisdiction of Canadian courts in proceedings brought by foreign shippers and consignees, it does not follow that, in deciding whether to exercise its jurisdiction, a court should depart from its normal practice of affording respect to foreign judgments. On the facts of the present case, including the dominant role being played in the litigation by the Canadian insurers of the cargo, it would not frustrate Parliament's purpose to take the English judgments into account in the course of determining the more convenient forum.

In short, section 46 does not expressly provide that, when determining whether it is the more convenient forum, a Canadian court in which a claimant elects to proceed should assign no weight to the assertion of jurisdiction by a foreign court, which it has supported by an anti-suit injunction. Nor can it be said that Parliament implicitly so directed in a fact situation such as this, where, to give a foreign judgment weight, would not frustrate the policies underlying section 46.

[32] However, he went on to speculate that the assumption of jurisdiction by a foreign court, the court chosen in the contract, might not be a relevant factor in a *forum non conveniens* analysis if the shipper, the consignee or the goods were Canadian. He said at paragraph 88:

For the purpose of disposing of this appeal, I need not decide whether the assumption of jurisdiction by the English courts and the parties' choice of an exclusive forum should be regarded as not only relevant factors in the *forum non conveniens* analysis, but also virtually conclusive. Nor do I have to decide whether these factors should be given weight when the shippers, the consignees or the goods are Canadian. However, I am inclined to think that they should not, since that would permit litigants to frustrate the policy of section 46 of protecting Canadian exporters and importers, by instituting proceedings in the forum specified in the contract.

#### FACTORS TO BE CONSIDERED

[33] In addition to such factors as set out in *The Eleftheria* and *Spar Aerospace*, the decisions in *OT Africa* and in *Holt Cargo Systems Inc. v. ABC Containerline N.V. (Trustees of)*, [2001] 3 S.C.R. 907, require me to consider Canadian public policy. Although falling within the

L'article 46 confirme les compétences des tribunaux canadiens à l'égard des poursuites instituées par des chargeurs et des consignataires étrangers, mais cela ne veut pas dire qu'un tribunal appelé à exercer sa compétence doit s'écarter de sa pratique normale consistant à donner effet aux jugements étrangers. D'après les faits de l'espèce, notamment le rôle dominant qu'ont joué les assureurs canadiens des marchandises dans le litige, il ne serait pas contraire à l'intention du législateur de tenir compte des jugements étrangers pour choisir le tribunal approprié.

Bref, l'article 46 n'énonce pas expressément que le tribunal canadien saisi par le réclamant qui examine la question de savoir quel est le tribunal approprié ne doit accorder aucune force probante à la déclaration de compétence émanant d'un tribunal étranger, qui a été confirmée par une injonction interdisant les poursuites. Il n'est pas non plus possible d'affirmer que le législateur a implicitement demandé aux tribunaux canadiens d'agir de cette façon, dans une situation comme celle-ci où le fait d'accorder une force probante à un jugement étranger n'irait pas à l'encontre des objets qui sous-tendent l'article 46.

[32] Il a toutefois poursuivi en spéculant que la déclaration de compétence par le tribunal étranger choisi dans le contrat pourrait ne pas constituer un facteur pertinent dans le cadre d'une analyse du *forum non conveniens* lorsque le chargeur, le consignataire ou les marchandises sont canadiens. Voici en quels termes il s'est exprimé, au paragraphe 88 :

Aux fins du présent appel, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur la question de savoir si la déclaration de compétence par les tribunaux anglais et le choix d'un tribunal exclusif par les parties devraient être considérés non seulement comme des facteurs à prendre en compte pour l'application du principe *forum non conveniens*, mais également comme des facteurs pratiquement déterminants. Je ne suis pas non plus tenu de décider s'il y a lieu de prendre en compte ces facteurs lorsque les chargeurs, les consignataires ou les marchandises sont canadiens. Je suis néanmoins enclin à penser que cela ne devrait pas être le cas, étant donné que cela permettrait aux parties de priver d'effet l'article 46 qui vise à protéger les exportateurs et les importateurs canadiens, en instituant des actions devant le for prévu au contrat.

#### FACTEURS DONT IL FAUT TENIR COMPTE

[33] Outre les facteurs énumérés dans les arrêts *The Eleftheria* et *Spar Aerospace*, les arrêts *OT Africa* et *Holt Cargo Systems Inc. c. ABC Containerline N.V. (Syndics de)*, [2001] 3 R.C.S. 907, m'obligent à tenir compte de la politique officielle du Canada. Bien qu'elle relève de

heading of the location of the defendants' assets, the action *in rem* also deserves special mention. Finally, after reflecting upon the decision of the House of Lords in *The Morviken*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 1, I will also take the Tokyo jurisdiction clause into account.

[34] The first step is to determine whether there is a natural forum. In my opinion there is not. There are three, if not four, jurisdictions that have a real and substantial connection with this case: Canada, Japan, Singapore, and perhaps the United States.

[35] The next question is whether Japan is clearly a more appropriate forum than Canada. I consider the following factors fairly neutral:

- a. the residence of the parties and their witnesses
- b. the location of the evidence;
- c. the place where the contract was negotiated and executed;
- d. the location of the defendants' assets
- e. the applicable law; and
- f. the need to have the judgment recognized in another jurisdiction.

[36] Both Mazda and Mitsui are multi-national Japanese controlled enterprises. Mazda has at least 58 foreign subsidiaries. Mazda Canada, a Canadian corporation, is one of them. Sixty percent of its shares are held by Mazda Motor Corporation of Japan (Mazda Japan), and the other 40% by the Japanese shipper, Itochu. The fact that some 30% of Mazda Motor Corporation is in turn owned by the Ford Motor Company shows just how international the automotive business is. Mazda Canada's underwriters are American, based in Philadelphia. However, insurance does not cover the full extent of the loss.

[37] Mitsui is no less international. Through a Singaporean subsidiary, it owns 70% of the shares of the shipowning company MOB Cougar (PTE) Ltd. The

rubrique de l'emplacement des biens des défendeurs, l'action *in rem* mérite aussi une mention spéciale. Enfin, après m'être arrêté sur l'arrêt *The Morviken*, [1983] 1 Lloyd's Rep. 1, de la Chambre des lords, je vais également tenir compte de la clause de compétence de Tokyo.

[34] La première étape consiste à déterminer s'il existe un tribunal qui convient naturellement. À mon avis, il n'y en a pas. Il y a trois sinon quatre pays qui ont des liens véritables et substantiels avec la présente affaire : le Canada, le Japon, Singapour et, peut-être, les États-Unis.

[35] La question suivante est celle de savoir si le Japon constitue de toute évidence un forum pays plus approprié que le Canada. Les facteurs suivants m'apparaissent assez neutres :

- a. le lieu de résidence des parties et de leurs témoins;
- b. le lieu où se trouve la preuve;
- c. l'endroit où le contrat a été négocié et signé;
- d. le lieu où se trouvent les biens des défendeurs;
- e. le droit applicable;
- f. la nécessité de faire reconnaître le jugement dans un autre ressort.

[36] Mazda et Mitsui sont toutes les deux des entreprises multinationales sous contrôle japonais. Mazda compte au moins 58 filiales à l'étranger. Mazda Canada, une société canadienne, est une d'entre elles. Soixante pour cent de ses actions sont détenues par Mazda Motor Corporation of Japan (Mazda Japan), et les 40 pour 100 restants par un chargeur japonais, Itochu. Le fait qu'environ 30 pour 100 de la Mazda Motor Corporation appartienne à son tour à la Ford Motor Company illustre à quel point le secteur automobile est international. Les assureurs de Mazda Canada sont américains. Ils se trouvent à Philadelphie. L'assurance ne couvre cependant pas la totalité des pertes.

[37] Mitsui est tout aussi internationale. Par l'entremise d'une filiale de Singapour, elle détient 70 pour 100 des actions d'une société propriétaire de navires, MOB

other 30% are owned by Singapore Shipping Corporation, an independent Singaporean company. The owners have a ship management agreement with Seatrade Ship Management (PTE) Ltd. also of Singapore. Seatrade provides, among other things, crew management services and hired the *Cougar Ace*'s Master, officers and crew. The crew is all non-Japanese, comprising citizens of Singapore, Myanmar and the Philippines. In other words, Mitsui flagged out.

[38] Mazda's and Mitsui's international business arrangements are perfectly legitimate. There is no reason for me to pierce the corporate veil.

[39] Although the contract was made in Japan, it was largely carried out on the high seas.

[40] The *Cougar Ace* was built in Japan to the standards of the Japanese Classification Society, Nippon Kaiji Kyokai, and is maintained in that class. Both her hull and machinery and protection and indemnity underwriters are Japanese. She underwent a dry docking in Japan shortly before the fateful voyage.

[41] The working language of the *Cougar Ace* is English. Although built in Japan, all ship drawings and manuals are in English. None of the crew speaks Japanese. They would likely testify in a number of languages including English and Burmese.

[42] Mazda Canada would have few witnesses of its own. Once it proves its interest in the goods and its damages, the burden shifts to the defendants. Damages would be proved by engineers in the employ of Mazda U.S.A. and Mazda Japan, American quality control experts and Canadian and American surveyors.

[43] The defendants will have to deal with the seaworthiness of the *Cougar Ace*, and the diligence

Cougar (PTE) Ltd. Les 30 pour 100 restants sont détenus par Singapour Shipping Corporation, une société indépendante de Singapour. Les propriétaires ont conclu un contrat de gestion de navires avec Seatrade Ship Management (PTE) Ltd., dont le siège se trouve aussi à Singapour. Seatrade offre notamment des services de gestion d'équipage et c'est elle qui a recruté le capitaine, les officiers et l'équipage du *Cougar Ace*. Aucun des membres de l'équipage n'est Japonais : ils sont originaires de Singapour, du Myanmar et des Philippines. En d'autres mots, Mitsui a fait immatriculer le navire à l'étranger.

[38] Les ententes commerciales internationales de Mazda et de Mitsui sont parfaitement légitimes. Il n'y a aucune raison pour laquelle je devrais faire abstraction de la personnalité morale.

[39] Bien que le contrat ait été conclu au Japon, il a en grande partie été exécuté en haute mer.

[40] Le *Cougar Ace* a été construit au Japon selon les normes de la société de classification japonaise Nippon Kaiji Kyokai et il relève toujours du classement de cette société. Tant la société qui assure sa coque et sa machinerie que celle qui couvre sa protection et son assurance à caractère indemnitaire sont japonaises. Le navire a été mis en cale sèche au Japon peu de temps avant le voyage fatidique.

[41] La langue de travail à bord du *Cougar Ace* est l'anglais. Bien qu'il ait été construit au Japon, tous les plans et tous les manuels du navire sont en anglais. Aucun des membres de l'équipage ne parle le japonais. Ils témoigneraient probablement en plusieurs langues dont l'anglais et le birman.

[42] Mazda Canada aurait peu de témoins à faire entendre pour son propre compte. Dès lors qu'elle aura établi ses droits sur les marchandises et qu'elle aura démontré les dommages qu'elle a subis, la charge de la preuve incombera aux défendeurs. Les avaries seront prouvées par des ingénieurs au service de Mazda U.S.A. et de Mazda Japon, des experts américains en contrôle de la qualité et des experts maritimes canadiens et américains.

[43] Les défendeurs auront à traiter de la navigabilité du *Cougar Ace*, et de la diligence exercée pour le rendre

which was exercised to make her so. To the extent the physical condition of the ship is in issue, as to her construction, maintenance and recent dry docking, evidence would be led from both Japan and Singapore. Following the loss, the ship was inspected by experts from Japan, Singapore, the United States and the United Kingdom. To the extent salvage is in issue, the salvors are based in the United States.

[44] If the mishap occurred as a result of crew error, the witness base is definitely in Singapore. Mitsui has pointed the finger at the chief officer, who is Singaporean. As aforesaid, to the extent the crew is not from Singapore, it is from Myanmar and the Philippines, not Japan.

[45] The material evidence is in documentary form, and can be transported anywhere.

[46] Although Mitsui obviously has assets in Japan, there is no evidence that it does not have assets elsewhere. Mazda Canada was in position to arrest the *Cougar Ace* in Portland. In consideration of it not doing so it was given a P & I [protection and indemnity] club letter of undertaking, a letter it chose not to act upon. There is no evidence that it would be unable to execute judgment in Canada, or in the United States.

[47] Although the applicable law is Japanese, as Mr. Justice Brandon noted in *The Eleftheria*, above, the real question is whether that law differs from Canadian law. The parties filed affidavits from prominent Japanese attorneys. Japan gives effect to the Hague-Visby Rules; so does Canada. Japan gives effect to the *Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims, 1976, as amended by the Protocol of 1996* [being Schedule 1 to the *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6]; so does Canada. However, and this is most important, at the time of the casualty Japan did not give effect to the 1996 Protocol; Canada did. Japan does so now, but the uncontested evidence is that the Japanese Court would apply the 1976 Convention. Canada, however, would apply the 1996 Protocol, which more than doubles the limit of liability.

navigable. Dans la mesure où l'état physique du navire est en cause, des témoins du Japon et de Singapour seront entendus au sujet de la construction, de l'entretien et de la mise en cale sèche récente du navire. À la suite du sinistre, le navire a été inspecté par des experts du Japon, de Singapour, des États-Unis et du Royaume-Uni. Pour ce qui est du sauvetage, signalons que les sauveteurs se trouvent aux États-Unis.

[44] Si l'accident est attribuable à une erreur de l'équipage, la plupart des témoins se trouvent alors sans contredit à Singapour. Mitsui a pointé du doigt le capitaine en second, qui est originaire de Singapour. Ainsi que je l'ai déjà dit, les membres de l'équipage qui ne sont pas de Singapour sont du Myanmar et des Philippines, mais pas du Japon.

[45] Les preuves substantielles sont des preuves écrites, et elles peuvent donc être transportées partout.

[46] Bien que Mitsui possède évidemment des biens au Japon, rien ne permet de penser qu'elle n'en a pas aussi ailleurs. Mazda Canada a été en mesure de procéder à la saisie du *Cougar Ace* à Portland. En contrepartie de sa renonciation à la saisie, elle a reçu une lettre d'engagement du P & I [protection et indemnisation] club, à laquelle elle a choisi de ne pas donner suite. Rien ne permet de penser qu'elle ne serait pas en mesure de faire exécuter un jugement au Canada ou aux États-Unis.

[47] Bien que le droit applicable soit japonais, ainsi que le juge Brandon le signale dans l'arrêt *The Eleftheria*, précité, la véritable question à se poser est celle de savoir si ce droit est différent du droit canadien. Les parties ont déposé des affidavits souscrits par d'éminents procureurs japonais. Le Japon a entériné les Règles de La Haye-Visby, tout comme le Canada. Le Japon a adopté la *Convention de 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes telle que modifiée par le Protocole de 1996* [qui constitue l'annexe 1 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6], tout comme le Canada. Toutefois, et cela est très important, au moment où l'accident est survenu, le Japon n'avait pas entériné le Protocole de 1996, alors que le Canada l'avait fait. Le Japon a depuis adopté le Protocole en question mais, suivant la preuve non contestée, les tribunaux japonais appliqueraient la Convention de

[48] This leads me to the remaining factors: the advantages conferred upon the plaintiff by its choice of forum, the interests of justice including international comity and public policy, the action *in rem*, the interests of the parties and the forum selection clause.

#### JURIDICAL ADVANTAGE

[49] Mazda Canada gains a potential financial advantage of about US\$1 500 000 if the action continues here. Under both the Hague-Visby Rules and the 1976 Limitation Convention, the defendant owner and charterer will be entitled to limit their liability, if any, unless it is “proved that the loss resulted from [their] personal act or omission, committed with the intent to cause such loss, or recklessly and with knowledge that such loss would probably result.” The burden falls upon the cargo interests, and it is a most difficult burden to overcome.

[50] In both Canada and Japan, if the defendants are liable at all, that liability would likely be limited by application of the Hague-Visby Rules. However, in Japan, unlike Canada, that limited liability would be further reduced by application of the 1976 Convention.

[51] The Hague-Visby Rules would likely limit Mazda Canada’s recovery to US\$5 985 023. Damages are limited to two special drawing rights of the International Monetary Fund per kilo, or currently about US\$3.06 per kilo, for each of the 1 955 890 kilos. By the same token, the Mazda U.S.A. cargo weighed 5 249 560 kilos, which gives a Hague-Visby limit of US\$16 063 653. Leaving aside the Isuzu trucks, the defendants’ potential liability with respect to the full cargo of 4 813 Mazda automobiles is thus limited to US\$22 048 676 (US\$5 985 023 plus US\$16 063 653).

1976. Le Canada appliquerait cependant le Protocole de 1996, qui augmente de plus du double la limite de responsabilité.

[48] Ce qui m’amène aux facteurs qu’il reste à examiner : les avantages conférés à la demanderesse par son choix du tribunal compétent, les intérêts de la justice, y compris la courtoisie internationale et la politique officielle du Canada, l’action *in rem*, les intérêts des parties et la clause d’élection du for.

#### AVANTAGES JURIDIQUES

[49] Mazda Canada retire un avantage financier éventuel d’environ 1 500 000 \$US si l’action se poursuit au Canada. Aux termes des Règles de La Haye-Visby et de la Convention de 1976 sur la limitation de responsabilité, le défendeur propriétaire et affrètement n’est pas en droit de limiter sa responsabilité « s’il est prouvé que le dommage résulte de son fait ou de son omission personnels, commis avec l’intention de provoquer un tel dommage, ou commis témérement et avec conscience qu’un tel dommage en résulterait probablement ». Le fardeau de la preuve incombe aux personnes ayant un droit sur la cargaison et il est très difficile de s’en acquitter.

[50] Tant au Canada qu’au Japon, si les défendeurs encourent effectivement une responsabilité quelconque, celle-ci sera fort probablement limitée par application des Règles de La Haye-Visby. Toutefois, au Japon, contrairement au Canada, cette responsabilité limitée serait réduite encore plus par application de la Convention de 1976.

[51] Les Règles de La Haye-Visby limiteraient probablement à 5 985 023 \$US le montant que Mazda Canada pourrait récupérer. Les dommages-intérêts sont limités à deux droits de tirage spéciaux du Fonds monétaire international par kilo, ce qui, actuellement, correspond à environ 3,06 \$US le kilo, pour chacun des 1 955 890 kilos. Dans le même ordre d’idées, la cargaison américaine de Mazda avait un poids de 5 249 560 kilos, ce qui se traduit par une limite de 16 063 653 \$US selon les Règles de La Haye-Visby. Si l’on fait abstraction des camions Isuzu, la responsabilité éventuelle des défendeurs à l’égard de la totalité de la cargaison de 4 813 automobiles

[52] The Convention limitation fund is calculated on the tonnage of the ship and places a global limitation on liability with respect to all cargo claims arising from the same incident.

[53] Mazda Canada calculated the *Cougar Ace*'s tonnage limitation fund in Canada as US\$29 190 916 under the 1996 Protocol, while in Japan it would only be US\$12 178 302. Although the fund can only be calculated with precision once a limitation action has been taken, and none has, the point is that in Canada, Mazda's recovery would only be restricted by the Hague-Visby Rules. The principal amount of its recovery, subject to proving damages, would be US\$5 985 023. In Japan, however, that limited recovery would in turn be prorated down by application of the 1976 Convention to approximately US\$4 537 412, a shortfall approaching US\$1 500 000.

[54] However, I do not infer that the defendants are looking to Japan simply in order to lessen their liability. On the contrary, their position is that the Hague-Visby Rules fully exonerate them from liability irrespective of the forum in which the case is heard.

[55] The weight to be given to juridical advantages has been the subject of considerable commentary over the past 30 years. In *MacShannon v. Rockware Glass Ltd.*, [1978] A.C. 795, Lord Diplock said two conditions had to be met to justify a stay; one positive, the other negative. The first was that the defendant had to satisfy the Court that there was a more appropriate forum. The second was that the stay must not deprive the plaintiff of a legitimate personal or juridical advantage. However, in both *Spiliada* and *Amchem*, above, it was held that personal and juridical advantages did not have pride of place, and were not necessarily more important than other factors.

Mazda est par conséquent limitée à 22 048 676 \$US (5 985 023 \$US, plus 16 063 653 \$US).

[52] Le fonds consigné en vertu de la Convention est calculé en fonction de la jauge du navire. Une limite globale est fixée à la responsabilité en ce qui concerne toutes les réclamations relatives à la cargaison découlant du même incident.

[53] Mazda Canada a calculé le fonds consigné du *Cougar Ace* au Canada à 29 190 916 \$US conformément au Protocole de 1996, tandis qu'au Japon, il ne serait que de 12 178 302 \$US. Bien que le fonds ne puisse être calculé avec précision qu'une fois qu'une action en limitation de responsabilité a été intentée — ce qui n'est pas le cas en l'espèce — il n'en demeure pas moins qu'au Canada, le montant que Mazda pourrait obtenir ne serait restreint que par les Règles de La Haye-Visby. Le montant principal qu'elle pourrait obtenir, sous réserve de l'établissement des dommages, serait de 5 985 023 \$US. Au Japon, toutefois, cette indemnité limitée serait elle-même réduite par application de la Convention de 1976 et ramenée à environ 4 537 412 \$US, une différence de près de 1 500 000 \$US.

[54] Je n'en conclus pas pour autant que les défendeurs se tournent vers le Japon dans le seul but de limiter leur responsabilité. Au contraire, leur thèse est que les Règles de La Haye-Visby les exonèrent de toute responsabilité et ce, indépendamment du pays où la cause est instruite.

