



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2012, Vol. 2, Part 3

2012, Vol. 2, 3^e fascicule

Cited as [2012] 2 F.C.R., {
421-671
D-11-D-13
i-lxxxi

Renvoi [2012] 2 R.C.F., {
421-671
F-11-F-14
i-lxxxi

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, WILLIAM A. BROOKS, Commissioner.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2012.

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

Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiŕte en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour publication par le Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est WILLIAM A. BROOKS.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2012.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

CONTENTS

Judgments	421–671
Digests	D-11–D-13
Title page	i
List of Judges	iii
Appeals noted	xv
Table of cases reported in this volume	xix
Contents of the volume	xxiii
Table of cases digested in this volume	xxxv
Cases cited	xli
Statutes and regulations cited	lxiii
Treaties and other instruments cited	lxxiii
Authors cited	lxxv

Amazon.com, Inc. v. Canada (Attorney General) (F.C.A.) 459

Patents—Appeal from Federal Court decision quashing Commissioner of Patents' decision refusing to grant patent to respondent because claimed invention not “art” or “process” within meaning of those words as used in definition of

SOMMAIRE

Jugements	421–671
Fiches analytiques	F-11–F-14
Page titre	i
Liste des juges	ix
Appels notés	xv
Table des décisions publiées dans ce volume	xxi
Table des matières du volume	xxix
Table des fiches analytiques publiées dans ce volume	xxxvii
Jurisprudence citée	liii
Lois et règlements cités	lxiii
Traités et autres instruments cités	lxxiii
Doctrine citée	lxxix

Amazon.com, Inc. c. Canada (Procureur général) (C.A.F.) 459

Brevets—Appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a cassé la décision de la commissaire aux brevets refusant d'accorder un brevet à l'intimée parce que l'invention revendiquée n'était pas une « réalisation » ou un « procédé »

Continued on next page

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

“invention” in *Patent Act*, s. 2—Claimed invention facilitating online purchasing with one-click method—Federal Court rejecting Commissioner’s tests, adopting literal construction—Concluding that use of computer meeting physical existence implicit in definition of “invention”—Issue whether patent application should be granted on ground of no patentable subject-matter—Identification of invention must be grounded in purposive construction of patent claims—Commissioner’s adoption of inventive concept resulting in incorrect analysis—Possibility existing that novel business method essential element of valid patent claim—Patentable subject-matter having to be something with physical existence, this requirement not met merely by fact claimed invention having practical application—Inappropriate for Federal Court to undertake own purposive construction of patent claims on basis of available record herein as undertaking such construction without knowledge of relevant art, expert assistance—Not possible to discern what Commissioner would have concluded about patentability of claims based on correct principles—Appeal allowed.

Canada (Attorney General) v. Almalki (F.C.) 508

Evidence—Application for order pursuant to *Canada Evidence Act*, s. 38.06(3) seeking to confirm statutory prohibition on disclosure of information subject of discovery proceedings in Ontario Superior Court of Justice civil case—Respondents seeking damages for detention, torture, breach of rights under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*—Many of documents disclosed by applicant in context of action containing redactions on basis of potential injury to protected national interests—Applicant also inadvertently producing unredacted Canadian Security Intelligence Service (CSIS) report—Respondents bringing motion in Superior Court of Justice for production of unredacted documents—Issues herein whether: matter should be deferred to Superior Court of Justice; statutory bar to disclosure of information as set out in Act, s. 38.02(1)(a) should be confirmed as provided for in Act, s. 38.06(3)—Parliament assigning jurisdiction to adjudicate Act, ss. 38–38.16 issues exclusively to Federal Court, question of deferral thus irrelevant—As to issue of statutory bar to disclosure of information, three-step process set out in *Ribic v. Canada (Attorney General)* applied—1. Most of redacted

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

au sens de l’art. 2 de la *Loi sur les brevets*—L’invention revendiquée a pour objet de faciliter le magasinage en ligne grâce à un procédé utilisant un seul clic—La Cour fédérale a rejeté les critères de la commissaire et a adopté une interprétation littérale—Elle a conclu que l’utilisation d’un ordinateur satisfaisait à l’exigence de l’existence physique implicite dans la définition d’« invention »—Il s’agissait de savoir s’il convient de faire droit à une demande de brevet lorsqu’il n’existe pas d’objet brevetable—L’identification de l’invention doit être fondée sur une interprétation téléologique des revendications du brevet—En déterminant l’objet sur le fondement de l’idée originale, la commissaire a adopté une analyse incorrecte—Il y a une possibilité qu’une nouvelle pratique commerciale constitue un élément essentiel d’une revendication de brevet valide—Un objet brevetable doit être une chose dotée d’une existence physique; il n’est pas possible de satisfaire au troisième critère en invoquant le simple fait que l’invention revendiquée a une application pratique—Il n’était pas approprié que la Cour fédérale procède à sa propre interprétation téléologique des revendications de brevet sur le fondement du dossier disponible en l’espèce puisque quiconque procède à cette interprétation doit le faire en s’appuyant sur le fondement des connaissances ayant trait à la réalisation en cause et avec l’assistance d’experts—La Cour était incapable de déterminer ce que la commissaire aurait conclu sur la brevetabilité des revendications en cause en se fondant sur les principes corrects—Appel accueilli.

Canada (Procureur général) c. Almalki (C.F.) 508

Preuve—Demande d’ordonnance en vertu de l’art. 38.06(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* pour confirmer l’interdiction légale de divulgation de renseignements qui font l’objet d’un processus d’enquête préalable dans le cadre d’une cause civile devant la Cour supérieure de justice de l’Ontario—Les défendeurs réclamaient des dommages-intérêts à l’égard de leur détention, de leur torture et de la violation des droits que leur garantit la *Charte canadienne des droits et libertés*—Des renseignements avaient été expurgés de nombre de documents divulgués par le demandeur dans le cadre de l’action au motif qu’ils étaient susceptibles de porter préjudice aux intérêts nationaux protégés—De même, le demandeur avait communiqué par inadvertance un rapport établi par le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) sans caviardage—Les défendeurs ont saisi la Cour supérieure de justice d’une requête exigeant la production de documents sans caviardage—En l’espèce, il s’agissait de savoir si la Cour devait s’en remettre à la Cour supérieure de justice et si l’interdiction légale de divulgation de renseignements prévue à l’art. 38.02(1)(a) de la Loi devrait être confirmée

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

information relevant to underlying civil actions—2. No injury demonstrated with regard to certain redacted documents—That information ordered disclosed—Fact that assessment of probable injury not carried out personally by applicant but by departmental official having no bearing on question of whether deference is due that assessment—Review of documents herein properly conducted—Maintenance of Canada’s effectiveness in international relations, security investigations, effect on Canada’s international relations of court-sanctioned withholding of evidence of violation of *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, also considered, balanced—3. Where injury established, consideration given as to whether public interest favouring disclosure, if so, whether injury neutralized by disclosing information in summary form—Finally, inadvertent release of CSIS report not constituting waiver of privilege, information therein subject to same three-step analysis under Act, ss. 38–38.16—Disclosure of certain redacted parts not resulting in injury, public interest favouring disclosure of some other portions—Application allowed in part.

Federal Court Jurisdiction—Respondents arguing, in context of application pursuant to *Canada Evidence Act*, s. 38.06(3) seeking to confirm prohibition on disclosure of information, that Act not divesting provincial superior courts of jurisdiction to hear issues related to disclosure of information—Whether review of documents subject to claims privilege should be deferred to Superior Court of Justice—Parliament assigning jurisdiction to adjudicate Act, ss. 38–38.16 issues exclusively to Federal Court—Concerns about expertise, uniformity, security of information underlying grant of exclusive jurisdiction to Federal Court.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

conformément à l’art. 38.06(3) de la Loi—Le législateur fédéral ayant attribué la compétence de trancher les questions visées aux art. 38 à 38.16 de la Loi exclusivement à la Cour fédérale, la question de savoir si la Cour devait s’en remettre à la Cour supérieure n’était donc pas pertinente—S’agissant de l’interdiction légale de divulgation de renseignements, l’analyse en trois étapes énoncée dans *Ribic c. Canada (Procureur général)* a été appliquée—1. La majorité des renseignements expurgés étaient pertinents en ce qui concerne les actions civiles principales—2. Aucun préjudice n’avait été établi relativement à certains documents expurgés—La Cour a ordonné la communication de ces renseignements—Le fait que l’évaluation de la probabilité de préjudice ne soit pas effectuée personnellement par le demandeur mais plutôt par un fonctionnaire d’un ministère n’a aucune incidence sur la question de savoir s’il convient de faire preuve de retenue à l’égard de pareille évaluation—L’examen des documents en l’espèce a été effectué convenablement—Le maintien de l’efficacité du Canada en matière de relations internationales et d’enquêtes de sécurité et les conséquences qu’aurait sur les relations internationales du Canada un refus, sanctionné par un tribunal, de communiquer des éléments de preuve portant sur une violation de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* ont également été examinés et pris en compte—3. Lorsqu’un préjudice a été établi, la Cour se penche sur la question de savoir si l’intérêt public milite en faveur de la divulgation et, si oui, si le préjudice peut être neutralisé au moyen de la divulgation de ces renseignements sous forme de résumé—Enfin, la communication par inadvertance du rapport du SCRS n’emporte pas renonciation au privilège; les renseignements en cause sont assujettis à la même analyse en trois étapes en vertu des art. 38 à 38.16—La divulgation de certains passages expurgés ne causerait pas de préjudice et l’intérêt public militait en faveur de la divulgation d’autres passages—Demande accueillie en partie.

Compétence de la Cour fédérale—Les défendeurs soutenaient, dans le cadre d’une requête présentée en vertu de l’art. 38.06(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* en vue de confirmer l’interdiction légale de divulgation de renseignements, que la Loi ne dépouillait pas les cours supérieures provinciales de la compétence d’instruire des instances civiles en matière de communication de renseignements—Il s’agissait de savoir si les documents qui font l’objet d’une revendication de privilège devraient être soumis à la Cour supérieure de justice—Le législateur fédéral a attribué la compétence de trancher les questions visées aux art. 38 à 38.16 de la Loi exclusivement à la Cour fédérale—Les préoccupations sur l’expertise,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Security Intelligence—*Canadian Security Intelligence Service Act*, s. 18(1)(b) not precluding identification of employee who may take on covert role in future if evidence supporting claim of civil wrong, breach of *Canadian Charter of Rights and Freedoms* committed—Because Canadian Security Intelligence Service approach in redacting names overbroad, public interest privilege of protecting identity of human sources not applying in every instance.

Canada (Attorney General) v. Almalki (F.C.A.) 594

Evidence—Appeal from Federal Court decision ordering disclosure of sensitive, potentially injurious information as defined in *Canada Evidence Act*, s. 38—Appellant seeking order confirming prohibition of disclosure, changes to disclosure order to limit injury to international relations or national defence or national security—Whether Federal Court erring in failing to apply informer privilege to Canadian Security Intelligence Service (CSIS) human sources, in its treatment of third-party rule in ordering disclosure of certain information—Federal Court not erring when not applying informer privilege rule to CSIS human sources—Informer privilege absolute—Confidentiality of information relating to international relations, national defence, national security not absolute under s. 38—Extending informer privilege to CSIS human sources thus running counter to s. 38, express will of Parliament—Procedure for determining claim of privilege must remain flexible—Federal Court erring in treatment of third-party rule, application of third part of *Ribic v. Canada (Attorney General)* test, giving undue weight to public interest in disclosure—As such, some of the summaries of information not minimizing injury as mandated by Act—Appeal allowed.

Security Intelligence—Federal Court ordering disclosure of sensitive, potentially injurious information as defined in *Canada Evidence Act*, s. 38—Whether informer privilege rule should be applied to Canadian Security Intelligence Service (CSIS) human sources—Informer privilege absolute whereas

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

L'uniformité et la sécurité des renseignements sous-tendent l'octroi d'une compétence exclusive en la matière à la Cour fédérale.

Renseignement de sécurité—L'art. 18(1)(b) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* n'empêche pas d'identifier l'employé qui pourrait à l'avenir être appelé à exercer des activités cachées si la preuve appuie la prétention qu'il y a eu un délit civil ou violation de la *Charte canadienne des droits et libertés*—Parce que la méthode de caviardage suivie par le Service canadien du renseignement de sécurité est trop large, le privilège lié à l'intérêt public visant la protection de l'identité des sources humaines ne s'applique pas dans chaque cas.

Canada (Procureur général) c. Almalki (C.A.F.) . . 594

Preuve—Appel d'une ordonnance de divulgation de renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables au sens de l'art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*—L'appelant requiert une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation et modifiant l'ordonnance de divulgation pour limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou la sécurité nationales—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en n'appliquant pas aux sources humaines du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) le privilège relatif aux indicateurs de police et mal appliqué la règle des tiers en ordonnant la divulgation de certains renseignements—La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en n'appliquant pas aux sources humaines du SCRS le privilège relatif aux indicateurs de police—Ce privilège est absolu—La confidentialité des renseignements touchant les relations internationales ou la défense ou la sécurité nationales n'est pas absolue sous le régime de l'art. 38—L'application aux sources humaines du SCRS du privilège relatif aux indicateurs de police irait donc à l'encontre de l'art. 38 et de l'intention expresse du législateur—La procédure à appliquer aux revendications de privilège doit rester souple—La Cour fédérale a mal appliqué la règle des tiers et le troisième volet du critère de l'arrêt *Ribic c. Canada (Procureur général)*, en accordant trop de poids à l'intérêt public afférent à la divulgation—Le préjudice n'a donc pas été limité conformément à la Loi dans certains résumés de renseignements—Appel accueilli.

Renseignement de sécurité—La Cour fédérale a ordonné la divulgation de renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables au sens de l'art. 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*—Il s'agissait de savoir si le privilège relatif aux indicateurs de police s'applique aux sources humaines du

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

confidentiality of information relating to international relations, national defence, national security not absolute under s. 38—*Canadian Security Intelligence Service Act*, s. 18, stating it is an offence to disclose identity of an informer or CSIS employee engaged in covert activities, not creating absolute prohibition against disclosure, compatible with s. 38.

Canada (Citizenship and Immigration) v. B479 (F.C.)..... 491

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible Persons—Arrest, Detention, Imprisonment—Application for judicial review of decision by which Immigration Division (ID) of Immigration and Refugee Board ordered respondent's release from detention, and motion to stay release—Respondent Sri Lankan who arrived in Canada illegally—Applicant sought continued detention under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 58(1)(c) because of suspicion respondent inadmissible on grounds of security—ID held continued detention not warranted—One principal issue identifying applicable standard for establishing whether serious issue raised with respect to motion for stay of release—Serious issue test having to be measured on standard set out by Supreme Court in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.* and *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, namely whether serious question to be tried as opposed to frivolous or vexatious claim—Applicant establishing more than one serious issue to be tried—Applicant also establishing irreparable harm would occur if stay not granted because of serious possibility respondent's release would defeat purpose underlying Act, s. 58(1)(c)—Last, balance of convenience resting with applicant—Stay granted until earlier of either determination of applicant's application for judicial review on merits or order by ID for release from detention following statutorily required detention review hearing—Application allowed and motion granted.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS)—Le privilège relatif aux indicateurs de police est absolu, tandis que la confidentialité des renseignements touchant les relations internationales ou la défense ou la sécurité nationales n'est pas absolue sous le régime de l'art. 38—L'art. 18 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, faisant une infraction du fait de divulguer l'identité d'un informateur ou d'un employé occupé à des activités cachées du SCRS, ne crée pas d'interdiction absolue de divulgation et il est compatible avec l'art. 38.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. B479 (C.F.)..... 491

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes interdites de territoire—Arrestation, détention et mise en liberté—Demande d'autorisation de contrôle judiciaire relativement à la décision par laquelle la Section de l'immigration (la SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a ordonné la mise en liberté du défendeur, et requête demandant la suspension de la mise en liberté—Le défendeur, un Sri Lankais, est arrivé clandestinement au Canada—Le demandeur sollicitait le maintien de la détention en vertu de l'art. 58(1)(c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* parce qu'il soupçonnait que le défendeur était interdit de territoire pour raison de sécurité—La SI a déterminé que le maintien de la détention n'était pas justifié—Un des principaux points litigieux en l'espèce était la norme applicable lorsqu'il est question d'établir si une question sérieuse a été soulevée relativement à une requête en suspension de la mise en liberté—Le critère de la question sérieuse devait être apprécié selon la norme établie par la Cour suprême dans *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.* et *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, à savoir s'il existait une question sérieuse à juger, par opposition à une réclamation futile ou vexatoire—Le demandeur a établi qu'il y avait plus d'une question sérieuse à juger—Il a également établi que si la suspension n'était pas accordée, il en résulterait un préjudice irréparable du fait que la mise en liberté du défendeur risquerait fort probablement de contrecarrer l'objectif qui sous-tend l'art. 58(1)(c) de la Loi—Enfin, la prépondérance des inconvénients favorisait le demandeur—La suspension a été accordée jusqu'à ce qu'une décision sur le fond soit rendue relativement à la demande de contrôle judiciaire du demandeur ou jusqu'à ce que la SI ordonne la mise en liberté suivant le contrôle des motifs de détention exigé par la loi, selon ce qui a lieu en premier—Demande accueillie et requête accordée.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canadian Generic Pharmaceutical Association v. Canada (Health) (F.C.A.) 618

Food and Drugs—Appeals from Federal Court decision dismissing judicial review applications of appellants seeking declaration that *Food and Drugs Act*, s. 30(3), *Food and Drug Regulations*, s. C.08.004.1 (Data Protection Regulation (DPR)) *ultra vires*, without legal force, effect—Federal Court declaring DPR *intra vires* federal Parliament—Whether DPR properly delegated by Parliament to Governor in Council—Principle that Parliament having broad power to delegate by regulations, subject to scope of enabling legislation, maintained—Act, s. 30(3) granting Governor in Council authority to enact regulations deemed necessary to implement North American Free Trade Agreement, Art. 1711, *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, Art. 39, paragraph 3 regarding protection of innovator’s specified data—DPR therefore properly delegated by Parliament to Governor in Council—Act, s. 30(3) giving broad latitude to Governor in Council to devise means by which treaty provisions to be implemented—DPR in clear accord with enabling provision—Therefore, DPR *intra vires* Governor in Council’s authority pursuant to Act, s. 30(3)—Appeals dismissed.

Constitutional Law—Distribution of Powers—Appellants seeking declaration that *Food and Drugs Act*, s. 30(3), *Food and Drug Regulations*, s. C.08.004.1 (Data Protection Regulation (DPR)) *ultra vires*, without legal force, effect—Whether DPR *intra vires* federal legislative competence pursuant to *Constitution Act, 1867*, ss. 91(2), 91(27) or residual peace, order, good government power—Federal Court wrong in concluding that DPR, in pith, substance constituting exercise of trade, commerce power; wrong in determining pith, substance of DPR without situating DPR within overall scheme of which becoming part thereof—Purpose of Regulations to protect public health, safety—DPR’s true purpose to ensure Canadians having reasonable access to new, safe and effective drug at reasonable prices—DPR not separable from overall scheme of criminal law (protection of public health, safety) found in Regulations to which contributing; forming integral part of overall scheme to protect public health, safety—Therefore,

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé) (C.A.F.)..... 618

Aliments et drogues—Appels de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté les demandes de contrôle judiciaire formées par les appelantes en vue d’obtenir un jugement déclarant invalides et sans effet juridique l’art. 30(3) de la *Loi sur les aliments et drogues* et l’art. C.08.004.1 du *Règlement sur les aliments et drogues* (le Règlement sur la protection des données (le RPD))—La Cour fédérale a déclaré que le RPD s’inscrivait dans les limites de la compétence du Parlement fédéral—Il s’agissait de déterminer si le RPD avait été valablement délégué par le Parlement au gouverneur en conseil—Est maintenu le principe selon lequel le Parlement dispose d’un large pouvoir de délégation par la voie de l’habilitation à prendre des règlements, sous réserve de la portée des dispositions habilitantes—L’art. 30(3) de la Loi confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre les règlements qu’il estime nécessaires pour la mise en œuvre de l’art. 1711 de l’Accord de libre-échange nord-américain ou du paragraphe 3 de l’art. 39 de l’*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle* qui touchent au commerce relativement à la protection des données de l’innovateur—En conséquence, le RPD a été pris en vertu d’une délégation valable du Parlement au gouverneur en conseil—L’art. 30(3) de la Loi donne au gouverneur en conseil une grande marge de liberté dans la définition des moyens par lesquels il mettra en œuvre les dispositions des traités—Le RPD est clairement conforme à la disposition habilitante—Par conséquent, le RPD s’inscrit dans les limites des pouvoirs conférés au gouverneur en conseil par l’art. 30(3) de la Loi—Appels rejetés.

Droit constitutionnel—Partage des pouvoirs—Les appelantes ont sollicité un jugement déclarant invalides et sans effet juridique l’art. 30(3) de la *Loi sur les aliments et drogues* et l’art. C.08.004.1 du *Règlement sur les aliments et drogues* (le Règlement sur la protection des données (le RPD))—Il s’agissait de déterminer si le RPD s’inscrivait dans les limites de la compétence législative fédérale, au titre des art. 91(2) ou 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou de la compétence résiduelle en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement que cette loi confère à l’État fédéral—La Cour fédérale a eu tort de conclure que le RPD, par son caractère véritable, relèverait de la compétence en matière d’échanges et de commerce; il était erroné d’essayer de déterminer le caractère véritable du RPD sans le situer dans l’ensemble du système dont il est devenu partie—L’objet du Règlement est de protéger la santé et la sécurité publiques—L’objet véritable du RPD est de faire en sorte que les Canadiens aient

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

DPR rationally, functionally connected to federal legislative scheme for new drug approval.

Statham v. Canadian Broadcasting Corporation (F.C.A.) 421

Access to Information—Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review pursuant to *Access to Information Act*, s. 41, seeking disclosure, declaratory relief—Appellant complaining to Office of the Information Commissioner about respondent’s non-response to access to information requests—Commissioner establishing commitment date for respondent to respond to requests—Respondent disclosing records before appellant’s judicial review hearing—Federal Court concluding that application rendered moot by disclosure, having no jurisdiction—Main issues whether: Federal Court erring in finding application moot; Commissioner may limit investigation into alleged refusal of access by establishing time frame for response to access request; if so, whether Commissioner may assess, determine reasonable deadline for compliance with access request; appellant could not apply to Federal Court prior to expiration of commitment date—Federal Court not erring in dismissing application for mootness—Appellant’s concession correct in law—Once all access requests responded to, rights of parties in relation thereto not affected by any decision in pending application—Act not requiring Commissioner to investigate, assess every claimed exemptions or exclusions before reporting deemed refusal—Commissioner may limit investigation, recommend time frame for response to requests—Act not empowering Commissioner to “cure” deemed refusals by establishing commitment date—Commissioner’s procedural discretion distinct, separate issue from powers of investigation—Act not allowing Commissioner to extend time frames set out therein—Inconsistent with role, mandate of Commissioner to grant binding extension of time for purpose of responding to access request—Federal Court erring in finding appellant had no right to judicially review deemed refusal to provide access—Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

suffisamment accès à des drogues nouvelles, sans danger et efficaces, à des prix raisonnables—Le RPD n’est pas séparable du système global de droit criminel (protection de la santé et de la sécurité publiques) qu’établit le Règlement, système auquel il contribue; il fait partie intégrante du système global de protection de la santé et de la sécurité publiques—En conséquence, le RPD a un lien rationnel et fonctionnel avec le régime législatif fédéral qui détermine l’approbation des drogues nouvelles.

Statham c. Société Radio-Canada (C.A.F.) 421

Accès à l’information—Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l’art. 41 de la *Loi sur l’accès à l’information* en vue de solliciter la communication de documents et un jugement déclaratoire—L’appelant a porté plainte auprès du Commissariat à l’information du Canada affirmant que l’intimé n’avait pas répondu à ses demandes d’accès à l’information—Le commissaire a fixé un délai à l’intérieur duquel l’intimé devait répondre aux demandes—L’intimé a communiqué les documents avant l’audience tenue en vue de l’instruction de la demande contrôle judiciaire de l’appelant—La Cour fédérale a conclu que la demande était sans objet puisque les documents demandés avaient été communiqués et qu’elle n’avait pas compétence—Il s’agissait principalement de savoir si la Cour fédérale avait commis une erreur en statuant que la demande était sans objet; si le commissaire pouvait limiter son enquête relative à un refus présumé de communication à la fixation du délai pour répondre à la demande de communication et, si oui, si le commissaire peut évaluer et préciser le délai raisonnable imparti pour répondre à la demande de communication; et si l’appelant ne pouvait pas saisir la Cour fédérale d’une demande avant l’expiration du délai convenu—La Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en rejetant la demande au motif qu’elle était sans objet—L’admission de l’appelant était fondée en droit—Dès lors qu’une réponse a été donnée à toutes les demandes de communication, toute décision prise relativement à la demande en cours ne pouvait avoir d’incidence sur les droits des parties à l’égard de ces réponses—La Loi n’oblige pas le commissaire à examiner et à apprécier toutes les dérogations et les exceptions invoquées avant de déclarer qu’il y a un refus présumé—Le commissaire peut restreindre la portée de son enquête et recommander un délai pour répondre aux demandes—La Loi n’habilite pas le commissaire à « remédier » aux refus présumés en fixant un délai—Le pouvoir discrétionnaire du commissaire relativement à la procédure constitue une question distincte de celle des pouvoirs d’enquête—La Loi ne permet pas au commissaire

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Federal Court Jurisdiction—Federal Court dismissing judicial review seeking disclosure, declaratory relief under *Access to Information Act*, s. 41—Whether appellant may apply to Federal Court to review deemed refusal prior to expiration of commitment date for responding to requests established by Information Commissioner—Conclusion that Commissioner “curing” respondent’s deemed refusal erroneously leading Federal Court to find appellant not having right to judicially review deemed refusal—Not all access requests responded to at time judicial review commenced—*Access to Information Act*, s. 41 not limiting right of access to Federal Court to actual refusal of access, including any person not receiving access to requested record within time limits set out in Act.

Construction of Statutes—Federal Court dismissing judicial review seeking disclosure, declaratory relief under *Access to Information Act*, s. 41—“Person” in Act, s. 41 including any person not receiving access to requested record within time limits set out in Act—Such interpretation giving effect to plain wording of Act, s. 10(3).

SOMMAIRE (Fin)

de proroger les délais qui y sont prévus—Il ne cadre pas avec le rôle et le mandat du commissaire que celui-ci accorde une prorogation contraignante du délai imparti pour répondre à une demande de communication—La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que l’appelant n’avait pas le droit de demander le contrôle judiciaire du refus présumé de donner communication—Appel rejeté.

Compétence de la Cour fédérale—La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée en vue de solliciter la communication de documents et un jugement déclaratoire en vertu de l’art. 41 de la *Loi sur l’accès à l’information*—Il s’agissait de savoir si l’appelant pouvait saisir la Cour fédérale d’une demande de contrôle judiciaire du refus présumé avant l’expiration du délai convenu pour répondre aux demandes établi par le commissaire à l’information—La conclusion portant que le commissaire avait « remédié » au refus présumé de l’intimé a amené la Cour fédérale à conclure à tort que l’appelant n’avait pas le droit de demander le contrôle judiciaire du refus présumé—Au moment où la demande de contrôle judiciaire a été introduite, l’intimé n’avait pas répondu à toutes les demandes de communication—L’art. 41 de la *Loi sur l’accès à l’information* ne restreint pas le droit de s’adresser à la Cour fédérale en cas de refus effectif de communication, y compris toute personne qui n’a pas reçu communication d’un document demandé dans les délais prévus par la Loi.

Interprétation des lois—La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée en vue de solliciter la communication de documents et un jugement déclaratoire en vertu de l’art. 41 de la *Loi sur l’accès à l’information*—La « personne » à l’art. 41 de la Loi comprend toute personne qui n’a pas reçu communication d’un document demandé dans les délais prévus par la Loi—Cette interprétation donne effet au libellé explicite de l’art. 10(3) de la Loi.

**Federal Courts
Reports**

2012, Vol. 2, Part 3

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2012, Vol. 2, 3^e fascicule

A-458-09
2010 FCA 315

A-458-09
2010 CAF 315

David J. Statham (*Appellant*)

David J. Statham (*appelant*)

v.

c.

President of the Canadian Broadcasting Corporation
(*Respondent*)

Le président de la Société Radio-Canada (*intimé*)

and

et

The Information Commissioner of Canada (*Intervener*)

Le commissaire à l'information du Canada (*intervenant*)

INDEXED AS: STATHAM v. CANADIAN BROADCASTING CORPORATION

RÉPERTORIÉ : STATHAM c. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA

Federal Court of Appeal, Dawson, Trudel and Mainville JJ.A.—Ottawa, September 15 and November 22, 2010.

Cour d'appel fédérale, juges Dawson, Trudel et Mainville, J.C.A.—Ottawa, 15 septembre et 22 novembre 2010.