[55] Le poids à accorder aux avantages juridiques est un sujet qui a fait couler beaucoup d'encre depuis une trentaine d'années. Dans l'arrêt *MacShannon v. Rockware Glass Ltd.*, [1978] A.C. 795, lord Diplock a expliqué que deux conditions doivent être réunies pour justifier une suspension d'instance : la première étant positive, et la seconde étant négative. La première condition est que le défendeur doit convaincre le tribunal qu'il existe une juridiction plus appropriée. La seconde est que la suspension ne doit pas priver le demandeur d'un avantage personnel ou juridique légitime. Cependant, tant dans l'arrêt *Spiliada* que dans la décision *Amchem*, précités, il a été jugé que les avantages personnels et juridiques n'occupent pas une place de choix, et qu'ils ne sont pas nécessairement plus importants que d'autres facteurs.

[56] However, a financial advantage should not be downplayed, particularly in actions *in rem*. Although the action *in rem* has not been perfected by service, that is because the *Cougar Ace* has not called at a Canadian port. Although Mazda Canada casts no aspersions upon the defendants in this regard, the fact remains that the decision to proceed from Dutch Harbor to Portland, rather than to New Westminster, deprived it of Canadian security.

#### INTERNATIONAL COMITY AND THE ACTION *IN REM*

[57] This brings me to *Holt Cargo Systems Inc.*, above, which is instructive both in terms of the classic admiralty action *in rem* and international comity. In that case, an American necessities man brought an *in rem* action in the Federal Court against a Belgian ship, and arrested her in Halifax. Shortly thereafter, the Belgian shipowner made an assignment in bankruptcy in Belgium. This case, as well as the related case of *Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 S.C.R. 951, gave rise to a myriad of proceedings in Canada. What interests us, however, is the trustees' application for a stay of Holt's action on the ground of *forum non conveniens*.

[58] The only connection with Canada was the presence of the ship here. Belgium, on the other hand, was where the shipowner was headquartered. In no way could it have been considered a flag of convenience.

[59] The advantage to Holt in Canada was that its claim would likely be treated as a maritime lien, which would give it secured status unaffected by the bankruptcy. In Belgium the claim would be treated as an ordinary claim with the prospects of a dividend being dim indeed. Mr. Justice MacKay refused to grant a stay [[1997] 3 F.C. 187 (T.D.)]. His decision was upheld both by the Federal Court of Appeal [(1999), 173 D.L.R. (4th) 493] and by the Supreme Court.

[56] Il ne faut cependant pas minimiser l'importance des avantages financiers, en particulier dans les actions *in rem*. Bien que l'action *in rem* n'ait pas encore été mise en état par suite de sa signification, cette situation s'explique par le fait que le *Cougar Ace* n'a encore mouillé dans aucun port canadien. Bien que Mazda Canada n'adresse aucun reproche aux défendeurs à cet égard, il n'en demeure pas moins que la décision de se rendre de Dutch Harbor à Portland, plutôt qu'à New Westminster, l'a privée d'une garantie canadienne.

#### LA COURTOISIE INTERNATIONALE ET L'ACTION *IN REM*

[57] Ce qui nous amène à l'arrêt *Holt Cargo Systems Inc.*, précité, qui est instructif tant pour ce qui est de l'action maritime *in rem* classique qu'en ce concerne la courtoisie internationale. Dans cette affaire, un fournisseur américain avait introduit devant la Cour fédérale une action *in rem* contre un navire belge qu'il avait fait saisir à Halifax. Peu de temps après, le propriétaire belge du navire a fait faillite en Belgique. Cette affaire, ainsi que l'affaire connexe *Antwerp Bulkcarriers, N.V. (Re)*, [2001] 3 R.C.S. 951, ont donné lieu à une multitude de procédures au Canada. Ce qui nous intéresse, toutefois, c'est la requête en suspension de l'action de Holt présentée par les syndics pour cause de *forum non conveniens*.

[58] Le seul lien avec le Canada était la présence du navire ici. La Belgique, en revanche, était le pays où le siège du propriétaire du navire se trouvait. Le navire ne pouvait d'aucune façon être considéré comme battant pavillon de complaisance.

[59] L'avantage retiré par Holt au Canada était le fait que sa réclamation serait probablement traitée comme un privilège maritime, ce qui lui conférerait la qualité de créancier garanti sur lequel la faillite n'aurait aucune incidence. En Belgique, la créance serait considérée comme une créance chirographaire et ses chances d'obtenir quelque chose étaient effectivement très minces. Le juge MacKay a refusé d'accorder la suspension [[1997] 3 C.F. 187 (1<sup>re</sup> inst.)]. Sa décision a été confirmée tant par la Cour d'appel fédérale [[1999] A.C.F. n° 337 (QL)] que par la Cour suprême.

[60] Speaking for that Court, Mr. Justice Binnie said, at paragraphs 93 and 94 that the: “real and substantial connection” test must take into account the special lifestyle of ocean-going freighters. As to the allegation that Holt was engaged in “forum shopping,” he referred to the following passage from Lord Simon in *Atlantic Star (The)*, [1974] A.C. 436 (H.L.), quoted by Mr. Justice Ritchie in *Antares Shipping Corp. v. The Ship “Capricorn” et al.*, [1977] 2 S.C.R. 422 [at page 453]:

‘Forum-shopping’ is, indeed, inescapably involved with the concept of maritime lien and the action in rem. Every port is automatically an admiralty emporium. This may be very inconvenient to some defendants; but the system has unquestionably proved itself on the whole as an instrument of justice.

[61] In *Holt*, unlike *Antares* and *Amchem*, there were public policy concepts at stake. The Court had to consider the level of “deference and respect” which was owed to the Belgian Bankruptcy Court. There were three approaches to international bankruptcies: universalism, pluralism and territorialism. The trustees advocated a “universalist approach” because it was in their interest to do so, acting on behalf of the unsecured creditors. Obviously Holt had to take up the “territorialist approach” if it was going to be paid in full, or perhaps at all. This led Mr. Justice Binnie to say at paragraph 88: “[t]he dollars and cents issue in this case should not be obscured entirely by the scholarly debate between universalists, pluralists and territorialists.”

[62] There are public policy issues at stake in this case as well. Freedom of contract is subordinated to the will of the state. A domestic carrier doing business within Canada, or a foreign carrier doing business with Canada, cannot circumvent Canadian law simply by inserting a foreign forum selection clause in the bill of lading, and then moving that foreign court for a negative declaration of liability.

[60] S’exprimant au nom de la Cour, le juge Binnie a expliqué, aux paragraphes 93 et 94, que le critère du « lien réel et important » devait tenir compte du mode de vie particulier des cargos. Quant à l’allégation que Holt était à la recherche du tribunal le plus accommodant, le juge a cité le passage suivant du jugement de lord Simon dans l’affaire *Atlantic Star (The)*, [1974] A.C. 436 (H.L.), repris par le juge Ritchie dans l’arrêt *Antares Shipping Corp. c. Le navire «Capricorn» et autres*, [1977] 2 R.C.S. 422 [à la page 453] :

La « recherche d’un tribunal » est de fait inévitablement liée au concept du privilège maritime et à l’action *in rem*. Chaque port constitue automatiquement un choix possible en matière d’amirauté. Cela peut être très ennuyeux pour certains défendeurs; mais de façon générale, le système sert incontestablement les fins de la justice.

[61] Dans l’affaire *Holt*, contrairement à ce qui était le cas dans les affaires *Antares* et *Amchem*, il y avait des considérations de politique publique en jeu. La Cour devait examiner le degré de « déférence et de respect » dont il y avait lieu de faire preuve envers le tribunal belge des faillites. Il existe trois approches en matière de faillites internationales : l’universalisme, le pluralisme et le territorialisme. Les syndicats préconisaient une « approche universaliste » parce qu’il était dans leur intérêt de le faire, puisqu’ils représentaient les créanciers chirographaires. De toute évidence, Holt devait adopter l’« approche territorialiste » si elle souhaitait voir sa réclamation acquittée en totalité ou peut-être même tout simplement acquittée. Ces considérations ont amené le juge Binnie à dire ce qui suit, au paragraphe 88 : « La question monétaire en l’espèce ne doit pas être totalement éclipsée par le débat doctrinal entre les universalistes, les pluralistes et les territorialistes ».

[62] Il y a aussi des questions de politique publique en jeu dans la présente affaire. La liberté de contracter est subordonnée à la volonté de l’État. Un transporteur national qui fait affaire à l’intérieur du Canada et un transporteur étranger qui fait affaire avec le Canada ne peuvent contourner la loi canadienne en se contentant d’insérer une clause d’élection de for dans le connaissement pour ensuite saisir le tribunal étranger en question en vue d’obtenir un jugement déclaratoire l’exonérant de toute responsabilité.

[63] Mitsui suggests that section 46 flies in the face of international comity. I disagree. The Hague-Visby Rules do not deal with jurisdiction. The Hamburg Rules [*United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea, 1978*, concluded at Hamburg on 31 March, 1978, 1695 U.N.T.S. 3 [S.C. 2001, c. 6, Sch. 4]], a convention designed to replace the Hague-Visby Rules, do. The Hamburg Rules were enacted and form part of the *Marine Liability Act*, but have not been proclaimed in force. It may well be, as Mitsui suggests, that the Hamburg Rules may never gain general acceptance and may never come into force here. Nevertheless, a number of countries, including Canada, which do not give effect thereto have enacted jurisdictional provisions inspired therefrom. Mr. Justice Evans surveyed the field in *OT Africa*. He pointed out that Australia, New Zealand, South Africa, Denmark, Finland, Norway, Sweden and The People's Republic of China have enacted provisions similar to section 46. Indeed, the Australian *Carriage of Goods by Sea Act 1991* [(Aust.), No. 160, 1991] and the New Zealand *Maritime Transport Act 1994* [(N.Z.), 1994/104] strike down exclusive foreign jurisdiction clauses as null and void.

[64] All this is to say that section 46 of the *Marine Liability Act* does not make Canada an international pariah. Before leaving the topic of international comity, it should be emphasized that in this case, unlike *OT Africa*, the Japanese courts have not issued an anti-suit injunction. Although the opinion has been offered that the Japanese courts will take jurisdiction, they apparently will do nothing to impede the Canadian action. Nor is Mazda seeking an anti-suit injunction.

[65] These last mentioned factors all weigh in favour of Canada, the plaintiff's choice of forum. The discovery process may be better here, but I will simply say it does not favour Japan.

[63] Suivant Mitsui, l'article 46 va à l'encontre du principe de la courtoisie internationale. Je ne suis pas de cet avis. Les Règles de La Haye-Visby ne portent pas sur la compétence. Les Règles de Hambourg [*Convention des Nations Unies sur le transport de marchandises par mer, 1978*, conclue à Hambourg le 31 mars 1978, 1695 R.T.N.U. 3 [L.C. 2001, ch. 6, ann. 4]], une convention censée remplacer les Règles de La Haye-Visby en traitent. Les Règles de Hambourg ont été édictées en application de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, dont elles font partie, mais elles ne sont pas encore entrées en vigueur. Il est fort possible, comme Mitsui le laisse entendre, que les Règles de Hambourg ne recueillent jamais l'adhésion générale et qu'elles n'entrent jamais en vigueur au Canada. Quoiqu'il en soit, plusieurs pays, dont le Canada, qui n'ont pas entériné cette Convention ont adopté des dispositions relatives à la compétence qui s'en inspirent. Le juge Evans a examiné la question dans l'affaire *OT Africa*. Il a souligné que l'Australie, la Nouvelle-Zélande, l'Afrique du Sud, le Danemark, la Finlande, la Norvège, la Suède et la République populaire de Chine avaient tous adopté des dispositions semblables à notre article 46. De fait, la *Carriage of Goods by Sea Act 1991* [(Aust.), No. 60, 1991] de l'Australie et la *Maritime Transport Act 1994* [(N.Z.), 1994/104] de la Nouvelle-Zélande ont pour effet de déclarer nulles et de nul effet les clauses attribuant une compétence exclusive à des tribunaux étrangers.

[64] Tout cela pour dire que l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* ne fait pas du Canada un paria sur le plan international. Avant de laisser le sujet de la courtoisie internationale, je tiens à souligner qu'en l'espèce, contrairement à l'affaire *OT Africa*, les tribunaux japonais n'ont pas prononcé d'injonction interdisant les poursuites. Bien que certains aient avancé l'idée que les tribunaux japonais se déclareront compétents, il semble qu'ils ne feront rien pour faire obstacle à l'action intentée au Canada. Mazda ne réclame par ailleurs pas d'injonction interdisant les poursuites.

[65] Ces derniers facteurs penchent tous en faveur du Canada, qui est le for choisi par la demanderesse. La procédure de communication préalable est peut-être meilleure ici, mais je me contenterai de dire qu'elle ne favorise pas le Japon.

[66] I do not consider it particularly relevant whether the Mazda U.S.A. claim continues in the U.S.A. or proceeds in Japan. It is noteworthy that the U.S. does not have a section 46. As a matter of interest, Canada and the United States have changed positions. Their position is akin to ours before the *Marine Liability Act*, and ours is like theirs before the decision of their Supreme Court in *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995).

#### THE JURISDICTION CLAUSE

[67] I turn now to the jurisdiction clause. The contract cannot be read as if it were not there. Indeed, it might be that if the other factors taken as a whole favoured Japan, a Japanese jurisdiction clause, as opposed to some other foreign jurisdiction clause, might clearly make Japan the more appropriate forum. However, for the reasons aforesaid, that is not the case here.

[68] The situation before me differs from that before the House of Lords in *The Morviken*, above. Cargo had been taken onboard in the United Kingdom for through carriage to the Netherland Antilles. The bill of lading called for Netherlands law and jurisdiction. At the time the United Kingdom had given effect to the Visby amendments to the Hague Rules [*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature*, Brussels, 25 August 1924] while the Netherlands had not yet. Under the laws of the United Kingdom, the Hague-Visby Rules were compulsory applicable. The limitation of liability under the Hague-Visby Rules was much higher than under the Hague Rules. Lord Diplock held that the bill of lading was to be read as if it contained neither a proper law, nor a forum selection clause. However, in this case, unlike in *The Morviken*, section 46 of the *Marine Liability Act* does not have the effect of rendering either the proper law clause or the forum selection clause null and void.

[66] Je ne trouve pas particulièrement utile de répondre à la question de savoir si la réclamation de Mazda U.S.A. se poursuit aux États-Unis ou si elle doit se transporter au Japon. Il vaut la peine de signaler que les États-Unis n'ont pas de disposition semblable à notre article 46. Fait intéressant à signaler, le Canada et les États-Unis ont changé leur position. La thèse des États-Unis ressemble à la nôtre avant l'adoption de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, et la nôtre ressemble à la leur avant que leur Cour suprême ne rende l'arrêt *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. v. M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995).

#### LA CLAUSE ATTRIBUTIVE DE COMPÉTENCE

[67] Je passe maintenant à la clause attributive de compétence. On ne peut interpréter le contrat comme si cette clause ne s'y trouvait pas. D'ailleurs, il se peut que si les autres facteurs, pris globalement, favorisent le Japon, une clause de compétence japonaise, par opposition à une clause attribuant la compétence à un autre pays, ferait de toute évidence du Japon le pays du tribunal le plus approprié. Toutefois, pour les motifs déjà exposés, ce n'est pas le cas en l'espèce.

[68] La situation qui m'est soumise diffère de celle sur laquelle la Chambre des lords devait se prononcer dans l'affaire *The Morviken*, précitée. La cargaison avait été chargée à bord du navire au Royaume-Uni en vue d'être transportée jusqu'aux Antilles néerlandaises. Le connaissement prévoyait l'application du droit néerlandais et le recours aux tribunaux néerlandais. À l'époque, le Royaume-Uni avait ratifié les modifications aux Règles de La Haye [*Convention internationale pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement et Protocole de signature*, Bruxelles, 25 août 1924] prévues par les Règles de La Haye-Visby alors que les Pays-Bas ne l'avaient pas encore fait. Suivant les lois du Royaume-Uni, l'application des Règles de La Haye-Visby était obligatoire. La limite de responsabilité prévue par les Règles de La Haye-Visby était beaucoup plus élevée que celle qui était fixée par les Règles de La Haye. Lord Diplock a estimé que le connaissement devait être interprété comme s'il ne renfermait ni clause relative aux règles de droit applicables, ni clause d'élection du for. Toutefois, dans le cas qui nous occupe, contrairement à l'affaire *The Morviken*, l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* n'a pas pour effet de

[69] Since the jurisdiction clause is not illegal here, it should not be ignored, but little weight can be given to it in the light of Canada's public policy as enunciated in section 46. Certainly, it does not tip the scales in Japan's favour.

[70] In summation, the effect of section 46 of the *Marine Liability Act* is to deem that a case has a real and substantial connection with Canada should one of the factors therein be present. Canada has a real and substantial connection with this case because New Westminster was the intended port of discharge. The plaintiff is entitled to select its forum. It has not been clearly established that Japan would be a more appropriate forum.

#### ORDER

THIS COURT ORDERS that the motion of Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd. and MOB Cougar (PTE) Ltd. to stay this action is dismissed with costs.

rendre nulles et de nul effet la clause relative aux règles de droit applicables ou la clause d'élection du for.

[69] Comme la clause attributive de compétence n'est pas illégale dans le cas qui nous occupe, on ne doit pas l'ignorer. On ne peut cependant lui accorder beaucoup de poids, en raison de la politique officielle canadienne exprimée à l'article 46. Une chose est sûre : cette clause ne fait pas pencher la balance en faveur du Japon.

[70] En résumé, il découle de l'article 46 de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime* que l'on doit présumer que l'affaire a des liens véritables et substantiels avec le Canada si l'un des facteurs énumérés à cet article est présent. Le Canada possède effectivement des liens véritables et substantiels avec la présente affaire parce que New Westminster était le port de débarquement prévu. La demanderesse a le droit de choisir sa juridiction. Il n'a pas été clairement démontré que les tribunaux japonais seraient un for plus approprié.

#### ORDONNANCE

LA COUR ORDONNE que la requête en suspension de l'action de Mitsui O.S.K. Lines Co. Ltd. et de MOB Cougar (PTE) Ltd. soit est rejetée avec dépens.

A-274-07  
2007 FCA 359

A-274-07  
2007 CAF 359

**Eli Lilly Canada Inc.** (*Appellant*)

**Eli Lilly Canada Inc.** (*appelante*)

v.

c.

**Novopharm Limited and The Minister of Health**  
(*Respondents*)

**Novopharm Limited et le ministre de la Santé** (*intimés*)

and

et

**Eli Lilly and Company Limited** (*Respondent/Patentee*)

**Eli Lilly and Company Limited** (*intimée/brevetée*)

**INDEXED AS: ELI LILLY CANADA INC. v. NOVOPHARM LIMITED**  
(*F.C.A.*)

**RÉPERTORIÉ : ELI LILLY CANADA INC. c. NOVOPHARM LIMITED**  
(*C.A.F.*)

Federal Court of Appeal, Sexton, Pelletier and Ryer JJ.A.  
—Toronto, November 5 and 6, 2007.

Cour d'appel fédérale, les juges Sexton, Pelletier et Ryer,  
J.C.A.—Toronto, 5 et 6 novembre 2007.

*Patents — Practice — Motion to dismiss appeal from Federal Court order dismissing application for order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance (NOC) to Novopharm for olanzapine tablets on ground appeal was moot — After Federal Court order issued, Minister granting NOC to Novopharm — Per Sexton J.A. (Ryer J.A. concurring): (1) Federal Court consistently dismissing as moot appeals from orders refusing prohibition applications under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (NOC Regulations) once NOC issued — Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd., [2008] 1 F.C.R. 174 (F.C.A.) not changing test for mootness nor giving court right to quash NOC — Appeal moot — (2) Main point in controversy (threshold for sufficient disclosure in selection patent) can be addressed in infringement action already commenced by appellant — Existing adversarial context between parties in another proceeding (infringement action) not supporting exercise of Court's discretion to hear appeal — Question of judicial economy suggesting appeal should not be heard — NOC proceedings summary in nature — Not intended to be substitutes for infringement action — Inappropriate to rely thereon to set binding precedent on controversial, uncertain questions in patent law — Motion granted — Per Pelletier J.A. (dissenting): Matter moot but Court should exercise discretion to hear appeal — Even though proceedings under NOC Regulations not resulting in in rem finding of invalidity, patent law principles applied in NOC proceedings necessarily same as those applied in infringement action — Uncertainty surrounding validity of selection patents not containing comparative data undesirable, should be resolved sooner rather than later.*

*Brevets — Pratique — Requête en rejet de l'appel interjeté à l'encontre de l'ordonnance rendue par la Cour fédérale rejetant la demande d'ordonnance visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à Novopharm pour ses comprimés d'olanzapine au motif que l'appel est devenu théorique — Après que l'ordonnance de la Cour fédérale a été rendue, Novopharm a reçu du ministre un AC — Le juge Sexton (le juge Ryer souscrivant à ses motifs) : 1) La Cour fédérale a constamment rejeté, en raison de leur caractère théorique, les appels relatifs à des ordonnances rejetant des demandes d'interdiction en vertu du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (le Règlement) lorsqu'un AC a été délivré — L'arrêt Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltd., [2008] 1 R.C.F. 174 (C.A.F.), ne modifie en rien le critère du caractère théorique ni ne confère à la Cour le droit d'annuler un AC — L'appel est devenu théorique — 2) Le principal point en litige (la question du caractère suffisant des renseignements divulgués dans les brevets de sélection) peut être tranchée dans le cadre d'une action en contrefaçon, déjà intentée par l'appelante — L'existence d'un débat contradictoire entre les parties situé dans une autre instance (action en contrefaçon) ne milite pas en faveur de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour d'entendre l'appel — La question de l'économie des ressources judiciaires semble laisser croire que l'appel ne devrait pas être entendu — L'instance relative à un AC devrait être de nature sommaire — Elle n'a jamais été destinée à remplacer une action en contrefaçon — Elle ne devrait pas constituer un précédent faisant autorité en ce qui a trait aux aspects controversés et flous du droit des brevets — Requête accueillie — Le juge Pelletier (dissident) : L'appel est devenu théorique, mais la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel — Même si les*

This was a motion to dismiss an appeal from a Federal Court order on the ground that the appeal is moot. The Federal Court order dismissed an application for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance (NOC) to Novopharm for olanzapine tablets. The appellant developed a class of compounds in Canadian patent No. 1075687 ('687 patent) and subsequently filed Canadian patent No. 2041113 ('113 patent) which characterizes olanzapine as a selection from the class of the '687 patent. Thus the '113 patent is referred to as a "selection patent." Novopharm filed a notice of application (NOA) which alleged that the '113 patent was invalid. The Federal Court held that the appellant was unable to establish that the respondent's allegation that the '113 patent was invalid was not justified. The day after the order issued, the Minister granted an NOC to Novopharm. The appeal therefrom mainly challenged the Federal Court's position that the law of Canada requires that the specification of a selection patent must contain comparative data which demonstrates the advantages of the selected class over the class disclosed in a previous patent.