Access to Information — Appeal from Federal Court decision dismissing judicial review pursuant to Access to Information Act, s. 41, seeking disclosure, declaratory relief — Appellant complaining to Office of the Information Commissioner about respondent's non-response to access to information requests — Commissioner establishing commitment date for respondent to respond to requests — Respondent disclosing records before appellant's judicial review hearing — Federal Court concluding that application rendered moot by disclosure, having no jurisdiction — Main issues whether: Federal Court erring in finding application moot; Commissioner may limit investigation into alleged refusal of access by establishing time frame for response to access request; if so, whether Commissioner may assess, determine reasonable deadline for compliance with access request; appellant could not apply to Federal Court prior to expiration of commitment date — Federal Court not erring in dismissing application for mootness — Appellant's concession correct in law — Once all access requests responded to, rights of parties in relation thereto not affected by any decision in pending application — Act not requiring Commissioner to investigate, assess every claimed exemptions or exclusions before reporting deemed refusal — Commissioner may limit investigation, recommend time frame for response to requests — Act not empowering Commissioner to "cure" deemed refusals by establishing commitment date — Commissioner's procedural discretion distinct, separate issue from powers of investigation — Act not allowing Commissioner to extend time frames set out therein — Inconsistent with role, mandate of Commissioner to grant binding extension of time for purpose

Accès à l'information — Appel de la décision de la Cour fédérale rejetant une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'art. 41 de la Loi sur l'accès à l'information en vue de solliciter la communication de documents et un jugement déclaratoire — L'appelant a porté plainte auprès du Commissariat à l'information du Canada affirmant que l'intimé n'avait pas répondu à ses demandes d'accès à l'information — Le commissaire a fixé un délai à l'intérieur duquel l'intimé devait répondre aux demandes — L'intimé a communiqué les documents avant l'audience tenue en vue de l'instruction de la demande contrôle judiciaire de l'appelant — La Cour fédérale a conclu que la demande était sans objet puisque les documents demandés avaient été communiqués et qu'elle n'avait pas compétence — Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale avait commis une erreur en statuant que la demande était sans objet; si le commissaire pouvait limiter son enquête relative à un refus présumé de communication à la fixation du délai pour répondre à la demande de communication et, si oui, si le commissaire peut évaluer et préciser le délai raisonnable imparti pour répondre à la demande de communication; et si l'appelant ne pouvait pas saisir la Cour fédérale d'une demande avant l'expiration du délai convenu — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en rejetant la demande au motif qu'elle était sans objet — L'admission de l'appelant était fondée en droit — Dès lors qu'une réponse a été donnée à toutes les demandes de communication, toute décision prise relativement à la demande en cours ne pouvait avoir d'incidence sur les droits des parties à l'égard de ces réponses — La Loi n'oblige pas le commissaire à examiner et

of responding to access request — Federal Court erring in finding appellant had no right to judicially review deemed refusal to provide access — Appeal dismissed.

Federal Court Jurisdiction — Federal Court dismissing judicial review seeking disclosure, declaratory relief under Access to Information Act, s. 41 — Whether appellant may apply to Federal Court to review deemed refusal prior to expiration of commitment date for responding to requests established by Information Commissioner — Conclusion that Commissioner “curing” respondent’s deemed refusal erroneously leading Federal Court to find appellant not having right to judicially review deemed refusal — Not all access requests responded to at time judicial review commenced — Access to Information Act, s. 41 not limiting right of access to Federal Court to actual refusal of access, including any person not receiving access to requested record within time limits set out in Act.

Construction of Statutes — Federal Court dismissing judicial review seeking disclosure, declaratory relief under Access to Information Act, s. 41 — “Person” in Act, s. 41 including any person not receiving access to requested record within time limits set out in Act — Such interpretation giving effect to plain wording of Act, s. 10(3).

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an application for judicial review pursuant to section 41 of the *Access to Information Act* seeking the disclosure of documents and declaratory relief.

The appellant submitted almost 400 access to information requests to the respondent but obtained no response. The

à apprécier toutes les dérogations et les exceptions invoquées avant de déclarer qu’il y a un refus présumé — Le commissaire peut restreindre la portée de son enquête et recommander un délai pour répondre aux demandes — La Loi n’habilite pas le commissaire à « remédier » aux refus présumés en fixant un délai — Le pouvoir discrétionnaire du commissaire relativement à la procédure constitue une question distincte de celle des pouvoirs d’enquête — La Loi ne permet pas au commissaire de proroger les délais qui y sont prévus — Il ne cadre pas avec le rôle et le mandat du commissaire que celui-ci accorde une prorogation contraignante du délai imparti pour répondre à une demande de communication — La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu’elle a conclu que l’appellant n’avait pas le droit de demander le contrôle judiciaire du refus présumé de donner communication — Appel rejeté.

Compétence de la Cour fédérale — La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée en vue de solliciter la communication de documents et un jugement déclaratoire en vertu de l’art. 41 de la Loi sur l’accès à l’information — Il s’agissait de savoir si l’appellant pouvait saisir la Cour fédérale d’une demande de contrôle judiciaire du refus présumé avant l’expiration du délai convenu pour répondre aux demandes établi par le commissaire à l’information — La conclusion portant que le commissaire avait « remédié » au refus présumé de l’intimé a amené la Cour fédérale à conclure à tort que l’appellant n’avait pas le droit de demander le contrôle judiciaire du refus présumé — Au moment où la demande de contrôle judiciaire a été introduite, l’intimé n’avait pas répondu à toutes les demandes de communication — L’art. 41 de la Loi sur l’accès à l’information ne restreint pas le droit de s’adresser à la Cour fédérale en cas de refus effectif de communication, y compris toute personne qui n’a pas reçu communication d’un document demandé dans les délais prévus par la Loi.

Interprétation des lois — La Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire présentée en vue de solliciter la communication de documents et un jugement déclaratoire en vertu de l’art. 41 de la Loi sur l’accès à l’information — La « personne » à l’art. 41 de la Loi comprend toute personne qui n’a pas reçu communication d’un document demandé dans les délais prévus par la Loi — Cette interprétation donne effet au libellé explicite de l’art. 10(3) de la Loi.

Il s’agissait d’un appel de la décision de la Cour fédérale rejetant une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l’article 41 de la *Loi sur l’accès à l’information* en vue de solliciter la communication de documents et un jugement déclaratoire.

L’appellant a présenté à l’intimé près de 400 demandes d’accès à l’information, mais n’a pas obtenu de réponse.

appellant complained to the Office of the Information Commissioner (Commissioner) alleging that the respondent was deemed to have refused his requests. The Commissioner did not investigate the deemed refusals as if there had been a final refusal to grant access based on exemptions or exclusions under the Act. Instead, it found that the respondent had been overwhelmed by the volume of the requests, and recommended that the respondent commit to respond to all requests by April 1, 2009 (the commitment date). The appellant applied for judicial review on May 20, 2008, but conceded that for every request for which a response, of any kind, was received, up to the start of the hearing, his application would be moot and be withdrawn. Responses to all access requests were delivered by May 29, 2009, five days before the Federal Court heard the application for judicial review. The appellant nonetheless continued to prosecute the application, seeking a declaration that the respondent had acted unreasonably. The Federal Court concluded that the application for judicial review had been rendered moot by the disclosure of all records at the time of the hearing and that it had no jurisdiction to entertain the application since the appellant had not been refused what he was seeking.

The main issues were whether: the Federal Court erred in finding that the application was moot; the Commissioner may limit her investigation into an alleged refusal of access by establishing a time frame in which the government institution is to respond to the access request and, if so, whether the Commissioner may assess and determine what is a reasonable deadline for complying with the access request; and whether the appellant could not apply to the Federal Court to judicially review the respondent's deemed refusal prior to the expiration of the commitment date.

Held, the appeal should be dismissed.

The Federal Court did not err in exercising its discretion to dismiss the application on the ground of mootness. The appellant's concession was correct in law. Once all of the access requests were responded to, the rights of the parties in relation to those responses could not be affected by any decision in the pending application.

The Commissioner is entitled in her discretion to limit her investigation. There is nothing in the Act requiring the Commissioner to investigate and assess in every case a government institution's claimed exemptions or exclusions

L'appellant a porté plainte auprès du Commissariat à l'information du Canada (le commissaire), affirmant que l'intimé était réputé avoir refusé ses demandes. Le commissaire n'a pas fait enquête sur les refus présumés comme si un refus définitif avait été opposé aux demandes d'accès sur le fondement de dérogations et d'exceptions prévues par la Loi. Il a plutôt conclu que l'intimé avait été submergé par le nombre de demandes d'accès et a recommandé que l'intimé s'engage à répondre à toutes les demandes d'accès au plus tard le 1^{er} avril 2009 (le délai convenu). Le 20 mai 2008, l'appellant a demandé le contrôle judiciaire, mais a reconnu que, relativement à chaque demande de communication à l'égard de laquelle il recevrait, avant le début de l'audience, une réponse quelle qu'elle soit, sa demande serait sans objet et il s'était engagé à la retirer en conséquence. Les réponses à toutes les demandes de communication ont été données au plus tard le 29 mai 2009, soit cinq jours avant que la Cour fédérale n'instruise la demande de contrôle judiciaire. L'appellant a néanmoins poursuivi ses démarches pour faire instruire la demande en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que l'intimé avait agi de façon déraisonnable. La Cour fédérale a conclu que la demande de contrôle judiciaire était sans objet puisque tous les documents demandés avaient été communiqués au moment de l'audience et qu'elle n'avait pas compétence pour instruire la demande puisque l'intimé n'avait pas refusé à l'appellant ce qu'il voulait obtenir.

Les principales questions à trancher étaient celles de savoir si la Cour fédérale avait commis une erreur en statuant que la demande était sans objet; si le commissaire pouvait limiter son enquête à la fixation du délai dans lequel l'institution fédérale doit répondre à la demande de communication et, si oui, si le commissaire peut évaluer et préciser le délai raisonnable imparti à l'institution pour répondre à la demande de communication; et si l'appellant ne pouvait saisir la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire du refus présumé de communication de l'intimé avant l'expiration du délai convenu.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a exercé son pouvoir discrétionnaire pour rejeter la demande au motif qu'elle était sans objet. L'admission de l'appellant était fondée en droit. Dès lors qu'une réponse était donnée à toutes les demandes de communication, toute décision prise relativement à la demande de contrôle judiciaire en cours ne pouvait avoir d'incidence sur les droits des parties à l'égard de ces réponses.

Le commissaire avait toute latitude pour restreindre la portée de son enquête. Rien dans la Loi n'oblige le commissaire à examiner et à apprécier, dans chaque cas, les dérogations et les exceptions invoquées par l'institution

before reporting that the institution is deemed to have refused access. The Commissioner may confine her investigation to recommending a time frame in which an institution is to respond to the access request. The government institution's resulting notice under sections 7 and 10 of the Act will enable the access requester to consider whether to lodge a further complaint with the Commissioner.

The Federal Court erred when it interpreted the Act to empower the Commissioner to “cure” deemed refusals by establishing, with the agreement of the institution, a commitment date. This interpretation allows the Commissioner, by agreeing to a commitment date, to transform the deemed refusal into a valid and binding extension of time for responding to the access request. The discretion to determine the procedure to be followed in an investigation is a distinct and separate issue from the powers granted to the Commissioner when investigating a complaint. There are no provisions in the Act that allow the Commissioner to extend the time frames set out therein. The Commissioner's role is to make non-binding recommendations to the relevant government institution, and has no authority to order the disclosure of records. It is inconsistent with the role and mandate of the Commissioner for her to grant a binding extension of time for the purpose of responding to an access request.

The Federal Court erred in finding that the appellant had no right to judicially review the deemed refusal to provide access. This finding was based on its conclusion that the Commissioner “cured” the respondent's deemed refusal by granting an extension of time to the respondent. However, the commitment date did not cure the deemed refusal by extending the time in which the respondent could respond to the access request. At the time that the application for judicial review was commenced, the respondent had not provided responses to all of the access requests. Therefore, there was a refusal of access to some of the records. Section 41 of the Act, which provides prerequisites to be met before an access requester may apply to the Federal Court, does not limit the right of access to the Federal Court to an actual refusal of access. The phrase “[a]ny person who has been refused access to a record requested” as used in section 41 includes any person who has not received access to a requested record within the time limits set out in the Act, thus giving effect to the plain wording of subsection 10(3) of the Act. Finally, the Federal Court did not err in refusing declaratory relief because the reasonableness of the respondent was not directly in issue.

fédérale avant de déclarer que l'institution est présumée avoir refusé de communiquer les documents demandés. Le commissaire peut se borner à recommander un délai dans lequel l'institution fédérale devra répondre à la demande de communication. L'avis ainsi transmis par l'institution fédérale en vertu des articles 7 et 10 de la Loi permettra à l'auteur de la demande d'accès d'examiner l'opportunité de porter de nouveau plainte au commissaire.

La Cour fédérale a commis une erreur en interprétant la Loi comme si elle habilitait le commissaire à « remédier » aux refus présumés en fixant un délai, avec l'accord de l'institution concernée. Cette interprétation a pour effet de permettre au commissaire, en acceptant le délai convenu, de transformer le refus présumé en une prorogation valide et contraignante du délai imparti pour répondre à la demande de communication. Le pouvoir discrétionnaire de déterminer la procédure à suivre lors d'une enquête constitue une question distincte de celle des pouvoirs qui sont conférés au commissaire lorsqu'il enquête sur une plainte. Aucune disposition de la Loi ne permet au commissaire de proroger les délais qui y sont prévus. Le rôle du commissaire est de formuler des recommandations non contraignantes à l'institution fédérale concernée et il n'a pas le pouvoir d'ordonner la communication de quelque document que ce soit. Il ne cadre pas avec le rôle et le mandat du commissaire que celui-ci accorde une prorogation contraignante du délai imparti pour répondre à une demande de communication.

La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que l'appelant n'avait pas le droit de demander le contrôle judiciaire du refus présumé de donner communication. Cette décision reposait sur sa conclusion portant que le commissaire avait « remédié » au refus présumé en accordant une prorogation de délai à l'intimé. Le délai convenu n'a toutefois pas remédié au refus présumé du fait de la prorogation du délai imparti à l'intimé pour répondre à la demande de communication. Au moment où la demande de contrôle judiciaire a été introduite, l'intimé n'avait pas répondu à la totalité des demandes de communication. Certains des documents avaient donc fait l'objet d'un refus de communication. L'article 41 de la Loi, qui prévoit les conditions préalables qui doivent être réunies avant que l'auteur de la demande de communication puisse exercer un recours devant la Cour fédérale, ne restreint pas le droit de s'adresser à la Cour fédérale en cas de refus effectif de communication. L'expression « [l]a personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé » que l'on trouve à l'article 41 de la Loi englobe toute personne qui n'a pas encore reçu communication d'un document demandé dans les délais prévus par la Loi, donnant ainsi effet au libellé

explicite du paragraphe 10(3) de la Loi. Enfin, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en refusant de rendre le jugement déclaratoire parce que le caractère raisonnable de l'intimé n'était pas directement en cause.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 7, 9, 10, 30 (as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 4), 34, 36 (as am. by S.C. 2006, c. 9, s. 153), 37, 41, 49, 50, 53.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 400 (as am. by SOR/2002-417, s. 25(F); 2010-176, s. 11), 407, *Tariff B*, Columns I, III, V.

CASES CITED

APPLIED:

X v. Canada (Minister of National Defence), [1991] 1 F.C. 670, (1991), 41 F.T.R. 73 (T.D.); *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 1999 CanLII 7857, 240 N.R. 244 (F.C.A.), affg (1996), 120 F.T.R. 207 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance), [1999] 4 F.C. 245, [1999] 3 C.T.C. 123, 99 DTC 5337 (T.D.); *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, 2004 FC 431, [2004] 4 F.C.R. 181 (abridged), 15 Admin. L.R. (4th) 58, 32 C.P.R. (4th) 464, revd on other grounds 2005 FCA 199, [2005] 4 F.C.R. 673, 253 D.L.R. (4th) 590, 32 Admin. L.R. (4th) 8; *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110, (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242, 60 C.P.R. (3d) 441 (C.A.).

APPEAL from a decision of the Federal Court (2009 FC 1028, [2010] 4 F.C.R. 216, 352 F.T.R. 102) dismissing an application under the *Access to Information Act* for disclosure and declining to grant declaratory relief. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Sally A. Gomery and *Michel Drapeau* for appellant.
Christian Leblanc and *Marc-André Nadon* for respondent.
Laurence Kearley and *Diane Therrien* for intervenor.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 7, 9, 10, 30 (mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4), 34, 36 (mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 153), 37, 41, 49, 50, 53.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 400 (mod. par DORS/2002-417, art. 25(F); 2010-176, art. 11), 407, *tarif B*, colonnes I, III, V.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

X c. Canada (Ministre de la Défense nationale), [1991] 1 C.F. 670 (1^{re} inst.); *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 1999 CanLII 7857 (C.A.F.), confirmant [1996] A.C.F. n° 1265 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances), [1999] 4 C.F. 245 (1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2004 CF 431, [2004] 4 R.C.F. 181 (abrégée), inf. pour d'autres motifs 2005 CAF 199, [2005] 4 R.C.F. 673; *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110 (C.A.).

APPEL de la décision (2009 CF 1028, [2010] 4 R.C.F. 216) de la Cour fédérale rejetant une demande présentée en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information* en vue de solliciter la communication de documents et un jugement déclaratoire. Appel rejeté.

ONT COMPARU

Sally A. Gomery et *Michel Drapeau* pour l'appelant.
Christian Leblanc et *Marc-André Nadon* pour l'intimé.
Laurence Kearley et *Diane Therrien* pour l'intervenant.

SOLICITORS OF RECORD

Ogilvy Renault LLP, Ottawa, for appellant.

Fasken Martineau DuMoulin LLP, Montréal, for respondent.
Office of the Information Commissioner of Canada, Ottawa, for intervener.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DAWSON J.A.: The *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (Act) provides a right of timely access to information in records under the control of a government institution. The Act has been held to enshrine a quasi-constitutional right of access for the purpose of facilitating democracy. This appeal from a decision of the Federal Court, cited as 2009 FC 1028, [2010] 4 F.C.R. 216, raises important issues relating to the exercise of the powers of the Information Commissioner (Commissioner) during an investigation of a government institution's deemed refusal to disclose records. Also at issue is the availability of recourse to the Federal Court to review a government institution's deemed refusal to disclose records. Specifically, when the Commissioner receives a complaint, investigates an institution's deemed refusal to disclose records, secures an undertaking from the institution that the access request will be responded to by a specific date, and issues a final report to the access requester:

(a) Has the Commissioner granted a reasonable extension of time to the institution to respond to the access request so as to in effect "cure" the deemed refusal?

(b) Can the access requester apply to the Federal Court to judicially review the institution's deemed refusal to disclose records?

[2] For the following reasons, I would answer no to the first question and yes to the second.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Ogilvy Renault S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour l'appelant.

Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l., Montréal, pour l'intimé.
Commissariat à l'information du Canada, Ottawa, pour l'intervenant.

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

[1] LA JUGE DAWSON, J.C.A. : La *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi) prévoit le droit à l'accès en temps utile aux documents de l'administration fédérale. Il a été jugé que la Loi consacrait un droit d'accès quasi-constitutionnel afin de faciliter l'exercice de la démocratie. Le présent appel de la décision de la Cour fédérale répertoriée sous 2009 CF 1028, [2010] 4 R.C.F. 216, soulève d'importantes questions concernant l'exercice des pouvoirs de la commissaire à l'information (le ou la commissaire) au cours d'une enquête portant sur le refus présumé d'une institution fédérale de communiquer des documents. Notre Cour doit aussi examiner la question de la possibilité d'exercer un recours en révision, devant la Cour fédérale, du refus présumé d'une institution fédérale de communiquer des documents. Plus précisément, lorsque la commissaire est saisie d'une plainte, fait enquête sur le refus présumé d'une institution fédérale de communiquer des documents, obtient que l'institution en question s'engage à répondre à la demande d'accès dans un délai précis et rend compte à l'auteur de la demande d'accès des résultats de son enquête :

a) La commissaire a-t-elle accordé à l'institution une prorogation de délai raisonnable pour répondre à la demande d'accès de manière à « remédier » effectivement au refus présumé?

b) L'auteur de la demande de communication peut-il exercer devant la Cour fédérale un recours en révision du refus présumé de l'institution de lui communiquer les documents?

[2] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de répondre par la négative à la première question et par l'affirmative à la seconde.

The Facts and Procedural History

[3] The facts are comprehensively set out in the reasons of the Federal Court. The following synopsis of the facts is sufficient for the purpose of this appeal. All sections of the Act referred to in these reasons are set out in the appendix to the reasons.

[4] On September 1, 2007, the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) became subject to the provisions of the Act. Between September 1, 2007 and December 12, 2007, the appellant, Mr. Statham, submitted almost 400 access to information requests to the CBC.

[5] The CBC failed to respond to the appellant's requests within 30 days of their receipt as required by section 7 of the Act. As well, the CBC failed to notify the appellant that extensions of time to respond were being claimed pursuant to section 9 of the Act. In consequence, by operation of subsection 10(3) of the Act, the CBC was deemed to have refused to give access to Mr. Statham. For ease of reference, subsection 10(3) of the Act provides:

10. ...

Deemed refusal to give access

(3) Where the head of a government institution fails to give access to a record requested under this Act or a part thereof within the time limits set out in this Act, the head of the institution shall, for the purposes of this Act, be deemed to have refused to give access.

[6] Thereafter, the appellant submitted approximately 389 complaints to the Commissioner, alleging that the CBC was deemed to have refused access to requested records. The Commissioner's office then began its investigation.

[7] The Commissioner did not investigate the deemed refusals as if there had been a final refusal to grant access based on exemptions or exclusions under the Act. To have proceeded in that manner would have required the Commissioner to compel production of records, seek representations from the CBC concerning disclosure, and consider the merits of any claimed exemptions

Faits et historique procédural

[3] Les faits sont exposés en détail dans les motifs de la Cour fédérale. Le synopsis suivant des faits suffit pour les besoins du présent appel. Tous les articles de la Loi qui sont cités dans les présents motifs sont reproduits en annexe.

[4] Le 1^{er} septembre 2007, la Société Radio-Canada (la SRC) est devenue assujettie aux dispositions de la Loi. Entre le 1^{er} septembre et le 12 décembre 2007, l'appelant, M. Statham, a présenté à la SRC près de 400 demandes d'accès à l'information.

[5] La SRC n'a pas accusé réception des demandes de l'appelant dans le délai de 30 jours que prévoit l'article 7 de la Loi, pas plus qu'elle n'a avisé l'appelant qu'elle avait demandé, en vertu de l'article 9 de la Loi, une prorogation de délai pour répondre aux demandes. En conséquence, par application du paragraphe 10(3) de la Loi, la SRC s'est trouvée réputée avoir refusé la communication de tous ces documents à M. Statham. Par souci de commodité, le paragraphe 10(3) de la Loi est reproduit ci-après :

10. [...]

(3) Le défaut de communication totale ou partielle d'un document dans les délais prévus par la présente loi vaut décision de refus de communication.

Présomption de refus

[6] L'appelant a alors déposé environ 389 plaintes devant le commissaire au sujet du refus présumé de communication opposé par la SRC à ses demandes d'accès aux documents. Le Commissariat a alors ouvert une enquête.

[7] Le commissaire n'a pas fait enquête sur les refus présumés comme si un refus définitif avait été opposé aux demandes d'accès sur le fondement de dérogations et d'exceptions prévues par la Loi. Pour pouvoir agir de la sorte, le commissaire aurait dû contraindre la SRC à produire les documents, l'inviter à lui soumettre des observations au sujet de la communication et examiner

or exclusions. Instead, the Commissioner was of the view that the CBC had been inundated and overwhelmed by the volume of access requests so that it would require a reasonable amount of time to respond to them. After discussions with the CBC and Mr. Statham, the Commissioner recommended that the CBC respond to all of the access requests by April 1, 2009. The CBC agreed to respond to all of the requests by that date (commitment date).

[8] On March 31, 2008, the then-Commissioner made his report to the appellant, as required by subsection 37(2) of the Act. In material part, the report stated [see [2010] 4 F.C.R. 216, at paragraph 8]:

... the institution has not responded to your requests, thereby placing itself in a deemed-refusal situation pursuant to subsection 10(3) of the Act.

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

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

In accordance with paragraph 30(1)(a) and subsection 37(5) of the Act, please be advised that having now received our report on the results of our investigation with respect to these deemed-refusals to disclose records requested under the Act, section 41 provides that you have the right to apply to the Federal Court for a review of the Canadian Broadcasting Corporation's deemed-refusal to deny you access to the records you requested. Such an application

le bien-fondé de toute dérogation ou exception invoquée. Le commissaire s'est plutôt dit d'avis que la SRC avait été submergée par le nombre de demandes d'accès et qu'elle aurait besoin d'un délai raisonnable pour y répondre. Après avoir discuté de la question avec la SRC et M. Statham, le commissaire a recommandé à la SRC de répondre à toutes les demandes d'accès au plus tard le 1^{er} avril 2009. La SRC a accepté de répondre à toutes les demandes dans le délai convenu (le délai convenu).

[8] Le 31 mars 2008, le commissaire de l'époque a rendu compte à l'appelant des résultats de son enquête, comme l'exige le paragraphe 37(2) de la Loi. Voici les extraits essentiels de son rapport [voir [2010] 4 R.C.F. 216, au paragraphe 8] :

[TRADUCTION] [...] la SRC a reçu les demandes [...] mais n'y a pas répondu, se trouvant ainsi réputée avoir refusé communication des documents en cause en application du paragraphe 10(3) de la Loi.

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

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

Conformément à l'alinéa 30(1)a) et au paragraphe 37(5) de la Loi, nous vous avisons que, ayant maintenant reçu le compte rendu des résultats de notre enquête sur ces refus présumés de communication de documents sollicités en vertu de la Loi, l'article 41 de celle-ci vous confère le droit d'exercer devant la Cour fédérale un recours en révision de la décision présumée de la Société Radio-Canada de vous refuser communication des documents que vous avez demandés.

should name the President of the Canadian Broadcasting Corporation as respondent and it must be filed with the Court within 45 days of receiving this letter. [Emphasis added.]

[9] On May 20, 2008, Mr. Statham commenced an application for judicial review in the Federal Court pursuant to section 41 of the Act. One application was filed in respect of all of the access requests. The relief sought by Mr. Statham was:

1. An order requiring the CBC to disclose the requested documents by a deadline to be agreed by the parties or set by the Court.
2. Costs.
3. Such further orders as the Court might deem just or appropriate.

[10] Thereafter, the Commissioner sought leave to intervene in the application for judicial review in order to respond to allegations made by the appellant against the Commissioner's office and to make representations with respect to the interpretation and administration of the Act. In response to the Commissioner's motion the appellant agreed to withdraw his allegations against the Commissioner. The Commissioner was given leave to intervene in the application for the purpose of making written and oral submissions to the Court on the issues of the jurisdiction of the Court and the appropriate remedy in the event the application was successful.

[11] Following the Commissioner's motion, the CBC brought a motion to strike the application on the ground it was bereft of any chance of success. At the same time the Commissioner moved for an order either setting aside the application or giving directions as to the conduct of the proceeding. Prothonotary Tabib found that Mr. Statham had improperly challenged in a single application several hundred refusals by the CBC. In exercising her discretion nonetheless to allow the application to proceed, the Prothonotary observed that [see [2010] 4 F.C.R. 216, at paragraph 13]:

Votre demande de révision, si vous en déposez une, devrait nommer le président de la Société Radio-Canada comme défendeur et doit être déposée devant la Cour dans les 45 jours suivant la réception de la présente. [Non souligné dans l'original.]

[9] Le 20 mai 2008, M. Statham a introduit une demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale en vertu de l'article 41 de la Loi. Une seule demande a été déposée pour toutes les demandes de communication. M. Statham réclamait les réparations suivantes :

1. une ordonnance enjoignant à la SRC de communiquer les documents demandés dans le délai convenu par les parties ou fixé par la Cour;
2. les dépens;
3. toute autre ordonnance que la Cour pourrait juger juste ou appropriée.

[10] Par la suite, le commissaire a demandé d'être autorisé à intervenir dans l'instance en contrôle judiciaire pour pouvoir répondre aux allégations formulées par l'appelant contre le Commissariat et faire valoir son point de vue au sujet de l'interprétation et de l'application de la Loi. En réponse à la requête du commissaire, l'appelant a accepté de retirer les allégations qu'il avait formulées contre le commissaire. Le commissaire a été autorisé à intervenir dans la demande pour présenter des observations orales et écrites à la Cour au sujet de la compétence de la Cour et de la réparation appropriée à accorder pour le cas où la demande serait accueillie.

[11] À la suite de la requête du commissaire, la SRC a présenté une requête en radiation de la demande au motif qu'elle était vouée à l'échec. Au même moment, le commissaire a présenté une requête en vue d'obtenir une ordonnance annulant la demande ou donnant des directives au sujet du déroulement de l'instance. La protonotaire Tabib a conclu que M. Statham avait irrégulièrement contesté au moyen d'une seule demande les centaines de refus que la SRC lui avait opposés. Exerçant malgré tout son pouvoir discrétionnaire pour permettre à la demande de suivre son cours, la protonotaire a fait observer ce qui suit [voir [2010] 4 R.C.F. 216, au paragraphe 13] :

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

[12] On this basis, the application was permitted to proceed. The appellant was ordered to pay the costs of both motions to the CBC and to the Commissioner.

[13] As of the commitment date, the CBC had not responded to 38 access requests. Responses to those access requests were delivered on May 29, 2009—five days before the Federal Court heard the application for judicial review.

[14] Notwithstanding that at the time of the hearing the CBC had delivered responses to all of the access requests, Mr. Statham continued to prosecute the application, seeking a declaration that the CBC had acted unreasonably. This was not relief sought in Mr. Statham’s amended notice of application. The only complaint Mr. Statham had made to the Commissioner was that the CBC was deemed to have refused to give access to the requested records.

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

[12] La protonotaire a, pour ces motifs, permis à la demande de suivre son cours. L’appelant a été condamné à payer à la SRC et au commissaire les dépens des deux requêtes.