The issues were (1) whether the appeal was moot and if so, (2) whether the Federal Court of Appeal should exercise its discretion to hear the appeal.

*Held* (Pelletier J.A. dissenting), the motion should be granted.

*Per* Sexton J.A. (Ryer J.A. concurring): (1) The Federal Court has consistently dismissed on the ground of mootness appeals from orders refusing prohibition applications under the Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (NOC Regulations) in circumstances where an NOC has issued because once the prohibition application is dismissed, the Minister is acting entirely lawfully in issuing an NOC to the generic, as per subsection 7(1) of the NOC Regulations. As well, once the NOC has been issued, there is no provision under the Regulations that would permit the Court to retroactively prohibit its issuance.

The recent F.C.A. decision in *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.* stands for the proposition that it is an abuse of process for a patent holder, having lost in a prohibition

*instances régies par le Règlement ne donnent pas lieu à une conclusion in rem d'invalidité, les principes du droit des brevets appliqués dans le cadre des instances relatives à un AC sont nécessairement les mêmes que ceux qui s'appliquent dans le cadre des actions en contrefaçon — L'incertitude concernant la validité des brevets de sélection qui ne renferment pas de données comparatives n'est pas souhaitable et devrait être réglée le plus rapidement possible.*

Il s'agissait d'une requête présentée afin que soit rejeté l'appel de l'ordonnance rendue par la Cour fédérale au motif que l'appel est devenu théorique. L'ordonnance rejette la demande d'ordonnance visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à Novopharm pour ses comprimés d'olanzapine. L'appelante a créé une catégorie de composés faisant l'objet du brevet canadien n° 1075687 (le brevet '687) et a par la suite déposé le brevet canadien n° 2041113 (le brevet '113), qui indique que l'olanzapine a été sélectionnée à partir de la catégorie du brevet '687. Ainsi, le brevet '113 est un « brevet de sélection ». Novopharm a déposé l'avis de demande (AD), qui alléguait que le brevet '113 était invalide. La Cour fédérale a décidé que l'appelante n'avait pas été en mesure d'établir que l'allégation de l'intimé selon laquelle le brevet '113 était invalide n'était pas fondée. Le lendemain du jour où l'ordonnance a été rendue, Novopharm a reçu du ministre un AC. L'appel visait donc principalement à contester la décision de la Cour fédérale, à savoir que le droit canadien exige que le mémoire descriptif d'un brevet de sélection renferme des données comparatives qui démontrent les avantages de la catégorie sélectionnée comparativement à ceux de la catégorie divulguée dans un brevet antérieur.

Les questions en litige étaient les suivantes : 1) L'appel était-il devenu théorique? 2) Dans l'affirmative, la Cour d'appel fédérale devait-elle quand même exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel?

*Arrêt* (le juge Pelletier, J.C.A. dissident) : la requête doit être accueillie.

Le juge Sexton, J.C.A. (le juge Ryer, J.C.A. souscrivant à ses motifs) : 1) La Cour fédérale a constamment rejeté, en raison de leur caractère théorique, les appels relatifs à des ordonnances rejetant des demandes d'interdiction en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement) lorsqu'un AC a été délivré parce que, une fois que la demande d'interdiction est rejetée, le ministre agit tout à fait légalement, conformément au paragraphe 7(1) du Règlement, en délivrant un AC au fabricant de médicaments génériques. En outre, le Règlement ne renferme aucune disposition permettant à la Cour d'interdire rétroactivement la délivrance de l'AC une fois que celui-ci a été délivré.

L'arrêt *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, rendu récemment par la Cour d'appel fédérale, permet de conclure que le titulaire d'un brevet qui a vu sa demande d'interdiction

proceeding on an issue relating to invalidity, to relitigate the same issue against another generic. This does not change the test for mootness nor give the Court the right to quash an NOC.

Contrary to the appellant's argument that the Federal Court case was decided on an issue not raised by the parties, Novopharm provided sufficient notice of its argument relating to the insufficiency of disclosure in the '113 patent in its NOA. Therefore, the Federal Court's determination on this matter did not give rise to procedural unfairness. Even if it had, it would not change the fact that an NOC had issued and the Federal Court of Appeal was unable to change that result.

The possibility that generics, or even Novopharm, can rely on the Federal Court's decision in subsequent proceedings does not make the appeal not moot with respect to the NOC in question *vis-à-vis* the parties in this proceeding. The NOC has issued. Applying the criteria for determining whether a matter is moot as set out by the Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, the appeal was moot.

(2) The adversarial context between the parties was situated in an infringement action regarding the '113 patent, which the appellant has already commenced. The question of the threshold for sufficient disclosure in selection patents, the main point of controversy, can be addressed just as adequately in an infringement proceeding and those proceedings can produce an *in rem* decision as to the validity of the patent which the present proceeding could not do. Thus, the existence of an adversarial context between the parties did not support the exercise of the Court's discretion to hear the appeal. Furthermore, the question of judicial economy suggested that the appeal should not be heard. NOC proceedings should be summary in nature and of short duration. In deciding whether to hear a moot case on the question of judicial economy, courts must weigh the expenditure of scarce judicial resources against the "social cost of continued uncertainty in the law." NOC proceedings were never intended to be substitutes for an infringement action and it is inappropriate to rely on them to set binding precedent on controversial and uncertain questions in patent law. If Novopharm is found to actually infringe the '113 patent due to the issuance of the NOC, the respondent can be adequately compensated through various remedies by way of an injunction, an award of damages and/or an accounting of profits. Therefore, all considerations militated against the exercise of the Court's discretion to hear this appeal.

être rejetée pour une question d'invalidité et qui soumet au tribunal la même question à l'encontre d'un autre fabricant de médicaments génériques commet un abus de procédure. Il ne modifie en rien le critère du caractère théorique ni ne confère à la Cour le droit d'annuler un AC.

L'appellant a soutenu que la Cour fédérale avait fondée sa décision sur une question qui n'avait pas été soulevée par les parties, alors qu'en fait Novopharm a suffisamment traité, dans son AD, de l'insuffisance des renseignements divulgués dans le brevet '113. Par conséquent, la décision de la Cour fédérale n'était pas contraire à l'équité en matière de procédure. Même s'il y avait eu manquement à l'équité procédurale, cela ne changerait rien au fait qu'un AC avait été délivré et que la Cour n'était pas en mesure de changer ce résultat.

La possibilité que des fabricants de médicaments génériques, ou même Novopharm, puissent s'appuyer sur la décision de la Cour fédérale dans des instances subséquentes n'empêche pas que l'appel soit devenu théorique pour ce qui est de l'AC opposant les parties en l'espèce. L'AC a été délivré. Selon le critère servant à déterminer si une affaire est devenue théorique qui a été établi par la Cour suprême du Canada dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*, l'appel était devenu théorique.

2) Il existait entre les parties un débat contradictoire situé dans une autre instance, à savoir l'action en contrefaçon du brevet '113 déjà intentée par l'appelante. La question du caractère suffisant des renseignements divulgués dans les brevets de sélection, soit le principal point en litige entre les parties, peut être tranchée aussi bien dans le cadre d'une action en contrefaçon et celle-ci peut, contrairement à la présente instance, donner lieu à une décision *in rem* concernant la validité du brevet. Aussi, l'existence d'un débat contradictoire entre les parties ne militait pas en faveur de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour d'entendre l'appel. Qui plus est, la question de l'économie des ressources judiciaires semblait laisser croire au contraire que l'appel ne devrait pas être entendu. L'instance relative à un AC devrait être de nature sommaire et de courte durée. Lorsqu'ils décident s'il convient d'entendre ou non une affaire devenue théorique en s'appuyant sur la question de l'économie des ressources judiciaires, les tribunaux doivent mettre en balance la dépense de ressources judiciaires limitées et « le coût social de l'incertitude du droit ». L'instance relative à un AC n'a jamais été destinée à remplacer une action en contrefaçon et ne devrait pas constituer un précédent faisant autorité en ce qui a trait aux aspects controversés et flous du droit des brevets. S'il est conclu que Novopharm a effectivement contrefait le brevet '113 en raison de la délivrance de l'AC, l'intimée peut obtenir un dédommagement approprié au moyen de différents recours : une injonction, des dommages-intérêts ou une restitution des bénéfiques, le cas échéant. Par conséquent, compte tenu de toutes ces considérations, la Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel en l'espèce.

*Per* Pelletier J.A. (dissenting): The appeal was moot but the Court should exercise its discretion to hear the appeal. The decision under appeal will increase, rather than decrease, the incidence of litigation in this litigious area. Because the decision under appeal is an authoritative statement of law, it raised a doubt as to the validity of any selection patent which did not contain comparative data in support of the advantage claimed in the patent. That doubt justified the Court's intervention. Even though proceedings under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (NOC Regulations) do not result in an *in rem* finding of invalidity, the patent law principles applied in NOC proceedings are necessarily the same as those applied in an infringement action. There is only one law of patents and decisions of the Federal Court of Appeal addressing principles of patent law in the context of NOC proceedings are regularly and consistently cited as authority in other NOC proceedings. The uncertainty surrounding the validity of selection patents that do not contain comparative data is undesirable and should be resolved sooner rather than later. As for social costs, to the extent that there is uncertainty as to the validity of a class of patents, the value of patents of that class will be discounted to reflect that uncertainty. This case was no different than in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)* wherein the decision that there was a social cost in not hearing that appeal was based on the view of the likely consequences of inaction.

Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident) : L'appel est devenu théorique, mais la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel. La décision faisant l'objet du présent appel entraînera non pas une diminution, mais une augmentation du nombre de litiges dans le domaine. Puisque la décision faisant l'objet du présent appel énonce le droit et fait autorité, elle a soulevé un doute quant à la validité de tout brevet de sélection qui ne renferme pas de données comparatives au soutien de l'avantage qui y est revendiqué. Ce doute justifiait l'intervention de la Cour. Même si les instances régies par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement) ne donnent pas lieu à une conclusion *in rem* d'invalidité, les principes du droit des brevets appliqués dans le cadre des instances relatives à un AC sont nécessairement les mêmes que ceux qui s'appliquent dans le cadre des actions en contrefaçon. Il n'y a qu'un droit des brevets, et les arrêts dans lesquels la Cour d'appel fédérale traite des principes du droit des brevets dans le contexte des instances relatives à un AC sont régulièrement et continuellement cités à titre de précédents dans d'autres instances relatives à un AC. L'incertitude concernant la validité des brevets de sélection qui ne renferment pas de données comparatives n'est pas souhaitable et devrait être réglée le plus rapidement possible. En ce qui concerne le coût social, si la validité d'une catégorie de brevets est incertaine, les brevets de cette catégorie auront moins de valeur. La présente espèce n'est pas différente de l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, où la décision que le refus d'entendre l'appel avait un coût social avait tout à voir avec les conséquences probables de l'inaction.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1867 U.N.T.S. No. 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].
- Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.004(1) (as am. by SOR/95-411, s. 6).
- Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 53.
- Patent Cooperation Treaty*, June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22.
- Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 7(1) (as am. by SOR/98-166, s. 6; 2006-242, s. 4), (2) (as am. *idem*).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce*, Annexe 1C de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. n° 3.
- 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].
- Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 53.
- Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.08.004(1) (mod. par DORS/95-411, art. 6).
- Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 7(1) (mod. par DORS/98-166, art. 6; 2006-242, art. 4), (2) (mod., *idem*).
- Traité de coopération en matière de brevets*, 19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 F.C.R. 174; (2007), 282 D.L.R. (4th) 476; 59 C.P.R. (4th) 416; 364 N.R. 325; 2007 FCA 163; leave to appeal to S.C.C. refused, [2007] S.C.C.A. No. 311 (QL); *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; [1989] 3 W.W.R. 97; 75 Sask. R. 82; 47 C.C.C. (3d) 1; 33 C.P.C. (2d) 105; 38 C.R.R. 232; 92 N.R. 110; *AB Hassle v. Apotex Inc.*, [2006] 4 F.C.R. 513; (2006), 265 D.L.R. (4th) 363; 47 C.P.R. (4th) 329; 350 N.R. 219; 2006 FCA 51; *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)*, [2008] 1 F.C.R. 725; (2007), 282 D.L.R. (4th) 69; 59 C.P.R. (4th) 1; 2007 FCA 187.

## DISTINGUISHED:

*G.D. Searle & Co. v. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 F.C.R. 529; (2007), 281 D.L.R. (4th) 207; 58 C.P.R. (4th) 1; 361 N.R. 290; 2007 FCA 173; leave to appeal to S.C.C. refused [2007] S.C.C.A. No. 340 (QL).

## CONSIDERED:

*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3; (2003), 232 D.L.R. (4th) 577; 218 N.S.R. (2d) 311; 45 C.P.C. (5th) 1; 112 C.R.R. (2d) 202; 312 N.R. 1; 2003 SCC 62; *Janssen-Ortho Inc. v. Novopharm Ltd.* (2005), 40 C.P.R. (4th) 1; 337 N.R. 259; 2005 FCA 6; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2008] 1 F.C.R. 672; (2007), 59 C.P.R. (4th) 166; 2007 FC 446.

## REFERRED TO:

*In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch. D.); *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2007] 2 F.C.R. 137; (2006), 272 D.L.R. (4th) 756; 52 C.P.R. (4th) 241; 351 N.R. 189; 2006 FCA 214; *Pfizer Canada Inc. et al. v. Apotex Inc. et al.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245; 266 N.R. 371 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [2001] S.C.C.A. No. 111 (QL); *AstraZeneca AB v. Apotex Inc.*, 2004 FCA 224; leave to appeal to S.C.C. refused [2004] S.C.C.A. No. 391 (QL); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 240 N.R. 195 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [1999] S.C.C.A. No. 313 (QL); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; 169 N.R. 342 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1994] S.C.C.A. No. 330 (QL); *Novartis A.G. v. Apotex Inc.*

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltée*, [2008] 1 R.C.F. 174; 2007 CAF 163; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2007] C.S.C.R. n° 311 (QL); *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *AB Hassle c. Apotex Inc.*, [2006] 4 R.C.F. 513; 2006 CAF 51; *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2008] 1 R.C.F. 725; 2007 CAF 187.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*G.D. Searle & Co. c. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 R.C.F. 529; 2007 CAF 173; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2007] C.S.C.R. n° 340 (QL).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3; 2003 CSC 62; *Janssen-Ortho Inc. c. Novopharm Ltée*, 2005 CAF 6; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2008] 1 R.C.F. 672; 2007 CF 446.

## DÉCISIONS CITÉES :

*In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch. D.); *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2007] 2 R.C.F. 137; 2006 CAF 214; *Pfizer Canada Inc. et al. c. Apotex Inc. et al.*, [2001] A.C.F. n° 17 (C.A.) (QL); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2001] C.S.C.R. n° 111 (QL); *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.*, 2004 CAF 224; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2004] C.S.C.R. n° 391 (QL); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 555 (C.A.) (QL); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1999] C.S.C.R. n° 313 (QL); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1994] A.C.F. n° 662 (C.A.) (QL); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1994] C.S.C.R. n° 330 (QL); *Novartis A.G. c. Apotex Inc.*, 2002 CAF 440; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2001] A.C.F. n° 16

(2002), 22 C.P.R. (4th) 450; 298 N.R. 348; 2002 FCA 440; *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 11 C.P.R. (4th) 539; 266 N.R. 141 (F.C.A.); *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2007), 282 D.L.R. (4th) 145; 59 C.P.R. (4th) 131; 362 N.R. 91; 2007 FCA 140; *Calgon Carbon Corp. v. North Bay (City of)* (2006), 56 C.P.R. (4th) 281; 304 F.T.R. 1; 2006 FC 1373; *Johnson & Johnson Inc. v. Boston Scientific Ltd.*, [2005] 4 F.C.R. 110; (2004), 37 C.P.R. (4th) 385; 263 F.T.R. 242; 2004 FC 1672; *Jay-Lor International Inc. v. Penta Farm Systems Ltd.* (2007), 59 C.P.R. (4th) 228; 2007 FC 358; *Wessel v. Energy Rentals Inc.* (2004), 32 C.P.R. (4th) 315; 253 F.T.R. 279; 2004 FC 791; *Varco Canada Ltd. v. Pason Systems Corp.* (2006), 50 C.P.R. (4th) 81; 348 N.R. 288; 2006 FCA 100; *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 43 C.P.R. (4th) 161; 278 F.T.R. 1; 2005 FC 1283.

## AUTHORS CITED

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

MOTION to dismiss an appeal from a Federal Court order ([2008] 2 F.C.R. 749; (2007), 58 C.P.R. (4th) 214; 2007 FC 596) dismissing an application for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the respondent for olanzapine tablets on the ground that the appeal was moot. Motion granted.

## APPEARANCES:

*Anthony George Creber and Cristin A. Wagner* for appellant/applicant.

*Jonathan Stainsby, Andrew Skodyn, Andy Radhakant, and Neil Fineberg* for respondent Novopharm Limited.

No one appeared for respondent Minister of Health.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, for appellant.

*Heenan Blaikie LLP*, Toronto, for respondent Novopharm Limited.

(C.A.) (QL); *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 140; *Calgon Carbon Corp. c. North Bay (Ville de)*, 2006 CF 1373; *Johnson & Johnson Inc. c. Boston Scientifique Ltée*, [2005] 4 R.C.F. 110; 2004 CF 1672; *Jay-Lor International Inc. c. Penta Farm Systems Ltd.*, 2007 CF 358; *Wessel c. Energy Rentals Inc.*, 2004 CF 791; *Varco Canada Ltd. c. Pason Systems Corp.*, 2006 CAF 100; *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1283.

## DOCTRINE CITÉE

Fox, Harold G. *Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4<sup>e</sup> éd. Toronto : Carswell, 1969.

REQUÊTE en rejet de l'appel interjeté à l'encontre de l'ordonnance rendue par la Cour fédérale ([2008] 2 R.C.F. 749; 2007 CF 596) rejetant la demande d'ordonnance visant à interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'intimée pour ses comprimés d'olanzapine au motif que l'appel était devenu théorique. Requête accueillie.

## ONT COMPARU :

*Anthony George Creber et Cristin A. Wagner* pour l'appelante.

*Jonathan Stainsby, Andrew Skodyn, Andy Radhakant et Neil Fineberg* pour l'intimée Novopharm Limited.

Personne n'a comparu pour l'intimé le ministre de la Santé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Gowling Lafleur Henderson LLP*, Ottawa, pour l'appelante.

*Heenan Blaikie LLP*, Toronto, pour l'intimée Novopharm Limited.

*The following are the reasons for order rendered in English by*

SEXTON J.A.:

#### Introduction

[1] This is a motion by the respondent, Novopharm Limited (Novopharm) to dismiss the appeal of the order of Mr. Justice Hughes dated June 5, 2007 [*Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, [2008] 2 F.C.R. 749 (F.C.)] (the June 5 order) on the ground that the appeal is moot.

[2] The June 5 order dismissed Eli Lilly Canada's (Eli Lilly) application for an order prohibiting the Minister of Health (the Minister) from issuing a notice of compliance (NOC) to Novopharm for its 2.5 mg, 5 mg, 7.5 mg, 10 mg and 15 mg olanzapine tablets. After the June 5 order, the Minister granted an NOC to Novopharm.

[3] This Court has consistently held that, once an NOC has been issued, a patent holder's appeal from an application to prohibit the issuance of an NOC will be dismissed due to mootness. Nevertheless, Eli Lilly argues that, *inter alia*, the recent decision in *Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 F.C.R. 174 (F.C.A.); leave to appeal to the S.C.C. dismissed, [2007] S.C.C.A. No. 311 (QL) (*Sanofi-Aventis*) demands that this Court revisit the law with respect to a patent holder's right to appeal an otherwise moot NOC proceeding.