[13] À l’expiration du délai convenu, la SRC n’avait pas encore répondu à 38 des demandes de communication. Les réponses à ces demandes de communication ont été données le 29 mai 2009, soit cinq jours avant que la Cour fédérale n’instruise la demande de contrôle judiciaire.

[14] Malgré le fait que la SRC avait, à la date de l’audience, répondu à toutes les demandes de communication, M. Statham a poursuivi ses démarches pour faire instruire la demande en vue d’obtenir un jugement déclaratoire disant que la SRC avait agi de façon déraisonnable. Cette réparation ne se retrouvait pas dans l’avis de demande modifié de M. Statham. L’unique allégation dont M. Statham a saisi le commissaire était que la SRC était présumée avoir refusé de lui donner accès aux documents demandés.

The Decision of the Federal Court

[15] The Judge of the Federal Court who heard the application for judicial review dismissed the application for disclosure and declined to grant declaratory relief. He awarded costs in favour of the CBC and the Commissioner; those costs were to be assessed at the mid-range of column V of the table to Tariff B of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am by SOR/2004-283, s. 2)].

[16] In coming to this decision the Judge identified three issues to be determined. They were described [at paragraph 22] by the Judge to be:

(a) Is the application moot, in light of the fact that all [access] requests have been responded to by the CBC at the time of the hearing?

(b) If the issue is found not to be moot, does the Act allow a deemed refusal to be cured by the Information Commissioner setting out a new time limit within which the notice required under sections 7 and 10 must be given? And does this Court have jurisdiction under section 41 of the Act to judicially review the determination of a delay for answering [access] requests approved by the [Commissioner] in the exercise of his power under the Act?

(c) Was the conduct of either one of the parties throughout these proceedings unreasonable, outrageous, vexatious and reprehensible so as to justify costs on a solicitor-client basis?

The Judge then went on to consider each issue.

a. Mootness

[17] The Judge reviewed the order of Prothonotary Tabib, quoted in material part at paragraph 11 above. After a discussion of the relevant case law he concluded, at paragraph 30 of his reasons, that the application for judicial review was moot because “all the records requested by the applicant had been disclosed at the time of the hearing.” This notwithstanding, the Judge viewed the application to raise important issues. For that reason he exercised his discretion to hear the application.

Décision de la Cour fédérale

[15] Le juge de la Cour fédérale (le juge) qui a instruit la demande de contrôle judiciaire a rejeté la demande de communication et refusé de rendre le jugement déclaratoire sollicité. Il a adjugé les dépens à la SRC et au commissaire et ordonné que les dépens soient taxés selon le milieu de la fourchette prévue à la colonne V du tableau du tarif B des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

[16] Pour parvenir à cette décision, le juge a précisé qu’il fallait répondre aux trois questions suivantes [au paragraphe 22] :

a) La présente demande est-elle dénuée d’objet, étant donné que la SRC avait répondu à toutes les demandes d’[accès à l’information] au moment de l’audience?

b) Dans la négative, la Loi permet-elle que la fixation par le Commissaire à l’information d’un nouveau délai pour l’avis prévu aux articles 7 et 10 remédie à un refus présumé? Et la Cour a-t-elle compétence, en vertu de l’article 41 de la Loi, pour contrôler judiciairement une prorogation du délai de réponse à des demandes d’[accès à l’information] que le [commissaire] a approuvée dans l’exercice des pouvoirs que lui confère la Loi?

c) La conduite de l’une ou l’autre des parties dans le cadre de la présente instance justifie-t-elle l’adjudication de dépens avocat-client au motif qu’elle serait abusive, outrageante, vexatoire et répréhensible?

Le juge a ensuite examiné ces questions à tour de rôle.

a. Défaut d’objet

[17] Le juge a examiné l’ordonnance de la protonotaire Tabib dont les passages essentiels ont été cités au paragraphe 11 des présents motifs. Après avoir analysé la jurisprudence applicable, il a conclu, au paragraphe 30 de ses motifs, que la demande de contrôle judiciaire était sans objet « puisque le demandeur avait reçu communication de tous les documents demandés au moment de l’audience ». Estimant que la demande soulevait quand même d’importantes questions, le juge a, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, décidé d’instruire la demande.

b. The concept of curing deemed refusals and the jurisdiction of the Federal Court

[18] The Judge began his discussion of these issues by acknowledging that, under subsection 10(3) of the Act, the CBC was deemed to have refused access to all of the records requested by the appellant. This deemed refusal placed Mr. Statham, the Commissioner and the CBC in the same position as if there had been an explicit refusal within the meaning of section 7 of the Act. It followed in the Judge's view that the appellant had the right to complain to the Commissioner under paragraph 30(1)(a) of the Act.

[19] The Judge found [at paragraph 35] that once an institution is deemed to have refused access it cannot "unilaterally relieve itself of that deemed refusal and is proscribed from remedying it by simply granting itself a further time extension." He went on to state that this did not mean "that the deemed refusal cannot be cured. It is then for the Information Commissioner, having received a complaint from the person who has been refused access, to investigate the matter and to make a report."

[20] The Judge explained that following the investigation of the complaint, the Commissioner had the power to issue recommendations under subsection 37(1) of the Act. In the Judge's view, expressed at paragraph 36 of his reasons, the power to issue recommendations:

... encompasses the right to set a time frame within which an institution has to respond to a request for documents and to follow up with the institution on the action plan undertaken by the institution to comply with that time frame. At that stage, the requirements found in section 9 of the Act are no longer applicable, contrary to the applicant's submissions. It is for the Commissioner to assess the circumstances and to determine a reasonable extension of time to comply with its recommendations.

[21] The Judge then considered whether the Commissioner's actions affected Mr. Statham's right to apply to the Court under section 41 of the Act. At paragraphs 37 and 38 of his reasons he wrote:

b. Possibilité de remédier à un refus présumé et compétence de la Cour fédérale

[18] Le juge a commencé son analyse de ces questions en reconnaissant qu'aux termes du paragraphe 10(3) de la Loi, la SRC était réputée avoir refusé la communication de tous les documents demandés par l'appellant. Ce refus présumé plaçait M. Statham, le commissaire et la SRC dans la même position que s'il y avait eu refus explicite en vertu de l'article 7 de la Loi. Il s'ensuivait, selon le juge, que l'appellant avait le droit de saisir le commissaire d'une plainte en vertu de l'alinéa 30(1)a) de la Loi.

[19] Le juge a conclu [au paragraphe 35] qu'une fois qu'elle était réputée avoir refusé la communication de documents, l'institution fédérale en cause ne pouvait « unilatéralement réparer ce refus présumé ni en supprimer les effets en s'accordant simplement une prorogation ». Il a poursuivi en expliquant que cela ne voulait pas dire « qu'il ne peut être remédié au refus présumé. Il appartient au Commissaire à l'information, une fois qu'il a reçu une plainte de la personne à qui l'on a refusé communication de documents, de faire enquête sur la question et d'établir un rapport. »

[20] Le juge a expliqué qu'à la suite de l'enquête menée au sujet de la plainte, le commissaire avait le pouvoir de formuler des recommandations en vertu du paragraphe 37(1) de la Loi. Au paragraphe 36 de ses motifs, le juge s'est dit d'avis que le pouvoir de formuler des recommandations :

[...] comprend le droit de fixer à l'institution le délai dans lequel elle devra répondre à la demande de documents et d'exiger d'elle qu'elle l'informe des mesures prises ou envisagées pour respecter ce délai. À cette étape, les prescriptions de l'article 9 de la Loi ne s'appliquent plus, contrairement aux prétentions du demandeur. C'est au Commissaire qu'il appartient dès lors d'évaluer les circonstances et de fixer une prorogation raisonnable pour la mise en œuvre de ses recommandations.

[21] Le juge s'est ensuite demandé si les mesures prises par le commissaire avaient une incidence sur le droit de M. Statham d'exercer le recours en révision prévu à l'article 41 de la Loi. Aux paragraphes 37 et 38 de ses motifs, il écrit :

Could the applicant come to the Court, within 45 days after he received the letter from the Commissioner reporting the results of his investigation of his complaints, to review the matter pursuant to section 41 of the Act? As previously mentioned, the relief sought by the applicant is twofold: first, he requested the CBC disclose those documents that had not yet been disclosed at the time of his amended application, and second, he asked that the CBC be found to have acted unreasonably in failing to respond to his access requests in accordance with the provisions of the Act.

As previously mentioned, the first relief has been overtaken by events. At the time of the hearing, the applicant had been provided with a response to all of his requests. Despite the ambiguity of his application, this is clearly what he was seeking; he made it clear before the Prothonotary that what he meant by a response was either the communication of the information or a refusal (total or partial) of the communication. As a result, the issue is not only moot but this Court has no jurisdiction to entertain the application since he has not been refused what he was seeking from the CBC. [Emphasis added.]

[22] During oral argument of this appeal, counsel for Mr. Statham agreed that the *ratio decidendi* of the Judge's decision is found in the last sentence of paragraph 38.

[23] The Judge then went on, in *obiter dicta*, to more fully explain the effect at law of the Commissioner's actions. At paragraphs 39 to 43 of his reasons, the Judge expressed his view that once the Commissioner and the CBC agreed that the CBC would respond to all of the access requests by the commitment date, no application could be brought by the appellant under section 41 of the Act. In the Judge's words:

But I would go even further. It seems to me the applicant could not apply to the Court while the CBC was still within the time frame set by the Commissioner. The Commissioner could have chosen to initiate his investigation, upon the complaint of the applicant, as if there had been a true refusal. Just as in the case of *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, above, he chose instead to split his investigation and to try to get a response from the institution, leaving for a second stage the examination of the merits of whatever response might be provided. As a result, the applicant could not apply to the Court until April 1, 2009, as it

Était-il permis au demandeur d'exercer devant notre Cour, dans un délai de 45 jours suivant la lettre du Commissaire lui rendant compte des résultats de l'enquête sur ses plaintes, le recours en révision que prévoit l'article 41 de la Loi? Comme je le disais plus haut, le demandeur sollicitait deux réparations : premièrement, que la SRC lui communique les documents non encore fournis à la date de sa demande modifiée; deuxièmement, une déclaration portant que la SRC s'est conduite de manière abusive en omettant de répondre à ses demandes [de communication] conformément aux dispositions de la Loi.

Comme on l'a également vu, la première réparation a été devancée par les événements. Au moment de l'audience, le demandeur avait reçu réponse à toutes ses demandes de communication. Malgré l'ambiguïté de sa demande de contrôle judiciaire, c'est clairement ce qu'il cherchait à obtenir; il a en effet bien précisé devant la protonotaire qu'il entendait par réponse soit la communication des documents demandés, soit un refus explicite (total ou partiel) de cette communication. Par conséquent, non seulement cette question est maintenant sans objet, mais la Cour n'a pas compétence pour instruire la présente demande puisque la SRC n'a pas refusé au demandeur ce qu'il voulait obtenir d'elle. [Non souligné dans l'original.]

[22] Dans le présent appel, les avocats de M. Statham ont convenu lors de leur plaidoirie que la *ratio decidendi* de la décision du juge se trouvait à la dernière phrase du paragraphe 38.

[23] Le juge a poursuivi en expliquant plus à fond, à titre de remarque incidente, les conséquences juridiques des mesures prises par le commissaire. Aux paragraphes 39 à 43 de ses motifs, le juge s'est dit d'avis que, dès lors que le commissaire et la SRC avaient convenu que cette dernière répondrait à toutes les demandes de communication au plus tard à l'expiration du délai convenu, l'appelant ne pouvait exercer le recours en révision prévu à l'article 41 de la Loi. Pour reprendre les propos du juge :

J'irais même plus loin. Il me semble qu'il n'était pas permis au demandeur de présenter une demande devant la Cour pendant que la SRC respectait encore le délai fixé par le Commissaire. Ce dernier aurait pu décider d'ouvrir son enquête, à la suite de la plainte du demandeur, comme s'il y avait eu refus explicite. Cependant, tout comme dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, précité, il a plutôt décidé de scinder son enquête et d'essayer d'obtenir une réponse de l'institution, remettant à une seconde étape l'examen du bien-fondé de la réponse, quelle qu'elle soit, qui

could not yet be said until the expiry of that delay period granted by the Commissioner that the CBC had refused access to the records.

Section 41 of the Act states that an applicant may apply to the Court if he or she has been refused access to a record and has complained to the Commissioner in respect of that refusal. It is clear from the context of the Act read as a whole and from the wording of that section that the Court was granted jurisdiction in cases where access to the record had been denied, in whole or in part. This is consistent with section 37 of the Act, focused as it is on the actual content of the response provided by a government institution and its conformity with the Act.

Of course, the Commissioner could have initiated his investigation as if there had been a true refusal, without giving the CBC any further delay to respond. In such a scenario, the applicant could have come to the Court and sought a review if the CBC had not complied with the findings and recommendations of the Commissioner. But this was not the course of action chosen by the Commissioner. Accordingly, it was premature to come to the Court before April 1, 2009. In other words, I do not think this Court has jurisdiction to judicially review the determination of a delay for answering [access] requests approved by the [Commission] in the exercise of its power under the Act.

While I have been unable to find any precedent dealing specifically with this issue, there have been cases where an applicant brought an application to the Court after a government institution, despite having sought a time extension, had failed to respond before the expiry of the extended deadline. In the first decision, the Court concluded that it had jurisdiction to entertain a judicial review even if the response was provided before the hearing: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of External Affairs)*, [1990] 3 F.C. 514 (T.D.). This interpretation, however, was rejected in two subsequent decisions: see *X v. Canada (Minister of National Defence)*, (1990) 41 F.T.R.16 (F.C.T.D.) and *X v. Canada (Minister of National Defence)*, [1991] 1 F.C. 670 (T.D.). In that last decision, Justice Strayer [at page 680] explicitly endorsed the approach taken by Dubé, J. in the preceding case and wrote that “unless there is a genuine and continuing refusal to disclose and thus an occasion for making an order for disclosure or its equivalent, no remedy can be granted by this Court”.

I am therefore reinforced in my view that this Court does not have jurisdiction to entertain the application filed by the

serait donnée. Par conséquent, il n’était pas permis au demandeur d’exercer un recours devant la Cour avant le 1^{er} avril 2009 puisqu’on ne pouvait dire avant cette date, qui marquait l’expiration du délai accordé par le Commissaire, que la SRC lui avait refusé communication des documents en cause.

L’article 41 de la Loi dispose que la personne qui s’est vu refuser communication d’un document et qui a déposé une plainte à ce sujet devant le Commissaire peut exercer un recours en révision de ce refus devant la Cour. Il ressort clairement de l’ensemble de la Loi et du libellé de cet article que la Cour a compétence sur les cas où la communication partielle ou totale a été refusée. Cette interprétation est compatible avec l’article 37 de la Loi, qui est axé sur la teneur de la réponse donnée par l’institution fédérale et sa conformité avec la Loi.

Évidemment, le Commissaire aurait pu ouvrir son enquête en faisant comme s’il y avait eu refus explicite, sans proroger le délai de réponse de la SRC. Dans cette hypothèse, le demandeur aurait pu exercer un recours en révision devant la Cour si la SRC ne s’était pas conformée aux conclusions et recommandations du Commissaire. Mais ce n’est pas la démarche qu’a choisie le Commissaire. En conséquence, il était prématuré de s’adresser à la Cour avant le 1^{er} avril 2009. Autrement dit, je ne pense pas que la Cour soit compétente pour contrôler judiciairement une prorogation du délai de réponse à des demandes [de communication] que le [commissaire] a approuvée dans l’exercice des pouvoirs que lui confère la Loi.

Je n’ai pu trouver aucun précédent portant précisément sur cette question, mais il est arrivé à quelques reprises qu’un demandeur ait déposé une demande de contrôle judiciaire devant la Cour après qu’une institution fédérale eut laissé expirer sans réponse la prorogation qu’elle avait pourtant demandée. Dans la première décision, la Cour a conclu qu’elle avait compétence pour instruire une demande de contrôle judiciaire même si la réponse avait été donnée avant l’audience : *Canada (Commissaire à l’information) c. Canada (Ministère des Affaires extérieures)*, [1990] 3 C.F. 514 (1^{re} inst.). Cette interprétation a cependant été rejetée dans deux décisions ultérieures, soit *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1990), 41 F.T.R. 16 (C.F. 1^{re} inst.), et *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1991] 1 C.F. 670 (1^{re} inst.). Dans cette dernière décision, le juge Strayer [à la page 680], souscrivant explicitement au point de vue adopté par le juge Dubé dans la décision précédente, a conclu que, « à moins que le refus de communication ne soit réel et continu et qu’il ne soit, par conséquent, possible de rendre une ordonnance de communication ou une ordonnance en ce sens, la Cour ne peut accorder de redressement ».

Je me trouve donc ainsi conforté dans mon opinion que la Cour n’a pas compétence pour instruire la demande présentée

applicant. Even if the CBC was initially in a deemed refusal situation, it could not be said at the time of the hearing that the applicant had a genuine and continuing claim of refusal of access. Further, it is not much of a stretch to add that the applicant did not have a genuine and continuing claim of refusal of access either during the extension period given to the CBC to respond to his requests. [Emphasis added.]

[24] The Judge went on to conclude that the Court lacked jurisdiction to make any declaration reprimanding the CBC for its behavior. The Judge adopted the remarks of the Court in *X v. Canada (Minister of National Defence)*, [1991] 1 F.C. 670 (T.D.) to the effect that sections 49 and 50 of the Act, which empower the Court to make appropriate orders, only apply where the Court finds a refusal to disclose a record. Refusal of access is a condition precedent to the granting of an order. Thus, orders issued under section 49 or 50 must be pertinent to providing access or its equivalent where there is first a finding that access has been refused.

c. Costs

[25] The appellant sought costs on a solicitor-client basis on the ground that the CBC had been adversarial and defensive in dealing with his access requests. The Judge relied on rule 400 [as am. by SOR/2002-417, s. 25(F); 2010-176, s. 11] of the *Federal Courts Rules*, which confers full discretion on the Court when awarding costs. The Judge decided that the CBC's behavior had not amounted to the type of reprehensible conduct that will ground an order for solicitor-client costs. Instead, the Judge found that it was Mr. Statham's behavior that had been objectionable. The Judge pointed to the Prothonotary's criticism of Mr. Statham's conduct in commencing one application which challenged many decisions of the CBC, his failure to properly amend his affidavit and amended application, and what the Judge characterized to be gratuitous allegations made by Mr. Statham against the Commissioner and, to a lesser extent, against the CBC.

par le demandeur. Même si la SRC se trouvait à l'origine en situation de refus présumé, le demandeur ne pouvait invoquer au moment de l'audience un refus de communication réel et continu. En outre, il semble en découler naturellement que le demandeur ne pouvait non plus invoquer un tel refus pendant la prorogation accordée à la SRC pour répondre à ses demandes [de communication]. [Non souligné dans l'original.]

[24] Le juge a ensuite conclu que la Cour n'était pas compétente pour rendre un jugement déclaratoire blâmant la conduite de la SRC. Le juge a repris à son compte les observations formulées par la Cour dans la décision *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, [1991] 1 C.F. 670 (1^{re} inst.), suivant lesquelles les articles 49 et 50 de la Loi, qui confèrent à la Cour le pouvoir de rendre les ordonnances qu'elle estime indiquées, ne s'appliquent que lorsque la Cour conclut à un refus de communication d'un document. Ce refus est une condition préalable à l'octroi de toute mesure par la Cour. L'ordonnance rendue en vertu des articles 49 et 50 de la Loi doit porter directement sur la communication à donner, ou sur une mesure équivalente, lorsqu'il y a eu d'abord constatation du refus de communication.

c. Dépens

[25] L'appelant sollicitait l'adjudication des dépens sur une base avocat-client au motif que la SRC avait traité ses demandes de communication en adoptant une attitude défensive et d'affrontement. Le juge s'est fondé sur la règle 400 [mod. par DORS/2002-417, art. 25(F); 2010-176, art. 11] des *Règles des Cours fédérales*, qui confère à la Cour un pouvoir discrétionnaire complet en matière d'adjudication des dépens. Il a estimé que le comportement de la SRC ne constituait pas le type de conduite répréhensible qui justifiait une adjudication des dépens sur une base avocat-client. Il a plutôt conclu que c'était le comportement de M. Statham qui était répréhensible. Le juge a signalé que la protonotaire avait reproché à M. Statham d'avoir présenté une seule demande pour contester les nombreuses décisions de la SRC, qu'il n'avait pas modifié correctement son affidavit et sa demande modifiée et qu'il avait formulé, pour reprendre les termes du juge, des allégations gratuites contre le commissaire et, dans une moindre mesure, contre la SRC.

[26] The Judge, relying on the factors outlined in paragraphs 400(3)(c), (g), (i) and (k), awarded costs against Mr. Statham under the highest column of the table to Tariff B of the *Federal Courts Rules*. The Judge did not refer to subsection 53(2) of the Act.

The Issues

[27] The parties and the intervener raise a number of issues. In my view, the issues to be decided may properly be framed as follows:

1. Did the Judge err in his primary finding that the application was moot because at the time of the hearing Mr. Statham had been provided with a response to all of his access requests?
2. What is the effect at law of a deemed refusal of access?
3. When the Commissioner receives a complaint alleging a deemed refusal of access, may the Commissioner limit her investigation to establishing a time frame in which the government institution is to respond to the access request?
4. If the Commissioner is entitled to so limit her investigation, did the Judge err by stating that it is for the Commissioner to assess the circumstances and determine what is a reasonable deadline for complying with the access request, thus in effect curing the deemed refusal?
5. Did the Judge err by stating that Mr. Statham could not apply to the Federal Court to judicially review the CBC's deemed refusal of access prior to the expiration of the commitment date?
6. Did the Judge err by failing to grant the requested declaration?
7. Did the Judge err by awarding costs against Mr. Statham?

[26] Se fondant sur les facteurs énumérés aux alinéas 400(3)c), g), i) et k) des Règles, le juge a condamné M. Statham aux dépens selon la colonne la plus élevée du tableau du tarif B des *Règles des Cours fédérales*. Le juge n'a pas mentionné le paragraphe 53(2) de la Loi.

Questions en litige

[27] Les parties et l'intervenant soulèvent un certain nombre de questions. À mon avis, on peut à juste titre formuler comme suit les questions à trancher :

1. Le juge a-t-il commis une erreur en concluant d'entrée de jeu que la demande était sans objet parce qu'au moment de l'audience, M. Statham avait reçu réponse à toutes ses demandes de communication?
2. Quelles sont les conséquences, en droit, d'un refus présumé de communication?
3. Lorsqu'elle est saisie d'une plainte portant sur un refus présumé de communication, la commissaire peut-elle limiter son enquête à la fixation du délai dans lequel l'institution fédérale doit répondre à la demande de communication?
4. Si la commissaire a le droit de restreindre ainsi la portée de son enquête, le juge a-t-il commis une erreur en affirmant que c'est au commissaire qu'il appartient d'évaluer les circonstances et de préciser le délai raisonnable imparti à l'institution pour répondre à la demande de communication, remédiant ainsi au refus présumé?
5. Le juge a-t-il commis une erreur en déclarant que M. Statham ne pouvait saisir la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire du refus présumé de communication de la SRC avant l'expiration du délai convenu?
6. Le juge a-t-il commis une erreur en ne rendant pas le jugement déclaratoire demandé?
7. Le juge a-t-il commis une erreur en condamnant M. Statham aux dépens?

Consideration of the Issues

1. Did the Judge err in his primary finding that the application was moot because at the time of the hearing Mr. Statham had been provided with a response to all of his access requests?

[28] As explained above at paragraph 22, during oral argument of the appeal counsel for Mr. Statham agreed that the *ratio decidendi* of the decision of the Federal Court is that the application for judicial review was moot and the Court lacked jurisdiction because Mr. Statham had received responses from the CBC. It follows that the Judge's later statements about the effect of the Commissioner's agreement with the CBC concerning the commitment date and Mr. Statham's right of access to the Federal Court were *obiter dicta* because they were unnecessary for the Judge's decision on the determinative question.

[29] In that circumstance, it is important that this Court affirm that, as a matter of law, the Judge possessed complete discretion to dismiss the application for judicial review on the ground of mootness. See, for example, *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)*, 1999 CanLII 7857, 240 N.R. 244 (F.C.A.) (hereinafter *Minister of National Defence*).

[30] Further, on the facts before the Judge, I am satisfied that he committed no reviewable error in the exercise of that discretion. Mr. Statham had conceded before the Prothonotary that if every request for access was responded to the application would become moot and would be withdrawn. Given that Mr. Statham's complaint to the Commissioner only concerned the CBC's deemed refusal of access, and given the clarifications Mr. Statham gave to the Prothonotary, referred to in the quotation at paragraph 11 above, Mr. Statham's concession was correct in law. Once all of the access requests were responded to, the rights of the parties in relation to those responses could not be affected by any decision in the pending application for judicial review. With respect to the Judge's reference to the Court lacking "jurisdiction to entertain the application", there was

Analyse

1. Le juge a-t-il commis une erreur en concluant d'entrée de jeu que la demande était sans objet parce qu'au moment de l'audience, M. Statham avait reçu réponse à toutes ses demandes de communication?

[28] Ainsi que je l'ai précisé au paragraphe 22, dans le présent appel, les avocats de M. Statham ont convenu lors de leur plaidoirie que la *ratio decidendi* de la décision de la Cour fédérale était que la demande de contrôle judiciaire était sans objet et que la Cour n'était pas compétente parce que M. Statham avait reçu des réponses de la SRC. Il s'ensuit que les propos que le juge a tenus plus loin au sujet des conséquences de l'entente intervenue entre le commissaire et la SRC quant au délai convenu et au droit de M. Statham de s'adresser à la Cour fédérale étaient des observations incidentes parce qu'elles n'étaient pas nécessaires à sa décision sur la question déterminante.

[29] Dans ces conditions, il importe que notre Cour confirme qu'en droit, le juge disposait d'un pouvoir discrétionnaire absolu qui lui permettait de rejeter la demande de contrôle judiciaire au motif qu'elle était sans objet (voir, par exemple, l'arrêt *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*, 1999 CanLII 7857 (C.A.F.) (l'arrêt *Ministre de la Défense nationale*)).

[30] En outre, vu l'ensemble des faits dont il disposait, je suis convaincue que le juge n'a commis aucune erreur susceptible de révision en exerçant ce pouvoir discrétionnaire comme il l'a fait. M. Statham avait admis devant la protonotaire que, si une réponse était donnée à chaque demande de communication, la demande deviendrait sans objet et devrait être retirée. Compte tenu du fait que la plainte que M. Statham a adressée au commissaire ne concernait que le refus présumé de communication de la SRC et compte tenu des éclaircissements que M. Statham a donnés à la protonotaire et qui ont déjà été cités au paragraphe 11 des présents motifs, l'admission de M. Statham était fondée en droit. Dès lors qu'une réponse était donnée à toutes les demandes de communication, toute décision prise relativement à la demande de contrôle judiciaire en

no issue of jurisdiction in the sense the Court was forbidden from speaking on the issues before it. After the access requests were responded to the Court could still consider issues such as costs.

[31] Leaving aside the question of costs, the consequence of this is that I would dismiss the appeal on the ground that no error has been demonstrated with respect to the Judge's conclusion that the application for judicial review should be dismissed on the ground of mootness.

[32] That said, this Court heard full argument on the Judge's *obiter* statements and was advised that a number of cases are being held in abeyance pending a decision on this appeal. As well, the Court has heard another appeal from a decision of the Federal Court which followed the decision here under appeal. On that basis, I am satisfied that it is consistent with the principle of judicial economy to address the following issues.

2. What is the effect at law of a deemed refusal of access?

[33] The appellant argues that the Judge's analysis is premised on the idea that the Federal Court has jurisdiction under section 41 of the Act only with respect to a "true refusal" of access. A "true refusal" is said to arise when a government institution has responded to an access request by invoking one of the provisions of the Act that exempts or excepts a record from access. The appellant submits that this conclusion renders meaningless the deeming provision found in subsection 10(3) of the Act.

cours ne pouvait avoir aucune incidence sur les droits des parties à l'égard de ces réponses. En ce qui concerne le fait que le juge mentionne que la Cour n'a pas « compétence pour instruire la demande », il convient de signaler qu'aucune question de compétence ne se posait, en ce sens qu'il n'était pas interdit à la Cour de parler des questions qui lui étaient soumises. Après que les demandes de communication ont reçu une réponse, la Cour pouvait encore examiner des questions comme celle des dépens.

[31] Abstraction faite de la question des dépens, il résulte de ce qui précède que je rejetterais l'appel au motif qu'aucune erreur n'a été établie en ce qui concerne la conclusion du juge suivant laquelle il y avait lieu de rejeter la demande de contrôle judiciaire parce qu'elle était sans objet.

[32] Cela étant, notre Cour a entendu des arguments détaillés sur les observations que le juge a formulées à titre incident et a appris que plusieurs dossiers étaient laissés en suspens en attendant qu'une décision soit rendue dans le présent appel. La Cour est en outre saisie d'un autre appel d'une décision de la Cour fédérale qui a été rendue à la suite de la décision faisant l'objet du présent appel. Pour cette raison, je suis convaincue que, conformément au principe de l'économie des ressources judiciaires, il convient d'aborder les questions suivantes.

2. Quelles sont les conséquences, en droit, d'un refus présumé de communication?

[33] L'appellant soutient que l'analyse du juge part du principe que la Cour fédérale n'a compétence, en vertu de l'article 41 de la Loi, que sur un « refus effectif » de communication. Il y aurait « refus effectif » lorsqu'une institution fédérale a répondu à une demande de communication en invoquant une des dispositions de la Loi prévoyant une dérogation ou une exception à l'obligation de communiquer un document. L'appellant affirme que cette conclusion vide de son sens la disposition déterminative que l'on trouve au paragraphe 10(3) de la Loi.

[34] I have not been persuaded that the Judge drew a distinction between deemed and actual refusals. At paragraph 34 of his reasons, the Judge wrote:

When an institution runs afoul of the timelines prescribed by the Act, subsection 10(3) deems the institution to have refused access to the requested documents with the result that the government institution, the complainant and the [Commissioner] are placed in the same position as if there had been an explicit refusal within the meaning of section 7 of the Act. By incorporating subsection 10(3) into the access regime, Parliament ensured that government institutions could not avoid access obligations by way of delay or non-response and provided a mechanism through which requesting parties are able to file a complaint and eventually seek review from the Court. [Emphasis added.]

[35] In any event, I believe it is settled law that no distinction exists between a “true refusal” and a deemed refusal of access. As this Court wrote in *Minister of National Defence*, at paragraph 19:^[1]

Under the terms of subsection 10(3) of the Act, where a government institution fails to give access to a record within the time limits set out in the Act, there is a deemed refusal to give access, with the result that the government institution, the complainant and the Commissioner are placed in the same position as if there had been a refusal within the meaning of section 7 and subsection 10(1) of the Act.

3. When the Commissioner receives a complaint alleging a deemed refusal of access, may the Commissioner limit her investigation to establishing a time frame in which the government institution is to respond to the access request?

[36] The Commissioner submits that this issue is essential to the determination of whether a commitment date effectively cures a deemed refusal with the consequence that a complainant’s right to apply to the Federal Court under section 41 of the Act for review of the refusal is suspended.

^[1] Editor’s note: The paragraph numbers in the French version of *Minister of National Defence* are offset in relation to the paragraph numbers in the English version.

[34] Je ne suis pas convaincue que le juge a établi une distinction entre un refus présumé et un refus effectif. Voici ce qu’il écrit au paragraphe 34 de ses motifs :

Le paragraphe 10(3) dispose que l’institution qui ne respecte pas les délais prescrits par la Loi est réputée avoir refusé la communication des documents demandés, de telle façon que cette institution, le plaignant et le [commissaire] se trouvent ainsi placés dans la même position que s’il y avait eu refus explicite prévu à l’article 7 de la Loi. En incorporant ce paragraphe dans le régime de l’accès à l’information, le législateur a fait en sorte que les institutions fédérales ne puissent se dérober à leurs obligations de communication en différant leur réponse ou en ne répondant pas, et a établi un mécanisme permettant aux personnes ayant fait une demande de porter plainte et, au besoin, d’exercer un recours en révision devant la Cour. [Non souligné dans l’original.]

[35] En tout état de cause, je crois qu’il est établi en droit qu’il n’y a pas de distinction entre un « refus effectif » et un « refus présumé » de communication. Ainsi que notre Cour l’écrit dans l’arrêt *Ministre de la Défense nationale*, au paragraphe 14^[1] :

Dès lors qu’une institution fédérale est en défaut de communiquer un document dans le délai prévu par la Loi, il y a, aux termes du paragraphe 10(3) de la Loi, présomption de refus de communication dont l’effet est de placer l’institution fédérale, le plaignant et le Commissaire dans la même situation que s’il y avait eu refus au sens de l’article 7 et du paragraphe 10(1) de la Loi.

3. Lorsqu’elle est saisie d’une plainte portant sur un refus présumé de communication, la commissaire peut-elle limiter son enquête à la fixation du délai dans lequel l’institution fédérale doit répondre à la demande de communication?

[36] La commissaire affirme qu’il est essentiel de répondre à cette question pour savoir si l’existence d’un délai convenu a pour effet de remédier au refus présumé de manière à suspendre le droit du plaignant d’exercer un recours en révision du refus devant la Cour fédérale en vertu de l’article 41 de la Loi.

^[1] Note de l’arrêteste : La numérotation des paragraphes de la version française de l’arrêt *Ministre de la Défense nationale* est décalée par rapport à celle de la version anglaise.

[37] Neither party challenges the right of the Commissioner to so limit her investigation. The CBC points out that Prothonotary Tabib's order reflected the understanding of the parties that the Federal Court would not be called upon to adjudicate upon the merits of the CBC's responses to the access requests. The Court could not consider the merits of the responses because the Commissioner had chosen not to investigate the merits of any refusal of access by the CBC.

[38] The Judge also accepted that the Commissioner was entitled to limit his investigation to requiring the CBC to respond to each access request so that Mr. Statham could then consider the merits of whatever response was provided. If not satisfied with any response, Mr. Statham could make a further complaint to the Commissioner, who would then consider the merits of any exemption or exclusion under the Act claimed by the CBC.

[39] In my view, the Judge was correct in his view that the Commissioner was entitled in his discretion to limit his investigation. Section 34 of the Act confers upon the Commissioner the power to "determine the procedure to be followed in the performance of any duty or function of the Commissioner under this Act." While this power is expressed to be "[s]ubject to this Act," there is nothing in the Act that suggests the Commissioner is required in every case to investigate and assess a government institution's claimed exemptions or exclusions before the Commissioner can report that in her view the government institution is deemed to have refused access. As the Commissioner points out, such a requirement would have significant resource implications for her office.

[40] Support for the view that the Commissioner may limit her investigation is found in the reasons of this Court in *Minister of National Defence*. There, the Commissioner had received a complaint with respect to a deemed refusal of access and proceeded to investigate

[37] Nul ne conteste le droit de la commissaire de restreindre de la sorte la portée de son enquête. La SRC souligne qu'il ressort de l'ordonnance de la protonotaire Tabib que les parties avaient convenu que la Cour fédérale ne serait pas appelée à se prononcer sur le bien-fondé des réponses données par la SRC aux demandes de communication. La Cour ne pouvait se prononcer sur le bien-fondé des réponses parce que le commissaire avait choisi de faire enquête sur le bien-fondé de tout refus de communication opposé par la SRC.

[38] Le juge a également accepté que le commissaire avait le droit de restreindre la portée de son enquête à l'obligation pour la SRC de répondre à chacune des demandes de communication de sorte que M. Statham pouvait ensuite examiner le bien-fondé des réponses qui lui étaient données. S'il était insatisfait d'une réponse, M. Statham pouvait présenter une nouvelle plainte au commissaire, qui pouvait alors examiner le bien-fondé de toute dérogation ou exception invoquée par la SRC en vertu de la Loi.

[39] À mon avis, c'est à bon droit que le juge s'est dit d'avis que le commissaire avait toute latitude pour restreindre ainsi la portée de son enquête. L'article 34 de la Loi confère au commissaire le pouvoir d'« établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions ». Bien que l'article 34 précise que ce pouvoir est conféré « [s]ous réserve des autres dispositions de la présente loi », il n'y a rien dans la Loi qui permette de penser que le commissaire a l'obligation, dans chaque cas, d'examiner et d'apprécier les dérogations et les exceptions invoquées par l'institution fédérale avant de pouvoir déclarer qu'à son avis, l'institution fédérale est présumée avoir refusé de communiquer les documents demandés. Ainsi que le commissaire le souligne, une telle obligation aurait de graves répercussions sur les ressources du Commissariat.

[40] On trouve un appui en faveur du pouvoir de la commissaire de restreindre la portée de son enquête dans les motifs de notre Cour dans l'arrêt *Ministre de la Défense nationale*. Dans cette affaire, le commissaire, qui était saisi d'une plainte portant sur un refus présumé

the complaint in the same manner as in the present case. At paragraph 21^[2] of its reasons, the Court wrote:

In the instant case, as soon as the institution failed to comply with the time limit, the Commissioner could have initiated his investigation as if there had been a true refusal. He does have powers to investigate including, at the beginning of an investigation, the power to compel the institution to explain the reasons for its refusal. The Commissioner, who is master of his procedure pursuant to section 34 of the Act, chose another approach. He hoped to persuade the institution to voluntarily give the notice required under sections 7 and 10. He tried to transform, as it were, what was then a deemed refusal into a true refusal. For all practical purposes, he split his investigation into two parts, initially trying to get an answer from the institution, so he could then consider the merits of whatever answer might be provided. [Emphasis added.]

[41] Implicit in this passage, and in the reasons of the Court in their entirety, is the affirmation of the right of the Commissioner to limit her investigation of a deemed refusal. The Commissioner may confine her investigation to recommending a time frame in which a government institution is to respond to the access request. Such an approach will result, at the end of the day, in the government institution giving the notice required under sections 7 and 10 of the Act. If at that time access is not provided, the institution's response will enable the access requester to consider whether to lodge a further complaint with the Commissioner.

4. If the Commissioner is entitled to so limit her investigation, did the Judge err by stating that it is for the Commissioner to assess the circumstances and determine what is a reasonable deadline for complying with the access request, thus in effect curing the deemed refusal?

[42] The appellant submits that the Judge erred in law by construing the Act to give the Commissioner power to “cure” deemed refusals by permitting a government

de communication, avait décidé d'enquêter sur la plainte de la même manière qu'en l'espèce. Au paragraphe 16^[2] de ses motifs, la Cour écrit :

En l'espèce, le Commissaire aurait pu, dès le défaut de l'institution de respecter le délai, entreprendre son enquête comme s'il y avait eu refus réel. Il dispose, en effet, de pouvoirs d'enquête tels qu'il peut, en début d'enquête, contraindre l'institution à exposer les raisons de son refus. Le Commissaire, qui est maître de sa procédure aux termes de l'article 34 de la Loi, a choisi une autre voie. Il a voulu, à l'amiable, amener l'institution à donner l'avis requis par les articles 7 et 10. Il a, en quelque sorte, cherché à transformer en refus réel un refus qui n'était alors que présumé. Il a, à toutes fins utiles, scindé son enquête en deux volets, cherchant dans un premier temps à obtenir la réponse de l'institution, pour se pencher ensuite, dans un deuxième temps, sur le bien-fondé de la réponse éventuellement donnée. [Non souligné dans l'original.]

[41] On trouve dans ce passage, ainsi que dans l'ensemble des motifs de la Cour, une confirmation implicite du droit de la commissaire de restreindre la portée de son enquête à l'examen du refus présumé. La commissaire peut, au terme de son enquête, se borner à recommander un délai dans lequel l'institution fédérale devra répondre à la demande de communication. Une telle méthode aboutira, en fin de compte, à la transmission, par l'institution fédérale, de l'avis exigé aux articles 7 et 10 de la Loi. Si la communication est alors refusée, la réponse de l'institution permettra à l'auteur de la demande d'accès d'examiner l'opportunité de porter de nouveau plainte au commissaire.

4. Si la commissaire a le droit de restreindre ainsi la portée de son enquête, le juge a-t-il commis une erreur en affirmant que c'est au commissaire qu'il appartient d'évaluer les circonstances et de préciser le délai raisonnable imparti à l'institution pour répondre à la demande de communication, remédiant ainsi au refus présumé?

[42] L'appelant soutient que le juge a commis une erreur de droit en interprétant la Loi comme si elle donnait à la commissaire le pouvoir de « remédier » aux

^[2] *Ibid.*

^[2] *Ibid.*

institution to respond to an access request outside of the statutory time frame.

[43] The position of the Commissioner is that this “is not a power that the Commissioner had understood to have been granted” to her. Nor, in the Commissioner’s view, “is this a power expressly or implicitly conferred” upon the Commissioner under the Act.

[44] The CBC argues that the appellant’s interpretation of the Act does not acknowledge the right of the Commissioner to determine the procedure to be followed when investigating a complaint that there has been a deemed refusal of access. In its submission, it is the nature of the procedure followed by the Commissioner that will be determinative of whether a deemed refusal can be judicially reviewed.

[45] In my respectful view, the Judge erred in law when he interpreted the Act to empower the Commissioner to “cure” deemed refusals by establishing, with the agreement of the institution, a commitment date. The Judge’s interpretation in effect allows the Commissioner, by agreeing to a commitment date, to transform the deemed refusal into a valid and binding extension of time for responding to the access request. I reach the conclusion that the Judge erred for the following reasons.

[46] First, contrary to the submission of the CBC, the discretion to determine the procedure to be followed in an investigation is a distinct and separate issue from the powers granted to the Commissioner when investigating a complaint. The Commissioner’s powers are set out in section 36 [as am. by S.C. 2006, c. 9, s. 153] of the Act. Neither section 36 nor any other provision of the Act confers power on the Commissioner to extend the time frames set out in the Act.

[47] Second, the role of the Commissioner is to make non-binding recommendations to the relevant government institution. The Commissioner has no authority to order the disclosure of any record. See, for example,

refus présumés en permettant à une institution fédérale de répondre à une demande de communication après l’expiration du délai prévu par la loi.

[43] La commissaire n’estime pas qu’il s’agit d’un pouvoir qu’elle croyait avoir reçu. De plus, suivant la commissaire, il ne s’agit pas non plus d’un pouvoir que la Loi lui confère expressément ou implicitement.

[44] La SRC affirme que l’interprétation que l’appelant fait de la Loi ne reconnaît pas le droit de la commissaire de déterminer la procédure à suivre lorsqu’il fait enquête sur une plainte portant sur un refus présumé de communication. À son avis, par définition, la procédure suivie par la commissaire tranchera la question de savoir si le refus présumé peut faire l’objet d’un contrôle judiciaire.

[45] À mon humble avis, le juge a commis une erreur de droit en interprétant la Loi comme si elle habilitait la commissaire à « remédier » aux refus présumés en fixant un délai, avec l’accord de l’institution concernée. L’interprétation retenue par le juge a pour effet de permettre à la commissaire, en acceptant le délai convenu, de transformer le refus présumé en une prorogation valide et contraignante du délai imparti pour répondre à la demande de communication. J’arrive à la conclusion que le juge a commis une erreur pour les motifs suivants.

[46] Premièrement, contrairement à ce que prétend la SRC, le pouvoir discrétionnaire de déterminer la procédure à suivre lors d’une enquête constitue une question distincte de celle des pouvoirs qui sont conférés à la commissaire lorsqu’elle enquête sur une plainte. Les pouvoirs de la commissaire sont énoncés à l’article 36 [mod. par L.C. 2006, ch. 9, art. 153] de la Loi. Ni l’article 36 ni l’une quelconque des autres dispositions de la Loi ne confère à la commissaire le pouvoir de proroger les délais fixés par la Loi.

[47] Deuxièmement, le rôle de la commissaire est de formuler des recommandations non contraignantes à l’institution fédérale concernée. La commissaire n’a pas le pouvoir d’ordonner la communication de quelque document que ce soit (voir, par exemple, l’arrêt *Ministre*

Minister of National Defence, at paragraph 27;^[3] *Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 4 F.C. 245 (T.D.), at paragraph 12; and *Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)*, 2004 FC 431, [2004] 4 F.C.R. 181 [abridged version], at paragraph 32 (revd on other grounds 2005 FCA 199, [2005] 4 F.C.R. 673). It is inconsistent with the role and mandate of the Commissioner to clothe her with authority to grant to a government institution a binding extension of time for the purpose of responding to an access request.

[48] Finally, the Judge appears to have relied upon the decision of this Court in *Minister of National Defence* to conclude that Mr. Statham could not apply to the Court until after the expiration of the commitment date. In that case, the Court affirmed the decision of the Federal Court that an application for judicial review of a deemed refusal of access was rendered moot because the institution had finally provided a response to the access request. To the extent the application for judicial review was directed towards the merits of the exemptions claimed in the response, the application was premature because the Commissioner had not investigated those claimed exemptions. This decision does not support the Judge's interpretation of the Act.

[49] To conclude on this point, the Act confers no authority on the Commissioner to "cure" a deemed refusal of access by granting any extension of time to a government institution to respond to an access request.

5. Did the Judge err by stating that Mr. Statham could not apply to the Federal Court to judicially review the CBC's deemed refusal of access prior to the expiration of the commitment date?

[50] As explained above at paragraph 23, the Judge found that Mr. Statham could not seek judicial review

de la Défense nationale, au paragraphe 22^[3]; *Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 4 C.F. 245 (1^{re} inst.), au paragraphe 12; et *Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)*, 2004 CF 431, [2004] 4 R.C.F. 181 [version abrégée], au paragraphe 32 (inf. pour d'autres motifs 2005 CAF 199, [2005] 4 R.C.F. 673)). Il ne cadre pas avec le rôle et le mandat de la commissaire que celle-ci soit investie du pouvoir d'accorder à une institution fédérale une prorogation contraignante du délai imparti à cette dernière pour répondre à une demande de communication.

[48] Enfin, le juge semble s'être fondé sur l'arrêt de notre Cour *Ministre de la Défense nationale* pour conclure que M. Statham ne pouvait présenter une demande à la Cour tant que le délai convenu ne serait pas expiré. Dans cet arrêt, notre Cour a confirmé la décision de la Cour fédérale, qui avait conclu que la demande de contrôle judiciaire d'un refus présumé de communication était devenue sans objet parce que l'institution avait finalement répondu à la demande de communication. Dans la mesure où la demande de contrôle judiciaire portait sur le bien-fondé des dérogations invoquées dans la réponse, la demande était prématurée puisque le commissaire n'avait pas fait enquête sur les dérogations ainsi invoquées. Cette décision n'appuie pas l'interprétation que le juge a faite de la Loi en l'espèce.

[49] Pour conclure sur ce point, je signale que la Loi ne confère à la commissaire aucun pouvoir de « remédier » à un refus présumé de communication en prorogeant le délai imparti à une institution fédérale pour répondre à une demande de communication.

5. Le juge a-t-il commis une erreur en déclarant que M. Statham ne pouvait saisir la Cour fédérale d'une demande de contrôle judiciaire du refus présumé de communication de la SRC avant l'expiration du délai convenu?

[50] Ainsi que je l'ai expliqué au paragraphe 23, le juge a conclu que M. Statham ne pouvait présenter une

^[3] *Ibid.*

^[3] *Ibid.*

prior to the expiration of the commitment date. The Judge reached this conclusion notwithstanding that one year prior to the commitment date the then-Commissioner had completed his investigation of the complaint and made his final report to Mr. Statham under subsection 37(2) of the Act. In that report, the Commissioner advised Mr. Statham that he could apply under section 41 of the Act to the Federal Court for a review of the CBC's deemed refusal to deny him access to the requested records.

[51] Mr. Statham asserts that the Judge's analysis is premised on the idea that the Federal Court only has jurisdiction under section 41 of the Act with respect to "true refusals" of access. Mr. Statham also argues that the Judge's conclusion that he had no right of access to the Federal Court is not supported by the language or purpose of the Act.

[52] The Commissioner submits that section 41 of the Act does not specify that the right of judicial review is confined to actual or true or continued refusals and the Judge's interpretation of the Act unnecessarily restricts the Federal Court's jurisdiction under the Act.

[53] The CBC asserts that section 41 of the Act confers on the Federal Court a limited power to entertain an application for judicial review where a person has been "refused" access to a record by an institution. The term "refused" is said to refer exclusively to an "actual" refusal. Reliance is placed upon the Judge's comment at paragraph 43 of his reasons that there was no "genuine and continuing" refusal of access "during the extension given to the CBC to respond". The CBC further says that the purpose of the deemed refusal provision in subsection 10(3) of the Act is simply to allow an access requester to file a complaint with the Commissioner when an institution fails to respond to an access request within the time frame prescribed by the Act.

demande de contrôle judiciaire avant l'expiration du délai convenu. Le juge a tiré cette conclusion malgré le fait qu'un an avant l'expiration du délai convenu, le commissaire de l'époque avait terminé son enquête de la plainte et avait rendu compte des résultats de l'enquête à M. Statham conformément au paragraphe 37(2) de la Loi. Dans son rapport, le commissaire expliquait à M. Statham qu'il pouvait, en vertu de l'article 41 de la Loi, exercer devant la Cour fédérale un recours en révision du refus présumé de la SRC de lui communiquer les documents demandés.

[51] M. Statham affirme que l'analyse du juge part du principe que la Cour fédérale n'a compétence en vertu de l'article 41 de la Loi qu'à l'égard des « refus effectifs » de communication. M. Statham soutient également que la conclusion du juge qu'il n'avait aucun recours devant la Cour fédérale n'était fondée ni sur le libellé ni sur l'objet de la Loi.

[52] La commissaire affirme que l'article 41 de la Loi ne précise pas que le droit au contrôle judiciaire ne vaut que pour les refus effectifs, véritables ou continus. Il ajoute que l'interprétation que le juge fait de la Loi limite inutilement la compétence que la Cour fédérale possède en vertu de la Loi.

[53] La SRC affirme que l'article 41 de la Loi confère à la Cour fédérale un pouvoir limité de connaître une demande de contrôle judiciaire lorsque l'intéressé s'est vu « refuser » la communication d'un document par une institution fédérale. Le mot « refuser » ne s'appliquerait qu'à un refus « effectif ». La SRC se fonde sur les propos que le juge a tenus au paragraphe 43 de ses motifs suivant lesquels il n'y avait pas eu en l'espèce de « refus de communication réel et continu [...] pendant la prorogation accordée à la SRC pour répondre » aux demandes de communication. La SRC ajoute que les dispositions du paragraphe 10(3) de la Loi relatives au refus présumé visent simplement à permettre à l'auteur de la demande de communication de porter plainte auprès du commissaire lorsqu'une institution fait défaut de répondre à une demande de communication dans le délai prescrit par la Loi.

[54] As explained at paragraph 34 above, I do not believe the Judge concluded that deemed refusals are insufficient to found an application under section 41 of the Act. Rather, what the Judge considered to be determinative was how the Commissioner decides to conduct her investigation. This is reflected at paragraph 41 of his reasons where the Judge stated that a deemed refusal could be judicially reviewed where the Commissioner does not allow any further time for the institution to respond to the access request, but instead investigates “as if there had been a true refusal”.

[55] That said, in my respectful view the Judge erred when he found that, as a matter of law, there was no right to judicially review the deemed refusal to provide access in the circumstances before the Court. Where there is a complaint of a deemed refusal to provide access, the complainant may apply for judicial review within 45 days of receiving the Commissioner’s report made under subsection 37(2) of the Act. The relevance of the procedure chosen by the Commissioner is that in an application under section 41 of the Act the Court cannot rule upon the application of any exemption or exclusion claimed under the Act if the Commissioner has not investigated and reported upon the claim to the exemption or exclusion. I reach this conclusion for the following reasons.

[56] First, as is apparent from paragraph 41 of the Judge’s reasons, the Judge’s conclusion that Mr. Statham could not apply for judicial review was based upon his conclusion that the Commissioner had, by agreeing to the commitment date, in effect granted an extension of time to the CBC, thus “curing” its deemed refusal. As explained above, the Commissioner had no power to grant an extension of the time limits set out in the Act.

[57] Second, there is nothing in the wording of section 41 of the Act which limits the right of access to the Court to an actual refusal of access. For ease of reference, section 41 is reproduced here:

[54] Comme je l’ai expliqué au paragraphe 34, je ne crois pas que le juge ait conclu que les refus présumés étaient insuffisants pour justifier l’exercice du recours prévu à l’article 41 de la Loi. L’aspect que le juge a en fait considéré déterminant était la façon dont la commissaire décide de mener son enquête. C’est ce qui ressort du paragraphe 41 de ses motifs, où il explique qu’un refus présumé pourrait faire l’objet d’une demande de contrôle judiciaire lorsque la commissaire ne proroge pas le délai imparti à l’institution pour répondre à la demande de communication, mais décide plutôt de faire enquête « en faisant comme s’il y avait eu refus explicite ».

[55] Cela dit, à mon humble avis, le juge a commis une erreur en concluant qu’en droit, il n’existait aucun droit de contrôler judiciairement le refus présumé de donner communication dans les circonstances portées à la connaissance de la Cour. En cas de plainte portant sur un refus présumé de donner communication, le plaignant peut présenter une demande de contrôle judiciaire dans les 45 jours du compte rendu des résultats donné par la commissaire conformément au paragraphe 37(2) de la Loi. L’utilité de la procédure choisie par la commissaire est illustrée par le fait que, lorsqu’elle est saisie d’un recours exercé en vertu de l’article 41 de la Loi, la Cour ne peut statuer sur l’application de toute dérogation ou exception invoquée en vertu de la Loi que si la commissaire n’a pas enquêté et rendu compte de ses conclusions au sujet de la dérogation ou de l’exception revendiquée. Je parviens à cette conclusion pour les motifs suivants.

[56] En premier lieu, il ressort du paragraphe 41 des motifs du juge que sa conclusion suivant laquelle M. Statham ne pouvait présenter une demande de contrôle judiciaire était fondée sur sa conclusion que le commissaire avait, en acceptant le délai convenu, effectivement accordé une prorogation de délai à la SRC, « remédiant » ainsi au refus présumé de cette dernière. Comme nous l’avons déjà expliqué, le commissaire n’avait pas le pouvoir de proroger le délai prévu par la Loi.

[57] Deuxièmement, il n’y a rien dans le libellé de l’article 41 de la Loi qui restreigne le droit de s’adresser à la Cour en cas de refus effectif de communication. Par souci de commodité, je reproduis ici l’article 41 :

Review by
Federal Court

41. Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Information Commissioner are reported to the complainant under subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow. [Emphasis added.]

[58] Subsection 10(3) of the Act provides that where the head of a government institution fails to give access to a requested record within the time limit set out in the Act, “the head of the institution shall, for the purposes of this Act, be deemed to have refused to give access.”

[59] The Act is to be interpreted in a purposive and liberal manner. See: *Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1995] 2 F.C. 110 (C.A.), at page 128. The governing principle of statutory interpretation requires words of an Act to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act and the intention of Parliament.

[60] Applying those principles, the phrase “[a]ny person who has been refused access to a record requested” as used in section 41 of the Act includes any person who has not received access to a requested record within the time limits set out in the Act. To conclude otherwise would not give effect to the plain wording of subsection 10(3) of the Act.

[61] Third, the prior jurisprudence of this Court is to the effect that a deemed refusal to give access places a complainant in the same position as if there had been a refusal within the meaning of section 7 and subsection 10(1) of the Act. See: *Minister of National Defence*, at paragraph 19.^[4]

^[4] *Ibid.*

Révision
par la
Cour
fédérale

41. La personne qui s’est vu refuser communication totale ou partielle d’un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l’information peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l’expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation. [Non souligné dans l’original.]

[58] Le paragraphe 10(3) de la Loi prévoit que « [I] défaut de communication totale ou partielle d’un document dans les délais prévus par la présente loi vaut décision de refus de communication. »

[59] La Loi doit être interprétée d’une manière téléologique et libérale (voir l’arrêt *Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1995] 2 C.F. 110 (C.A.), à la page 128). Suivant le principe de base en matière d’interprétation des lois, il faut lire les termes de la Loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la Loi, l’objet de la Loi et l’intention du législateur.

[60] Si l’on applique ce principe au cas qui nous occupe, l’expression « [I]a personne qui s’est vu refuser communication totale ou partielle d’un document demandé » que l’on trouve à l’article 41 de la Loi englobe toute personne qui n’a pas encore reçu communication d’un document demandé dans les délais prévus par la Loi. Conclure autrement ne donnerait pas effet au libellé explicite du paragraphe 10(3) de la Loi.

[61] Troisièmement, suivant la jurisprudence de notre Cour, un refus présumé de donner communication place le plaignant dans la même position que s’il avait essuyé un refus au sens de l’article 7 et du paragraphe 10(1) de la Loi (voir l’arrêt *Ministre de la Défense nationale*, au paragraphe 14)^[4].

^[4] *Ibid.*

[62] Consistent with this is the decision of the Federal Court in *X v. Canada (Minister of National Defence)* [cited above]. At page 677 Justice Strayer, when describing the scheme of the Act, referred to “a right to seek judicial review in cases of actual or deemed refusal of access for the purpose of obtaining that access.”

[63] Finally, I have considered the CBC’s reliance upon the Judge’s statement at paragraph 43 of his reasons that there was no “genuine and continuing claim of refusal of access either during the extension period given to the CBC”. However, the commitment date did not cure the deemed refusal by extending the time in which the CBC could respond to the access request. At the time the application for judicial review was commenced, the CBC had not provided responses to all of the access requests. There was, therefore, a refusal of access to some of the records at the time the application was commenced.

[64] To conclude, section 41 of the Act contains three prerequisites that must be met before an access requester may apply to the Federal Court. They are:

1. The applicant must have been “refused access” to a requested record.
2. The applicant must have complained to the Commissioner about the refusal.
3. The applicant must have received a report of the Commissioner under subsection 37(2) of the Act.

[65] A person who is “refused access” to a record includes a person who has requested access where the head of the government institution is deemed under subsection 10(3) of the Act to have refused to give access.

[62] La décision de la Cour fédérale *X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* [précitée] va dans le même sens. À la page 677, pour expliquer l’économie de la Loi, le juge Strayer parle de l’existence d’un « recours en révision judiciaire dans les cas de défaut de communication ou d’une décision valant refus de communication d’un document, afin d’obtenir cette communication ».

[63] Enfin, j’ai tenu compte du passage des motifs du juge sur lequel la SRC se fonde. Au paragraphe 43 de ses motifs, le juge explique en effet qu’il n’y a pas eu en l’espèce de « refus de communication réel et continu [...] pendant la prorogation accordée à la SRC pour répondre » aux demandes de communication. Le délai convenu n’a toutefois pas remédié au refus présumé du fait de la prorogation du délai imparti à la SRC pour répondre à la demande de communication. Au moment où la demande de contrôle judiciaire a été introduite, la SRC n’avait pas répondu à la totalité des demandes de communication. Certains des documents avaient donc fait l’objet d’un refus de communication au moment où la demande a été introduite.