[4] For the reasons that follow, I disagree with this submission and would allow Novopharm's motion and dismiss this appeal on the ground of mootness.

#### Background

[5] This motion arises from an appeal from prohibition proceedings pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the NOC Regulations). The patents that are discussed in these NOC proceedings are for drugs that are used to treat schizophrenia.

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

LE JUGE SEXTON, J.C.A. :

#### Introduction

[1] Il s'agit d'une requête présentée par l'intimée, Novopharm Limited (Novopharm), afin que soit rejeté l'appel de l'ordonnance rendue par le juge Hughes en date du 5 juin 2007 [*Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, [2008] 2 R.C.F. 749 (C.F.)] (l'ordonnance du 5 juin) au motif qu'il est devenu théorique.

[2] L'ordonnance du 5 juin rejette la demande d'ordonnance présentée par Eli Lilly Canada (Eli Lilly) afin qu'il soit interdit au ministre de la Santé (le ministre) de délivrer un avis de conformité (AC) à Novopharm pour ses comprimés d'olanzapine en concentrations de 2,5 mg, 5 mg, 7,5 mg, 10 mg et 15 mg. Le ministre a accordé un AC à Novopharm après que l'ordonnance du 5 juin a été rendue.

[3] La Cour a constamment statué que, après la délivrance d'un AC, l'appel interjeté par un titulaire de brevet relativement à une demande visant à interdire la délivrance d'un AC sera rejeté au motif qu'il est devenu théorique. Or, Eli Lilly prétend notamment que *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltée*, [2008] 1 R.C.F. 174 (C.A.F.); autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [2007] C.S.C.R. n° 311 (QL) (*Sanofi-Aventis*), un arrêt rendu récemment, oblige la Cour à réexaminer les règles de droit régissant le droit d'un titulaire de brevet d'interjeter un appel concernant un AC qui serait théorique sans cet arrêt.

[4] Pour les motifs qui suivent, je ne suis pas d'accord avec Eli Lilly à cet égard et j'accueillerais la requête de Novopharm et rejetterais l'appel en l'espèce au motif qu'il est devenu théorique.

#### Le contexte

[5] La présente requête fait suite à un appel concernant la procédure d'interdiction prévue par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement). Les brevets en cause ont trait à des médicaments utilisés pour traiter la schizophrénie.

[6] The persistent theme in the development of these drugs was that while innovators could discover drugs that were effective in treating schizophrenia, the drugs all had dangerous side effects. Eli Lilly had identified a number of potential drug candidates that would have reduced side effects, which led to the development of a class of compounds in Canadian patent No. 1075687 (the '687 patent).

[7] The '687 patent claimed a genus of approximately 15 trillion compounds. The only compounds that were individually claimed in the '687 patents were flumezapine and ethyl flumezapine. Testing on these two drugs revealed that they possessed either unacceptable side effects or a lack of effectiveness in treating schizophrenia. Further research, however, was conducted on compounds that were within the class outlined in the '687 patent; this resulted in favourable results for one particular drug called olanzapine. As a result, Eli Lilly decided to file Canadian patent No. 2041113 (the '113 patent) which characterizes olanzapine as a selection from the class of the '687 patent. The '113 patent discloses that Lilly "discovered a compound which possesses surprising and unexpected properties by comparison with flumezapine and other related compounds."

[8] The '113 patent is what is known as a "selection patent," which is, within the context of pharmaceutical patents, a compound selected from an existing patented class when it is discovered that the selected compounds possess unexpected characteristics which could not be predicted before the discovery was made: see *In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch. D.), at pages 322-323 (*I.G. Farbenindustrie*); Harold G. Fox, *Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. (Toronto: Carswell, 1969), at page 89. Selection patents exist to encourage researchers to discover new advantages for compounds within the known class. This constitutes an inventive skill (*Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2007] 2 F.C.R. 137 (F.C.A.), at paragraph 5).

[6] Le problème que posait constamment la mise au point de ces médicaments était que tous les médicaments découverts par des innovateurs qui étaient efficaces dans le traitement de la schizophrénie avaient des effets secondaires dangereux. Eli Lilly avait trouvé un certain nombre de médicaments susceptibles de réduire les effets secondaires; ces médicaments ont mené à la création d'une catégorie de composés faisant l'objet du brevet canadien n° 1075687 (le brevet '687).

[7] Le brevet '687 revendiquait un genre d'environ 15 billions de composés. Les seuls composés qui étaient revendiqués séparément dans le brevet '687 étaient la flumézapine et l'éthyl flumézapine. Des tests effectués sur ces deux médicaments ont révélé qu'ils avaient des effets secondaires inacceptables ou n'étaient pas efficaces dans le traitement de la schizophrénie. D'autres recherches réalisées sur les composés qui faisaient partie de la catégorie décrite dans le brevet '687 ont toutefois mené à des résultats favorables en ce qui concerne un médicament particulier appelé olanzapine. En conséquence, Eli Lilly a décidé de déposer le brevet canadien n° 2041113 (le brevet '113), qui indique que l'olanzapine a été sélectionnée à partir de la catégorie du brevet '687. Le brevet '113 révèle qu'Eli Lilly [TRADUCTION] « a découvert un composé qui possède des propriétés surprenantes et inattendues comparativement à la flumézapine et à d'autres composés apparentés ».

[8] Le brevet '113 est un « brevet de sélection », c'est-à-dire, dans le contexte des brevets pharmaceutiques, qu'il vise un composé sélectionné à partir d'une catégorie brevetée existante et dont on a découvert qu'il possède des caractéristiques inattendues qui n'auraient pu être prévues avant que la découverte ne soit faite : voir *In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch. D.), aux pages 322 et 323 (*I.G. Farbenindustrie*); Harold G. Fox, *Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4<sup>e</sup> éd. (Toronto : Carswell, 1969), à la page 89. Les brevets de sélection visent à encourager les chercheurs à découvrir de nouveaux avantages à des composés appartenant à la catégorie connue en exerçant leur génie inventif (*Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2007] 2 R.C.F. 137 (C.A.F.), au paragraphe 5).

[9] On June 20, 2005, Novopharm filed the notice of application (NOA) which was the basis for Eli Lilly's application for prohibition to the Federal Court. The NOA alleged that the '113 patent was invalid for the reasons of anticipation, obviousness, double patenting, an intention to mislead in violation of section 53 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the Act), insufficient disclosure and inutility. On September 8, 2005, Eli Lilly applied for a prohibition order to the Federal Court, arguing that the grounds listed in the NOA were not justified. The NOC proceeding before Justice Hughes did not occur until May 25, 2007.

[10] In his decision, *Eli Lilly Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*, which is the subject of the appeal concerned in this motion, Justice Hughes held that Eli Lilly was unable to establish that the allegation by Novopharm that the '113 patent was invalid by reason of insufficient disclosure was not justified. His findings on this ground can be summarized in paragraph 162 of his decision:

I find that the '113 patent fails to provide sufficient disclosure in its specification as to the invention, if any, in selecting olanzapine from a previously disclosed group of compounds. The prior art British Patent [*inter alia*, patent '687] teaches the whole class of compounds [is] useful in treating central nervous system disorders. The invention in selecting olanzapine is the so-called "surprising and unexpected" properties of olanzapine in "comparison with flumézapine and other related compounds". No such comparison is made anywhere in the '113 patent. No data was given. We are left only with rhetoric such as "high level of efficiency" and "mild and transient" and "lower" side effects.

[11] The main challenge by Eli Lilly to the decision of Justice Hughes is stated to be that he found the law of Canada requires that the specification of a selection patent must contain comparative data which demonstrates the advantages of the selected class over the class disclosed in a previous patent. Not only does Eli Lilly argue that this was not raised in Novopharm's NOA, but that such a finding is in contravention of the requirements of the Act, and of Canada's obligations under the *Patent Cooperation Treaty* [June 19, 1970, [1990] Can. T.S. No. 22] and the *Agreement on Trade-Related Aspects of*

[9] Le 20 juin 2005, Novopharm a déposé l'avis de demande (AD) sur lequel la demande d'interdiction présentée à la Cour fédérale par Eli Lilly était fondée. L'AD alléguait que le brevet '113 était invalide pour des raisons d'antériorité, d'évidence, d'utilité et de double brevet, pour cause d'intention d'induire en erreur au sens de l'article 53 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi), et en raison de l'insuffisance des renseignements divulgués. Le 8 septembre 2005, Eli Lilly a demandé à la Cour fédérale de prononcer une ordonnance d'interdiction parce que les moyens énumérés dans l'AD n'étaient pas fondés. L'audience relative à l'AC n'a été tenue par le juge Hughes que le 25 mai 2007.

[10] Dans *Eli Lilly Canada Inc. c. Novopharm Ltée*, qui est l'objet de l'appel auquel la présente requête se rapporte, le juge Hughes a décidé qu'Eli Lilly n'avait pas été en mesure d'établir que l'allégation de Novopharm selon laquelle le brevet '113 était invalide en raison de l'insuffisance des renseignements divulgués n'était pas fondée. Ses conclusions à cet égard sont résumées au paragraphe 162 de sa décision :

J'estime que le brevet '113 ne divulgue pas assez d'éléments dans le mémoire descriptif quant à l'invention dans le choix de l'olanzapine à partir d'un groupe de composés déjà divulgués. Le brevet britannique antérieur [notamment le brevet '687] indique que toute la classe de composés est utile dans le traitement des troubles du système nerveux central. L'invention dans le choix de l'olanzapine consiste en les soi-disantes propriétés « surprenantes et inattendues » de l'olanzapine « comparativement à la flumézapine et à d'autres composés apparentés ». Aucune comparaison de la sorte n'est faite dans le brevet '113. Aucune donnée n'est fournie. Tout ce qui nous reste, c'est de la rhétorique, par exemple, la mention d'une « forte efficacité » ainsi que d'effets secondaires « légers et transitoires » et « plus faibles ».

[11] Eli Lilly conteste la décision du juge Hughes principalement parce que ce dernier a conclu que le droit canadien exige que le mémoire descriptif d'un brevet de sélection renferme des données comparatives qui démontrent les avantages de la catégorie sélectionnée comparativement à ceux de la catégorie divulguée dans un brevet antérieur. Eli Lilly prétend non seulement que cette question n'était pas soulevée dans l'AD de Novopharm, mais également qu'une telle conclusion est contraire aux exigences de la Loi et aux obligations incombant au Canada en vertu du *Traité de coopération*

*Intellectual Property Rights* [Annex 1C of the *Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1867 U.N.T.S. No. 3].

[12] The day following the issuance of the decision of Hughes J., Novopharm received an NOC from the Minister for Novo-Olanzapine tablets, which are Novopharm's 2.5 mg, 5 mg, 7.5 mg, 10 mg and 15 mg strength olanzapine tablets.

#### Issues

[13] There are two issues in this motion:

- i. Is the appeal moot?
- ii. If the appeal is moot, should the Court exercise its discretion to hear the appeal?

#### Analysis

(1) Is the Appeal Moot?

[14] As Novopharm correctly points out, this Court has consistently dismissed, on the grounds of mootness, appeals from orders refusing prohibition applications under the NOC Regulations in circumstances where an NOC has issued. See, for instance, *Pfizer Canada Inc. et al. v. Apotex Inc. et al.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 245 (F.C.A.); leave to appeal to the S.C.C. dismissed, [2001] S.C.C.A. No. 111 (QL) (*Pfizer*); *AstraZeneca AB v. Apotex Inc.*, 2004 FCA 224; leave to appeal to the S.C.C. dismissed, [2004] S.C.C.A. No. 391 (QL). The reason for this is that once the prohibition application is dismissed, the Minister is acting entirely lawfully in issuing an NOC to the generic, as per subsection 7(1) [as am. by SOR/98-166, s. 6; 2006-242, s. 4] of the NOC Regulations: *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 240 N.R. 195 (F.C.A.); leave to appeal to the S.C.C. dismissed, [1999] S.C.C.A. No. 313 (QL). Moreover, once the NOC has been issued, there is no provision under the NOC Regulations that would permit this Court to retroactively prohibit its issuance.

*en matière de brevets* [19 juin 1970, [1990] R.T. Can. n° 22] et de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* [Annexe IC de l'*Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1867 R.T.N.U. n° 3].

[12] Le lendemain du jour où le juge Hughes a rendu sa décision, Novopharm a reçu un AC du ministre pour des comprimés de Novo-Olanzapine, qui sont en fait ses comprimés d'olanzapine ayant des concentrations de 2,5 mg, 5 mg, 7,5 mg, 10 mg et 15 mg.

#### Les questions en litige

[13] La présente requête soulève deux questions :

- i. L'appel est-il devenu théorique?
- ii. Dans l'affirmative, la Cour devrait-elle quand même exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel?

#### Analyse

1) L'appel est-il devenu théorique?

[14] Comme Novopharm le rappelle à juste titre, la Cour a constamment rejeté, en raison de leur caractère théorique, les appels relatifs à des ordonnances rejetant des demandes d'interdiction en vertu du Règlement lorsqu'un AC avait été délivré. Voir, par exemple, *Pfizer Canada Inc. et al. c. Apotex Inc. et al.*, [2001] A.C.F. n° 17 (C.A.) (QL); autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [2001] C.S.C.R. n° 111 (QL) (*Pfizer*); *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.*, 2004 CAF 224; autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [2004] C.S.C.R. n° 391 (QL). Cette position de la Cour s'explique par le fait que, une fois que la demande d'interdiction est rejetée, le ministre agit tout à fait légalement, conformément au paragraphe 7(1) [mod. par DORS/98-166, art. 6; 2006-242, art. 4] du Règlement, en délivrant un AC au fabricant de médicaments génériques : *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 555 (C.A.) (QL); autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [1999] C.S.C.R. n° 313 (QL). En outre, le Règlement ne renferme aucune disposition permettant à la Cour d'interdire rétroactivement la délivrance de l'AC une fois que celui-ci a été délivré.

[15] Subsections 7(1) and (2) [as am. *idem*] of the NOC Regulations read as follows:

7. (1) The Minister shall not issue a notice of compliance to a second person before the latest of

(b) the day on which the second person complies with section 5,

(c) subject to subsection (3), the expiration of any patent on the register that is not the subject of an allegation,

(d) subject to subsection (3), the expiration of 45 days after the receipt of proof of service of a notice of allegation under paragraph 5(3)(a) in respect of any patent on the register,

(e) subject to subsections (2), (3) and (4), the expiration of 24 months after the receipt of proof of the making of any application under subsection 6(1), and

(f) the expiration of any patent that is the subject of an order pursuant to subsection 6(1).

(2) Paragraph (1)(e) does not apply if at any time, in respect of each patent that is the subject of an application pursuant to subsection 6(1),

(a) the patent has expired; or

(b) the court has declared that the patent is not valid or that 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.

[16] Once “the court,” which has been held to be the “Federal Court Trial Division” [now the Federal Court] (see *Pfizer*, at paragraph 20) has dismissed the prohibition motion, the Minister may issue the NOC. Indeed, the Minister “shall” do so: subsection C.08.004(1) [as am. by SOR/95-411, s. 6] of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870. As Isaac J.A. (as he then was) stated in *Pfizer*, at paragraph 21:

It follows that once the prohibition proceedings brought by the appellants were dismissed by the Trial Division, the Minister was entitled to and did issue the NOCs to Apotex and to Nu Pharm with respect to fluconazole. The issue of these NOCs foreclosed any attempts to continue prohibition proceedings under the Regulations, as the summary procedure therein was spent. As Decary J.A. put it in *Merck Frosst Canada*, *supra*, at para. 5, “[t]he appeal is obviously moot, the Minister having done what he is empowered to do under s. 7(1) of the Regulations, i.e., he issued a notice of compliance”.

[15] Les paragraphes 7(1) et (2) [mod., *idem*] du Règlement sont libellés comme suit :

7. (1) Le ministre ne peut délivrer un avis de conformité à la seconde personne avant la plus tardive des dates suivantes :

b) la date à laquelle la seconde personne se conforme à l'article 5;

c) sous réserve du paragraphe (3), la date d'expiration de tout brevet inscrit au registre qui ne fait pas l'objet d'une allégation;

d) sous réserve du paragraphe (3), la date qui suit de quarante-cinq jours la date de réception de la preuve de signification de l'avis d'allégation visé à l'alinéa 5(3)a) à l'égard de tout brevet ajouté au registre;

e) sous réserve des paragraphes (2), (3) et (4), la date qui suit de 24 mois la date de réception de la preuve de présentation de la demande visée au paragraphe 6(1);

f) la date d'expiration de tout brevet faisant l'objet d'une ordonnance rendue aux termes du paragraphe 6(1).

(2) L'alinéa (1)e) ne s'applique pas si, à l'égard de chaque brevet visé par une demande au tribunal aux termes du paragraphe 6(1) :

a) soit le brevet est expiré;

b) soit le tribunal a déclaré que le brevet n'est pas valide ou qu'aucune revendication de l'ingrédient médicinal, revendication de la formulation, revendication de la forme posologique ni revendication de l'utilisation de l'ingrédient médicinal ne seraient contrefaites.

[16] Une fois que « le tribunal », une expression qui désigne la « Section de première instance de la Cour fédérale » [maintenant la Cour fédérale] (voir *Pfizer*, au paragraphe 20), a rejeté la requête en interdiction, le ministre peut délivrer l'AC — en fait, il doit le faire : paragraphe C.08.004(1) [mod. par DORS/95-411, art. 6] du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870. Comme le juge Isaac (alors juge à la Cour d'appel fédérale) l'a dit dans *Pfizer*, au paragraphe 21 :

Il s'ensuit que, dès que la Section de première instance a rejeté la demande d'interdiction présentée par les appelantes, le ministre a eu le droit de délivrer les ADC à Apotex et à Nu-Pharm à l'égard du fluconazole, comme il l'a fait. La délivrance de ces ADC a mis un terme à toute tentative de poursuivre la demande d'interdiction fondée sur le Règlement, parce que le recours prévu dans celui-ci (procédure sommaire) a été épuisé. Comme l'a dit le juge Décary, J.C.A., dans l'arrêt *Merck Frosst Canada*, précité, au paragraphe 4, [TRADUCTION] « il est bien évident que l'appel est théorique, le ministre ayant fait ce qu'il

[17] Eli Lilly insists, however, that the reasons in *Sanofi-Aventis* somehow demand that the cases cited above need to be revisited. I do not agree with this proposition. The error in Eli Lilly's logic can be demonstrated through the presentation of their argument on this issue in their memorandum of fact and law:

As a result of the recent decision of this Court in *Sanofi*, an invalidity finding on any issue in a first prohibition proceeding, once all appeals are final, estops a first person (the patentee or a licensee) from again litigating that same validity issue in subsequent NOC proceedings. Thus, even if this court could not set aside the NOC, the appeal is not moot as other generics can now rely on Justice Hughes' decision.

...

The result of Justice Sexton's decision in *Sanofi* is that non-party generics can rely on the successful allegation of invalidity that another generic has made once the decision becomes final. Consequently, once an allegation of invalidity succeeds in a NOC proceeding, the innovator is deprived of the opportunity of succeeding against subsequent invalidity allegations.

As a result of *Sanofi*, Justice Hughes' decision affects Lilly's ability to rebut allegations that the '113 patent is invalid for insufficiency by any other generic. If this appeal is not granted, Lilly will be denied both an opportunity to address the basis for Justice Hughes' decision in this case, and an opportunity to address invalidity arguments regarding insufficiency of the '113 patent made by other generics in other NOC proceedings. This is true even though the '113 patent and its foreign counterpart have previously survived attacks on validity.

[18] Nothing in Eli Lilly's reasoning suggests why the law is, or ought to be, any different with respect to mootness after the reasons in *Sanofi-Aventis*. The *Sanofi-Aventis* case simply stands for the proposition that it is an abuse of process for a patent holder, having lost in a

est autorisé à faire en vertu du paragraphe 7(1) du Règlement, c'est-à-dire qu'il a délivré un avis de conformité » .

[17] Eli Lilly insiste cependant pour dire que les motifs prononcés dans *Sanofi-Aventis* exigent d'une certaine manière que les arrêts mentionnés ci-dessus soient réexaminés. Je ne suis pas de cet avis. Il y a une erreur dans le raisonnement d'Eli Lilly, et cette erreur ressort des arguments qu'elle a fait valoir sur cette question dans son mémoire des faits et du droit :

[TRADUCTION] Par suite de l'arrêt rendu récemment par la Cour dans *Sanofi*, une conclusion d'invalidité sur une question soulevée dans le cadre d'une première instance en interdiction empêche, après que tous les appels ont acquis un caractère définitif, la première personne (le breveté ou un titulaire de licence) de soulever de nouveau la même question de validité dans le cadre d'une instance subséquente relative à un AC. Ainsi, l'appel n'est pas devenu théorique même si la Cour ne pouvait pas annuler l'AC puisque d'autres fabricants de médicaments génériques peuvent maintenant se fonder sur la décision du juge Hughes.

[...]

L'arrêt rendu par le juge Sexton dans *Sanofi* fait en sorte que des fabricants de médicaments génériques qui ne sont pas parties à l'instance peuvent s'appuyer, une fois que la décision est devenue définitive, sur l'allégation d'invalidité qui a été faite par l'autre fabricant de médicaments génériques et que le tribunal a acceptée. En conséquence, une fois qu'une allégation d'invalidité est accueillie dans le cadre d'une instance relative à un AC, l'innovateur est privé de la possibilité de faire rejeter des allégations d'invalidité dans l'avenir.