[64] Pour conclure, l’article 41 de la Loi prévoit trois conditions préalables qui doivent être réunies avant que l’auteur de la demande de communication puisse exercer un recours devant la Cour fédérale. Ces conditions sont les suivantes :

1. Le demandeur doit s’être vu « refuser communication » d’un document demandé;
2. Le demandeur doit avoir déposé une plainte au sujet de ce refus devant la commissaire;
3. La commissaire doit avoir rendu compte au demandeur des conclusions de son enquête conformément au paragraphe 37(2) de la Loi.

[65] Est assimilée à une personne qui s’est vu « refuser communication » d’un document celle qui a demandé la communication d’un document dont le défaut de communication vaut décision de refus de communication par application du paragraphe 10(3) de la Loi.

6. Did the Judge err by failing to grant the requested declaration?

[66] As of the commitment date the CBC had not responded to 38 access requests. Those responses were delivered five days prior to the hearing in the Federal Court. At the hearing, Mr. Statham sought a declaration that the CBC had acted unreasonably. The Judge declined to grant declaratory relief on the ground that the Federal Court lacked jurisdiction.

[67] In my view, the Judge did not err in refusing declaratory relief. I reach this conclusion for a different reason than the Judge. In my view, the request for declaratory relief should have been refused because the reasonableness of the CBC's conduct was not directly in issue in this application. This is reflected by the following:

1. No complaint was made to the Commissioner concerning the reasonableness of the CBC's conduct.

2. Neither Mr. Statham's notice of application for judicial review nor his amended application sought declaratory relief.

3. Mr. Statham conceded before Prothonotary Tabib that the application would become moot in respect of all of the access requests the CBC responded to.

4. A single application for judicial review was filed in respect of hundreds of complaints to the Commissioner. As of November 21, 2008, there were 80 outstanding access requests. As of the commitment date only 38 access requests had not been responded to. Having regard to the number and diversity of the access requests and the different time frames in which each was responded to, it was inconsistent with a general request for declaratory relief to consolidate all of the complaints within a single application.

6. Le juge a-t-il commis une erreur en ne rendant pas le jugement déclaratoire demandé?

[66] À l'expiration du délai convenu, la SRC n'avait pas répondu à 38 des demandes de communication. Elle a communiqué sa réponse à ces demandes cinq jours avant l'ouverture de l'audience de la Cour fédérale. À l'audience, M. Statham a réclamé un jugement déclarant que la SRC avait agi de manière déraisonnable. Le juge a refusé de le faire au motif que la Cour fédérale n'avait pas la compétence.

[67] À mon avis, le juge n'a pas commis d'erreur en refusant de rendre le jugement déclaratoire. J'arrive toutefois à cette conclusion pour une raison différente du juge. À mon avis, la demande de jugement déclaratoire aurait dû être refusée parce que le caractère raisonnable de la conduite de la SRC n'était pas directement en cause dans la présente demande, comme le démontrent les faits suivants :

1. Aucune plainte n'avait été déposée devant le commissaire au sujet du caractère raisonnable de la conduite de la SRC.

2. M. Statham n'avait pas demandé de jugement déclaratoire dans son avis de demande de contrôle judiciaire ni dans sa demande modifiée.

3. M. Statham a admis devant la protonotaire Tabib que la demande deviendrait sans objet en ce qui concerne toutes les demandes de communication auxquelles la SRC avait répondu.

4. Une seule demande de contrôle judiciaire a été déposée relativement aux centaines de plaintes déposées devant le commissaire. En date du 21 novembre 2008, il restait 80 demandes de communication en suspens. À l'expiration du délai convenu, seulement 38 demandes de communication n'avaient pas encore reçu de réponse. Compte tenu du nombre et de la diversité des demandes de communication et des délais différents dans lesquelles la SRC a répondu à chacune d'entre elles, une demande générale de jugement déclaratoire était incompatible avec la réunion de la totalité des plaintes en question en une seule demande.

In these circumstances it would have been inappropriate to grant declaratory relief.

[68] As I have concluded that the reasonableness of the CBC's conduct was not directly and properly raised by Mr. Statham, it is unnecessary to consider whether the Federal Court could have granted declaratory relief.

7. Did the Judge err by awarding costs against Mr. Statham?

[69] The Judge awarded the costs of the proceeding against Mr. Statham and set those costs under the highest column of the table to Tariff B of the *Federal Courts Rules*. Mr. Statham submits that the cost award was inappropriate and improperly punitive. This is said to be particularly so because the prothonotary had previously made cost orders against Mr. Statham in respect of at least some of the same conduct relied upon by the Judge.

[70] It is not clear that the Judge's attention was drawn to section 53 of the Act. Section 53 provides:

Costs **53.** (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

Idem (2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result. [Emphasis added.]

[71] Subsection 53(2) is a reflection of Parliament's intent that important issues concerning the Act be brought before the courts, and that a litigant who raises such issues is not to be deprived of an award of costs solely because he or she was unsuccessful in the litigation. The provision is an effort to level the playing field for litigants who seek records from a government institution.

Dans ces conditions, il aurait été inapproprié de rendre un jugement déclaratoire.

[68] Comme j'ai déjà conclu que la question du caractère raisonnable de la conduite de la SRC n'a pas été directement et régulièrement soulevée par M. Statham, il n'est pas nécessaire de se demander si la Cour fédérale aurait pu rendre un jugement déclaratoire.

7. Le juge a-t-il commis une erreur en condamnant M. Statham aux dépens?

[69] Le juge a condamné M. Statham aux dépens de l'instance, qu'il a fixés en appliquant la colonne la plus élevée du tableau du tarif B des *Règles des Cours fédérales*. M. Statham affirme que cette adjudication de dépens n'était pas appropriée, ajoutant qu'elle est irrégulièrement punitive. Il soutient que cela est d'autant plus vrai que la protonotaire l'avait déjà condamné aux dépens pour au moins une partie des mêmes actes que ceux que lui reproche le juge.

[70] On ne sait pas avec certitude si l'on a attiré l'attention du juge sur l'article 53 de la Loi, qui dispose :

53. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal. Frais et dépens

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet des recours visés aux articles 41 et 42 a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours. [Non souligné dans l'original.] Idem

[71] Le paragraphe 53(2) témoigne de la volonté du législateur de soumettre aux tribunaux les questions importantes relatives à la Loi et de son désir que le plaideur qui soulève ces questions ne soit pas privé de ses dépens du seul fait qu'il n'obtient pas gain de cause. Cette disposition vise à mettre sur un pied d'égalité les plaideurs qui cherchent à obtenir la communication de documents d'une institution fédérale.

[72] In the present case, the Judge exercised his discretion to hear an application that was moot. He did so because he found [at paragraph 30] that Mr. Statham had raised “issues that are of interest to other potential litigants and which have never been addressed by courts before.” Having found important issues of principle were raised, it was an error of law to fail to consider the application of subsection 53(2) of the Act. Had the Judge done so, I am satisfied that the award of costs would have been different.

[73] As to what the award of costs should have been had the Judge considered subsection 53(2), the Judge was critical of Mr. Statham’s conduct in the proceeding. This was a conclusion open to the Judge on the evidence and I have not been persuaded that the Judge made any palpable or overriding error in reaching this conclusion. Nothing in section 53 of the Act precludes the Court from considering the conduct of a party before the Court when exercising the discretion as to costs.

[74] Rule 407 of the *Federal Courts Rules* provides that unless otherwise ordered, costs are to be assessed in accordance with column III of the table to Tarriff B. Taking into consideration subsection 53(2) of the Act, rule 407 and the Judge’s concerns about Mr. Statham’s conduct, I would award the costs of the Federal Court proceeding to Mr. Statham. Such costs should be assessed in accordance with the midpoint of column I of the table to Tariff B.

Conclusion

[75] For the reasons given, I would dismiss the appeal except that, pronouncing the judgment that the Judge ought to have pronounced, I would vary the judgment appealed from so as to award the costs of the application in the Federal Court to Mr. Statham, such costs to be assessed in accordance with the midpoint of column I of the table to Tariff B.

[72] En l’espèce, le juge a exercé son pouvoir discrétionnaire en acceptant d’examiner la demande malgré son caractère théorique parce que le demandeur soulevait [au paragraphe 30] « des questions susceptibles d’intéresser d’autres plaideurs éventuels et qui n’ont jamais auparavant fait l’objet d’un examen judiciaire ». Ayant conclu que des questions de principe importantes étaient soulevées, le juge a commis une erreur en n’examinant pas l’application du paragraphe 53(2) de la Loi. S’il l’avait fait, je suis convaincue que l’adjudication des dépens aurait été différente.

[73] Pour ce qui est de savoir comment auraient été adjugés les dépens si le juge avait tenu compte du paragraphe 53(2), rappelons que le juge a critiqué la façon dont M. Statham s’était comporté au cours de l’instance. Il lui était loisible de parvenir à cette conclusion vu l’ensemble de la preuve et on ne m’a pas convaincue que le juge a commis une erreur manifeste ou dominante en tirant cette conclusion. Rien dans l’article 53 de la Loi n’empêche la Cour de tenir compte du comportement d’une partie devant elle lorsqu’elle exerce son pouvoir discrétionnaire au sujet des dépens.

[74] La règle 407 des *Règles des Cours fédérales* prévoit que, sauf ordonnance contraire de la Cour, les dépens sont taxés en conformité avec la colonne III du tableau du tarif B. Tenant compte du paragraphe 53(2) de la Loi, de la règle 407 des Règles et des réserves exprimées par le juge au sujet de la conduite de M. Statham, j’adjugerais à ce dernier les dépens de l’instance introduite devant la Cour fédérale. Ces dépens devront être taxés au milieu de la fourchette prévue à la colonne I du tableau du tarif B.

Dispositif

[75] Pour les motifs qui ont été exposés, je rejetterais l’appel à cette réserve près que, rendant le jugement que le juge aurait dû rendre, je modifierais le jugement frappé d’appel de manière à adjuger les dépens de l’instance introduite devant la Cour fédérale à M. Statham et à ordonner que ces dépens soient taxés au milieu de la fourchette prévue à la colonne I du tableau du tarif B.

[76] In this Court, Mr. Statham has failed to obtain the declaratory relief he sought. He has, however, raised important principles in relation to the Act that are of concern to other persons making access requests. Further, he successfully argued that the Judge had erred in his interpretation of the Act. For that reason, I would award him the costs of this appeal, to be assessed at the midpoint of column III of the table to Tariff B.

[77] The Commissioner is an intervener in this Court. Therefore, I would make no award of costs for or against the Commissioner.

TRUDEL J.A.: I agree.

MAINVILLE J.A.: I concur.

APPENDIX

Sections 7, 9, 10, 30 [as am. by S.C. 1992, c. 21, s. 4], 34, 36, 37, 41, 49, 50 and 53 of the *Access to Information Act* are as follows:

Notice where
access
requested

7. Where access to a record is requested under this Act, the head of the government institution to which the request is made shall, subject to sections 8, 9 and 11, within thirty days after the request is received,

(a) give written notice to the person who made the request as to whether or not access to the record or a part thereof will be given; and

(b) if access is to be given, give the person who made the request access to the record or part thereof.

...

Extension
of time
limits

9. (1) The head of a government institution may extend the time limit set out in section 7 or subsection 8(1) in respect of a request under this Act for a reasonable period of time, having regard to the circumstances, if

[76] Devant notre Cour, M. Statham n'a pas réussi à obtenir le jugement déclaratoire qu'il réclamait. Il a toutefois soulevé des principes importants qui se rapportent à la Loi et qui concernent d'autres personnes qui présentent des demandes de communication. De plus, il a plaidé avec succès que le juge avait commis une erreur dans son interprétation de la Loi. Pour cette raison, je lui adjugerais les dépens du présent appel et j'ordonnerais que ces dépens soient taxés selon le milieu de la fourchette prévue à la colonne III du tableau du tarif B.

[77] La commissaire agissait à titre d'intervenante devant notre Cour. Je suis par conséquent d'avis de ne le condamner à aucuns dépens.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.

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

ANNEXE

Les articles 7, 9, 10, 30 [mod. par L.C. 1992, ch. 21, art. 4], 34, 36, 37, 41, 49, 50 et 53 de la *Loi sur l'accès à l'information* sont ainsi libellés :

7. Le responsable de l'institution fédérale à qui est faite une demande de communication de document est tenu, dans les trente jours suivant sa réception, sous réserve des articles 8, 9 et 11 :

Notification

a) d'aviser par écrit la personne qui a fait la demande de ce qu'il sera donné ou non communication totale ou partielle du document;

b) le cas échéant, de donner communication totale ou partielle du document.

[...]

Prorogation
du délai

9. (1) Le responsable d'une institution fédérale peut proroger le délai mentionné à l'article 7 ou au paragraphe 8(1) d'une période que justifient les circonstances dans les cas où :

(a) the request is for a large number of records or necessitates a search through a large number of records and meeting the original time limit would unreasonably interfere with the operations of the government institution,

(b) consultations are necessary to comply with the request that cannot reasonably be completed within the original time limit, or

(c) notice of the request is given pursuant to subsection 27(1)

by giving notice of the extension and, in the circumstances set out in paragraph (a) or (b), the length of the extension, to the person who made the request within thirty days after the request is received, which notice shall contain a statement that the person has a right to make a complaint to the Information Commissioner about the extension.

Notice of extension to Information Commissioner

(2) Where the head of a government institution extends a time limit under subsection (1) for more than thirty days, the head of the institution shall give notice of the extension to the Information Commissioner at the same time as notice is given under subsection (1).

Where access is refused

10. (1) Where the head of a government institution refuses to give access to a record requested under this Act or a part thereof, the head of the institution shall state in the notice given under paragraph 7(a)

(a) that the record does not exist, or

(b) the specific provision of this Act on which the refusal was based or, where the head of the institution does not indicate whether a record exists, the provision on which a refusal could reasonably be expected to be based if the record existed,

and shall state in the notice that the person who made the request has a right to make a complaint to the Information Commissioner about the refusal.

a) l'observation du délai entraverait de façon sérieuse le fonctionnement de l'institution en raison soit du grand nombre de documents demandés, soit de l'ampleur des recherches à effectuer pour donner suite à la demande;

b) les consultations nécessaires pour donner suite à la demande rendraient pratiquement impossible l'observation du délai;

c) avis de la demande a été donné en vertu du paragraphe 27(1).

Dans l'un ou l'autre des cas prévus aux alinéas a), b) et c), le responsable de l'institution fédérale envoie à la personne qui a fait la demande, dans les trente jours suivant sa réception, un avis de prorogation de délai, en lui faisant part de son droit de déposer une plainte à ce propos auprès du Commissaire à l'information; dans les cas prévus aux alinéas a) et b), il lui fait aussi part du nouveau délai.

(2) Dans les cas où la prorogation de délai visée au paragraphe (1) dépasse trente jours, le responsable de l'institution fédérale en avise en même temps le Commissaire à l'information et la personne qui a fait la demande.

Avis au Commissaire à l'information

10. (1) En cas de refus de communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi, l'avis prévu à l'alinéa 7a) doit mentionner, d'une part, le droit de la personne qui a fait la demande de déposer une plainte auprès du Commissaire à l'information et, d'autre part :

a) soit le fait que le document n'existe pas;

b) soit la disposition précise de la présente loi sur laquelle se fonde le refus ou, s'il n'est pas fait état de l'existence du document, la disposition sur laquelle il pourrait vraisemblablement se fonder si le document existait.

Refus de communication

Existence of a record not required to be disclosed	(2) The head of a government institution may but is not required to indicate under subsection (1) whether a record exists.	(2) Le paragraphe (1) n'oblige pas le responsable de l'institution fédérale à faire état de l'existence du document demandé.	Dispense de divulgation de l'existence d'un document
Deemed refusal to give access	(3) Where the head of a government institution fails to give access to a record requested under this Act or a part thereof within the time limits set out in this Act, the head of the institution shall, for the purposes of this Act, be deemed to have refused to give access.	(3) Le défaut de communication totale ou partielle d'un document dans les délais prévus par la présente loi vaut décision de refus de communication.	Présomption de refus
...		[...]	
Receipt and investigation of complaints	<p>30. (1) Subject to this Act, the Information Commissioner shall receive and investigate complaints</p> <p>(a) from persons who have been refused access to a record requested under this Act or a part thereof;</p> <p>(b) from persons who have been required to pay an amount under section 11 that they consider unreasonable;</p> <p>(c) from persons who have requested access to records in respect of which time limits have been extended pursuant to section 9 where they consider the extension unreasonable;</p> <p>(d) from persons who have not been given access to a record or a part thereof in the official language requested by the person under subsection 12(2), or have not been given access in that language within a period of time that they consider appropriate;</p> <p>(d.1) from persons who have not been given access to a record or a part thereof in an alternative format pursuant to a request made under subsection 12(3), or have not been given such access within a period of time that they consider appropriate;</p> <p>(e) in respect of any publication or bulletin referred to in section 5; or</p> <p>(f) in respect of any other matter relating to requesting or obtaining access to records under this Act.</p>	<p>30. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l'information reçoit les plaintes et fait enquête sur les plaintes :</p> <p>a) déposées par des personnes qui se sont vu refuser la communication totale ou partielle d'un document qu'elles ont demandé en vertu de la présente loi;</p> <p>b) déposées par des personnes qui considèrent comme excessif le montant réclamé en vertu de l'article 11;</p> <p>c) déposées par des personnes qui ont demandé des documents dont les délais de communication ont été prorogés en vertu de l'article 9 et qui considèrent la prorogation comme abusive;</p> <p>d) déposées par des personnes qui se sont vu refuser la traduction visée au paragraphe 12(2) ou qui considèrent contre-indiqué le délai de communication relatif à la traduction;</p> <p>d.1) déposées par des personnes qui se sont vu refuser la communication des documents ou des parties en cause sur un support de substitution au titre du paragraphe 12(3) ou qui considèrent comme contre-indiqué le délai de communication relatif au transfert;</p> <p>e) portant sur le répertoire ou le bulletin visés à l'article 5;</p> <p>f) portant sur toute autre question relative à la demande ou à l'obtention de documents en vertu de la présente loi.</p>	Réception des plaintes et enquêtes

Complaints submitted on behalf of complainants	(2) Nothing in this Act precludes the Information Commissioner from receiving and investigating complaints of a nature described in subsection (1) that are submitted by a person authorized by the complainant to act on behalf of the complainant, and a reference to a complainant in any other section includes a reference to a person so authorized.	(2) Le Commissaire à l'information peut recevoir les plaintes visées au paragraphe (1) par l'intermédiaire d'un représentant du plaignant. Dans les autres articles de la présente loi, les dispositions qui concernent le plaignant concernent également son représentant.	Entremise de représentants
Information Commissioner may initiate complaint	(3) Where the Information Commissioner is satisfied that there are reasonable grounds to investigate a matter relating to requesting or obtaining access to records under this Act, the Commissioner may initiate a complaint in respect thereof.	(3) Le Commissaire à l'information peut lui-même prendre l'initiative d'une plainte s'il a des motifs raisonnables de croire qu'une enquête devrait être menée sur une question relative à la demande ou à l'obtention de documents en vertu de la présente loi.	Plaintes émanant du Commissaire à l'information
...		[...]	
Regulation of procedure	34. Subject to this Act, the Information Commissioner may determine the procedure to be followed in the performance of any duty or function of the Commissioner under this Act.	34. Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, le Commissaire à l'information peut établir la procédure à suivre dans l'exercice de ses pouvoirs et fonctions.	Procédure
...		[...]	
Powers of Information Commissioner in carrying out investigations	<p>36. (1) The Information Commissioner has, in relation to the carrying out of the investigation of any complaint under this Act, power</p> <p>(a) to summon and enforce the appearance of persons before the Information Commissioner and compel them to give oral or written evidence on oath and to produce such documents and things as the Commissioner deems requisite to the full investigation and consideration of the complaint, in the same manner and to the same extent as a superior court of record;</p> <p>(b) to administer oaths;</p> <p>(c) to receive and accept such evidence and other information, whether on oath or by affidavit or otherwise, as the Information Commissioner sees fit, whether or not the evidence or information is or would be admissible in a court of law;</p> <p>(d) to enter any premises occupied by any government institution on satisfying any security requirements of the institution relating to the premises;</p>	<p>36. (1) Le Commissaire à l'information a, pour l'instruction des plaintes déposées en vertu de la présente loi, le pouvoir :</p> <p>a) d'assigner et de contraindre des témoins à comparaître devant lui, à déposer verbalement ou par écrit sous la foi du serment et à produire les pièces qu'il juge indispensables pour instruire et examiner à fond les plaintes dont il est saisi, de la même façon et dans la même mesure qu'une cour supérieure d'archives;</p> <p>b) de faire prêter serment;</p> <p>c) de recevoir des éléments de preuve ou des renseignements par déclaration verbale ou écrite sous serment ou par tout autre moyen qu'il estime indiqué, indépendamment de leur admissibilité devant les tribunaux;</p> <p>d) de pénétrer dans les locaux occupés par une institution fédérale, à condition de satisfaire aux normes de sécurité établies par l'institution pour ces locaux;</p>	Pouvoirs du Commissaire à l'information pour la tenue des enquêtes

	<p>(e) to converse in private with any person in any premises entered pursuant to paragraph (d) and otherwise carry out therein such inquiries within the authority of the Information Commissioner under this Act as the Commissioner sees fit; and</p> <p>(f) to examine or obtain copies of or extracts from books or other records found in any premises entered pursuant to paragraph (d) containing any matter relevant to the investigation.</p>	<p>e) de s'entretenir en privé avec toute personne se trouvant dans les locaux visés à l'alinéa d) et d'y mener, dans le cadre de la compétence que lui confère la présente loi, les enquêtes qu'il estime nécessaires;</p> <p>f) d'examiner ou de se faire remettre des copies ou des extraits des livres ou autres documents contenant des éléments utiles à l'enquête et trouvés dans les locaux visés à l'alinéa d).</p>	
Access to records	<p>(2) Notwithstanding any other Act of Parliament or any privilege under the law of evidence, the Information Commissioner may, during the investigation of any complaint under this Act, examine any record to which this Act applies that is under the control of a government institution, and no such record may be withheld from the Commissioner on any grounds.</p>	<p>(2) Nonobstant toute autre loi fédérale et toute immunité reconnue par le droit de la preuve, le Commissaire à l'information a, pour les enquêtes qu'il mène en vertu de la présente loi, accès à tous les documents qui relèvent d'une institution fédérale et auxquels la présente loi s'applique; aucun de ces documents ne peut, pour quelque motif que ce soit, lui être refusé.</p>	Accès aux documents
Evidence in other proceedings	<p>(3) Except in a prosecution of a person for an offence under section 131 of the <i>Criminal Code</i> (perjury) in respect of a statement made under this Act, in a prosecution for an offence under section 67, in a review before the Court under this Act or in an appeal from such proceedings, evidence given by a person in proceedings under this Act and evidence of the existence of the proceedings is inadmissible against that person in a court or in any other proceedings.</p>	<p>(3) Sauf dans les cas de poursuites pour infraction à l'article 131 du <i>Code criminel</i> (parjure) se rapportant à une déclaration faite en vertu de la présente loi ou pour infraction à l'article 67, ou sauf dans les cas de recours en révision prévus par la présente loi devant la Cour ou les cas d'appel de la décision rendue par la Cour, les dépositions faites au cours de toute procédure prévue par la présente loi ou le fait de l'existence de telle procédure ne sont pas admissibles contre le déposant devant les tribunaux ni dans aucune autre procédure.</p>	Inadmissibilité de la preuve dans d'autres procédures
Witness fees	<p>(4) Any person summoned to appear before the Information Commissioner pursuant to this section is entitled in the discretion of the Commissioner to receive the like fees and allowances for so doing as if summoned to attend before the Federal Court.</p>	<p>(4) Les témoins assignés à comparaître devant le Commissaire à l'information en vertu du présent article peuvent recevoir, si le Commissaire le juge indiqué, les frais et indemnités accordés aux témoins assignés devant la Cour fédérale.</p>	Frais des témoins
Return of documents, etc.	<p>(5) Any document or thing produced pursuant to this section by any person or government institution shall be returned by the Information Commissioner within ten days after a request is made to the Commissioner by that person or government institution, but nothing in this subsection precludes the Commissioner from again requiring its production in accordance with this section.</p>	<p>(5) Les personnes ou les institutions fédérales qui produisent des pièces demandées en vertu du présent article peuvent exiger du Commissaire à l'information qu'il leur renvoie ces pièces dans les dix jours suivant la requête qu'elles lui présentent à cette fin, mais rien n'empêche le Commissaire d'en réclamer une nouvelle production.</p>	Renvoi des documents, etc.

Findings and recommendations of Information Commissioner

37. (1) If, on investigating a complaint in respect of a record under this Act, the Information Commissioner finds that the complaint is well-founded, the Commissioner shall provide the head of the government institution that has control of the record with a report containing

(a) the findings of the investigation and any recommendations that the Commissioner considers appropriate; and

(b) where appropriate, a request that, within a time specified in the report, notice be given to the Commissioner of any action taken or proposed to be taken to implement the recommendations contained in the report or reasons why no such action has been or is proposed to be taken.

Report to complainant and third parties

(2) The Information Commissioner shall, after investigating a complaint under this Act, report to the complainant and any third party that was entitled under subsection 35(2) to make and that made representations to the Commissioner in respect of the complaint the results of the investigation, but where a notice has been requested under paragraph (1)(b) no report shall be made under this subsection until the expiration of the time within which the notice is to be given to the Commissioner.

Matter to be included in report to complainant

(3) Where a notice has been requested under paragraph (1)(b) but no such notice is received by the Commissioner within the time specified therefor or the action described in the notice is, in the opinion of the Commissioner, inadequate or inappropriate or will not be taken in a reasonable time, the Commissioner shall so advise the complainant in his report under subsection (2) and may include in the report such comments on the matter as he thinks fit.

Access to be given

(4) Where, pursuant to a request under paragraph (1)(b), the head of a government institution gives notice to the Information Commissioner that access to a record or a part thereof will be given to a complainant, the head of the institution shall give the complainant access to the record or part thereof

(a) forthwith on giving the notice if no notice is given to a third party under paragraph 29(1)(b) in the matter; or

37. (1) Dans les cas où il conclut au bien-fondé d'une plainte portant sur un document, le Commissaire à l'information adresse au responsable de l'institution fédérale de qui relève le document un rapport où :

a) il présente les conclusions de son enquête ainsi que les recommandations qu'il juge indiquées;

b) il demande, s'il le juge à propos, au responsable de lui donner avis, dans un délai déterminé, soit des mesures prises ou envisagées pour la mise en œuvre de ses recommandations, soit des motifs invoqués pour ne pas y donner suite.

(2) Le Commissaire à l'information rend compte des conclusions de son enquête au plaignant et aux tiers qui pouvaient, en vertu du paragraphe 35(2), lui présenter des observations et qui les ont présentées; toutefois, dans les cas prévus à l'alinéa (1)b), le Commissaire à l'information ne peut faire son compte rendu qu'après l'expiration du délai imparti au responsable de l'institution fédérale.

(3) Le Commissaire à l'information mentionne également dans son compte rendu au plaignant, s'il y a lieu, le fait que, dans les cas prévus à l'alinéa (1)b), il n'a pas reçu d'avis dans le délai imparti ou que les mesures indiquées dans l'avis sont, selon lui, insuffisantes, inadaptes ou non susceptibles d'être prises en temps utile. Il peut en outre y inclure tous commentaires qu'il estime utiles.

(4) Dans les cas où il fait suite à la demande formulée par le Commissaire à l'information en vertu de l'alinéa (1)b) en avisant le Commissaire qu'il donnera communication totale ou partielle d'un document, le responsable d'une institution fédérale est tenu de donner cette communication au plaignant :

a) immédiatement, dans les cas où il n'y a pas de tiers à qui donner l'avis prévu à l'alinéa 29(1)b);

Conclusions et recommandations du Commissaire à l'information

Compte rendu au plaignant

Éléments à inclure dans le compte rendu

Communication accordée

	<p>(b) forthwith on completion of twenty days after notice is given to a third party under paragraph 29(1)(b), if that notice is given, unless a review of the matter is requested under section 44.</p>	<p>b) dès l'expiration des vingt jours suivant l'avis prévu à l'alinéa 29(1)b), dans les autres cas, sauf si un recours en révision a été exercé en vertu de l'article 44.</p>	
Right of review	<p>(5) Where, following the investigation of a complaint relating to a refusal to give access to a record requested under this Act or a part thereof, the head of a government institution does not give notice to the Information Commissioner that access to the record will be given, the Information Commissioner shall inform the complainant that the complainant has the right to apply to the Court for a review of the matter investigated.</p>	<p>(5) Dans les cas où, l'enquête terminée, le responsable de l'institution fédérale concernée n'avise pas le Commissaire à l'information que communication du document ou de la partie en cause sera donnée au plaignant, le Commissaire à l'information informe celui-ci de l'existence d'un droit de recours en révision devant la Cour.</p>	Recours en révision
	...	[...]	
Review by Federal Court	<p>41. Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Information Commissioner are reported to the complainant under subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.</p>	<p>41. La personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l'information peut, dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.</p>	Révision par la Cour fédérale
	...	[...]	
Order of Court where no authorization to refuse disclosure found	<p>49. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of a provision of this Act not referred to in section 50, the Court shall, if it determines that the head of the institution is not authorized to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.</p>	<p>49. La Cour, dans les cas où elle conclut au bon droit de la personne qui a exercé un recours en révision d'une décision de refus de communication totale ou partielle d'un document fondée sur des dispositions de la présente loi autres que celles mentionnées à l'article 50, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner à cette personne communication totale ou partielle; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.</p>	Ordonnance de la Cour dans les cas où le refus n'est pas autorisé
Order of Court where reasonable grounds of injury not found	<p>50. Where the head of a government institution refuses to disclose a record requested under this Act or a part thereof on the basis of section 14 or 15 or paragraph 16(1)(c) or (d) or 18(d), the Court shall, if it determines that the head of the institution did not have reasonable grounds on which to refuse to disclose the record or part thereof, order the head of the institution to</p>	<p>50. Dans les cas où le refus de communication totale ou partielle du document s'appuyait sur les articles 14 ou 15 ou sur les alinéas 16(1)c) ou d) ou 18d), la Cour, si elle conclut que le refus n'était pas fondé sur des motifs raisonnables, ordonne, aux conditions qu'elle juge indiquées, au responsable de l'institution fédérale dont relève le document en litige d'en donner</p>	Ordonnance de la Cour dans les cas où le préjudice n'est pas démontré

disclose the record or part thereof, subject to such conditions as the Court deems appropriate, to the person who requested access to the record, or shall make such other order as the Court deems appropriate.

communication totale ou partielle à la personne qui avait fait la demande; la Cour rend une autre ordonnance si elle l'estime indiqué.

...

[...]

Costs

53. (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

53. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal.

Frais et
dépens

Idem

(2) Where the Court is of the opinion that an application for review under section 41 or 42 has raised an important new principle in relation to this Act, the Court shall order that costs be awarded to the applicant even if the applicant has not been successful in the result.

(2) Dans les cas où elle estime que l'objet des recours visés aux articles 41 et 42 a soulevé un principe important et nouveau quant à la présente loi, la Cour accorde les frais et dépens à la personne qui a exercé le recours devant elle, même si cette personne a été déboutée de son recours.

Idem

A-435-10
2011 FCA 328

A-435-10
2011 CAF 328

The Attorney General of Canada and the Commissioner of Patents (*Appellants*)

Le procureur général du Canada et le commissaire aux brevets (*appelants*)

v.

c.

Amazon.com, Inc. (*Respondent*)

Amazon.com, Inc. (*intimée*)

and

et

Canadian Life and Health Insurance Association Inc. and the Canadian Bankers Association (*Interveners*)

L'Association canadienne des compagnies d'assurances de personnes Inc. et l'Association des banquiers canadiens (*intervenantes*)

INDEXED AS: AMAZON.COM, INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

RÉPERTORIÉ : AMAZON.COM, INC. c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Federal Court of Appeal, Sharlow, Trudel and Stratas J.J.A.—Toronto, June 21; Ottawa, November 24, 2011.

Cour d'appel fédérale, juges Sharlow, Trudel et Stratas, J.C.A.—Toronto, 21 juin; Ottawa, 24 novembre 2011.

Patents — Appeal from Federal Court decision quashing Commissioner of Patents' decision refusing to grant patent to respondent because claimed invention not "art" or "process" within meaning of those words as used in definition of "invention" in Patent Act, s. 2 — Claimed invention facilitating online purchasing with one-click method — Federal Court rejecting Commissioner's tests, adopting literal construction — Concluding that use of computer meeting physical existence implicit in definition of "invention" — Issue whether patent application should be granted on ground of no patentable subject-matter — Identification of invention must be grounded in purposive construction of patent claims — Commissioner's adoption of inventive concept resulting in incorrect analysis — Possibility existing that novel business method essential element of valid patent claim — Patentable subject-matter having to be something with physical existence, this requirement not met merely by fact claimed invention having practical application — Inappropriate for Federal Court to undertake own purposive construction of patent claims on basis of available record herein as undertaking such construction without knowledge of relevant art, expert assistance — Not possible to discern what Commissioner would have concluded about patentability of claims based on correct principles — Appeal allowed.

Brevets — Appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a cassé la décision de la commissaire aux brevets refusant d'accorder un brevet à l'intimée parce que l'invention revendiquée n'était pas une « réalisation » ou un « procédé » au sens de l'art. 2 de la Loi sur les brevets — L'invention revendiquée a pour objet de faciliter le magasinage en ligne grâce à un procédé utilisant un seul clic — La Cour fédérale a rejeté les critères de la commissaire et a adopté une interprétation littérale — Elle a conclu que l'utilisation d'un ordinateur satisfaisait à l'exigence de l'existence physique implicite dans la définition d'« invention » — Il s'agissait de savoir s'il convient de faire droit à une demande de brevet lorsqu'il n'existe pas d'objet brevetable — L'identification de l'invention doit être fondée sur une interprétation téléologique des revendications du brevet — En déterminant l'objet sur le fondement de l'idée originale, la commissaire a adopté une analyse incorrecte — Il y a une possibilité qu'une nouvelle pratique commerciale constitue un élément essentiel d'une revendication de brevet valide — Un objet brevetable doit être une chose dotée d'une existence physique; il n'est pas possible de satisfaire au troisième critère en invoquant le simple fait que l'invention revendiquée a une application pratique — Il n'était pas approprié que la Cour fédérale procède à sa propre interprétation téléologique des revendications de brevet

This was an appeal from a Federal Court decision quashing the Commissioner of Patents' decision refusing to grant a patent to the respondent because the claimed invention is not an "art" or a "process" within the meaning of those words as used in the definition of "invention" in section 2 of the *Patent Act*.

The respondent's claimed invention aims to facilitate online purchasing with a "one-click" method. Essentially, a unique identifier, or cookie, is stored in a merchant's computer and associates the customer's order with the customer's personal information, thus preventing duplicate steps in the purchasing process and allowing transactions to be completed quickly and securely. The Commissioner determined that the claimed invention failed three tests implicit in the meaning of "art" for purposes of the *Patent Act*, i.e. the invention (1) does not add to human knowledge anything that is technological in nature, (2) is merely a non-patentable business method, and (3) does not cause a change in the character or condition of a physical object. The Federal Court rejected the Commissioner's three tests. It adopted a literal construction of the claims based on its conclusion that the requirement of physical existence or manifestation of a discernible effect or change implicit in the definition of "invention" is met because the use of a computer is an essential element of the claim.

At issue was whether a patent application should be granted on the ground of no patentable subject-matter.

Held, the appeal should be allowed.

Identification of the invention must be grounded in a purposive construction of the patent claims. It cannot be determined solely on the basis of a literal reading of the patent claims or a determination of the "substance of the invention". In determining subject-matter solely on the basis of the inventive concept, the Commissioner adopted an analysis that is incorrect in law.

The first test devised by the Commissioner is unclear and confusing, and thus subjective and unpredictable in its application. This test should not be used as a stand-alone basis for

sur le fondement du dossier disponible en l'espèce puisque quiconque procède à cette interprétation doit le faire en s'appuyant sur le fondement des connaissances ayant trait à la réalisation en cause et avec l'assistance d'experts — La Cour était incapable de déterminer ce que la commissaire aurait conclu sur la brevetabilité des revendications en cause en se fondant sur les principes corrects — Appel accueilli.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre de la décision par laquelle la Cour fédérale a cassé la décision de la commissaire aux brevets refusant d'accorder un brevet à l'intimée parce que l'invention revendiquée n'était pas une « réalisation » ou un « procédé » au sens de l'article 2 de la *Loi sur les brevets*.

L'invention revendiquée de l'intimée a pour objet de faciliter le magasinage en ligne grâce à un procédé utilisant un seul clic. Essentiellement, un identificateur unique (un témoin) est stocké dans l'ordinateur du marchand et il associe la commande du client aux renseignements personnels du client, empêchant ainsi de procéder une seconde fois au processus d'achat et permettant la réalisation rapide et sécuritaire des transactions. La commissaire avait statué que l'invention revendiquée ne satisfaisait pas à trois critères qui sont implicites au sens du terme « réalisation » pour l'application de la *Loi sur les brevets*, c.-à-d. que l'invention 1) n'ajoute rien à la connaissance humaine qui soit de nature technologique, 2) constitue simplement une pratique commerciale non brevetable, et 3) n'entraîne aucun changement de la nature ou de l'état d'un objet physique. La Cour fédérale a rejeté les trois critères de la commissaire. Elle a adopté une interprétation littérale en se fondant sur sa conclusion qu'il avait été satisfait à l'exigence de l'existence ou manifestation physique d'un effet ou changement discernable, implicite dans la définition d'« invention » parce que l'utilisation d'un ordinateur est un élément essentiel de la revendication.

La question à trancher était celle de savoir s'il convient de faire droit à une demande de brevet lorsqu'il n'existe pas d'objet brevetable.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

L'identification de l'invention doit être fondée sur une interprétation téléologique des revendications du brevet. Cette identification ne peut reposer seulement sur l'interprétation littérale des revendications du brevet ou sur la détermination de « l'essentiel de l'invention ». En déterminant l'objet sur le seul fondement de l'idée originale, la commissaire a adopté une analyse incorrecte en droit.

Le premier critère conçu par la commissaire n'était pas clair et créait de la confusion; il s'agissait donc d'un principe hautement subjectif d'application imprévisible. Ce critère ne

distinguishing patentable from non-patentable subject-matter. As to the Commissioner's second test, it does not necessarily follow, as the Federal Court seemed to suggest, that a business method that is not itself patentable subject-matter because it is an abstract idea becomes patentable subject-matter merely because it has a practical embodiment or a practical application. This cannot be a distinguishing test because it is axiomatic that a business method is intended to have a practical method. The task of purposive construction of the claims in this case should be undertaken anew by the Commissioner, with a mind open to the possibility that a novel business method may be an essential element of a valid patent claim. Finally, because a patent cannot be granted for an abstract idea, it is implicit in the definition of "invention" that patentable subject-matter must be something with physical existence, or that manifests a discernible effect or change. However, this "physicality requirement" cannot be met merely by the fact that the claimed invention has a practical application.

It was not appropriate for the Federal Court to undertake its own purposive construction of the patent claims on the basis of the available record herein. Undertaking a purposive construction of a patent must be done on the basis of a foundation of knowledge about the relevant art, and in particular about the state of the relevant art at the relevant time. A patent claim construed by a court without expert assistance will result in a literal interpretation of the claims. In this case, the Federal Court did not have the benefit of expert evidence about how computers work and the manner in which they are used to put an abstract idea to use. It could not be discerned from the record what the Commissioner would have concluded about the patentability of the claims in issue based on the correct principles.

For these reasons, the judgment of the Federal Court was replaced by a judgment allowing the respondent's appeal of the Commissioner's decision and requiring the Commissioner to re-examine the patent application in accordance with these reasons.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 2 "invention" (as am. by S.C. 1993, c. 2, s. 2), 27(1) (as am. *idem*, c. 15, s. 31), (3) (as am. *idem*), (4) (as am. *idem*), (8) (as am. *idem*), 28.2 (as enacted *idem*, s. 33), 28.3 (as enacted *idem*), 40, 41 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16).

devrait pas être utilisé isolément pour distinguer un objet brevetable d'un objet non brevetable. S'agissant du deuxième critère de la commissaire, il ne s'ensuit pas nécessairement, comme la Cour fédérale semble l'indiquer, qu'une pratique commerciale qui ne constitue pas elle-même un objet brevetable parce qu'elle est une idée abstraite devienne un objet brevetable du simple fait qu'elle est une concrétisation pratique ou qu'elle présente une application pratique. Cela ne peut pas constituer un critère de distinction parce qu'il est évident qu'une pratique commerciale présente toujours une application pratique. La commissaire devrait en l'espèce procéder de nouveau à l'interprétation téléologique des revendications, en gardant à l'esprit la possibilité qu'une nouvelle pratique commerciale constitue un élément essentiel d'une revendication de brevet valide. Enfin, puisqu'un brevet ne peut être accordé pour une idée abstraite, il est implicite dans la définition d'« invention » qu'un objet brevetable doit être une chose dotée d'une existence physique ou une chose qui manifeste un effet ou changement discernable. Cependant, il n'est pas possible de satisfaire à cette « exigence du caractère matériel » en invoquant le simple fait que l'invention revendiquée a une application pratique.

Il n'était pas approprié que la Cour fédérale procède à sa propre interprétation téléologique des revendications de brevet sur le fondement du dossier disponible dans la présente affaire. Quiconque procède à l'interprétation téléologique d'un brevet doit le faire en s'appuyant sur le fondement des connaissances ayant trait à la réalisation en cause et, en particulier, à l'état de la réalisation en cause au moment pertinent. Une revendication de brevet interprétée par une cour sans l'assistance d'experts donnera lieu à une interprétation littérale des revendications. En l'espèce, la Cour fédérale n'a pas bénéficié du témoignage d'experts sur la façon dont les ordinateurs fonctionnent et dont ils sont utilisés pour mettre une idée abstraite en pratique. La Cour était incapable de déterminer à partir du dossier ce que la commissaire aurait conclu sur la brevetabilité des revendications en cause en se fondant sur les principes corrects.

Pour ces raisons, le jugement de la Cour fédérale a été remplacé par un jugement accueillant l'appel formé par l'intimée à l'encontre de la décision de la commissaire et enjoignant à la commissaire de réexaminer la demande de brevet en conformité avec les présents motifs.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 2 « invention » (mod. par L.C. 1993, ch. 2, art. 2), 27(1) (mod., *idem*, ch. 15, art. 31), (3) (mod., *idem*), (4) (mod., *idem*), (8) (mod., *idem*), 28.2 (édicte, *idem*, art. 33), 28.3 (édicte, *idem*), 40, 41 (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16).

CASES CITED

APPLIED:

Free World Trust v. Électro Santé Inc., 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024, 194 D.L.R. (4th) 232, 9 C.P.R. (4th) 168; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067, 194 D.L.R. (4th) 193, 9 C.P.R. (4th) 129.

CONSIDERED:

Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents), 2002 SCC 76, [2002] 4 S.C.R. 45, 219 D.L.R. (4th) 577, 21 C.P.R. (4th) 417; *Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents*, [1982] 2 S.C.R. 536, (1982), 142 D.L.R. (3d) 117, 67 C.P.R. (2d) 1; *Schlumberger Canada Ltd. v. Commissioner of Patents*, [1982] 1 F.C. 845, (1981), 56 C.P.R. (2d) 204, 38 N.R. 299 (C.A.); *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49, (1963), 41 C.P.R. 9; *Lawson v. Commissioner of Patents* (1970), 62 C.P.R. 101 (Ex. Ct.).

REFERRED TO:

Progressive Games, Inc. v. Canada (Commissioner of Patents), 1999 CanLII 8921, 3 C.P.R. (4th) 517, 177 F.T.R. 241 (F.C.T.D.), aff'd 2000 CanLII 16577, 9 C.P.R. (4th) 479, 265 N.R. 392 (F.C.A.); *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, (1981), 122 D.L.R. (3d) 203, 56 C.P.R. (2d) 145.

APPEAL from a Federal Court decision (2010 FC 1011, [2010] 4 F.C.R. 541) quashing the Commissioner of Patents' decision (Decision No. 1290, (2009), 75 C.P.R. (4th) 85) refusing to grant a patent to the respondent. Appeal allowed.

APPEARANCES

Frederick B. Woyiwada and Sharon K. Johnston for appellants.
Steven B. Garland, Colin B. Ingram and John R. Morrissey for respondent.
Brian W. Gray, Allyson Whyte Nowak and Adam Haller for interveners.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Free World Trust c. Électro Santé Inc., 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets), 2002 CSC 76, [2002] 4 R.C.S. 45; *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536; *Schlumberger Canada Ltd. c. Commissaire des brevets*, [1982] 1 C.F. 845 (C.A.); *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49, (1963), 41 C.P.R. 9; *Lawson v. Commissioner of Patents* (1970), 62 C.P.R. 101 (C. de l'É.).

DÉCISIONS CITÉES :

Progressive Games, Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets), 1999 CanLII 8921 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par 2000 CanLII 16577 (C.A.F.); *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504.

APPEL à l'encontre de la décision (2010 CF 1011, [2010] 4 R.C.F. 541) par laquelle la Cour fédérale a cassé la décision (décision n° 1290) de la commissaire aux brevets refusant d'accorder un brevet à l'intimée. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Frederick B. Woyiwada et Sharon K. Johnston pour les appelants.
Steven B. Garland, Colin B. Ingram et John R. Morrissey pour l'intimée.
Brian W. Gray, Allyson Whyte Nowak et Adam Haller pour les intervenantes.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellants.

Smart & Biggar, Ottawa, for respondent.

Norton Rose Canada LLP, Toronto, for interveners.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SHARLOW J.A.: The Commissioner of Patents refused to grant a patent to the respondent Amazon.com, Inc. for its one-click method of Internet shopping because the claimed invention is not an “art” or a “process” within the meaning of those words as used in the definition of “invention” [as am. by S.C. 1993, c. 2, s. 2] in section 2 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4. Amazon appealed the Commissioner’s decision to the Federal Court pursuant to section 41 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16] of the *Patent Act*. Justice Phelan allowed Amazon’s appeal, quashed the Commissioner’s decision, and ordered an “expedited re-examination with the direction that the claims constitute patentable subject-matter to be assessed in a manner consistent with the reasons for judgment.” Given Justice Phelan’s construction of the patent claims, his directions amount to an order to the Commissioner to grant the patent. Justice Phelan’s reasons are reported as *Amazon.com, Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 FC 1011, [2010] 4 F.C.R. 541.

[2] The Commissioner did not grant the patent and has appealed the judgment of the Federal Court. Leave to intervene was granted to Canadian Life and Health Insurance Association Inc. and the Canadian Bankers Association, who made submissions supporting the position of the Attorney General of Canada.

[3] For the following reasons, I conclude that the appeal should be allowed but only to amend the direction

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour les appelants.

Smart & Biggar, Ottawa, pour l’intimée.

Norton Rose Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour les intervenantes.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : La commissaire aux brevets a refusé d’accorder un brevet à l’intimée Amazon.com, Inc. pour son procédé de magasinage sur Internet au moyen d’un seul clic, parce que l’invention revendiquée n’est pas une « réalisation » ou un « procédé » au sens de l’article 2 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, qui utilise ces termes dans la définition d’« invention » [mod. par L.C. 1993, ch. 2, art. 2]. Amazon a interjeté appel de la décision de la commissaire devant la Cour fédérale conformément à l’article 41 [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 16] de la *Loi sur les brevets*. Le juge Phelan a accueilli l’appel d’Amazon, a cassé la décision de la commissaire et a ordonné qu’« un nouvel examen soit rapidement effectué en application de la directive suivante : les revendications décrivent un objet brevetable et doivent être examinées en conformité avec les présents motifs ». Étant donné son interprétation des revendications du brevet, les directives du juge Phelan reviennent à ordonner à la commissaire d’accorder le brevet. Les motifs du juge Phelan sont publiés sous l’intitulé *Amazon.com, Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 1011, [2010] 4 R.C.F. 541.

[2] La commissaire n’a pas accordé le brevet et a interjeté appel du jugement de la Cour fédérale. L’autorisation d’intervenir a été accordée à l’Association canadienne des compagnies d’assurances de personnes inc. et à l’Association des banquiers canadiens, qui ont présenté des observations écrites à l’appui de la thèse du procureur général du Canada.

[3] Pour les motifs qui suivent, je conclus que l’appel devrait être accueilli, mais seulement pour modifier

so that it requires the Commissioner to re-examine the patent on an expedited basis in a manner consistent with these reasons.

Background

[4] On September 11, 1998, Amazon applied for a patent for an invention entitled “Method and System for Placing a Purchase Order via a Communications Network” (Canadian Patent Application No. 2246933). The named inventors are Shel Kaphan, Joel Spiegel, Jeffrey P. Bezos and Peri Hartman. Priority is claimed from two United States patent applications (08/928,951 filed on September 12, 1997 and 009/046,503 filed March 23, 1998).

[5] The phrase “communications network” in the title of the patent application means (or at least includes) the Internet. The Internet connects computers located anywhere in the world, permitting them to share information in electronic form.

[6] Shopping on the Internet is commonplace now, but in 1998 it was relatively new. The background information in the patent application says that Internet shopping in 1998 presented problems because of the number of interactions required between the customer’s computer and the merchant’s computer.

[7] Consider, for example, the case of a person who makes an online purchase from a merchant and wishes to make another. For the second purchase, the customer would have to duplicate a number of steps taken for the first purchase. That could include keying into the customer’s computer the same personal information provided for the first purchase (generally, the customer’s name, address and credit card information) and sending it a second time to the merchant’s computer. The time taken to duplicate those steps could frustrate and discourage the customer, and could also increase the risk of the unauthorized interception of the customer’s personal information.

la directive de manière à ce qu’elle prescrive au commissaire de réexaminer rapidement le brevet en conformité avec les présents motifs.

Le contexte

[4] Le 11 septembre 1998, Amazon a déposé une demande de brevet relativement à une invention intitulée « Méthode et système de commande d’articles sur un réseau de télécommunication » (demande de brevet canadien n° 2246933). Les inventeurs nommés sont Shel Kaphan, Joel Spiegel, Jeffrey P. Bezos et Peri Hartman. La priorité est revendiquée relativement à deux demandes de brevets présentées aux États-Unis (08/928,951, déposée le 12 septembre 1997, et 009/046,503, déposée le 23 mars 1998).

[5] Le syntagme « réseau de télécommunication » qui figure dans le titre de la demande de brevet signifie (ou du moins vise notamment) Internet. Internet permet de relier des ordinateurs situés partout dans le monde, qui peuvent ainsi partager des renseignements sous forme électronique.

[6] Le magasinage sur Internet, courant aujourd’hui, était relativement nouveau en 1998. Selon les renseignements généraux figurant dans la demande de brevet, le magasinage sur Internet en 1998 présentait des problèmes qui étaient causés par le nombre des interactions requises entre l’ordinateur du client et celui du marchand.

[7] Considérons, par exemple, le cas d’une personne désireuse de faire un second achat en ligne auprès d’un marchand, après en avoir fait un premier. Pour effectuer le deuxième achat, le client doit répéter un certain nombre d’étapes accomplies pour le premier achat. Cela peut exiger que le client entre à nouveau dans son ordinateur les mêmes renseignements personnels qu’il avait entrés pour le premier achat (généralement, son nom, son adresse et les renseignements relatifs à sa carte de crédit) et qu’il les envoie une seconde fois à l’ordinateur du marchand. Le temps requis pour procéder une seconde fois à ces étapes peut causer de la frustration chez le client et le décourager et peut aussi augmenter le risque d’interception non autorisée des renseignements personnels du client.

[8] Amazon's solution to this problem is "one-click" Internet shopping. During a customer's first online contact with a merchant, the customer supplies the necessary personal information, which is stored in the merchant's computer. The merchant's computer assigns that information a unique identifier (a cookie) and sends the identifier to the customer's computer, where it is stored. If the same customer makes a subsequent online visit to the same merchant, the merchant's computer identifies the customer by means of the cookie stored in the customer's computer. If the customer selects an item or items for purchase, the customer is prompted to take a single action, typically a mouse click on a button displayed on the customer's computer screen as provided by the merchant's computer, to complete the purchase transaction.

[9] The merchant's computer system is programmed to respond to that single click by taking a number of steps automatically. Using the customer's cookie, the merchant's computer associates the customer's order with the customer's personal information stored in the merchant's computer, generates the order, processes the payment by credit card, and generates shipping instructions. According to the disclosure in the patent application, the result of this automatic process of retrieving data and generating sale and delivery instructions is that the customer is spared the time and increased risk involved in resending personal information to the merchant's computer.

[10] The Amazon patent application asserts 75 claims. Claims 1 to 43 and 51 to 75 are drafted as "method" claims, and claims 44 to 50 are drafted as "system" claims. The parties have agreed that the disposition of this appeal should be based on Claim 1, typifying the method claims, and Claim 44, typifying the system claims. The claims are similar in that they describe the steps in the previous paragraph, as well as the steps a customer would take to change the personal information stored in the merchant's computer. Claims 1 and 44 read as follows:

[8] La solution d'Amazon à ce problème est le magasinage sur Internet au moyen d'un seul clic. Lors d'un premier contact en ligne avec un marchand, le client donne les renseignements personnels nécessaires, qui sont stockés dans l'ordinateur du marchand. L'ordinateur du marchand assigne à ces renseignements un identificateur unique (un témoin) et envoie l'identificateur à l'ordinateur du client, où il est stocké. Si le même client fait par la suite une visite en ligne chez le même marchand, l'ordinateur du marchand identifie le client au moyen du témoin stocké dans l'ordinateur du client. Si le client sélectionne un ou des articles dans le but de les acheter, il est invité à effectuer une opération unique, soit généralement à cliquer à l'aide d'une souris sur un bouton affiché sur l'écran de son ordinateur selon les instructions de l'ordinateur du marchand, pour parachever la transaction d'achat.

[9] Le système informatique du marchand est programmé de manière à répondre à ce clic unique en procédant à un certain nombre d'étapes automatiquement. À l'aide du témoin du client, l'ordinateur du marchand associe la commande du client aux renseignements personnels du client stockés dans l'ordinateur du marchand, émet la commande, procède au paiement par carte de crédit et émet des instructions concernant la livraison. Selon les renseignements divulgués dans la demande de brevet, il résulte de ce processus automatique de récupération de données et d'émission d'instructions de vente et de livraison que le client n'a pas à prendre du temps pour renvoyer ses renseignements personnels à l'ordinateur du marchand et que le risque auquel il s'expose n'augmente pas.

[10] La demande de brevet d'Amazon contient 75 revendications. Les revendications 1 à 43 et 51 à 75 portent sur le « procédé », et les revendications 44 à 50 portent sur le « système ». Les parties ont convenu que la décision rendue relativement au présent appel devrait reposer sur la revendication 1, laquelle représente bien les revendications relatives au procédé, et sur la revendication 44, qui représente bien les revendications relatives au système. Les revendications sont similaires, car elles décrivent les étapes dans le paragraphe précédent, ainsi que les étapes que le client doit accomplir

pour changer ses renseignements personnels stockés dans l'ordinateur du marchand. Les revendications 1 et 44 sont rédigées comme suit :

[TRADUCTION]

CLAIMS

1. A method in a client system for ordering an item, the method comprising:

receiving from a server system a client identifier of the client system;

persistently storing the client identifier at the client system;

when an item is to be ordered,

displaying information identifying the item and displaying an indication of a single action that is to be performed to order the identified item; and

in response to the single action being performed, sending to the server system a request to order the identified item along with the client identifier, the client identifier identifying account information previously supplied by a user of the client system wherein the user does not need to log in to the server system when ordering the item; and

when account information is to be changed,

coordinating the log in of the user to the server system;

receiving updated account information; and

sending the updated account information to the server system

whereby the user does not need to log in to the server system when ordering the item, but needs to log in to the server system when changing previously supplied account information.

...

44. A client system for ordering an item, comprising:

REVENDICATIONS

1. Un procédé dans un système-client pour commander un article, le procédé comprenant les éléments suivants :

la réception en provenance d'un système serveur d'un identificateur du client du système-client;

le stockage continu de l'identificateur du client dans le système-client;

quand un article doit être commandé,

l'affichage des renseignements permettant de trouver l'article, ainsi que d'un message sur l'opération unique à effectuer pour commander l'article en cause;

en réponse à l'exécution de l'opération unique, l'envoi au système serveur d'une demande visant à commander l'article en cause, avec l'identificateur du client, lequel trouve les renseignements sur le compte antérieurement fournis par un utilisateur du système-client, ce qui évite à l'utilisateur d'avoir à ouvrir une session sur le système serveur; quand il commande l'article

quand les renseignements sur le compte doivent être modifiés,

la coordination de l'ouverture de la session par l'utilisateur sur le système serveur;

la réception des renseignements sur le compte mis à jour;

l'envoi des renseignements sur le compte mis à jour au système serveur

évitant ainsi à l'utilisateur d'avoir à ouvrir une session dans le système serveur quand il commande l'article, mais lui imposant d'ouvrir une session sur le système serveur s'il veut modifier les renseignements sur le compte antérieurement fournis.

[...]

44. Un système-client pour commander un article et comprenant les éléments suivants :

a component that receives from a server system a client identifier of the client system and that stores the client identifier persistently;

a component that orders an item by displaying information identifying the item along with an indication of a single action that is to be performed to order the identified item and by sending to the server system a request to order the identified item along with the client identifier, the client identifier identifying account information previously supplied by a user wherein the user does not need to log in to the server system when ordering the item; and

a component that updates account information by coordinating the log in of the user to the server system, receiving updated account information from the user, and sending the updated account information to the server system.

[11] The phrase “client system” as used in these claims refers to the customer’s computer, the phrase “server system” refers to the merchant’s computer, and the phrase “client identifier” refers to the unique identifier, or cookie, that functions as the merchant’s key to the customer’s personal information stored on the merchant’s computer.

[12] A patent examiner issued a “final action” on June 1, 2004 rejecting all 75 claims on two grounds, obviousness and what I will refer to as “no patentable subject-matter”, which is a shorthand expression for the conclusion that the application discloses no “invention” as defined in section 2 of the *Patent Act*. That definition reads as follows:

Definitions 2. In this Act, except as otherwise provided,

...