La décision du juge Hughes limite, par suite de *Sanofi*, la capacité de Lilly de réfuter les allégations faites par d'autres fabricants de médicaments génériques selon lesquelles le brevet '113 est invalide parce que les renseignements divulgués sont insuffisants. Si le présent appel n'est pas accueilli, Lilly sera privée de la possibilité de contester les motifs de la décision du juge Hughes et de réfuter les arguments relatifs à l'invalidité fondés sur l'insuffisance du brevet '113 qui sont présentés par d'autres fabricants de médicaments génériques dans le cadre d'autres instances relatives à un AC, et ce, même si le brevet '113 et son équivalent étranger ont résisté dans le passé à des contestations de leur validité.

[18] Eli Lilly n'explique pas dans son raisonnement pourquoi le droit est ou devrait être différent au regard de la question du caractère théorique par suite de *Sanofi-Aventis*. Cet arrêt permet seulement de conclure que le titulaire d'un brevet qui a vu sa demande d'interdiction

prohibition proceeding on an issue relating to invalidity, to relitigate the same issue against another generic. It does not change the test for mootness as set by the Supreme Court of Canada in *Borowski, infra*, nor does it somehow grant this Court the right to quash an NOC that had been issued by the Minister in compliance with the NOC Regulations. Rather, Eli Lilly has argued that, due to *Sanofi-Aventis*, Justice Hughes' decision may impact other NOC proceedings. Such considerations, if of merit, would only be relevant in considering a court's discretion to hear a moot appeal.

[19] Notwithstanding the existing jurisprudence on this issue, I will nevertheless address the three arguments Eli Lilly advances for why its appeal is not moot:

a. Justice Hughes decided the case on an issue not raised by the parties, which gives rise to procedural unfairness;

b. There is still a live issue between the parties as Novopharm can rely on the decision of Hughes J. to obtain an NOC for Zydis (another Eli Lilly product), as well as a dosage form of olanzapine oral tablets (20mg), both of which are listed under the '113 patent on the Patent Register; and

c. Due to this Court's recent decision in *Sanofi-Aventis*, this appeal would affect the rights of Novopharm *vis-à-vis* other generics.

[20] With respect to the first argument, I do not find it persuasive. Eli Lilly's lengthy submissions on this point stem from one claim: that Novopharm never raised this issue in their NOA. I fail to see that Novopharm, in its NOA, did not provide sufficient notice of its argument relating to the insufficiency of disclosure in the '113 patent. For instance, the NOA claims:

être rejetée pour une question d'invalidité et qui soumet au tribunal la même question à l'encontre d'un autre fabricant de médicaments génériques commet un abus de procédure. Il ne modifie en rien le critère du caractère théorique établi par la Cour suprême du Canada dans *Borowski*, ci-dessous, ni ne confère à la Cour le droit d'annuler un AC qui a été délivré par le ministre en conformité avec le Règlement. Eli Lilly prétendait que, par suite de *Sanofi-Aventis*, la décision du juge Hughes pouvait avoir une incidence sur d'autres instances relatives à un AC. De telles considérations, si elles sont fondées, ne seraient pertinentes qu'au regard de la question de savoir si un tribunal a le pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel devenu théorique.

[19] Indépendamment de la jurisprudence actuelle sur cette question, j'examinerai les trois arguments invoqués par Eli Lilly pour démontrer que son appel n'est pas théorique :

a. la décision du juge Hughes est fondée sur une question qui n'avait pas été soulevée par les parties, ce qui est contraire à l'équité en matière de procédure;

b. il y a toujours un litige entre les parties étant donné que Novopharm peut s'appuyer sur la décision du juge Hughes pour obtenir un AC pour le Zydis (un autre produit d'Eli Lilly), ainsi que pour une forme pharmaceutique de comprimés d'olanzapine pour administration orale (20 mg), deux médicaments visés par le brevet '113 selon le registre des brevets;

c. compte tenu de l'arrêt rendu récemment par la Cour dans *Sanofi-Aventis*, le présent appel aurait des répercussions sur les droits de Novopharm par rapport aux autres fabricants de médicaments génériques.

[20] En ce qui concerne le premier argument, je ne le trouve pas convaincant. Les longues observations d'Eli Lilly sur cette question découle d'une seule prétention : Novopharm n'a jamais soulevé cette question dans son AD. Or, j'estime que Novopharm a suffisamment traité, dans son AD, de l'insuffisance des renseignements divulgués dans le brevet '113. Par exemple, Novopharm fait valoir dans son AD :

**7. Invalidity — Section 53(1) of the Patent Act and/or Insufficiency of Disclosure**

...

The person of ordinary skill would not have had sufficient information to put the invention into practice. In fact, they would have had misinformation that olanzapine was “markedly superior” to the other clinical options with an adverse effect profile that was substantially and peculiarly better than those others. If there are circumstances where olanzapine can be used to realize marked superiority, the specification of the ‘113 patent does not set out the method by which it can be achieved and certainly not in such full, clear, concise and exact terms as to enable a person skilled in the art to achieve it. The patent is therefore invalid because the invention as described would not work to the extent promised without this additional and better information (per s. 27(3)(b) of the *Patent Act*) and because, as shown below, the added or omitted information described was purposively included or withheld (as the case may be) for the purpose of misleading (per s. 53(1) of the *Patent Act*).

[21] In any event, even if there had been resulting procedural unfairness, which I conclude there was not, it would not change the fact that an NOC has issued and the Court is unable to change that result. Eli Lilly cites the case of *G.D. Searle & Co. v. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 F.C.R. 529 (F.C.A.); leave to appeal to the S.C.C. dismissed, [2007] S.C.C.A. No. 340 (QL) (*G.D. Searle*) as an example where this Court, in the words of Eli Lilly, “issued the prohibition order that ought to have been imposed.” However, in the *G.D. Searle* decision an NOC had not been issued. Thus, the case cannot detract from the general principle already stated that once an NOC has been issued the appeal is moot.

[22] Eli Lilly stressed in oral argument that a finding from this Court that Hughes J. made his decision on a ground not raised in the NOA would render the June 5 order a “nullity,” as he would not have been within his jurisdiction to issue the June 5 order. As such, so the argument goes, this would lead to the possibility of Eli Lilly applying for judicial review of the Minister’s decision directly. Based on my conclusion that Justice Hughes did decide the case on an issue adequately raised in the NOA, I do not have to address this contention.

[TRANUCTION]

**7. Invalidité — Paragraphe 53(1) de la Loi sur les brevets et insuffisance des renseignements divulgués**

[...]

La personne ayant des connaissances ordinaires n’aurait pas eu suffisamment de renseignements pour mettre l’invention en pratique. En fait, elle aurait eu des renseignements erronés indiquant que l’olanzapine était « nettement supérieure » aux autres options cliniques et avait des effets nuisibles considérablement et particulièrement moins importants que celles-ci. S’il y a des cas où l’olanzapine peut être nettement supérieure, le mémoire descriptif du brevet ‘113 n’indique pas par quelle méthode cet objectif peut être atteint, et certainement pas dans des termes complets, clairs, concis et exacts qui permettent à toute personne versée dans l’art de l’atteindre. Le brevet est donc invalide parce que l’invention qui y est décrite ne fonctionnerait pas dans toute la mesure promise sans ces renseignements additionnels et de meilleure qualité (suivant l’alinéa 27(3)b) de la *Loi sur les brevets*) et parce que, comme il le sera démontré plus loin, ces renseignements ajoutés ou omis avaient été sciemment inclus ou retenus (selon le cas) dans le but d’induire en erreur (selon le paragraphe 53(1) de la *Loi sur les brevets*).

[21] Quoi qu’il en soit, même s’il y avait eu manquement à l’équité procédurale — ce qui n’est pas le cas, à mon avis — cela ne changerait rien au fait qu’un AC a été délivré et que la Cour n’est pas en mesure de changer ce résultat. Eli Lilly cite *G.D. Searle & Co. c. Novopharm Ltd.*, [2008] 1 R.C.F. 529 (C.A.F.); autorisation d’appel à la C.S.C. refusée, [2007] C.S.C.R. n° 340 (QL) (*G.D. Searle*), à titre d’exemple d’un cas où la Cour a, pour reprendre les termes employés par Eli Lilly, [TRANUCTION] « rendu l’ordonnance d’interdiction qui aurait dû être prononcée ». Un AC n’avait toutefois pas été délivré dans *G.D. Searle*. Aussi, cet arrêt ne change rien au principe général énoncé précédemment selon lequel l’appel devient théorique une fois qu’un AC a été délivré.

[22] Eli Lilly a souligné dans sa plaidoirie que l’ordonnance du 5 juin deviendrait [TRANUCTION] « nulle » si la Cour concluait que le juge Hughes a fondé sa décision sur un moyen qui n’avait pas été soulevé dans l’AD, étant donné qu’il n’aurait pas été compétent pour prononcer cette ordonnance. Eli Lilly pourrait alors demander directement le contrôle judiciaire de la décision du ministre. Comme j’ai conclu que le juge Hughes a fondé sa décision sur une question qui était soulevée de manière appropriée dans l’AD, il n’est pas nécessaire que j’examine cette prétention d’Eli Lilly.

[23] With respect to the second and third issues, Eli Lilly's submissions are misplaced. The possibility that generics, or even Novopharm, can rely on Justice Hughes' decision in subsequent proceedings does not make the appeal not moot with respect to the NOC in question vis-à-vis the parties in this proceeding. The Supreme Court of Canada has established the criteria for determining whether a matter is moot in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 (*Borowski*), at page 353:

The doctrine of mootness is an aspect of a general policy or practice that a court may decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract question. The general principle applies when the decision of the court will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties. If the decision of the court will have no practical effect on such rights, the court will decline to decide the case. This essential ingredient must be present not only when the action or proceeding is commenced but at the time when the court is called upon to reach a decision. Accordingly if, subsequent to the initiation of the action or proceeding, events occur which affect the relationship of the parties so that no present live controversy exists which affects the rights of the parties, the case is said to be moot. The general policy or practice is enforced in moot cases unless the court exercises its discretion to depart from its policy or practice. [Emphasis added.]

[24] In this case, the controversy between the parties was whether an NOC should issue to Novopharm in respect of tablets for oral administration of drugs containing olanzapine in strengths of 2.5 mg, 5 mg, 7.5 mg, 10 mg, and 15 mg. Justice Hughes decided that Eli Lilly's application for prohibition against issuing an NOC should be dismissed. The Minister has issued an NOC. This Court cannot alter this decision. Applying the *Borowski* criteria, the appeal is moot. The issue of whether the decision below could be relevant in other proceedings will be addressed when I consider whether this Court should exercise its discretion in hearing the appeal.

(2) If the appeal is moot, should the Court exercise its discretion to hear the appeal?

[23] En ce qui concerne les deuxième et troisième questions, les prétentions d'Eli Lilly sont sans fondement. La possibilité que des fabricants de médicaments génériques, ou même Novopharm, puissent s'appuyer sur la décision du juge Hughes dans des instances subséquentes n'empêche pas que l'appel soit devenu théorique pour ce qui est de l'AC opposant les parties en l'espèce. La Cour suprême du Canada a établi le critère qui sert à déterminer si une affaire est devenue théorique dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (*Borowski*), à la page 353 :

La doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu'un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire. Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. En conséquence, si, après l'introduction de l'action ou des procédures, surviennent des événements qui modifient les rapports des parties entre elles de sorte qu'il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties, la cause est considérée comme théorique. Le principe ou la pratique générale s'applique aux litiges devenus théoriques à moins que le tribunal n'exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'appliquer. [Non souligné dans l'original.]

[24] En l'espèce, le litige entre les parties portait sur la question de savoir si un AC devait être délivré à Novopharm relativement à des comprimés pour administration orale de médicaments contenant 2,5 mg, 5 mg, 7,5 mg, 10 mg et 15 mg d'olanzapine. Le juge Hughes a décidé que la demande présentée par Eli Lilly afin que la délivrance d'un AC soit interdite devait être rejetée. Le ministre a délivré un AC. La Cour ne peut modifier cette décision. Selon les critères établis dans *Borowski*, l'appel est devenu théorique. Je traiterai de la question de savoir si la décision du juge Hughes pourrait être pertinente dans d'autres instances lorsque je déterminerai si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel.

2) Dans l'affirmative, la Cour devrait-elle quand même exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel?

[25] The Supreme Court of Canada in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3 (*Doucet*) confirmed the three *Borowski* factors to consider when deciding whether to exercise the discretion to hear a moot appeal (at paragraph 18):

- (1) the presence of an adversarial context;
- (2) the concern for judicial economy; and
- (3) the need for the Court to be sensitive to its role as the adjudicative branch in our political framework.

[26] In *Borowski*, the Supreme Court of Canada emphasized that the factors are not to be employed in a mechanical manner (at page 363):

In exercising its discretion in an appeal which is moot, the Court should consider the extent to which each of the three basic rationalia for enforcement of the mootness doctrine is present. This is not to suggest that it is a mechanical process. The principles identified above may not all support the same conclusion. The presence of one or two of the factors may be overborne by the absence of the third, and vice versa.

[27] There is an adversarial context between Eli Lilly and Novopharm. However, that adversarial context is in fact situated in another proceeding in which Eli Lilly has launched an infringement action with respect to the '113 patent. The main point of controversy between the parties, namely the question of the threshold for sufficient disclosure in selection patents, can be addressed just as adequately in an infringement proceeding and those proceedings can produce an *in rem* decision as to the validity of the patent which the present proceeding cannot do. Thus, the existence of an adversarial context between the parties does not lend any weight to exercise my discretion in hearing this appeal.

[28] Nor does the prospect of subsequent litigation necessarily affect the discretion to hear a moot appeal. As Richard C.J. stated in *Janssen-Ortho Inc. v. Novopharm Ltd.* (2005), 40 C.P.R. (4th) 1 (F.C.A.) (*Janssen-Ortho*), at paragraph 20:

With respect to the argument that there will be other challenges for levofloxacin, the Supreme Court of Canada, in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 3 at

[25] La Cour suprême du Canada a confirmé dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3 (*Doucet*), les trois facteurs décrits dans *Borowski* qui doivent être pris en compte pour décider s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel devenu théorique (au paragraphe 18) :

- (1) l'existence d'un débat contradictoire;
- (2) le souci d'économie des ressources judiciaires;
- (3) la nécessité pour les tribunaux d'être conscients de leur fonction juridictionnelle dans notre structure politique.

[26] Dans *Borowski*, la Cour suprême du Canada a mentionné que les facteurs ne doivent pas être appliqués de façon mécanique (à la page 363) :

En exerçant son pouvoir discrétionnaire à l'égard d'un pourvoi théorique, la Cour doit tenir compte de chacune des trois raisons d'être de la doctrine du caractère théorique. Cela ne signifie pas qu'il s'agit d'un processus mécanique. Il se peut que les principes examinés ici ne tendent pas tous vers la même conclusion. L'absence d'un facteur peut prévaloir malgré la présence de l'un ou des deux autres, ou inversement.

[27] Un débat contradictoire existe entre Eli Lilly et Novopharm. Ce débat se situe cependant dans une autre instance : l'action en contrefaçon du brevet '113 intentée par Eli Lilly. Le principal point en litige entre les parties, à savoir la question du caractère suffisant des renseignements divulgués dans les brevets de sélection, peut être tranché aussi bien dans le cadre d'une action en contrefaçon. En outre, celle-ci peut, contrairement à la présente instance, donner lieu à une décision *in rem* concernant la validité du brevet. Aussi, l'existence d'un débat contradictoire entre les parties ne milite pas en faveur de l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire d'entendre le présent appel.

[28] En outre, la possibilité d'un litige subséquent n'a pas nécessairement d'incidence sur le pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel devenu théorique. Comme le juge en chef Richard l'a rappelé dans *Janssen-Ortho Inc. c. Novopharm Ltée*, 2005 CAF 6 (*Janssen-Ortho*), au paragraphe 20 :

En ce qui a trait à l'argument suivant lequel d'autres instance seront introduites relativement à la lévofloxacine, la Cour suprême du Canada a nié la pertinence de telles considérations

para. 34, rejected the relevance of such considerations as follows:

The mere fact, however, that a case raising the same point is likely to recur even frequently should not by itself be a reason for hearing an appeal which is moot. It is preferable to wait and determine the point in a genuine adversarial context unless the circumstances suggest that the dispute will have always disappeared before it is ultimately resolved.

[29] Turning to the question of judicial economy, Eli Lilly submits that this appeal should be heard because of the prospect of other generics looking to obtain NOC's for olanzapine, following the judgment of Hughes J. Contrary to this submission, the question of judicial economy suggests that this appeal should not be heard.

[30] Eli Lilly argues that this Court should hear the moot appeal so that the law could be made clear as to whether comparative data is required to be disclosed in selection patents. They argue that the reasons of Hughes J. stand for the proposition that selection patents which do not contain comparative data are invalid. I do not agree that one can take this broad principle from his reasons. He said [at paragraph 162]:

The invention in selecting olanzapine is the so-called "surprising and unexpected" properties of olanzapine in "comparison with flumézapine and other related compounds". No such comparison is made anywhere in the '113 patent. No data was given. We are left only with rhetoric such as "high level of efficiency" and "mild and transient" and "lower" side effects.

It is certainly arguable that all Hughes J. meant was that the disclosure in a selection patent must explain what the "surprising and unexpected" properties of olanzapine in the new selection patent were. Even counsel for Eli Lilly admitted in oral argument that one could not tell what Hughes J. meant when he used the words "No data was given." If one cannot tell what the motions Judge meant, then one cannot conclude that he meant that "comparative data" must always be provided in a selection patent. This being the case, it would be unwise, in the context of deciding whether to exercise the discretion to hear a moot appeal, to assume that this is what he meant and then go on to define, as a matter of first instance in this

au paragraphe 34 de l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 :

Le simple fait, cependant, que la même question puisse se présenter de nouveau, et même fréquemment, ne justifie pas à lui seul l'audition de l'appel s'il est devenu théorique. Il est préférable d'attendre et de trancher la question dans un véritable contexte contradictoire, à moins qu'il ressorte des circonstances que le différend aura toujours disparu avant d'être résolu.

[29] En ce qui concerne l'économie des ressources judiciaires, Eli Lilly soutient que le présent appel devrait être entendu parce qu'il est possible que d'autres fabricants de médicaments génériques cherchent à obtenir un AC pour l'olanzapine en s'appuyant sur la décision du juge Hughes. La question de l'économie des ressources judiciaires semble laisser croire au contraire que l'appel ne devrait pas être entendu.

[30] Eli Lilly prétend que la Cour devrait entendre l'appel devenu théorique afin d'établir clairement si des données comparatives doivent être divulguées dans les brevets de sélection. Selon elle, les motifs du juge Hughes laissent croire que les brevets de sélection qui ne renferment pas de données comparatives sont invalides. Je ne pense pas que ce principe général puisse être tiré des motifs du juge Hughes. Ce dernier a dit [au paragraphe 162] :

L'invention dans le choix de l'olanzapine consiste en les soi-disantes propriétés « surprenantes et inattendues » de l'olanzapine « comparativement à la flumézapine et à d'autres composés apparentés ». Aucune comparaison de la sorte n'est faite dans le brevet '113. Aucune donnée n'est fournie. Tout ce qui nous reste, c'est de la rhétorique, par exemple, la mention d'une « forte efficacité » ainsi que d'effets secondaires « légers et transitoires » et « plus faibles ».

On peut certainement avancer que tout ce que le juge Hughes voulait dire, c'est que les renseignements divulgués dans un brevet de sélection doivent expliquer quelles étaient les propriétés « surprenantes et inattendues » de l'olanzapine dans le nouveau brevet de sélection. Même l'avocat d'Eli Lilly a admis dans sa plaidoirie que personne ne savait ce que le juge Hughes avait en tête au moment de dire : « Aucune donnée n'est fournie. » Si personne ne peut dire ce que le juge des requêtes a voulu dire, alors personne ne peut conclure qu'il a voulu dire que des « données comparatives » doivent toujours figurer dans un brevet de sélection. Cela étant, il serait peu judicieux, pour savoir s'il convient d'exercer le

Court, what the law requires by way of disclosure in a selection patent.

[31] Even if Eli Lilly were correct in arguing that this appeal raises a pure question of law, then it would be better if this Court had the benefit of a full record to adjudicate such a question. Indeed, as counsel for Eli Lilly states in their memorandum of fact and law:

Thus, the conclusion enunciated by Justice Hughes indicating that a selection patent must have comparative data present in the patent specification was never raised by Novopharm and, as such, Lilly had no opportunity to address this issue in its evidence or in its argument before the Court. [Emphasis added.]

[32] This appeal arises out of a proceeding under the NOC Regulations and the issue relating to insufficient disclosure may turn out to be a complicated one. This Court has said repeatedly that NOC proceedings should be summary in nature and of short duration. In the words of Sharlow J.A. in *AB Hassle v. Apotex Inc.*, [2006] 4 F.C.R. 513 (F.C.A.) (*AB Hassle*), at paragraph 2:

These are summary proceedings, intended to facilitate a relatively quick determination by the Federal Court of certain issues of patent construction, infringement and validity, but only for the limited purpose of making (or declining to make) an order prohibiting the Minister of Health from approving the sale in Canada of a new generic drug for which approval is sought on the basis of a comparison to an existing product whose producer has certain patent rights.

[33] Unfortunately, the fact remains that parties in disputes like this one are ignoring the intended summary nature of NOC proceedings. As Noël J.A. stated in *Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)*, [2008] 1 F.C.R. 725 (F.C.A.) (*Abbott*), at paragraph 28:

... [the 24-month statutory stay period provided in paragraph 7(1)(e) of the NOC Regulations] was no doubt intended to focus the minds of the parties and the Court on the summary nature of the proceedings and the need for their expeditious

pouvoir discrétionnaire d'entendre un appel devenu théorique, de supposer que c'est ce qu'il a voulu dire et de définir, pour la première fois devant la Cour, les renseignements qui, selon la loi, doivent être divulgués dans un brevet de sélection.

[31] Même si Eli Lilly avait raison de soutenir que le présent appel soulève une pure question de droit, il serait préférable que la Cour dispose d'un dossier complet pour trancher une telle question. Comme l'avocat d'Eli Lilly l'écrit dans son mémoire des faits et du droit :

[TRADUCTION] Ainsi, la conclusion du juge Hughes selon laquelle le mémoire descriptif d'un brevet de sélection doit renfermer des données comparatives n'a jamais été soulevée par Novopharm, de sorte que Lilly n'a pas eu la possibilité de traiter de cette question dans la preuve qu'elle a présentée à la Cour ou dans la plaidoirie qu'elle a prononcée devant celle-ci. [Non souligné dans l'original.]

[32] Le présent appel découle d'une instance régie par le Règlement et la question relative à l'insuffisance des renseignements divulgués peut se révéler complexe. La Cour a dit à maintes reprises que l'instance relative à un AC devrait être de nature sommaire et de courte durée. La juge Sharlow a d'ailleurs mentionné à ce sujet dans *AB Hassle c. Apotex Inc.*, [2006] 4 R.C.F. 513 (C.A.F.) (*AB Hassle*), au paragraphe 2 :

Il s'agit d'une procédure sommaire, dont le but est de faciliter la résolution relativement rapide, par la Cour fédérale, de certaines questions d'interprétation, de contrefaçon et de validité des brevets, mais uniquement dans un but restreint : rendre (ou refuser de rendre) une ordonnance interdisant au ministre de la Santé d'approuver la vente au Canada d'un nouveau médicament générique qu'on cherche à faire approuver en fonction d'une comparaison avec un produit existant dont le fabricant détient certains droits de brevet.

[33] Malheureusement, des parties comme celles qui s'opposent en l'espèce ignorent que les instances relatives à un AC devraient être de nature sommaire. Comme le juge Noël l'a dit dans *Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2008] 1 R.C.F. 725 (C.A.F.) (*Abbott*), au paragraphe 28 :

[...] ce délai de 24 mois [qui est prévu à l'alinéa 7(1)e) du Règlement] devait sans doute permettre de rappeler tant aux parties qu'à la Cour, le caractère sommaire de la procédure en question et la nécessité de procéder avec célérité. La trop faible attention apportée à ce délai a fini par imprimer à cette

prosecution. It is the absence of focus on this time frame which has given these summary proceedings over time the ponderous character of patent infringement actions commonly known to last numerous days and sometimes weeks. The end result is that judicial resources are increasingly being consumed by these so called summary proceedings at the expense of other jurisdictions which advance more obvious public policy concerns.

[34] The following comments in *Sanofi-Aventis*, although contemplating the issue of abuse of process, are particularly apposite in this regard (at paragraph 37):

In the context of the NOC Regulations, encouraging the efficient use of scarce judicial resources is also of particular concern. Judicial resources are already taxed considerably by the voluminous proceedings brought under the Regulations. An attempt to further strain the resources of parties and of the courts through repetitious litigation without any compelling justification strongly favours a finding of abuse of process.

[35] The three excerpts above can be applied to the notion of considering the constraint of judicial resources in hearing a moot appeal. As Noël J.A. held in *Abbott*, NOC proceedings are taxing the judiciary's resources, and as such it makes little sense to hear moot appeals in those proceedings, especially when the main issue will be the subject of infringement proceedings already in progress.

[36] In deciding whether to hear a moot case on the question of judicial economy, courts must weigh the expenditure of scarce judicial resources against "the social cost of continued uncertainty in the law" (*Borowski*, at page 361). While I am not entirely confident as to what the phrase "social cost" means, I would think that it refers to costs to society generally as opposed to the potential costs to some participants in one particular industry. In the *Borowski* and *Doucet* cases, Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] remedies were in issue.

procédure sommaire les lenteurs caractéristiques des actions en contrefaçon de brevet, qui prennent couramment plusieurs jours et parfois des semaines. En fin de compte, on finit par consacrer à ces procédures, censées être sommaires, des ressources judiciaires considérables, et cela au détriment d'autres types d'affaires qui portent pourtant sur des problèmes d'intérêt public plus importants.

[34] Les observations suivantes formulées dans *Sanofi-Aventis*, sont particulièrement pertinentes à cet égard, malgré le fait qu'elles se rapportent à la question de l'abus de procédure (au paragraphe 37) :

Dans le contexte du Règlement, le fait d'inciter à utiliser efficacement des ressources judiciaires limitées suscite également des préoccupations particulières. Ces ressources sont déjà considérablement grevées par les très nombreuses instances engagées en vertu du Règlement. Toute tentative visant à grever davantage les ressources des parties et des tribunaux en engageant des actions répétitives sans justification convaincante milite fortement en faveur d'une conclusion d'abus de procédure.

[35] Les trois extraits ci-dessus peuvent aussi être pertinents au regard du caractère limité des ressources judiciaires, un autre facteur qui doit être pris en compte lorsqu'on décide si un appel théorique devrait être entendu. Comme le juge Noël l'a statué dans *Abbott*, les instances relatives à un AC grevent les ressources judiciaires, de sorte qu'il n'est guère logique d'entendre des appels théoriques relatifs à ces instances, en particulier lorsque la principale question en litige sera examinée dans le cadre d'une action en contrefaçon qui est déjà en cours.

[36] Lorsqu'ils décident s'il convient d'entendre ou non une affaire devenue théorique en s'appuyant sur la question de l'économie des ressources judiciaires, les tribunaux doivent mettre en balance la dépense de ressources judiciaires limitées et « le coût social de l'incertitude du droit » (*Borowski*, à la page 361). Bien que je ne sois pas parfaitement certain de ce que l'expression « coût social » signifie, je pense qu'il s'agit du coût pour la société en général par opposition au coût potentiel pour certains participants d'une industrie en particulier. Des réparations fondées sur la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] étaient en cause dans *Borowski* et dans *Doucet*.

[37] This Court previously held, notably, that “There is no evidence that there is a social cost in leaving the matter of ‘selection’ patents undecided” (*Janssen-Ortho*, at paragraph 22). In this motion, counsel for Eli Lilly made no reference to evidence of social costs resulting from any uncertainty in the law, either in his memorandum of fact and law or in oral argument.

[38] Eli Lilly suggests that the concern for judicial economy favours the Court hearing this appeal as there are four or more other generics looking to produce olanzapine; this will result in four or more infringement actions as the generics obtain their NOCs. Without dictating how the infringement proceedings should specifically proceed, I am not convinced that this will lead to an inefficient use of judicial resources. Even if there are numerous infringement proceedings, they will all have many common issues, including the main issue of controversy in this appeal: the sufficiency requirement for selection patents. It is quite possible that the infringement proceedings could be consolidated, or that the issues could be decided in one proceeding, with the others being stayed.

[39] Eli Lilly also argues that the decision of Justice Hughes will affect the validity of many other patents and patent applications in Canada by adding a retroactive test for the sufficiency of disclosure for selection patents. Furthermore, they argue that the decision of Justice Hughes impacts the sufficiency requirement of many other Canadian patents and pending applications and is thus at odds with Canada’s international obligations relating to patents as well as the Act itself.

[40] It is doubtful that these propositions have application with respect to an NOC proceeding. It is settled law that decisions under the NOC Regulations cannot be taken as an *in rem* determination of the validity of patents: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.); *Sanofi-Aventis*, at paragraph 36. As Richard C.J. stated in *Janssen-Ortho*, at paragraph 19:

[37] La Cour a déjà statué, en particulier, que « [r]ien ne prouve qu’il y ait un coût social à laisser sans réponse la question des brevets dits “de sélection” » (*Janssen-Ortho*, au paragraphe 22). Dans la présente requête, l’avocat d’Eli Lilly n’a pas fait référence à une preuve du coût social découlant de l’incertitude du droit, ni dans son mémoire des faits et du droit ni dans sa plaidoirie.

[38] Eli Lilly laisse entendre que le souci d’économie des ressources judiciaires milite en faveur de l’audition du présent appel par la Cour car, comme il y a au moins quatre autres fabricants de médicaments génériques qui cherchent à produire l’olanzapine, au moins quatre actions en contrefaçon seront intentées lorsque ces fabricants auront obtenu leur AC. Sans dicter le déroulement exact des actions en contrefaçon, je ne suis pas convaincu qu’elles constitueront une utilisation inefficace des ressources judiciaires. Même s’il y a plusieurs actions en contrefaçon, elles auront de nombreuses questions en litige en commun, notamment la principale question en litige en l’espèce : le caractère suffisant des renseignements divulgués dans les brevets de sélection. Il est fort possible que les actions en contrefaçon puissent être réunies ou que les questions en litige puissent être tranchées dans une seule instance, les autres actions étant suspendues.

[39] Eli Lilly prétend également que la décision du juge Hughes aura une incidence sur la validité de nombreux autres brevets et demandes de brevet au Canada en ajoutant un critère rétroactif concernant le caractère suffisant des renseignements divulgués dans les brevets de sélection. Elle prétend aussi que cette décision a des répercussions sur les renseignements exigés pour de nombreux autres brevets canadiens et demandes de brevet en instance au Canada et qu’elle est donc ainsi incompatible avec les obligations internationales du Canada en matière de brevets ainsi qu’avec la Loi elle-même.

[40] Il est douteux que ces prétentions s’appliquent à l’égard d’une instance relative à un AC. Il est bien établi en droit que les décisions rendues sous le régime du Règlement ne peuvent être considérées comme des décisions *in rem* sur la validité des brevets: *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.); *Sanofi-Aventis*, au paragraphe 36. Comme le juge en chef Richard l’a dit dans *Janssen-Ortho*, au paragraphe 19 :

Similarly, in *Novartis AG v. Apotex*, 2002 FCA 440, [2002] F.C.J. No. 1551 (QL), 22 C.P.R. (4th) 450 (C.A.) this Court stated [*per* Strayer J.A.]:

I believe that the fundamental principles applicable are those stated in the reasons of Isaac J.A. in the *Pfizer* case, as approved and followed by another panel of this Court in the *Rhoxalpharma* case less than one year ago. The basic principle is that the extraordinary procedures provided by the Regulations are for the public law purpose of enabling the Trial Division to prevent a public officer from issuing a Notice of Compliance, designed for the protection of the public's health, if the patentee can show that the patents, as referred to by a generic company in its notice of allegation seeking a Notice of Compliance, are owned by the applicant "first person" and that the relevant claims are not invalid and would be infringed. This is a finding of the Court for the limited purpose of deciding whether or not the Minister can issue a Notice of Compliance: no one could suppose that this is a scheme designed for *res judicata* determinations of the scope or validity of patents. [Emphasis added.]

[41] NOC proceedings were never intended to be substitutes for an infringement action: *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (C.A.), at page 319; leave to appeal to the S.C.C. dismissed [1994] S.C.C.A. No. 330 (QL); *Pfizer*, at paragraph 17. Similarly, it is inappropriate to rely on NOC proceedings to set binding precedent on controversial and uncertain questions in patent law (see *Sanofi-Aventis*, at paragraph 49). NOC proceedings are supposed to be summary in nature and do not lend themselves to such determinations. Rather, Eli Lilly can seek resolution of these questions in the infringement proceedings which it has already commenced. The decision in *Sanofi-Aventis*, affirms this point at paragraph 40:

While it is important in each case to ensure the application of the doctrine of abuse of process does not give rise to unfairness in the circumstances, in my view, no such unfairness would result in the present case. Prohibition proceedings under the NOC Regulations do not prevent patentees from enforcing their patent rights through actions for patent infringement in accordance with the *Patent Act*. Moreover, the findings from any such prohibition proceedings have no bearing on patent infringement actions. [Emphasis added.]

De même, on peut lire ce qui suit dans un autre arrêt de la Cour, soit *Novartis AG c. Apotex*, 2002 CAF 440, [2002] A.C.F. n° 1551 (C.A.) (QL) [le juge Strayer] :

Je crois que les principes fondamentaux qui s'appliquent sont ceux qui ont été formulés par le juge Isaac dans l'arrêt *Pfizer* et qui ont été approuvés et suivis par une autre formation collégiale de notre Cour dans l'affaire *Rhoxalpharma* il y a moins d'un an. Le principe fondamental est que la procédure extraordinaire prévue par le Règlement vise un objectif d'ordre public, celui de permettre à la Section de première instance d'empêcher un fonctionnaire de délivrer un avis de conformité, conçu pour la protection de la santé du public, si le breveté réussit à démontrer que les brevets qu'énumère un fabricant de médicaments génériques dans l'avis d'allégation qu'il présente en vue d'obtenir un avis de conformité, appartiennent à la « première personne » demanderesse et que les revendications pertinentes ne sont pas invalides et qu'elles seraient contrefaites. Il s'agit là d'une conclusion que la Cour est appelée à tirer dans le but bien précis de décider si le ministre peut ou non délivrer un avis de conformité : personne ne songerait qu'il s'agit là d'un mécanisme permettant à la Cour de rendre des décisions ayant l'autorité de la chose jugée au sujet de la portée ou de la validité des brevets. [Non souligné dans l'original.]

[41] L'instance relative à un AC n'a jamais été destinée à remplacer une action en contrefaçon : *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1994] A.C.F. n° 662 (C.A.) (QL), au paragraphe 23; autorisation d'appel à la C.S.C. refusée, [1994] C.S.C.R. n° 330 (QL); *Pfizer*, au paragraphe 17. De même, une instance relative à un AC ne devrait pas constituer un précédent faisant autorité en ce qui a trait aux aspects controversés et flous du droit des brevets (voir *Sanofi-Aventis*, au paragraphe 49). Les instances relatives à un AC sont censées être de nature sommaire et ne pas donner lieu à des décisions faisant autorité. En fait, Eli Lilly peut faire trancher ces questions dans le cadre de l'action en contrefaçon qu'elle a déjà intentée. C'est d'ailleurs ce que confirme *Sanofi-Aventis*, au paragraphe 40 :

Bien qu'il soit important dans chaque affaire de s'assurer que l'application de la doctrine de l'abus de procédure n'est pas source d'inéquité dans les circonstances, à mon avis ce ne serait pas le cas en l'espèce. Les demandes d'interdiction déposées en vertu du Règlement n'empêchent pas les brevetés de faire respecter leurs droits de brevet en engageant une action en contrefaçon de brevet conformément à la *Loi sur les brevets*. En outre, les conclusions que l'on tire de toute demande d'interdiction de ce genre n'ont aucune incidence sur les actions en violation de brevet. [Non souligné dans l'original.]

[42] As discussed above, Eli Lilly argues that the decision in *Sanofi-Aventis* elevates the importance of an innovator's right to appeal since other generics can now rely on a motions judge's decision. While it may be likely that other generics will attempt to rely on decisions such as the one by Justice Hughes, this does not alter the fact that the innovator has ample means to defend its rights, namely an infringement proceeding. See *Novartis A.G. v. Apotex Inc.* (2002), 22 C.P.R. (4th) 450 (F.C.A.), at paragraph 9; *AB Hassle*, at paragraphs 28-29. As was stated in *Pfizer*, at paragraph 25:

It should be noted that a decision by this Court that the appeals are moot does not mean that the appellants are without remedies. They may commence actions for infringement if so advised and the facts warrant. This Court has been very clear on this fact that s. 6 proceedings are not adjudicative of the rights of the patentee. In *Merck Frosst Canada*, *supra*, at 319, Hugessen J.A. rejected the notion that prohibition proceedings could be assimilated to an action of any kind:

The proceedings are not an action and their object is solely to prohibit the issuance of a notice of compliance under the *Food and Drug Regulations*. Manifestly, they do not constitute "an action for infringement of a patent".

In these circumstances, it is idle to suggest that any decision that this Court makes in these appeals could be used to attack collaterally a judgment in an infringement action.

[43] Indeed, Eli Lilly has already commenced an infringement proceeding with respect to their '113 patent in this case. If Novopharm is actually infringing the '113 patent due to the issuance of the NOC, Eli Lilly can be adequately compensated through various remedies by way of an injunction, an award of damages and/or an accounting of profits, if applicable. See *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. v. Canada (Attorney General)* (2001), 11 C.P.R. (4th) 539 (F.C.A.), at paragraphs 22-23.

[44] It has been argued that it may be unfair for a patent holder to not be allowed an appeal when a generic can appeal an unfavourable decision in an NOC proceeding. However, this Court has already held that the fact that

[42] Comme il a été mentionné précédemment, Eli Lilly prétend que *Sanofi-Aventis* accroît l'importance du droit d'appel d'un innovateur étant donné que d'autres fabricants de médicaments génériques peuvent maintenant s'appuyer sur une décision rendue par un juge des requêtes. Le fait que d'autres fabricants de médicaments génériques tenteront probablement de s'appuyer sur des décisions comme celle rendue par le juge Hughes ne change rien au fait que l'innovateur dispose de nombreux moyens de défendre ses droits, notamment en intentant une action en contrefaçon. Voir *Novartis A.G. c. Apotex Inc.*, 2002 CAF 440, au paragraphe 9; *AB Hassle*, aux paragraphes 28 et 29. Comme la Cour l'a affirmé dans *Pfizer*, au paragraphe 25 :

Il convient de souligner qu'une décision de la présente Cour portant que les appels sont théoriques ne signifie pas que les appelantes n'ont pas de recours. Elles peuvent engager des actions en contrefaçon, si elles sont conseillées en ce sens et que les faits justifient ce recours. La Cour d'appel fédérale a indiqué très clairement que les demandes fondées sur l'article 6 n'ont pas pour effet de trancher les droits du titulaire de brevet. Dans l'arrêt *Merck Frosst Canada*, précité, p. 319, le juge Hugessen a rejeté l'idée d'assimiler une demande d'interdiction à une action :

La procédure engagée n'est pas une action et ne vise qu'à faire interdire la délivrance d'un avis de conformité sous le régime du *Règlement sur les aliments et drogues*. Manifestement, elle ne constitue pas « une action en contrefaçon de brevet ».

Dans ces circonstances, il est inutile de mentionner que toute décision que la présente Cour rendra en l'espèce pourrait servir à contester accessoirement un jugement prononcé dans une action en contrefaçon.

[43] De fait, Eli Lilly a déjà intenté une action en contrefaçon relativement à son brevet '113. Si Novopharm contrefait effectivement ce brevet en raison de la délivrance de l'AC, Eli Lilly peut obtenir un dédommagement approprié au moyen de différents recours : une injonction, des dommages-intérêts ou une restitution des bénéfices, le cas échéant. Voir *Bristol-Myers Squibb Canada Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2001] A.C.F. n° 16 (C.A.) (QL), aux paragraphes 22 et 23.

[44] On a fait valoir qu'il pourrait être injuste de ne pas permettre au titulaire d'un brevet d'interjeter appel alors qu'un fabricant de médicaments génériques peut porter en appel une décision défavorable rendue dans le cadre

generics can appeal, whereas innovators cannot, does not constitute an unfair interpretation of the NOC Regulations. See *Pfizer*, at paragraph 22. See also *Sanofi-Aventis*, at paragraph 50. When one considers the issue of fairness, it must be kept in mind that innovators still have the benefit of a “near-automatic interlocutory injunction” for a period of 24 months. I would point out that in this case, Eli Lilly had a prohibition order for over 20 months even though it was ultimately held that they were not entitled to one. It should also be pointed out that actions of innovators are not the only ones being scrutinized with respect to the multiplicity of proceedings. Generics have been prevented from bringing more than one NOA relating to the validity of a patent (*Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health)* (2007), 282 D.L.R. (4th) 145 (F.C.A.)).

[45] Once again, innovators like Eli Lilly are not without remedy. They may still commence an infringement action. Thus, even though Eli Lilly cannot proceed with this appeal, it certainly can seek an injunction, damages, and/or loss of profits via an infringement action, which it has done. It has the same remedy against other generics if it considers infringement is occurring.

[46] As to the factor relating to this Court’s adjudicative role, there were no submissions that if this Court were to hear the appeal, it would be trespassing upon the role of Parliament. However, this factor seems relatively unimportant in the present case.

[47] Thus, all considerations militate against exercising the Court’s discretion to hear this appeal. Even if the Court heard the appeal:

- a. The decision to issue the NOC cannot be changed;
- b. Eli Lilly can receive a no less conclusive and principled decision with respect to the necessary disclosure in a selection patent via an infringement action based on a more fulsome record; and

d’une instance relative à un AC. La Cour a cependant déjà statué que le fait que les fabricants de médicaments génériques ont un droit d’appel alors que les innovateurs n’en ont pas ne constitue pas une interprétation inéquitable du Règlement. Voir *Pfizer*, au paragraphe 22. Voir aussi *Sanofi-Aventis*, au paragraphe 50. Lorsqu’on considère la question de l’équité, il faut se rappeler que les innovateurs bénéficient toujours d’une « injonction interlocutoire presque automatique » pendant une période de 24 mois. Je rappelle qu’en l’espèce Eli Lilly a obtenu une ordonnance d’interdiction valable pendant plus de 20 mois, même s’il a été décidé au bout du compte qu’elle n’y avait pas droit. Il faut mentionner également que les actes des innovateurs ne sont pas les seuls à être examinés de près au regard de la multiplicité des instances. Ainsi, il a été interdit à des fabricants de médicaments génériques de déposer plus d’un AD relativement à la validité d’un brevet (*Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2007 CAF 140).