“invention”
« invention » “invention” means any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter;

une composante qui reçoit d’un système serveur un identificateur du client du système-client et qui stocke continuellement l’identificateur du client;

une composante qui commande un article par l’affichage des renseignements qui le caractérisent, ainsi que d’un message sur l’opération unique à effectuer pour commander l’article en cause, et par l’envoi au système serveur d’une demande visant à commander l’article en cause, avec l’identificateur du client, lequel trouve les renseignements sur le compte antérieurement fournis par un utilisateur du système-client, ce qui évite à l’utilisateur d’avoir à ouvrir une session sur le système serveur quand il commande l’article;

une composante qui met à jour les renseignements sur le compte par la coordination de l’ouverture de la session par l’utilisateur sur le système serveur, la réception des renseignements sur le compte mis à jour de la part de l’utilisateur et l’envoi des renseignements sur le compte mis à jour au système serveur.

[11] Le terme « système-client » utilisé dans ces revendications renvoie à l’ordinateur du client, le terme « système serveur », à l’ordinateur du marchand et le terme « identificateur du client », à l’identificateur unique, ou témoin, qui fonctionne comme une clé permettant au marchand d’accéder aux renseignements personnels du client stockés dans l’ordinateur du marchand.

[12] Le 1^{er} juin 2004, une examinatrice de brevets a rendu une « décision finale » dans laquelle elle a rejeté les 75 revendications pour deux motifs, l’évidence et ce que je désignerai comme « l’absence d’objet brevetable », ce qui constitue une expression abrégée pour la conclusion que la demande ne divulgue aucune « invention » au sens de l’article 2 de la *Loi sur les brevets*. Cette définition est rédigée comme suit :

2. Sauf disposition contraire, les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi. Définitions

[...]

« invention » Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l’un d’eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l’utilité. « invention »
“invention”

[13] Amazon challenged the examiner's decision, resulting in a hearing before the Patent Appeal Board on November 16, 2005. Two members of the Board assigned to that hearing retired from the public service before a recommendation was finalized. A rehearing was scheduled before a new panel of the Board on September 18, 2008.

[14] The newly constituted Board recommended that the Commissioner reverse the examiner's objection on the ground of obviousness, uphold the examiner's objection on the ground of no patentable subject-matter, and reject the application solely on the ground of no patentable subject-matter. On March 5, 2009, the Commissioner made a ruling concurring with the findings and recommendations of the Board, and refusing to grant the patent. The Board's reasons and the Commissioner's ruling are reported as *Amazon.com Inc., Re*, C.D. 1290 (2009), 75 C.P.R. (4th) 85.

[15] The principal issue in the Federal Court was whether the Commissioner erred in law in refusing to grant the patent for want of patentable subject-matter. As mentioned above, Justice Phelan allowed the appeal and referred the patent application back to the Commissioner for reconsideration, effectively directing that the patent be issued. The Commissioner has appealed to this Court.

Patent experience in other jurisdictions

[16] Amazon has applied for patents in other jurisdictions for its one-click method of Internet shopping, asserting claims that are apparently similar to those asserted in this case. It succeeded in obtaining patents in the United States, Australia and New Zealand, but not in Europe. In my view, it would not be helpful in the disposition of this appeal to attempt to explain the results of Amazon's patent applications in other jurisdictions. It is enough to say that every jurisdiction has its own patent laws and administrative practices, and they are inconsistent with one another in important respects. The

[13] Amazon a contesté la décision de l'examinatrice, ce qui a donné lieu à la tenue d'une audience devant la Commission d'appel des brevets le 16 novembre 2005. Deux membres de la Commission assignés à cette audience ont pris leur retraite de la fonction publique avant que soit arrêtée une recommandation. Une nouvelle audience devant un nouveau tribunal de la Commission a été prévue pour le 18 septembre 2008.

[14] Le tribunal nouvellement constitué de la Commission a recommandé que la commissaire infirme l'objection de l'examinatrice fondée sur l'évidence, confirme l'objection de l'examinatrice fondée sur l'inexistence d'un objet brevetable et rejette la demande pour le seul motif qu'il n'existait pas d'objet brevetable. Le 5 mars 2009, la commissaire a rendu une décision conforme aux conclusions et recommandations de la Commission et a refusé d'accorder le brevet. Les motifs de la Commission et la décision de la commissaire sont publiés sous l'intitulé *Amazon.com Inc., Re*, D.C. 1290 (2009).

[15] La principale question dont la Cour fédérale était saisie était celle de savoir si la commissaire avait commis une erreur de droit en refusant d'accorder le brevet faute d'objet brevetable. Comme je l'ai mentionné précédemment, le juge Phelan a accueilli l'appel et a renvoyé la demande de brevet à la commissaire, afin qu'elle soit réexaminée, en donnant effectivement à la commissaire la directive d'accorder le brevet. La commissaire a interjeté appel devant notre Cour.

Antécédents en matière de brevet dans d'autres pays

[16] Amazon a déposé des demandes de brevet dans d'autres pays pour son procédé de magasinage sur Internet au moyen d'un seul clic, dans lesquelles elle a énoncé des revendications qui sont apparemment similaires à celles énoncées en l'espèce. Elle a réussi à obtenir des brevets aux États-Unis, en Australie et en Nouvelle-Zélande, mais non en Europe. À mon avis, il ne serait pas utile pour statuer sur le présent appel de tenter d'expliquer les résultats des demandes de brevets d'Amazon dans d'autres pays. Il suffit de dire que chaque pays a ses propres lois et pratiques

fact that a patent is granted for a particular invention in one or more other jurisdictions cannot determine whether it constitutes patentable subject-matter in Canada.

Standard of review

[17] The question before the Commissioner was whether the claimed invention is within the scope of the definition of “invention” in section 2 of the *Patent Act*. The answer to that question required the Commissioner to interpret the definition of “invention”, and in particular the words “art” and “process” in that definition. Those are questions of law. The parties agree, as do I, that the Commissioner’s conclusions on those questions are reviewable on the standard of correctness: *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, 2002 SCC 76, [2002] 4 S.C.R. 45, *per* Justice Bastarache writing for the majority, at paragraphs 148–149. I note that Justice Binnie, who wrote the dissenting reasons in *Harvard College*, did not comment on the standard of review but seems to have applied the correctness standard (see paragraph 5).

[18] The Commissioner’s determination also requires a construction of the patent claims. Patent construction is a question of law, reviewable on the standard of correctness. However, any factual determinations made by the Commissioner in connection with the construction of the patent should be reviewed on the standard of reasonableness (see *Harvard College*, *per* Justice Bastarache, at paragraph 151).

[19] Justice Phelan dealt with the standard of review at paragraphs 28 to 30 of his reasons. As I read those paragraphs, he also agreed that in this case, questions of law are to be reviewed on the standard of correctness, and questions of fact are to be reviewed on the standard of reasonableness. It is not alleged that Justice Phelan erred in his determination of the standards of review.

administratives en matière de brevets et que celles-ci ne concordent pas les unes avec les autres à certains égards importants. Le fait qu’un brevet est accordé pour une invention particulière dans un ou plusieurs pays ne permet pas de trancher la question de savoir si l’invention constitue un objet brevetable au Canada.

La norme de contrôle

[17] La question dont la commissaire était saisie était celle de savoir si l’invention revendiquée répondait à la définition d’« invention » figurant à l’article 2 de la *Loi sur les brevets*. La réponse à cette question requerrait de la commissaire qu’elle interprète la définition d’« invention » et, en particulier, des termes « réalisation » et « procédé » employés dans cette définition. Il s’agit de questions de droit. Les parties conviennent, de même que moi, que les conclusions de la commissaire sur ces questions sont susceptibles de révision selon la norme de la décision correcte : *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, 2002 CSC 76, [2002] 4 R.C.S. 45, jugement majoritaire rédigé par le juge Bastarache, aux paragraphes 148 et 149. Je note que le juge Binnie, qui a écrit les motifs dissidents dans l’arrêt *Harvard College*, n’a pas fait de commentaires sur la norme de contrôle mais semble avoir appliqué la norme de la décision correcte (voir au paragraphe 5).

[18] La décision de la commissaire exige aussi une interprétation des revendications du brevet. L’interprétation d’un brevet est une question de droit, susceptible de révision selon la norme de la décision correcte. Cependant, toute conclusion factuelle à laquelle la commissaire parvient relativement à l’interprétation du brevet doit être contrôlée selon la norme de la décision raisonnable (voir *Harvard College*, le juge Bastarache, au paragraphe 151).

[19] Le juge Phelan a traité de la norme de contrôle aux paragraphes 28 à 30 de ses motifs. Selon mon interprétation de ces paragraphes, il a également convenu que, dans la présente affaire, les questions de droit sont susceptibles de révision selon la norme de la décision correcte et les questions de fait, selon la norme de la décision raisonnable. Il n’a pas été allégué que le juge

Phelan a commis une erreur dans sa détermination de la norme de contrôle.

Issues on appeal

[20] The parties have proposed different characterizations of the issues under appeal. The Attorney General of Canada, the appellant in this case, says that the issue at the root of the appeal is whether Justice Phelan erred in concluding that the claimed invention is patentable subject-matter as defined in section 2 of the *Patent Act*. The Attorney General of Canada argues that the determination of that issue requires this Court to answer two questions: (1) What, within the scope of the claims, have the inventors actually invented? (2) Does that invention fall within the statutory definition of “invention”?

[21] Amazon argues that the appeal raises two issues: (1) whether Justice Phelan erred in finding and applying the law of purposive construction when construing the claims for the purpose of determining whether those claims are directed to patentable subject-matter, and (2) whether Justice Phelan erred in finding and applying the test for patentable “art” as set out in *Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents*, [1982] 2 S.C.R. 536 and *Progressive Games, Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)*, 1999 CanLII 8921, 3 C.P.R. (4th) 517 (F.C.T.D.), affirmed, 2000 CanLII 16577, 9 C.P.R. (4th) 479 (F.C.A.).

[22] The parties’ formulations of the issues under appeal disclose a fundamental disagreement as to the analytical framework to be applied in determining whether a patent application should be granted on the ground of no patentable subject-matter (or, in other words, whether there is an “invention” as defined in section 2 of the *Patent Act*).

[23] The Attorney General of Canada takes the position that the Commissioner must in every case determine whether the claimed invention falls within the statutory definition of “invention”, which necessarily requires the Commissioner to identify, independently of the construction of the patent claims, what the inventor has

Les questions soulevées en appel

[20] Les parties ont proposé différentes formulations des questions en appel. Le procureur général du Canada, l’appelant en l’espèce, affirme que la question centrale que soulève l’appel est de savoir si le juge Phelan a commis une erreur en concluant que l’invention revendiquée constitue un objet brevetable au sens de l’article 2 de la *Loi sur les brevets*. Le procureur général du Canada soutient que pour trancher cette question la Cour doit répondre à deux questions : 1) Eu égard à la portée des revendications, qu’est-ce que les inventeurs ont réellement inventé? 2) L’invention répond-elle à la définition légale du terme « invention »?

[21] Amazon soutient que l’appel soulève deux questions : 1) le juge Phelan a-t-il commis une erreur en retenant et en appliquant les règles de droit de l’interprétation téléologique pour déterminer si les revendications portent sur des objets brevetables? 2) le juge Phelan a-t-il commis une erreur en retenant et en appliquant le critère de la « réalisation » brevetable énoncé dans l’arrêt *Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets*, [1982] 2 R.C.S. 536, et dans la décision *Progressive Games, Inc. c. Commissaire aux brevets*, 1999 CanLII 8921 (C.F. 1^{re} inst.), confirmé par 2000 CanLII 16577 (C.A.F.)?

[22] Les formulations par les parties des questions en litige dans l’appel révèlent un désaccord fondamental quant au cadre analytique à utiliser pour déterminer s’il convient de faire droit à une demande de brevet lorsqu’il n’existe pas d’objet brevetable (ou, en d’autres mots, quant à la question de savoir s’il existe une « invention » au sens de l’article 2 de la *Loi sur les brevets*).

[23] Le procureur général du Canada soutient que le commissaire doit dans tous les cas déterminer si l’invention revendiquée répond à la définition légale du terme « invention », de sorte que le commissaire a l’obligation d’identifier, indépendamment de l’interprétation des revendications du brevet, ce que l’inventeur prétend

claimed to have invented—the “actual invention”—and to determine whether the actual invention falls within one of the categories enumerated in the statutory definition of “invention”.

[24] Amazon argues that the first step in the Commissioner’s analysis must be to construe the patent claims, and that any attempt to identify the “actual invention” as an independent question is wrong in principle because it “requires a court to approach construction in multiple steps, and to reach different constructions, applying different principles, depending upon the issue to be decided”. I understand Amazon’s argument on this point to challenge paragraph 125 of the Commissioner’s reasons, which reads as follows:

To summarize the above, for a claim to be patentable, the form of the claim (the claim on its face) must relate to one of the five patentable categories of invention (art, process, machine, manufacture or composition of matter). Also, the form of the claim must be neither excluded subject matter nor non-technological subject matter. Similarly, the substance of the claimed invention, or “what has been added to human knowledge”, must fit under one of the five patentable categories of invention, and what has been added to human knowledge by the claim must not be directed towards either excluded subject matter or non-technological subject matter.

[25] I summarize Amazon’s argument as follows. The Supreme Court of Canada has held that purposive patent construction is an antecedent to the determination of the validity or infringement of a patent: *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024 and *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067. The Commissioner’s decision is inconsistent with those principles because it is based on a determination of the “actual invention” that is not based on a purposive construction of the claims. Further, the Commissioner’s emphasis on the “form” of the claim and the “substance of the claimed invention” represents an impermissible attempt to revive the analytical framework, discredited in *Free World Trust*, of construing a patent claim in two steps by determining the literal meaning of the claims first, and then the substance of the invention.

avoir inventé — « l’invention réelle » — et de déterminer si l’invention réelle appartient à l’une des catégories énumérées dans la définition de la Loi du terme « invention ».

[24] Amazon soutient que la première étape dans l’analyse de la commissaire doit être d’interpréter les revendications de brevet et que toute tentative d’identifier « l’invention réelle » comme une question indépendante est erronée en principe parce cela [TRADUCTION] « requiert de la Cour qu’elle procède à une interprétation en plusieurs étapes et qu’elle parvienne à diverses interprétations, en appliquant différents principes, selon la question à trancher ». Je comprends que l’argument d’Amazon sur ce point constitue une contestation du paragraphe 125 des motifs de la commissaire, qui est rédigé comme suit :

En résumé, pour qu’une revendication soit brevetable, la forme de la revendication (la revendication, à sa face même) doit se rapporter à l’une des cinq catégories d’invention brevetable (réalisation, procédé, machine, fabrication ou composition de matières). De plus, la forme de la revendication ne doit porter ni sur un objet exclu, ni sur un objet non technologique. Dans le même ordre d’idées, la substance de l’invention revendiquée, ou « ce qui a été ajouté à la connaissance humaine », doit relever de l’une des cinq catégories d’invention brevetable, et ce qui a été ajouté à la connaissance humaine dans l’invention revendiquée ne doit porter ni sur un objet exclu, ni sur un objet non technologique.

[25] Je résumerai l’argument d’Amazon comme ceci. La Cour suprême du Canada a statué que l’analyse de la validité ou de la contrefaçon d’un brevet devait débiter par une interprétation téléologique du brevet : *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024 et *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067. La décision de la commissaire est incompatible avec ces principes, car elle repose sur une détermination de « l’invention réelle » qui n’est pas fondée sur une interprétation téléologique des revendications. De plus, l’importance donnée par la commissaire à la « forme » de la revendication et à la « substance de l’invention revendiquée » représente une tentative inadmissible de réactualiser la grille analytique discreditée dans l’arrêt *Free World Trust*, qui consiste à interpréter une revendication de brevet, selon deux étapes, en déterminant d’abord la signification textuelle des revendications, puis la substance de l’invention.

[26] In the discussion below, I deal first with the question of the analytical framework, and then with some subsidiary issues in dispute between the parties.

Discussion

(1) Analytical framework

[27] It is fundamental that “[p]atent protection rests on the concept of a bargain between the inventor and the public” (*per* Justice Binnie, at paragraph 13 of *Free World Trust*). The inventor is granted, for a limited time, the exclusive right to exploit his or her invention. In return, the inventor must disclose the invention to the public so that when the term of the patent expires, the invention may be exploited by anyone. The object of the Commissioner’s examination of a patent application, understood in its broadest possible sense, is to determine whether the terms of the bargain are met. That determination requires the Commissioner to interpret and apply the *Patent Act*.

[28] Pursuant to subsection 27(1) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 31] of the *Patent Act*, the Commissioner must grant a patent for an invention if the patent application meets the statutory conditions. Subsection 27(1) reads as follows:

Commissioner may grant patents **27.** (1) The Commissioner shall grant a patent for an invention to the inventor or the inventor’s legal representative if an application for the patent in Canada is filed in accordance with this Act and all other requirements for the issuance of a patent under this Act are met.

[29] Clearly, since a patent can be granted only “for an invention”, an applicant for a patent must claim something that comes within the scope of the definition of “invention” in section 2 of the *Patent Act*. Thus, the claimed invention must be:

Definitions **2.** ...

[26] Dans l’analyse qui suit, je traiterai d’abord de la question du cadre analytique, puis de quelques questions subsidiaires sur lesquelles les parties ne s’entendent pas.

Analyse

1) Le cadre analytique

[27] Il est fondamental que « [l]a protection assurée par un brevet se fonde sur la notion d’un marché conclu entre l’inventeur et le public » (motifs du juge Binnie, au paragraphe 13, *Free World Trust*). Il est accordé à l’inventeur, pour un certain laps de temps, le droit exclusif d’exploiter son invention. En contrepartie, l’inventeur doit divulguer l’invention au public de façon que, à l’expiration du brevet, l’invention puisse être exploitée par quiconque. Selon sa conception la plus large possible, l’objet de l’examen de la demande de brevet par le commissaire est de déterminer si les conditions du marché sont remplies. Pour trancher cette question, le commissaire doit interpréter et appliquer la *Loi sur les brevets*.

[28] Aux termes du paragraphe 27(1) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 31] de la *Loi sur les brevets*, le commissaire doit accorder un brevet pour une invention si la demande de brevet satisfait aux conditions prévues par la loi. Le paragraphe 27(1) est rédigé comme suit :

27. (1) Le commissaire accorde un brevet d’invention à l’inventeur ou à son représentant légal si la demande de brevet est déposée conformément à la présente loi et si les autres conditions de celle-ci sont remplies. Délivrance de brevet

[29] Comme un brevet ne peut être accordé que pour une « invention », le demandeur de brevet doit revendiquer quelque chose qui réponde à la définition d’« invention » figurant à l’article 2 de la *Loi sur les brevets*. Par conséquent, l’invention revendiquée doit être :

2. [...]

Définitions

“invention”
« invention » ... any new and useful art, process, machine, manufacture or composition of matter, or any new and useful improvement in any art, process, machine, manufacture or composition of matter;

[30] If the Commissioner is satisfied that an applicant for a patent is not by law entitled to be granted a patent, then section 40 of the *Patent Act* requires the Commissioner to refuse the application. Section 40 reads as follows:

Refusal by
Commissioner **40.** Whenever the Commissioner is satisfied that an applicant is not by law entitled to be granted a patent, he shall refuse the application and, by registered letter addressed to the applicant or his registered agent, notify the applicant of the refusal and of the ground or reason therefor.

[31] The decision of the Commissioner to grant or refuse a patent application is not a matter of discretion. By virtue of subsection 27(1) and section 40, the Commissioner must grant the application if the statutory conditions are met, and must not grant the application if the statutory conditions are not met (see *Harvard College*: Justice Bastarache for the majority, at paragraph 144; Justice Binnie for the minority, at paragraph 11). If the application is refused, the applicant is entitled to an explanation.

[32] The language of subsection 27(1) indicates that the Commissioner, when considering a patent application, must determine a number of questions. Some are procedural (for example, whether the application “is filed in accordance with this Act”—no procedural questions are in issue in this case). Others are questions of law and questions of mixed fact and law, captured by the phrase “all other requirements for the issuance of a patent under this Act”.

[33] In a certain sense, when the Commissioner is assessing a patent application under subsection 27(1) to determine whether all of the statutory requirements for a patent are met, the Commissioner is determining validity. That is, the Commissioner is essentially

[...] Toute réalisation, tout procédé, toute machine, fabrication ou composition de matières, ainsi que tout perfectionnement de l’un d’eux, présentant le caractère de la nouveauté et de l’utilité. « invention »
« invention »

[30] S’il est convaincu que le demandeur de brevet n’est pas fondé en droit à obtenir la concession du brevet, le commissaire doit, en application de l’article 40 de la *Loi sur les brevets*, rejeter la demande. L’article 40 est rédigé comme suit :

40. Chaque fois que le commissaire s’est assuré que le demandeur n’est pas fondé en droit à obtenir la concession d’un brevet, il rejette la demande et, par courrier recommandé adressé au demandeur ou à son agent enregistré, notifie à ce demandeur le rejet de la demande, ainsi que les motifs ou raisons du rejet. Le commissaire peut refuser le brevet

[31] La décision du commissaire d’accueillir ou de rejeter une demande de brevet n’est pas discrétionnaire. En vertu du paragraphe 27(1) et de l’article 40, le commissaire doit accueillir la demande s’il est satisfait aux conditions légales et il doit la rejeter si ces conditions ne sont pas remplies (voir *Harvard College* : jugement de la majorité rédigé par le juge Bastarache, au paragraphe 144; les motifs de la minorité rédigés par le juge Binnie, au paragraphe 11). Si la demande est rejetée, le demandeur a droit à une explication.

[32] Le libellé du paragraphe 27(1) indique que le commissaire, lorsqu’il examine une demande de brevet, doit trancher un certain nombre de questions. Certaines sont de nature procédurale (par exemple, voir si la demande « est déposée conformément à la présente loi » — aucune question procédurale n’est soulevée dans la présente affaire). D’autres sont des questions de droit et des questions mixtes de fait et de droit, visées par les termes « les autres conditions de celle-ci sont remplies ».

[33] D’une certaine façon, lorsqu’il évalue une demande de brevet en vertu du paragraphe 27(1) afin de déterminer s’il est satisfait à toutes les conditions prévues dans la loi pour l’obtention du brevet, le commissaire détermine la validité. En d’autres termes,

determining whether, if the patent application is granted for the patent claims as set out in the patent application, the resulting patent would be valid.

[34] In the context of considering the validity of the patent if granted, the Commissioner must consider the definition of “invention” in section 2, as well as section 27 and any provisions to which section 27 refers expressly or by necessary implication (including sections 28.2 [as enacted *idem*, s. 33] and 28.3 [as enacted *idem*]). The key issues are novelty, utility, obviousness, and patentable subject matter.

[35] The parts of sections 27 that are most relevant to the issues that arise in this case are subsections 27(3) [as am. *idem*, s. 31], (4) [as am. *idem*] and (8) [as am. *idem*], which read as follows:

27. ...

Specification

(3) The specification of an invention must

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

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

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

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

le commissaire se demande essentiellement si, dans l’hypothèse où la demande de brevet est accordée pour les revendications énoncées dans la demande de brevet, le brevet résultant sera valide.

[34] Lorsqu’il examine la validité du brevet s’il est accordé, le commissaire doit tenir compte de la définition d’« invention » à l’article 2 ainsi que de l’article 27 et de toute disposition à laquelle l’article 27 renvoie expressément ou par déduction nécessaire (y compris les articles 28.2 [édicte, *idem*, art. 33] et 28.3 [édicte, *idem*]). Les questions clés sont celles de la nouveauté, de l’utilité, de l’évidence et de l’objet brevetable.

[35] Les parties de l’article 27 qui sont les plus pertinentes relativement aux questions soulevées en l’espèce sont les paragraphes 27(3) [mod., *idem*, art. 31], (4) [mod., *idem*] et (8) [mod., *idem*], rédigés comme suit :

27. [...]

(3) Le mémoire descriptif doit :

Mémoire
descriptif

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

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

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

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

Claims	(4) The specification must end with a claim or claims defining distinctly and in explicit terms the subject-matter of the invention for which an exclusive privilege or property is claimed.	(4) Le mémoire descriptif se termine par une ou plusieurs revendications définissant distinctement et en des termes explicites l'objet de l'invention dont le demandeur revendique la propriété ou le privilège exclusif.	Revendications
	...	[...]	

What may not be patented	(8) No patent shall be granted for any mere scientific principle or abstract theorem.	(8) Il ne peut être octroyé de brevet pour de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques.	Ce qui n'est pas brevetable
--------------------------	---	--	-----------------------------

[36] Subsections 27(3) and (4) are the statutory embodiment of the two sides of the bargain underlying the *Patent Act*. The information the inventor provides in the patent application pursuant to subsection 27(3) is the disclosure—the consideration offered by the inventor for the patent rights sought. In the words of paragraph 27(3)(a), the disclosure must (among other things) “fully describe the invention”.

[36] Les paragraphes 27(3) et (4) sont l'expression législative des deux côtés du marché qui sous-tend la *Loi sur les brevets*. Les renseignements que l'inventeur communique dans la demande de brevet en vertu du paragraphe 27(3) constituent la divulgation — la contrepartie offerte par l'inventeur pour les droits de brevet demandés. Aux termes de l'alinéa 27(3)a), la divulgation doit (entre autres choses) « décrire d'une façon [...] complète l'invention ».

[37] The information the inventor provides in the patent application pursuant to subsection 27(4) is the claim or claims—the scope of the monopoly claimed by the inventor. If the application is granted, the disclosure teaches the public about the invention, and the claims inform the public what would constitute infringement of the patent during its term.

[37] Les renseignements que l'inventeur communique dans la demande de brevet en vertu du paragraphe 27(4) sont la ou les revendications — l'étendue du monopole revendiqué par l'inventeur. Si la demande est accueillie, la divulgation renseigne le public sur l'invention et les revendications informent le public sur ce qui constituerait une atteinte au brevet durant sa période de validité.

[38] I do not propose to try to list all of the issues implicit in subsections 27(3), (4) and (8) and the statutory definition of “invention” that must be considered by the Commissioner, but it seems to me that they would include at least the following (which need not be considered in any particular order):

[38] Je n'ai pas l'intention d'essayer d'énumérer toutes les questions implicites dans les paragraphes 27(3), (4) et (8) dans la définition légale du terme « invention » qui doivent être examinées par le commissaire, mais il me semble qu'elles devraient comprendre au moins les suivantes (qu'il n'est pas nécessaire d'examiner dans un quelconque ordre particulier).

(a) Patentable subject-matter: What is the subject-matter defined by the claim? Is the subject-matter defined by the claim (i) an art, (ii) an improvement to an art, (iii) a process, (iv) an improvement to a process, (v) a machine, (vi) an improvement to a machine, (vii) a manufacture, (viii) an improvement to a manufacture, (ix) a composition of matter, or (x) an improvement to a composition of matter? If the subject-matter defined

a) L'objet brevetable : Quel est l'objet défini par la revendication? L'objet que définit la revendication est-il i) une réalisation, ii) le perfectionnement d'une réalisation, iii) un procédé, iv) le perfectionnement d'un procédé, v) une machine, vi) le perfectionnement d'une machine, vii) un objet manufacturé, viii) le perfectionnement d'un objet manufacturé, ix) un composé de matières, ou x) le perfectionnement d'un composé de

by the claim is none of these, then the application must be refused on the basis of no patentable subject-matter.

(b) Novelty: Is the invention new, in the sense that the subject-matter defined by the claim has not been disclosed as specified in paragraph 28.2(1)(a), (b), (c) or (d)? If not, then the application must be refused.

(c) Utility: Does the invention have utility, in the sense that the subject-matter defined by the claim is useful? If not, then the application must be refused.

(d) Obviousness: Is the invention obvious, in the sense that the subject-matter defined by the claim would have been obvious on the claim date to a person skilled in the art or science to which it pertains, having regard to the information specified in paragraph 28.3(a) or (b)? If so, then the application must be refused.

(e) Statutory prohibition: Is subject-matter defined by the claim a “mere scientific principle or abstract theorem” within the meaning of subsection 27(8)? If so, then the application must be refused.

[39] The subject of each of the questions listed above is “the subject-matter defined by the claim”, rather than the “invention” or “what the inventor claims to have invented”. That choice was made for the following reasons.

[40] The questions relating to novelty and obviousness (items (b) and (d)) must reflect sections 28.2 and 28.3 of the *Patent Act*, which specify how novelty and obviousness are to be determined. The subject of sections 28.2 and 28.3 is “the subject-matter defined by the claim”. It is not “the invention” or “what the inventor claims to have invented”. In formulating items (b) and (d), the subject was chosen to match the grammatical subject of sections 28.2 and 28.3.

matières? Si l’objet défini par la revendication n’est aucun de ces éléments, la demande doit être rejetée au motif qu’il n’existe pas d’objet brevetable.

b) La nouveauté : L’invention est-elle nouvelle, en ce sens que l’objet que définit la revendication n’a pas été divulgué conformément aux dispositions des alinéas 28.2(1)a), b), c) ou d)? Si la réponse est négative, la demande doit être rejetée.

c) L’utilité : L’invention a-t-elle une utilité, en ce sens que l’objet que définit la revendication est utile? Si la réponse est négative, la demande doit être rejetée.

d) L’évidence : L’invention est-elle évidente, en ce sens que l’objet que définit la revendication aurait été évident à la date de la revendication pour une personne versée dans l’art ou la science qui s’y rapporte, eu égard aux enseignements visés à l’alinéa 28.3a) ou b)? Dans l’affirmative, la demande doit être rejetée.

e) L’interdiction législative : L’objet que définit la revendication constitue-t-il de « simples principes scientifiques ou conceptions théoriques » au sens du paragraphe 27(8)? Dans l’affirmative, la demande doit être rejetée.