[45] Encore une fois, les innovateurs comme Eli Lilly disposent de recours. Ils peuvent toujours intenter une action en contrefaçon. Ainsi, même si Eli Lilly ne peut aller de l’avant avec le présent appel, elle peut certainement demander une injonction, des dommages-intérêts ou une indemnité pour perte de profits en intentant une action en contrefaçon. C’est d’ailleurs ce qu’elle a fait. Elle dispose des mêmes recours contre les autres fabricants de médicaments génériques si elle estime être victime de contrefaçon.

[46] En ce qui concerne le facteur relatif à la fonction juridictionnelle de la Cour, on n’a pas prétendu que celle-ci empiéterait sur le rôle du Parlement si elle entendait l’appel. Ce facteur semble cependant relativement peu important en l’espèce.

[47] Par conséquent, compte tenu de toutes ces considérations, la Cour ne devrait pas exercer son pouvoir discrétionnaire d’entendre l’appel en l’espèce. Même si la Cour entendait l’appel :

- a. la décision de délivrer l’AC ne peut être modifiée;
- b. Eli Lilly peut obtenir, dans le cadre d’une action en contrefaçon reposant sur un dossier plus abondant, une décision relative aux renseignements devant être divulgués dans un brevet de sélection qui ne serait pas

c. Eli Lilly can obtain all of the relief it is entitled to if there is indeed infringement by seeking an injunction, damages, and/or loss of profits and costs in an infringement action against Novopharm and other generics.

#### Conclusion

[48] I conclude that the appeal is moot and decline to exercise my discretion to hear the appeal. The motion to dismiss the appeal for mootness is granted with costs.

RYER J.A.: I agree.

\* \* \*

*The following are the reasons for order rendered in English by*

PELLETIER J.A. (dissenting):

[49] I have read the carefully prepared reasons of my colleague Sexton J.A. I agree with his conclusion that the appeal before us is moot. With respect, I do not agree that we should decline to exercise our discretion to hear the appeal.

[50] In my view, the conditions for the exercise of our discretion under the three-part test set out in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342 have been met. My colleague agrees that there is an adversarial context between Eli Lilly and Novopharm. The question as to whether the matter is one for judicial determination is not contentious. We disagree as to whether the interests of judicial economy will be served by hearing the appeal. In my view, the decision under appeal will increase, rather than decrease, the incidence of litigation in this litigious area.

moins concluante et moins solidement fondée sur des principes;

c. Eli Lilly peut obtenir tous les redressements auxquels elle a droit s'il y a effectivement contrefaçon, en demandant une injonction, des dommages-intérêts ou une indemnité pour perte de profits et frais dans le cadre d'une action en contrefaçon intentée contre Novopharm et d'autres fabricants de médicaments génériques.

#### Conclusion

[48] Je conclus que l'appel est devenu théorique et je refuse d'exercer mon pouvoir discrétionnaire de l'entendre. La requête en rejet de l'appel en raison de son caractère théorique est accueillie avec dépens.

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

\* \* \*

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (dissident) :

[49] J'ai lu attentivement les motifs rédigés avec soin par mon collègue le juge Sexton. Je souscris à sa conclusion selon laquelle l'appel dont nous sommes saisis est devenu théorique. Avec le respect que je dois à son opinion cependant, je ne pense pas que nous devrions refuser d'exercer notre pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel.

[50] À mon avis, les conditions de l'exercice de notre pouvoir discrétionnaire — le critère à trois volets formulé dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 — sont remplies. Mon collègue convient qu'il existe un débat contradictoire entre Eli Lilly et Novopharm. La question de savoir si l'affaire doit être tranchée par une cour n'est pas en litige. C'est sur la question de savoir si l'audition de l'appel favorisera l'économie des ressources judiciaires que nous ne nous entendons pas. À mon avis, la décision faisant l'objet du présent appel entraînera non pas une diminution, mais une augmentation du nombre de litiges dans le domaine.

[51] The fact that the *Borowski* conditions are met does not require us to exercise our discretion; the decision as to whether to do so remains discretionary. In the circumstances of this case, I believe that we should exercise that discretion and hear the appeal.

[52] I say this for the following reasons. The decision under appeal is an authoritative statement of law. It raises a doubt as to the validity of any selection patent which does not contain comparative data in support of the advantage claimed in the patent. That doubt justifies our intervention.

[53] Even though proceedings under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (NOC) do not result in an *in rem* finding of invalidity, the patent law principles applied in NOC proceedings are necessarily the same as those applied in an infringement action. There is only one law of patents. Decisions of this Court addressing principles of patent law in the context of NOC proceedings are regularly and consistently cited as authority in other NOC proceedings. They are also cited as authority in patent litigation unrelated to NOC proceedings. See, for example, *Calgon Carbon Corp. v. North Bay (City of)* (2006), 56 C.P.R. (4th) 281 (F.C.), at paragraphs 125-126; *Johnson & Johnson Inc. v. Boston Scientific Ltd.*, [2005] 4 F.C.R. 110 (F.C.), at paragraphs 52, 75 and 97; *Jay-Lor International Inc. v. Penta Farm Systems Ltd.* (2007), 59 C.P.R. (4th) 228 (F.C.), at paragraphs 74 and 77; *Wessel v. Energy Rentals Inc.* (2004), 32 C.P.R. (4th) 315 (F.C.), at paragraph 21; *Varco Canada Ltd. v. Pason Systems Corp.* (2006), C.P.R. (4th) 81 (F.C.A.), at paragraph 4.

[54] Quite apart from the decisions of this Court, the judges of the Federal Court regularly rely upon that court's jurisprudence in NOC proceedings as authority for propositions of patent law in NOC cases and in non-NOC cases. In that regard, see, for example, *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2005) 43 C.P.R. (4th) 161 (F.C.), at paragraph 364; and *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2008] 1 F.C.R. 672 (F.C.), at paragraph 31, where judges of the Federal Court applied patent law principles articulated by judges of that

[51] Le fait que les conditions établies dans *Borowski* sont remplies ne nous oblige pas à exercer notre pouvoir discrétionnaire; la décision de le faire demeure discrétionnaire. Dans les circonstances de la présente affaire cependant, je crois que nous devrions exercer ce pouvoir discrétionnaire et entendre l'appel.

[52] J'arrive à cette conclusion pour les motifs suivants. La décision faisant l'objet du présent appel énonce le droit et fait autorité. Elle soulève un doute quant à la validité de tout brevet de sélection qui ne renferme pas de données comparatives au soutien de l'avantage qui y est revendiqué. Ce doute justifie notre intervention.

[53] Même si les instances régies par le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, (le Règlement), ne donnent pas lieu à une conclusion *in rem* d'invalidité, les principes du droit des brevets appliqués dans le cadre des instances relatives à un AC sont nécessairement les mêmes que ceux qui s'appliquent dans le cadre des actions en contrefaçon. Il n'y a qu'un droit des brevets. Les arrêts dans lesquels la Cour traite des principes du droit des brevets dans le contexte des instances relatives à un AC sont régulièrement et continuellement cités à titre de précédents dans d'autres instances relatives à un AC. Ces arrêts sont également cités à titre de précédents dans d'autres types de litiges en matière de brevets. Voir, par exemple, *Calgon Carbon Corp. c. North Bay (Ville de)*, 2006 CF 1373, aux paragraphes 125 et 126; *Johnson & Johnson Inc. c. Boston Scientifique Ltée*, [2005] 4 R.C.F. 110 (C.F.), aux paragraphes 52, 75 et 97; *Jay-Lor International Inc. c. Penta Farm Systems Ltd.*, 2007 CF 358, aux paragraphes 74 et 77; *Wessel c. Energy Rentals Inc.*, 2004 CF 791, au paragraphe 21; *Varco Canada Ltd. c. Pason Systems Corp.*, 2006 CAF 100, au paragraphe 4.

[54] Les juges de la Cour fédérale s'appuient régulièrement également sur des décisions rendues par cette Cour lorsqu'ils sont saisis d'instances relatives à un AC pour connaître la teneur du droit des brevets qui s'appliquent à ces instances et aux autres. À cet égard, voir, par exemple, *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1283, au paragraphe 364; et *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2008] 1 R.C.F. 672 (C.F.), au paragraphe 31, où les juges de la Cour fédérale ont appliqué, par courtoisie judiciaire, les principes du

Court in NOC proceedings in the name of judicial comity.

[55] In the same way, I would assume that until it is set aside or overtaken, the Patent Office will treat the decision under appeal as the current state of the law on the subject of selection patents and will assess pending applications accordingly.

[56] Because it is an authoritative statement of the law, the decision under appeal puts into question the validity of all selection patents whose disclosure does not contain comparative data in support of the unexpected or surprising advantage claimed in the patent. That is so whether the decision is ultimately confirmed or disapproved. All decisions on a point of law are capable of having an effect which reaches beyond the parties. In that respect, the decision under appeal is not unique. What distinguishes it from others is the fact that it creates a doubt with respect to selection patents as a class. Every prudent holder of a selection patent will now re-read that patent to see if it is vulnerable to challenge on the ground of insufficiency of disclosure. It is not necessary to know exactly how many of them will decide they have a problem in order to conclude that the question has broad implications for holders of selection patents.

[57] In my view, the uncertainty surrounding the validity of selection patents which do not contain comparative data is undesirable and should be resolved sooner rather than later. I do not see the state of the record as a reason which would prevent us from hearing the appeal now. Had the NOC not issued, we would have heard the appeal on the very record which is now before us.

[58] As for the question of social cost, I would simply say that I do not see how the uncertainty created by the decision under appeal can do other than act as a drag on efficient decision making in the pharmaceutical industry, or in any other industry which relies on patent protection. To the extent that there is uncertainty as to the validity of a class of patents, the value of patents of that class will be discounted to reflect that uncertainty. That is inconsistent with the rationale underlying selection patents, which is

droit des brevets formulés par des juges de cette Cour dans des instances relatives à un AC.

[55] De la même façon, je suppose que, tant qu'elle ne sera pas annulée ou périmée, le Bureau des brevets considérera que la décision faisant l'objet du présent appel énonce le droit applicable aux brevets de sélection et étudiera les demandes en conséquence.

[56] Comme il s'agit d'un exposé du droit faisant autorité, la décision faisant l'objet du présent appel met en doute la validité de tous les brevets de sélection qui ne divulguent pas de données comparatives au soutien de l'avantage inattendu ou surprenant revendiqué dans le brevet, que la décision soit finalement confirmée ou infirmée. L'effet d'une décision sur un point de droit ne touche pas toujours seulement les parties. La décision faisant l'objet du présent appel n'est donc pas unique. Ce qui la distingue des autres, c'est qu'elle soulève un doute quant au fait que les brevets de sélection forment une catégorie. Toute personne prudente détenant un brevet de sélection relira désormais son brevet afin de voir s'il pourrait être contesté en raison de l'insuffisance des renseignements qu'il renferme. Il n'est pas nécessaire de savoir précisément combien de titulaires de brevet de sélection décideront qu'ils ont un problème pour conclure que la question a des répercussions importantes sur les titulaires de brevet de sélection.

[57] À mon avis, l'incertitude concernant la validité des brevets de sélection qui ne renferment pas de données comparatives n'est pas souhaitable et devrait être réglée le plus rapidement possible. Je ne pense pas que l'état du dossier devrait nous empêcher d'entendre l'appel maintenant. Si l'AC n'avait pas été délivré, nous aurions entendu l'appel en nous appuyant sur le dossier dont nous disposons maintenant.

[58] En ce qui concerne la question du coût social, j'aimerais simplement dire que je ne vois pas comment l'incertitude créée par la décision faisant l'objet du présent appel pourrait ne pas nuire à l'efficacité du processus décisionnel dans l'industrie pharmaceutique, ou dans toute autre industrie concernée par la protection offerte par les brevets. Si la validité d'une catégorie de brevets est incertaine, les brevets de cette catégorie auront moins de valeur, ce qui est incompatible avec la raison pour laquelle

to encourage inventors to fully exploit the subject-matter of their patents.

[59] I do not take this Court's comments about social cost in *Janssen-Ortho Inc. v. Novopharm Ltd.* (2005), 40 C.P.R. (4th) 1 (F.C.A.) to have set a standard with respect to the determination of social cost. I can only point to the Supreme Court's own treatment of the issue of social cost in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, [2003] 3 S.C.R. 3, where the Court said, at paragraph 21:

Moreover, in deciding whether to hear a moot case, courts must weigh the expenditure of scarce judicial resources against "the social cost of continued uncertainty in the law" (*Borowski, supra*, at p. 361). The social cost of uncertainty as to the available *Charter* remedies is high. The *Charter* is designed to protect those who are most vulnerable to the dangers of majority rule; this aspect of the *Charter's* purpose is evident in the provisions protecting official minority language education rights. If the Court leaves this matter undecided and courts are left under a misapprehension as to the tools available to ensure that government behaviour conforms with the *Charter*, the obvious danger is less than full protection of *Charter* rights. Thus, the expenditure of judicial resources is warranted in the present case despite the fact that the appeal may be moot. The decision of this Court will provide guidance on the important question of the nature and extent of remedies under s. 24 of the *Charter* in similar cases.

[60] The reasoning employed by the Supreme Court in deciding that there was a social cost in not hearing that appeal had nothing to do with evidence and everything to do with its view of the likely consequences of inaction. This case is no different.

[61] For those reasons, I believe that we should exercise our discretion to hear this appeal even though it is moot. I would therefore dismiss the motion with costs.

les brevets de sélection existent : encourager les inventeurs à exploiter pleinement l'objet de leurs brevets.

[59] À mon avis, les observations faites par la Cour dans *Janssen-Ortho Inc. c. Novopharm Ltée*, 2005 CAF 6, n'établissent pas une norme quant à la détermination du coût social. Je peux seulement me référer aux remarques formulées par la Cour suprême du Canada sur la question du coût social dans *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 21 :

De plus, pour décider s'il convient d'entendre une affaire théorique, les tribunaux doivent soupeser les ressources judiciaires limitées en fonction du « coût social de l'incertitude du droit » (*Borowski*, précité, p. 361). Or, l'incertitude quant aux réparations permises par la *Charte* entraîne un coût social élevé. La *Charte* vise à protéger ceux qui sont le plus exposés aux dangers de la règle de la majorité; cet aspect des objectifs de la *Charte* ressort clairement des dispositions protégeant les droits à l'instruction dans la langue officielle parlée par la minorité. Si la Cour ne tranche pas cette question et que, de ce fait, les tribunaux ne comprennent pas bien les moyens dont ils disposent pour garantir que le comportement du gouvernement respecte la *Charte*, il est évident que la protection des droits garantis par la *Charte* risque d'être incomplète. C'est pourquoi il est justifié d'affecter des ressources judiciaires à l'examen de la présente affaire malgré la possibilité qu'elle soit devenue théorique. La décision de la Cour fournira des repères pour l'analyse de l'importante question de la nature et de l'étendue des réparations fondées sur l'art. 24 de la *Charte* qui doivent être accordées dans des affaires similaires.

[60] Le raisonnement qui a amené la Cour suprême à décider que le refus d'entendre l'appel avait un coût social n'avait rien à voir avec la preuve, mais tout à voir avec son opinion sur les conséquences probables de son inaction. Les choses ne sont pas différentes en l'espèce.

[61] Pour ces motifs, j'estime que nous devrions exercer notre pouvoir discrétionnaire d'entendre l'appel, même si celui-ci est devenu théorique. Je rejetterais donc la requête avec dépens.



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

**\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

---

## ACCESS TO INFORMATION

Judicial review of Minister of Health's refusal to disclose "province" data field in Canadian Adverse Drug Reactions Information System (CADRIS) database — Refusal based on privacy grounds pursuant to *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 19 — In CADRIS, "province" referring to province from within which report in question received — "Personal information" defined in *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, s. 3 — Information recorded in any form constituting information "about" particular individual if permitting, leading to possible identification thereof — Evidence that disclosure of "province" field would substantially increase possibility that "particular" individuals could be identified — Since "province" field constituting "personal information", respondent, as head of government institution, correctly refusing disclosure thereof — Public interest in disclosure of information not outweighing invasion of privacy resulting therefrom — Application dismissed.

GORDON V. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (T-347-06, 2008 FC 258, Gibson J., order dated 27/2/08, 24 pp.)

## ADMINISTRATIVE LAW

### JUDICIAL REVIEW

#### *Remedies*

Applicants, traditional crabbers from Prince Edward Island, seeking writ of *mandamus* requiring Minister of Fisheries and Oceans to pay financial assistance approved in management plan without condition — 2006 Management Plan for certain Snow Crab Areas providing for financial assistance to crabbers to offset reduction of total allowable catch — Silent on inclusion of release — Departmental officials requiring applicants to sign release to obtain financial assistance, but applicants refusing to do so — Writ of *mandamus* extraordinary equitable remedy — Issuance subject to conditions precedent established by F.C.A. in *Apotex Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 F.C. 742 — Minister had public legal duty to implement Management Plan as announced — Citizens whose rights determined administratively entitled to know where they stand — All conditions required for issuance of *mandamus* met — Application allowed in part.

ARSENAULT V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-658-07, 2008 FC 492, Blanchard J., judgment dated 16/4/08, 22 pp.)

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### STATUS IN CANADA

#### *Citizens*

Appeal from decision by citizenship judge applicant had not met knowledge requirement of *Citizenship Act*, S.C. 1974-75-76, c. 108, s. 5(1)(e) — Citizenship judge orally re-testing applicant's knowledge of Canada even though passed written test previous year — Applying factors set out in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, fairness

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

requiring at minimum applicants be re-tested solely where valid reason to do so, adequate notice of impending second test given — In absence of valid reason indicating why citizenship judge needing to re-test applicant, such examination was not required — Appeal granted.

SANTOS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-1099-07, 2008 FC 205, Tremblay-Lamer J., judgment dated 18/2/08, 16 pp.)

*Permanent Residents*

Judicial review of decision by visa officer refusing applicant's application for permanent resident visa as skilled worker, finding applicant inadmissible on basis of misrepresentation pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 40 - S. 40(1)(a) written very broadly — Applying to any misrepresentation, whether direct or indirect, relating to relevant matter that induces, could induce error in administration of Act — Nothing in wording of provision indicating it should not apply to present situation i.e. where misrepresentation adopted, but clarified prior to decision being rendered — Visa officer correctly interpreting Act, s. 40 — Application dismissed.

KHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5195-06, 2008 FC 512, O'Keefe J., judgment dated 18/4/08, 16 pp.)

*Permanent Residents*

Appeal from Federal Court (2007 FC 310) dismissal of application for judicial review of visa officer's denial of permanent resident visa as entrepreneur, certifying question as to whether control of percentage of equity of corporation in definition of "business experience" in *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, s. 88(1) referring only to legal control or whether including *de facto* control — Federal Court holding test to be applied established in *Huang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 507 — Cases cited in *Huang* not authority for proposition *de jure* control test with respect to control of corporation for income tax purposes applicable with respect to determination of whether person controls shares of corporation in s. 88(1) — Effective control test in *Cloutier v. Canada (Minister of National Revenue)*, [1987] 2 F.C. 222 (C.A.) consistent with language of definitions of "business experience", "percentage of equity" found in Regulations, s. 88(1) — As appellants always had effective control over shares of corporation held in trust for him, meeting requirement of control of percentage of equity of qualifying business in s. 88(1) — Appeal allowed.

RAHIM V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-186-07, 2008 FCA 87, Ryer J.A., judgment dated 6/3/08, 11 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****PROCEEDS OF CRIME (MONEY LAUNDERING) AND TERRORIST FINANCING ACT**

Applicant failing to report carrying of over CAN\$20,000 in luggage contrary to *Proceeds of Crime (Money Laundering) and Terrorist Financing Act*, S.C. 2000, c. 17, s. 12(1) — Customs officer concluding reasonable suspicion currency in applicant's possession proceeds of crime, seizing money as forfeited to Crown — Judicial review of decision by Minister of Public Safety's delegate confirming currency should remain forfeited — Non-disclosure of missing information not breach of procedural fairness — However, respondent should avoid putting in place processes that allow submissions to be made without disclosure, should put in place systems that would remove ability of customs officer to provide further comments or provide disclosure of such comments to applicant — Application dismissed.

YANG V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY) (T-2274-06, 2008 FC 158, Snider J., judgment dated 7/2/08, 22 pp.)

**ENERGY**

Appeal from decision by National Energy Board declining to declare Mackenzie Gathering System (MGS), when constructed, subject to *National Energy Board Act* (NEB Act), R.S.C., 1985, c. N-7, Part IV — Construction approvals obtained under *Canada Oil and Gas Operations Act* (COGO Act), R.S.C., 1985, c. O-7, legislation applying to projects entirely within Northwest Territories — Proceedings arising in context of development of Mackenzie Valley Pipeline, portion of larger project known as Mackenzie Gas Project — Appellants relying on *Westcoast Energy Inc. v. Canada (National Energy Board)*, [1998] 1 S.C.R. 322 wherein S.C.C. found gas processing plant situated in B.C. part of single federal undertaking, interprovincial pipeline — NEB

**ENERGY—Concluded**

Act, COGO Act cannot both apply to project at same time — Project governed by one or other — Subject to local or to interprovincial regulatory scheme for all purposes — Arguments based upon *Westcoast Energy* irrelevant — Appeal dismissed.

ANADARKO CANADA CORP. v. NATIONAL ENERGY BOARD (A-420-06, 2008 FCA 146, Pelletier J.A., judgment dated 22/4/08, 10 pp.)

**INCOME TAX**

## INCOME CALCULATION

*Capital Gains and Losses*

Appeal from Tax Court of Canada decision (2006 TCC 510) holding court-awarded damages for unlawful cancellation of dealer agreement with John Deere Limited constituting proceeds of disposition of capital property, subject to capital gains tax — Award paid as compensation for loss of dealership — As party to dealer agreement, appellant had legally enforceable right to compel John Deere to abide by terms thereof — Matter thus outside *Manrell v. Canada*, [2003] 3 F.C. 727 wherein held right not entailing exclusive, enforceable claim against anyone not “property”— Appellant abandoned right to continue as John Deere dealer in consideration for settlement payment — Mutual exchange of property bringing matter squarely within *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 40(1)(a) — Appeal dismissed.

VALLEY EQUIPMENT LTD. v. CANADA (A-466-06, 2008 FCA 65, Noel J.A., judgment dated 20/2/08, 12 pp.)

## PRACTICE

Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2006 TCC 681) dismissing appeal against reassessment of 1997 taxation year issued in 2003 — In 1997, ICON Capital Limited Partnership issuing limited partnership units to appellant for consideration including assumption by appellant of portion of indebtedness of Limited Partnership — Limited Partnership allocating loss in amount of \$47,646 to appellant — Under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c.1, s. 143.2(6), adjusted cost base of interest in limited partnership can be reduced by amount equal to any limited-recourse amount of limited partner relating to limited partnership interest — T.C.C. correctly concluding assumed indebtedness limited-recourse amount pursuant to s. 143.2(7), (13) — Appellant not substantiating correct amount of interest paid — Failure of promoter of tax shelter to provide offshore information sufficient basis for application of Act, s. 143.2(13) to deem assumed indebtedness to be limited-recourse amount — T.C.C. correctly finding s. 143.2(15) empowers Minister to levy assessments, reassessments against appellant beyond normal reassessment period in respect of 1997 taxation year — Reassessment not time-barred — Appeal dismissed.

TOLHOEK v. CANADA (A-19-07, 2008 FCA 128, Ryer J.A., judgment dated 7/4/08, 30 pp.)

**MARITIME LAW**

## PRACTICE

Motion to appeal findings of report on reference issued by prothonotary following drowning death of respondent’s husband while working on board fishing vessel *Miss Megan* — Applicants admitting liability for death but disputing entitlement to certain damages — Prothonotary not erring in law in finding deceased’s siblings eligible under *Marine Liability Act*, S.C. 2001, c. 6, s. 4(c) to recover damages — Committing no reviewable errors in assessment of damages for loss of care, guidance, companionship — No reason to interfere with weighing of evidence as to life expectancy of deceased’s daughter, deceased himself, assessment of loss of financial support, valuable services for deceased’s wife, daughter — No error made by prothonotary in finding deceased would likely have worked until age 70, earning wage comparable to years prior to death — Motion dismissed.

WILCOX v. *MISS MEGAN* (THE) (T-753-05, 2008 FC 506, O’Keefe J., judgment dated 18/4/08, 28 pp.)

**PATENTS**

## PRACTICE

Motions in two proceedings to set aside final order made by Court, affirmed by F.C.A., on grounds subsequent order of Court requires setting aside of two earlier orders — Proceedings under consideration brought under provisions of *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, concerning drug containing omeprazole — Apotex arguing earlier prohibition orders can be reopened based on (1) Court's continuing jurisdiction over such orders if material change in circumstances, (2) *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 399 — Subsequent judgment in another proceeding rarely, if ever, a circumstance permitting reopening of judgment in earlier proceeding — Where subsequent change in circumstances, Court reluctant to speculate as to effect on earlier event — Apotex not demonstrating product at issue in third NOC proceeding in fact same product as that considered in two earlier proceedings — Motions dismissed.

AB HASSLE V. APOTEX INC. (T-1747-00, T-1878-02, 2008 FC 184, Hughes J., order dated 13/2/08, 27 pp.)

**TRADE-MARKS**

## PRACTICE

Appeal, cross-appeal from Federal Court decision (2007 FC 406) granting application for judicial review of decision by Registrar of Trade-marks to publish official marks of respondent, Canadian Olympic Committee — Appellant, SYI Fund, appealing against order made in its favour — Party obtaining relief sought not normally entitled to appeal against judge's reasons — No basis for making exception herein, however useful to appellant ruling in its favour may possibly be in future — Appeal, cross-appeal dismissed.

SEE YOU IN - CANADIAN ATHLETES FUND CORP. V. CANADIAN OLYMPIC COMMITTEE (A-246-07, 2008 FCA 124, Evans J.A., judgment dated 8/4/08, 3 pp.)

**TRANSPORTATION**

Appeal from Federal Court decision (2007 FC 521) material seized in shipping container not vehicle within meaning of *Motor Vehicle Safety Act*, S.C. 1993, c. 16, s. 2 — Body/chassis seized herein missing numerous components not vehicle within meaning of Act — But redefinition of term "vehicle" in paragraph 40 of trial Judge's reasons not endorsed — Appellant misconstruing at law term "vehicle" — Appeal dismissed.

MACRO AUTO LEASING INC. V. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT) (A-284-07, 2008 FCA 136, Létourneau J.A., judgment dated 16/4/08, 3 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.**

---

## ACCÈS À L'INFORMATION

Contrôle judiciaire du refus du ministre de la Santé de communiquer des données relatives au champ de données « province » de la base de données du *Canadian Adverse Drug Reactions Information System* (CADRIS) — Le refus repose sur des motifs de protection des renseignements personnels en application de l'art. 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 — Dans CADRIS, « province » s'entend de la province où le rapport en cause est reçu — Les « renseignements personnels » sont définis à l'art. 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 — Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, constituent des renseignements « concernant » un particulier s'ils permettent d'identifier le particulier ou rendent possible son identification — La preuve démontrait que la communication des données du champ « province » hausserait considérablement la possibilité d'identification de particuliers — Comme le champ « province » constitue des « renseignements personnels », le défendeur, en sa qualité de chef d'une institution gouvernementale, en a refusé la communication à juste titre — L'intérêt public dans la communication de renseignements ne l'emportait pas sur l'atteinte à la vie privée qui en découlait — Demande rejetée.

GORDON C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (T-347-06, 2008 CF 258, juge Gibson, ordonnance en date du 27-2-08, 24 p.)

## BREVETS

### PRATIQUE

Requêtes dans deux instances en vue de faire annuler une ordonnance définitive rendue par la Cour et confirmée par la Cour d'appel fédérale au motif qu'une ordonnance ultérieure de la Cour dans une autre instance exigeait l'annulation des deux ordonnances antérieures — Les instances en cause ont été introduites sous le régime du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, et portent sur une drogue contenant de l'oméprazole — Apotex a soutenu que les ordonnances d'interdiction antérieures peuvent être réexaminées sur deux fondements : 1) la compétence continue de la Cour à l'égard de telles ordonnances en cas de changement important de la situation et 2) la règle 399 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 — Un jugement subséquent dans une autre instance n'est rarement ou pour ainsi dire jamais une circonstance permettant le réexamen d'un jugement dans une instance antérieure — Lorsque l'événement subséquent constitue un changement de circonstance, la Cour hésite à avancer des hypothèses sur l'incidence de cette circonstance sur l'événement précédent — Apotex n'a pas démontré que le produit en litige dans la troisième instance relative à l'avis de conformité était, en fait, le même produit que celui examiné dans les deux instances antérieures — Requêtes rejetées.

AB HASSLE C. APOTEX INC. (T-1747-00, T-1878-02, 2008 CF 184, juge Hughes, ordonnance en date du 13-2-08, 27 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### STATUT AU CANADA

#### *Citoyens*

Appel d'une décision d'un juge de la citoyenneté portant que la demanderesse n'avait pas satisfait à l'exigence en matière de connaissance énoncée à l'art. 5(1)e) de la *Loi sur la citoyenneté*, S.C. 1974-75-76, ch. 108 — Le juge de la Cour de la citoyenneté a soumis la demanderesse à un contrôle verbal de sa connaissance du Canada même si elle avait réussi l'examen écrit l'année précédente — Lorsqu'on applique les facteurs énumérés dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, l'équité exige à tout le moins que les demandeurs ne subissent un autre contrôle que s'il existe des motifs valables d'agir ainsi et si un avis suffisant du deuxième contrôle leur est transmis — En l'absence de motifs valables précisant pourquoi le juge de la Cour de la citoyenneté devait assujettir la demanderesse à un autre contrôle, ce contrôle n'était pas nécessaire — Appel accueilli.

SANTOS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-1099-07, 2008 CF 205, juge Tremblay-Lamer, jugement en date du 18-2-08, 16 p.)

#### *Résidents permanents*

Contrôle judiciaire du refus d'un agent des visas de faire droit à la demande de visa de résident permanent présentée par le demandeur à titre de travailleur qualifié, au motif que celui-ci était interdit de territoire pour fausses déclarations suivant l'art. 40 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 — L'art. 40(1)a) est rédigé en termes très généraux — Il vise toute présentation erronée sur un fait important, faite directement ou indirectement, qui entraîne ou risque d'entraîner une erreur dans l'application de la Loi — Rien dans le libellé ne porte à croire que la disposition ne s'applique pas à l'espèce, c'est-à-dire lorsqu'une fausse déclaration est faite, mais corrigée avant le prononcé de la décision — L'agent des visas a interprété à bon droit l'art. 40 de la Loi — Demande rejetée.

KHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5195-06, 2008 CF 512, juge O'Keefe, jugement en date du 18-4-08, 16 p.)

#### *Résidents permanents*

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2007 CF 310) rejetant la demande de contrôle judiciaire du refus de l'agent des visas de faire droit à la demande de visa de résident permanent présentée par l'appelant à titre d'entrepreneur et certifiant la question de savoir si le contrôle d'un pourcentage des capitaux propres d'une entreprise, suivant la définition de l'expression « expérience dans l'exploitation d'une entreprise » à l'art. 88(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, renvoie uniquement au contrôle de droit ou couvre également le contrôle de fait — La Cour fédérale a jugé que le critère à appliquer a été établi dans l'arrêt *Huang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 507 — Les arrêts cités dans *Huang* ne peuvent servir de fondement à la thèse selon laquelle le critère du contrôle de droit eu égard au contrôle d'une société par actions aux fins de l'impôt sur le revenu s'applique au point de savoir si une personne contrôle des actions de l'entreprise, suivant l'art. 88(1) — Le critère du contrôle effectif énoncé dans l'arrêt *Cloutier c. Canada (Ministre du Revenu national)*, [1987] 2 C.F. 222 (C.A.) cadre avec le libellé des définitions des expressions « expérience dans l'exploitation d'une entreprise » et « pourcentage des capitaux propres » qui figurent à l'art. 88(1) du Règlement — Puisqu'il a toujours eu le contrôle effectif des actions de la société détenues en fiducie pour lui, l'appelant remplit la condition du contrôle d'un pourcentage des capitaux propres d'une entreprise admissible que prévoit l'art. 88(1) du Règlement — Appel accueilli.

RAHIM C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-186-07, 2008 CAF 87, juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 6-3-08, 11 p.)

## DOUANES ET ACCISE

### LOI SUR LE RECYCLAGE DES PRODUITS DE LA CRIMINALITÉ ET LE FINANCEMENT DES ACTIVITÉS TERRORISTES

La demanderesse a omis de déclarer qu'elle transportait plus de 20 000 \$CAN, en violation de l'art. 12(1) de la *Loi sur le recyclage des produits de la criminalité et le financement des activités terroristes*, L.C. 2000, ch. 17 — Ayant conclu qu'il existait des motifs raisonnables de soupçonner que les espèces en la possession de la demanderesse constituaient des produits de la

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

criminalité, l'agent des douanes les a saisies et les a confisquées au profit de la Couronne — Le contrôle judiciaire de la décision du représentant du ministre de la Sécurité publique a confirmé la confiscation des espèces saisies — La non-divulgaration des deux notes par l'agent des douanes à l'arbitre qui a préparé le résumé de l'affaire ne constituait pas un manquement à l'équité procédurale car il ne s'agissait pas d'une nouvelle preuve — Cependant, le défendeur ne devrait pas instaurer des procédés prévoyant la présentation d'arguments sans divulgation mais il devrait plutôt adopter des méthodes qui priveraient l'agent des douanes de la capacité de faire d'autres observations ou qui prévoient la divulgation de ces observations au demandeur — Demande rejetée.

YANG C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE) (T-2274-06, 2008 CF 158, juge Snider, jugement en date du 7-2-08, 22 p.)

**DROIT ADMINISTRATIF**

## CONTRÔLE JUDICIAIRE

*Recours*

Les demandeurs, des pêcheurs de crabe traditionnels de l'Île-du-Prince-Édouard, tentaient d'obtenir un bref de *mandamus* enjoignant au ministre des Pêches et des Océans de verser l'aide financière approuvée dans le plan de gestion, et ce, sans condition — Le Plan de gestion 2006 portant sur certaines zones de pêche du crabe des neiges prévoit le versement d'une aide financière aux pêcheurs de crabe pour compenser la réduction du total autorisé des captures — Il n'était pas question de renonciation — Les représentants du Ministère exigeaient que les demandeurs signent la renonciation pour obtenir l'aide financière, ce que ces derniers ont refusé de faire — Le bref de *mandamus* est un recours extraordinaire en equity — Il est accordé après qu'il a été satisfait aux conditions préalables établies par la Cour d'appel fédérale dans *Apotex Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 C.F. 742 — Le ministre avait une obligation légale d'ordre public de mettre en application le Plan de gestion annoncé — Les citoyens dont les droits font l'objet d'une décision administrative ont le droit de savoir à quoi s'en tenir — Toutes les conditions préalables à la délivrance d'un *mandamus* ont été remplies — Demande accueillie en partie.

ARSENAULT C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-658-07, 2008 CF 492, juge Blanchard, jugement en date du 16-4-08, 22 p.)

**DROIT MARITIME**

## PRATIQUE

Requête par voie d'appel interjeté à l'encontre des conclusions du rapport sur le renvoi établi par le protonotaire à la suite du décès par noyade du mari de l'intimée, survenu pendant qu'il travaillait sur le navire de pêche *Miss Megan* — Les demandeurs ont reconnu leur responsabilité quant au décès, mais ont contesté le droit à certains dommages-intérêts — Le protonotaire n'a pas commis d'erreur de droit lorsqu'il a conclu que les sœurs et frères du défunt avaient droit à des dommages-intérêts en vertu de l'art. 4c) de la *Loi sur la responsabilité en matière maritime*, L.C. 2001, ch. 6 — Il n'a pas commis d'erreur susceptible de révision dans son calcul des dommages-intérêts recouvrables pour la perte de conseils, de soins et de compagnie — Rien ne justifiait de modifier les conclusions quant à l'appréciation de la preuve relative à l'espérance de vie de la fille du défunt et du défunt lui-même et quant à l'évaluation de la perte de soutien financier et de services précieux subie par l'épouse et la fille du défunt — Le protonotaire n'a pas eu tort de conclure que le défunt aurait vraisemblablement travaillé jusqu'à l'âge de 70 ans, touchant un revenu comparable à celui gagné pendant les années précédant son décès — Requête rejetée.

WILCOX C. *MISS MEGAN* (LE) (T-753-05, 2008 CF 506, juge O'Keefe, jugement en date du 18-4-08, 28 p.)

**ÉNERGIE**

Appel d'une décision par laquelle l'Office national de l'énergie a refusé de déclarer que le réseau de collecte du Mackenzie (RCM) était assujéti, au moment de sa construction, à la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, partie IV — Les autorisations requises pour la construction ont été obtenues en vertu de la *Loi sur les opérations pétrolières au Canada*, L.R.C. (1985), ch. O-7, loi qui s'applique aux projets réalisés entièrement dans les Territoires du Nord-Ouest — La présente instance a été introduite dans le contexte de la mise en valeur du gazoduc de la vallée du Mackenzie, une composante du plus vaste

**ÉNERGIE—Fin**

projet appelé le projet gazier Mackenzie — Les appelantes se fondaient sur l'arrêt *Westcoast Energy Inc. c. Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 R.C.S. 322, dans lequel la C.S.C. a conclu que l'usine de traitement du gaz située en Colombie-Britannique faisait partie d'une entreprise fédérale unique et du pipeline interprovincial — Les deux lois ne peuvent s'appliquer au projet simultanément — Le projet est assujéti à l'une ou à l'autre de ces lois — Le projet dans son ensemble est assujéti au régime de réglementation de nature locale ou interprovinciale — Les arguments reposant sur l'arrêt *Westcoast Energy* n'étaient pas pertinents — Appel rejeté.

ANADARKO CANADA CORP. C. OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE (A-420-06, 2008 CAF 146, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 22-4-08, 10 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## CALCUL DU REVENU

*Gains et pertes en capital*

Appel de la décision de la Cour canadienne de l'impôt (2006 CCI 510) portant que les dommages-intérêts accordés par la Cour relativement à l'annulation illégale du contrat de concessionnaire avec John Deere Limited sont le produit de disposition d'un bien en immobilisation assujéti à l'impôt sur les gains en capital — Les dommages-intérêts ont été versés au titre de dédommagement pour la perte de la concession — En tant que partie au contrat de concessionnaire, l'appelante avait le droit légalement exécutoire d'obliger John Deere à en respecter les modalités — L'affaire échappait donc à l'arrêt *Manrell c. Canada*, [2003] 3 C.F. 727 où la Cour a statué que le droit qui ne donne pas lieu à une réclamation exclusive et exécutoire contre une personne n'est pas un « bien » — L'appelante a abandonné son droit de poursuivre des activités à titre de concessionnaire John Deere en contrepartie d'un règlement à l'amiable — L'échange réciproque de biens assujéti l'affaire à l'art. 40(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 — Appel rejeté.

VALLEY EQUIPMENT LTD. C. CANADA (A-466-06, 2008 CAF 65, juge Noel, J.C.A., jugement en date du 20-2-08, 12 p.)

## PRATIQUE

Appel d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2006 CCI 681) rejetant l'appel interjeté à l'encontre d'une nouvelle cotisation établie en 2003 pour l'année d'imposition 1997 — En 1997, ICON Capital Limited Partnership a vendu des parts sociales à l'appelant, qui, en contrepartie, a assumé une partie de la dette de cette société en commandite — La quote-part de la dette prise en charge par l'appelant s'élevait à 47 646 \$ — Suivant l'art. 143.2(6) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, il est possible de déduire du prix de base rajusté d'une participation dans une société en commandite un montant équivalent au montant à recours limité de la participation du commanditaire — La C.C.I. a conclu à bon droit que la dette prise en charge constituait un montant à recours limité selon l'art. 143.2(7) et (13) — L'appelant n'a pas démontré que le montant des intérêts payés correspondait à la somme réellement due — L'omission du promoteur de l'abri fiscal de fournir les renseignements se trouvant à l'étranger justifiait la conclusion que la dette était réputée constituer un montant à recours limité pour l'application de l'art. 143.2(13) de la Loi — La C.C.I. a conclu à bon droit que l'art. 143.2(15) confère au ministre le pouvoir d'établir des cotisations et de nouvelles cotisations après l'expiration de la période normale de nouvelle cotisation relativement à l'année d'imposition 1997 — La nouvelle cotisation n'était pas présente — Appel rejeté.

TOLHOEK C. CANADA (A-19-07, 2008 CAF 128, juge Ryer, J.C.A., jugement en date du 7-4-08, 30 p.)

**MARQUES DE COMMERCE**

## PRATIQUE

Appel, appel incident d'une décision de la Cour fédérale (2007 CF 406) accueillant la demande de contrôle judiciaire d'une décision du registraire des marques de commerce de publier les marques officielles de l'intimé, le Comité olympique canadien — L'appelant, le fonds SYI, a interjeté appel d'une ordonnance rendue en sa faveur — La partie qui a obtenu le redressement

**MARQUES DE COMMERCE**—Fin

demandé n'a pas normalement le droit d'interjeter appel à l'encontre des motifs du juge — Rien ne permet de faire une exception en l'espèce, aussi utile à l'appelant que puisse être pour le futur une décision en sa faveur — Appel, appel incident rejetés.

SEE YOU IN — CANADIAN ATHLETES FUND CORP. C. COMITÉ OLYMPIQUE CANADIEN (A-246-07, 2008 CAF 124, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 8-4-08, 3 p.)

**TRANSPORTS**

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2007 CF 521) selon laquelle le matériel saisi dans un conteneur ne constituait pas un véhicule au sens de l'art. 2 de la *Loi sur la sécurité automobile*, L.C. 1993, ch. 16 — Comme il manquait de nombreuses composantes à la carrosserie et au châssis saisis en l'espèce, il ne s'agissait pas d'un véhicule au sens de la Loi — Toutefois, la Cour n'a pas retenu la nouvelle définition du terme « véhicule » donnée par la juge de première instance au paragraphe 40 de ses motifs — L'appelant a mal interprété le sens juridique du terme « véhicule » — Appel rejeté.

MACRO AUTO LEASING INC. C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS) (A-284-07, 2008 CAF 136, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 16-4-08, 3 p.)