[39] L’objet de chacune des questions énoncées ci-dessus est « l’objet que définit la revendication » plutôt que l’« invention » ou « ce que l’inventeur prétend avoir inventé ». Ce choix a été fait pour les motifs suivants.

[40] Les questions ayant trait à la nouveauté et à l’évidence (les éléments b) et d)) doivent refléter les articles 28.2 et 28.3 de la *Loi sur les brevets*, qui précisent comment déterminer la nouveauté et l’évidence. L’objet des articles 28.2 et 28.3 est « l’objet que définit la revendication ». Ce n’est pas « l’invention » ou « ce que l’inventeur prétend avoir inventé ». En formulant les éléments b) et d), l’objet a été choisi de manière à correspondre au sujet grammatical des articles 28.2 et 28.3.

[41] For the questions relating to patentable subject-matter, utility, and the prohibition on granting a patent for a mere scientific principle or theorem (items (a), (c) and (e)), there is no provision corresponding to section 28.2 or 28.3 that provides a specific test. However, I see no reason why the subject of items (a), (c) and (e) should not be the same as the subject of items (b) and (d). For that reason, the subject of questions (a), (c), and (e) is also “the subject-matter defined by the claim”.

[42] This formulation of the issues to be considered does not mean that the Commissioner cannot ask or determine what the inventor has actually invented, or what the inventor claims to have invented. On the contrary, these are relevant and necessary questions in a number of contexts, including novelty, obviousness, and patentable subject-matter. It may also arise in relation to other issues, for example, the determination of the identity of the inventor.

[43] However, it seems to me that the jurisprudence of the Supreme Court of Canada, in particular *Free World Trust* and *Whirlpool*, requires the Commissioner’s identification of the actual invention to be grounded in a purposive construction of the patent claims. It cannot be determined solely on the basis of a literal reading of the patent claims, or a determination of the “substance of the invention” within the meaning of that phrase as used by Justice Binnie, writing for the Supreme Court of Canada in *Free World Trust*, at paragraph 46.

[44] Purposive construction will necessarily ensure that the Commissioner is alive to the possibility that a patent claim may be expressed in language that is deliberately or inadvertently deceptive. Thus, for example, what appears on its face to be a claim for an “art” or a “process” may, on a proper construction, be a claim for a mathematical formula and therefore not patentable subject-matter. That was the situation in *Schlumberger Canada Ltd. v. Commissioner of Patents*, [1982] 1 F.C. 845 (C.A.).

[41] En ce qui concerne les questions ayant trait à l’objet brevetable, à l’utilité et à l’interdiction d’accorder un brevet pour de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques (éléments a), c) et e)), aucune disposition correspondant aux articles 28.2 ou 28.3 ne prévoit expressément un critère. Cependant, je ne vois aucune raison pour laquelle l’objet des éléments a), c) et e) ne devrait pas être le même que l’objet des éléments b) et d). Pour ce motif, l’objet des questions a), c) et e) est aussi « l’objet que définit la revendication ».

[42] Cette formulation des questions à examiner ne signifie pas que la commissaire ne peut pas demander ou déterminer ce que l’inventeur a réellement inventé ou ce que l’inventeur prétend avoir inventé. Au contraire, ce sont là des questions pertinentes et nécessaires dans un certain nombre de contextes, dont la nouveauté, l’évidence et l’objet brevetable. Elles peuvent également être soulevées relativement à d’autres questions, par exemple, la détermination de l’identité de l’inventeur.

[43] Cependant, il me semble que la jurisprudence de la Cour suprême du Canada, en particulier dans les arrêts *Free World Trust* et *Whirlpool*, requiert que l’identification de l’invention réelle par le commissaire soit fondée sur une interprétation téléologique des revendications du brevet. Cette identification ne peut reposer seulement sur l’interprétation littérale des revendications du brevet ou sur la détermination de « l’essentiel de l’invention » au sens où le juge Binnie utilise ces termes dans les motifs qu’il a rédigés pour la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Free World Trust*, au paragraphe 46.

[44] Une interprétation téléologique nécessite que le commissaire soit attentif à la possibilité qu’une revendication du brevet puisse être exprimée dans un langage qui soit trompeur, de manière délibérée ou par inadvertance. Par exemple, ce qui à première vue semble être la revendication d’une « réalisation » ou d’un « procédé » peut, dans le cadre d’une interprétation appropriée, constituer la revendication d’une formule mathématique et, par conséquent, ne pas constituer un objet brevetable. C’était le cas dans l’arrêt *Schlumberger Canada Ltd. c. Commissaire des brevets*, [1982] 1 C.F. 845 (C.A.).

[45] The Attorney General of Canada suggests that if the Commissioner cannot consider the issue of patentable subject-matter as a question that is independent of patent construction, some doubt may be thrown on the correctness of cases decided before *Free World Trust* and *Whirlpool*. He cites, for example, *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49. In my view, the concern of the Attorney General of Canada is unfounded. It seems to me that *Farbwerke* would be decided today as it was in 1964. As I read that case, the patent application in issue was rejected for want of novelty (see page 53) and for obviousness (according to Justice Dickson [as he then was], writing for the Supreme Court of Canada in *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, at page 536).

[46] The Attorney General of Canada also cited *Shell Oil* as an example of a case in which a patent was granted for claims that *in form* were claims for a substance consisting of a combination of known and unpatentable ingredients, but were found to be claims for a new, useful and unobvious use for the claimed compositions as a plant growth regulant. I do not read *Shell Oil* as a case in which the substance of the claims prevailed over its form. As I read *Shell Oil*, Justice Wilson (who wrote for the Court) adopted an approach that was consistent with *Free World Trust* and *Whirlpool*, decided several years later. She construed the claims purposively and, on the basis of that construction, concluded that the subject-matter of the claims was a new and useful art. She said this at pages 548–549:

It is not the process of mixing the old compounds with the known adjuvants which is put forward as novel. It is the idea of applying the old compounds to the new use as plant growth regulators; the character of the adjuvants follows inevitably once their usefulness for that purpose has been discovered. What then is the “invention” under s. 2? I believe it is the application of this new knowledge to effect a desired result which has an undisputed commercial value and that it falls within the words “any new and useful art”. I think the word

[45] Le procureur général du Canada fait valoir que, si le commissaire ne peut pas examiner la question de l’objet brevetable comme une question indépendante de l’interprétation du brevet, le bien-fondé de décisions rendues avant les arrêts *Free World Trust* et *Whirlpool* pourrait être mis en doute. Il cite, par exemple, l’arrêt *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49. À mon avis, la préoccupation du procureur général est sans fondement. Il me semble que la décision rendue dans *Farbwerke* serait la même aujourd’hui qu’en 1964. Selon mon interprétation de cet arrêt, la demande de brevet en cause a été rejetée faute de nouveauté (voir à la page 53) et en raison de l’évidence (selon le juge Dickson [tel était alors son titre], qui a rédigé les motifs de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, à la page 536).

[46] Le procureur général du Canada cite également l’arrêt *Shell Oil* à titre d’exemple d’affaire où un brevet a été accordé pour des revendications qui dans la forme constituaient des revendications pour une substance consistant en une combinaison d’éléments connus et non brevetables, mais qui, selon la Cour, concernaient un usage nouveau, utile et non évident des composés revendiqués comme régulateur de croissance végétale. Je n’interprète pas *Shell Oil* comme un arrêt dans lequel la substance des revendications l’emportait sur leur forme. Selon mon interprétation de l’arrêt *Shell Oil*, la juge Wilson (qui a rédigé les motifs de la Cour) a adopté une approche compatible avec les arrêts *Free World Trust* et *Whirlpool*, rendus plusieurs années plus tard. Elle a interprété de manière téléologique les revendications et, sur le fondement de cette interprétation, a conclu que l’objet des revendications constituait une réalisation nouvelle et utile. Elle écrit aux pages 548 et 549 :

Ce n’est pas le procédé par lequel on mélange des composés déjà connus à des adjuvants connus qui serait nouveau. C’est l’idée de donner aux composés déjà connus un usage nouveau qu’est la régulation de la croissance végétale; la nature des adjuvants s’ensuit inévitablement une fois que l’on a découvert leur utilité à cette fin. En quoi consiste l’«invention» selon l’art. 2? Je crois que c’est l’application de cette nouvelle connaissance afin d’obtenir un résultat, qui a une valeur commerciale indéniable et qui répond à la définition de l’expression

“art” in the context of the definition must be given its general connotation of “learning” or “knowledge” as commonly used in expressions such as “the state of the art” or “the prior art”. The appellant’s discovery in this case has added to the cumulative wisdom on the subject of these compounds by a recognition of their hitherto unrecognized properties and it has established the method whereby these properties may be realized through practical application. In my view, this constitutes a “new and useful art” and the compositions are the practical embodiment of the new knowledge.

If I am right that the discovery of a new use for these compounds which is capable of practical application is an “invention” within the meaning of the definition, I can find nothing in the statute which would preclude a claim for these compositions. Section 36 does not seem to present a barrier because the inventive ingenuity here lies in the new use for the old compounds and not in the compounds themselves. Having discovered the use, the appellant has then combined the compounds with the appropriate carriers for their application to plants. It is not, in my view, necessary in the case of the discovery of a new use for an old compound that the combination of the compound with the adjuvant be itself novel in any sense other than that it is required in order to give effect to this particular use of the compound. This is not a case where the inventive ingenuity is alleged to lie in the combination; the combination is simply the means of realizing on the newly discovered potential of the compounds. This is a case where the inventive ingenuity is in the discovery of the new use and no further inventive step is required in the application of the compounds to that use, *i.e.* in the preparation of the appropriate compositions.

[47] In my view, there is nothing in the cases cited by the Attorney General of Canada that casts any doubt on the proposition that the Commissioner’s determination of subject-matter must be based on a purposive construction of the patent claims. Therefore, on the question of analytical framework, I agree with Justice Phelan that in determining subject-matter solely on the basis of the inventive concept, the Commissioner adopted an analysis that is incorrect in law.

[48] However, it does not necessarily follow that the Commissioner was wrong in the result. In my view, it remains an open question whether the subject-matter defined by the patent claims is an “invention” within the statutory definition. That issue is discussed in the next part of these reasons.

«toute réalisation ... présentant le caractère de la nouveauté et de l’utilité». Je crois qu’il faut donner au mot «réalisation» de la définition son sens général de «science» ou «connaissance». Dans ce cas, la découverte de l’appelante a augmenté le bagage de connaissances au sujet de ces composés en leur trouvant des propriétés jusqu’alors inconnues et elle a établi la méthode par laquelle on peut leur donner une application pratique. À mon sens, cela constitue une «réalisation ... présentant le caractère de la nouveauté et de l’utilité» et les compositions sont la réalisation pratique de la nouvelle connaissance.

Si j’ai raison de dire que la découverte d’un usage nouveau et réalisable en pratique de ces composés constitue une « invention » au sens de la définition, je ne vois rien dans la Loi qui interdise une revendication visant ces compositions. L’article 36 ne semble pas constituer un obstacle parce que l’activité inventive se trouve ici dans l’usage nouveau de composés déjà connus et non dans les composés eux-mêmes. Après avoir découvert l’usage, l’appelante a mélangé les composés à des supports appropriés pour les appliquer aux plantes. À mon avis, il n’est pas nécessaire dans le cas de la découverte d’un nouvel usage pour un composé déjà connu que le mélange du composé à l’adjuvant soit lui-même nouveau, sauf dans la mesure où cela est nécessaire pour réaliser cet usage particulier du composé. En l’espèce, on ne prétend pas que l’activité inventive dépend de la combinaison; celle-ci est seulement le moyen de réaliser les possibilités nouvellement découvertes qu’offrent les composés. En l’espèce, l’activité inventive se trouve dans la découverte du nouvel usage et point n’est besoin d’autre activité inventive pour appliquer les composés à cet usage, c.-à-d. préparer les compositions appropriées.

[47] À mon avis, rien dans les décisions citées par le procureur général du Canada ne permet de remettre en question la proposition selon laquelle la détermination de l’objet par le commissaire doit reposer sur une interprétation téléologique des revendications du brevet. Par conséquent, en ce qui concerne la question du cadre analytique, je suis d’accord avec le juge Phelan que, en déterminant l’objet sur le seul fondement de l’idée originale, la commissaire a adopté une analyse incorrecte en droit.

[48] Cependant, il ne s’ensuit pas nécessairement que le résultat auquel la commissaire est parvenue est erroné. À mon avis, la question demeure de savoir si l’objet que définit les revendications de brevet est une « invention » au sens de la définition de la Loi. Cette question sera traitée dans la prochaine partie des présents motifs.

(2) Determination of patentable subject-matter

[49] Any refusal of a patent application on the basis of no patentable subject-matter must be grounded in the *Patent Act*. A patent application must be refused if the claim, construed purposively, describes something that is outside the enumerated categories in the statutory definition of “invention”. In this case, the parties disagree on whether the words “art” and “process” in that definition can include (a) something that is not scientific or technological in nature, (b) something that is merely a business method, or (c) something that causes no change to the character or condition of a physical thing.

[50] Justice Phelan, in paragraphs 48 to 52 of his reasons, summarized the leading Canadian cases on the meaning of “art” and “process”. I agree substantially with his analysis and reproduce it here:

On a preliminary note, it is immaterial that the Commissioner discussed the definition of “art” only and more generally and did not consider “process” separately. It is generally accepted that “method” and “process” are the same thing and that “art” may include either: see *Lawson* [v. *Commissioner of Patents* (1970), 62 C.P.R. 101 (Ex. Ct)], above, at page 110 citing to *Refrigerating Equipment Ltd. v. Waltham System Inc. et al.*, [1930] Ex. C.R. 154, at 166. Indeed, many of the principal cases dealing with what is an art have in fact concerned processes, *Shell Oil* being a prime example. The issue is whether in her discussion of “art” the Commissioner adopted the correct legal definition, encompassing the courts’ interpretation of patentable processes.

The appellant [Amazon] alleges that the Commissioner has adopted too restrictive a definition of “art” by ignoring *Shell Oil* and returning to the “physical manipulation” test outlined in *Lawson*. I note, however, that the Commissioner explicitly discusses *Shell Oil*; the reference to *Lawson* is within the context of that decision. The crux of the debate is her interpretation of *Shell Oil* to mean that “practical application” necessarily includes the change of character or condition in a *physical object*. I also note that she has injected a requirement that the “new learning or knowledge” outlined in *Shell Oil* be technological or scientific in nature.

2) La détermination de l’objet brevetable

[49] Tout rejet d’une demande de brevet, qui repose sur l’absence d’un objet brevetable, doit se fonder sur la *Loi sur les brevets*. Une demande de brevet doit être rejetée si la revendication, interprétée de manière téléologique, décrit quelque chose qui n’appartient pas aux catégories énumérées dans la définition légale du terme « invention ». En l’espèce, les parties ne sont pas d’accord sur la question de savoir si les termes « réalisation » et « procédé » dans cette définition comprennent a) quelque chose qui n’est pas de nature scientifique ou technologique, b) quelque chose qui est simplement une pratique commerciale, ou c) quelque chose qui n’entraîne aucun changement de la nature ou de l’état d’un objet physique.

[50] Le juge Phelan, aux paragraphes 48 à 52 de ses motifs, a résumé les décisions de principe de la jurisprudence canadienne sur la signification des termes « réalisation » et « procédé ». Je souscris pour l’essentiel à son analyse, que je reproduis ci-dessous :

Il convient tout d’abord de noter qu’il importe peu que la commissaire ait seulement analysé la définition de « réalisation » de façon générale sans examiner séparément la définition de « procédé ». Il est généralement accepté que « méthode » et « procédé » constituent une seule et même chose et que « réalisation » peut comprendre l’une ou l’autre de ces choses : voir la décision *Lawson* [v. *Commissioner of Patents* (1970), 62 C.P.R. 101 (C. de l’É.)], précitée, à la page 110, citant l’arrêt *Refrigerating Equipment Ltd. v. Waltham System Inc. et al.*, [1930] R.C.É. 154, à la page 166. En effet, nombre de précédents portant sur ce qu’est une réalisation concernaient en fait des procédés, l’exemple parfait étant l’arrêt *Shell Oil*. La question est de savoir si la commissaire, dans son analyse sur la réalisation, a adopté la définition juridique applicable, laquelle comprend l’interprétation que les tribunaux ont donnée aux procédés brevetables.

L’appelante [Amazon] allègue que la commissaire a adopté une définition de « réalisation » trop étroite en ne tenant pas compte de l’arrêt *Shell Oil* et en employant l’ancien critère de « manipulation physique » établi dans la décision *Lawson*. Je note, cependant, que la commissaire a expressément examiné l’arrêt *Shell Oil*; le renvoi à la décision *Lawson* a été fait dans le contexte de cet arrêt. Le cœur du débat est l’interprétation de la commissaire selon laquelle l’arrêt *Shell Oil* établit que l’« application pratique » suppose nécessairement un changement dans la nature ou l’état d’un objet physique. Je souligne également qu’elle a ajouté une condition selon laquelle la

Shell Oil is unequivocally the starting point for the definition of a patentable “art”. It focuses the inquiry on whether there is a practical application of the discovery or idea (at page 549):

What then is the “invention” under s. 2? I believe it is the application of this new knowledge to effect a desired result which has an undisputed commercial value and that it falls within the words “any new and useful art”. I think the word “art” in the context of the definition must be given its general connotation of “learning” or “knowledge” as commonly used in expressions such as “the state of the art” or “the prior art”. The appellant’s discovery in this case has added to the cumulative wisdom on the subject of these compounds by a recognition of their hitherto unrecognized properties and it has established the method whereby these properties may be realized through practical application. In my view, this constitutes a “new and useful art” and the compositions are the practical embodiment of the new knowledge.

The decision in *Lawson* is 40 years old and was a useful starting point in *Shell Oil* for Wilson J. to discuss a “more expansive” definition of art. However, it is not the authoritative guide for what constitutes patentable art. Although Wilson J. did not reject the decision, she referred to it as part of the ongoing effort to create a wider definition which explicitly stepped beyond manufacture of goods and even manufacturing techniques (at pages 554–555):

In *Tennessee Eastman Co. v. The Commissioner of Patents* [[1974] S.C.R. 111] The Court, however, affirmed that “art” was a word of very wide connotation and was not to be confined to new processes or products or manufacturing techniques but extended as well to new and innovative methods of applying skill or knowledge provided they produced effects or results commercially useful to the public.

An effort to articulate this broader concept of the term “art” was made by Cattanach J. in *Lawson v. Commissioner of Patents* (1970), 62 C.P.R. 101. In that case a patent was being sought on a new method of describing the boundaries of a plot of land. The application was rejected, again not because the subject-matter of the application was not an “art” within the meaning of the definition in the Act but because, like the new use for the adhesive in *Tennessee*

« nouvelle connaissance » dont il est question dans l’arrêt *Shell Oil* doit être de nature technologique ou scientifique.

L’arrêt *Shell Oil* constitue sans contredit l’origine de la définition de « réalisation » brevetable. La Cour suprême, dans cet arrêt, a mis l’accent sur la question de savoir si la découverte ou l’idée a une application pratique (à la page 549) :

En quoi consiste l’« invention » selon l’art. 2? Je crois que c’est l’application de cette nouvelle connaissance afin d’obtenir un résultat, qui a une valeur commerciale indéniable et qui répond à la définition de l’expression « toute réalisation ... présentant le caractère de la nouveauté et de l’utilité ». Je crois qu’il faut donner au mot « réalisation » de la définition son sens général de « science » ou « connaissance ». Dans ce cas, la découverte de l’appelante a augmenté le bagage de connaissances au sujet de ces composés en leur trouvant des propriétés jusqu’alors inconnues et elle a établi la méthode par laquelle on peut leur donner une application pratique. À mon sens, cela constitue une « réalisation ... présentant le caractère de la nouveauté et de l’utilité » et les compositions sont la réalisation pratique de la nouvelle connaissance.

La décision *Lawson* date de 40 ans et elle a constitué un point de départ utile pour l’analyse de la juge Wilson dans l’arrêt *Shell Oil*, dans laquelle cette dernière a donné à la définition de réalisation une [TRADUCTION] « plus grande portée ». Cependant, il ne s’agit pas d’un précédent quant à la question de savoir ce qu’est une réalisation brevetable. La juge Wilson n’a pas rejeté la décision *Lawson*, mais elle a affirmé que cette décision faisait partie de l’effort soutenu visant à établir une définition plus large qui va expressément au delà de la fabrication de produits et même des techniques de fabrication (aux pages 554 et 555) :

Dans l’arrêt *Tennessee Eastman Co. c. Commissaire des brevets* [[1974] R.C.S. 111] [...] La Cour a cependant affirmé que « réalisation » est un mot très général et qu’il ne faut pas le restreindre aux nouveaux procédés, produits ou techniques de fabrication mais qu’il faut l’appliquer aussi aux méthodes nouvelles et innovatrices qui servent à appliquer des connaissances ou des compétences pourvu qu’elles produisent des effets ou des résultats utiles pour le public de façon commerciale.

Dans *Lawson c. Commissaire des brevets* (1970), 62 C.P.R. 101, le juge Cattanach a tenté de mieux cerner ce concept général de « réalisation ». Dans cette affaire-là, on demandait un brevet pour une nouvelle méthode servant à décrire les limites d’une parcelle de terre. La demande a été rejetée non pas, encore une fois, parce que l’objet de la demande n’était pas une « réalisation » au sens de la définition que donne la Loi, mais parce que, comme le

Eastman, it related to professional skills rather than to trade, industry or commerce. In the course of his reasons Mr. Justice Cattanach said at pp. 109-10;

An art or operation is an act or series of acts performed by some physical agent upon some physical object and producing in such object some change either of character or of condition. It is abstract in that, it is capable of contemplation of the mind. It is concrete in that it consists in the application of physical agents to physical objects and is then apparent to the senses in connection with some tangible object or instrument.

In the earlier development of patent law, it was considered that an invention must be a vendible substance and that unless a new mode of operation created a new substance the invention was not entitled to a patent, but if a new operation created a new substance the patentable invention was the substance and not the operation by which it was produced. This was the confusion of the idea of the end with that of means. However, it is now accepted that if the invention is the means and not the end, the inventor is entitled to a patent on the means.

There are thus three important elements in the test for art as articulated by Wilson J.: (i) it must not be a disembodied idea but have a method of practical application; (ii) it must be a new and inventive method of applying skill and knowledge; and (iii) it must have a commercially useful result: *Progressive Games* (1999), 3 C.P.R. (4th) 517 (T.D.), at paragraph 16, aff'd (2000), 9 C.P.R. (4th) 479 (F.C.A.). [Emphasis in original.]

[51] Broadly speaking, each of the three elements of “art” as set out in paragraph 52 of Justice Phelan’s reasons are grounded in the provisions of the *Patent Act* in the sense that they reflect the statutory requirements of novelty, utility, non-obviousness, and the prohibition on the granting of a patent for a mere scientific principle or abstract theorem.

[52] According to the Commissioner’s reasons for refusing to grant Amazon’s application for a patent for its one-click method of Internet shopping, the invention fails three tests that the Commissioner found to be

nouvel usage de la substance comme adhésif dans l’affaire *Tennessee Eastman*, la demande avait trait à des compétences professionnelles plutôt qu’au commerce ou à l’industrie. Dans ses motifs de jugement, le juge Cattanach dit aux pp. 109 et 110 :

Une réalisation ou une exploitation consiste en un acte ou une série d’actes effectués sur un objet matériel au moyen d’un agent physique et qui produisent dans cet objet un changement de nature ou d’état. Il s’agit d’une chose abstraite en ce sens que l’esprit peut l’imaginer. Il s’agit d’une chose concrète en ce sens qu’on applique des agents physiques à des objets matériels et que les sens peuvent alors percevoir un objet ou un instrument tangible.

Au cours de l’évolution des principes juridiques relatifs aux brevets, on a déjà considéré qu’une invention doit consister en une substance que l’on peut vendre et que, sauf si on inventait une nouvelle substance par un nouveau procédé, l’invention ne pouvait pas donner lieu à un brevet, mais que si on inventait une nouvelle substance, par un nouveau procédé, l’invention qui pouvait être brevetée était la substance et non pas le procédé. On confondait alors la fin et les moyens. Cependant il est maintenant reconnu que si l’invention est un moyen et non pas une fin, l’inventeur a droit à un brevet sur ce moyen.

Le critère lié à la réalisation établi par la juge Wilson comprend donc trois éléments importants : i) la réalisation ne doit pas être pas une idée désincarnée, mais comporter une méthode d’application pratique; ii) elle doit constituer une façon nouvelle et innovatrice d’appliquer des compétences ou des connaissances; et iii) elle doit produire des résultats ou des effets utiles de façon commerciale : *Progressive Games*, 1999 CanLII 8921 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 16, conf. par 2000 CanLII 16577 (C.A.F.). [Souligné dans l’original.]

[51] En termes généraux, chacun des trois éléments d’une « réalisation » énoncés au paragraphe 52 des motifs du juge Phelan reposent sur les dispositions de la *Loi sur les brevets* en ce sens qu’ils reflètent les exigences législatives de la nouveauté, de l’utilité, de la non-évidence et de l’interdiction d’accorder un brevet pour de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques.

[52] Selon les motifs de la commissaire pour rejeter la demande de brevet d’Amazon pour un procédé de magasinage sur Internet au moyen d’un seul clic, l’invention ne satisfait pas à trois critères qui, selon la commissaire,

implicit in the meaning of “art” for purposes of the *Patent Act*: (1) it does not add to human knowledge anything that is technological in nature; (2) it is merely a business method and a business method is not patentable; and (3) it does not cause a change in the character or condition of a physical object.

[53] In my respectful view, the Commissioner should be wary of devising or relying on tests of the kind set out in the previous paragraph, even if they are intended only to summarize principles derived from the jurisprudence interpreting some aspect of the statutory definition of “invention”. The focus should remain on the principles to be derived from the jurisprudence. Catch phrases, tag words and generalizations can take on a life of their own, diverting attention away from the governing principles.

[54] Of course, the Commissioner must consider all relevant jurisprudence, but must also recognize that each decided case turns on its own facts and arises in the context of the state of knowledge at a particular point in time, with the objective of resolving a particular disagreement between the parties to the litigation. Such contextual factors necessarily mean that caution should be exercised in developing a principle derived from a specific decided case and extrapolating it to another case. For example, one must take care not to apply a jurisprudential principle in a way that forecloses the possibility that new knowledge has rendered conventional ideas obsolete.

[55] With these considerations in mind, I turn to the three tests the Commissioner applied in determining the question of patentable subject-matter.

(a) Must patentable subject-matter be scientific or technological in nature?

[56] Justice Phelan found this question to be unclear and confusing. I agree, and I find little in the Commissioner’s reasons to assist my understanding. It is not

sont implicites selon le sens du terme « réalisation » aux fins d’application de la *Loi sur les brevets* : 1) elle n’ajoute rien à la connaissance humaine qui soit de nature technologique; 2) elle constitue simplement une pratique commerciale et une pratique commerciale n’est pas brevetable; et 3) elle n’entraîne aucun changement de la nature ou de l’état d’un objet physique.

[53] Avec respect, la commissaire devrait être prudente lorsqu’elle conçoit des critères comme ceux énoncés au paragraphe précédent ou s’appuie sur de tels critères, même s’ils visent seulement à résumer des principes découlant de l’interprétation dans la jurisprudence de certains aspects de la définition légale du terme « invention ». Le but principal devrait demeurer la détermination des principes qui découlent de la jurisprudence. Les phrases accrocheuses, les expressions et les généralisations peuvent acquérir leur propre vie et détourner l’attention des principes directeurs.

[54] Bien entendu, le commissaire doit considérer toute la jurisprudence pertinente, mais il doit aussi reconnaître que chaque cause pour laquelle une décision a été rendue comporte ses propres faits et est soulevée dans le contexte de l’état des connaissances à un moment particulier, avec l’objectif de résoudre un différend particulier entre les parties au litige. De tels facteurs contextuels signifient nécessairement qu’il convient de faire preuve de prudence en formulant un principe découlant d’une cause particulière pour laquelle une décision a été rendue. Par exemple, il faut prendre garde d’appliquer un principe jurisprudenciel de manière à exclure la possibilité qu’une nouvelle connaissance ait rendu des idées courantes obsolètes.

[55] Gardant à l’esprit ces considérations, je me pencherai maintenant sur les trois critères que la commissaire a appliqués pour trancher la question de l’objet brevetable.

a) L’objet brevetable doit-il être de nature scientifique ou technologique?

[56] Le juge Phelan a estimé que cette question n’était pas claire et qu’elle créait de la confusion. Je suis d’accord et je ne trouve guère d’éléments dans les motifs de

clear to me what the Commissioner means by the word “technological”. Nor do I understand why the Commissioner concluded that Amazon’s one-click method of Internet shopping, which seems to me to be a technological solution to a practical problem, is not “technological” in nature. This is an example where the use of a tag word may represent an unhelpful distraction.

[57] I also agree with Justice Phelan that if the ambit of this principle is as vague as it appears, it is likely to be highly subjective and unpredictable in its application. In my view, this test should not be used as a stand-alone basis for distinguishing patentable from non-patentable subject-matter.

[58] The Attorney General of Canada suggests that the phrase “scientific or technological in nature” was used by the Commissioner to describe the well understood classes of patentable subject-matter as distinguished from the fine arts or works of art that are inventive only in an artistic or aesthetic sense, and are therefore not patentable subject-matter. If that is what the Commissioner had in mind, then the Commissioner is correct. However, that point could have been made more plainly.

(b) Can a business method ever be patentable subject-matter?

[59] The Commissioner answered this question in the negative, but Justice Phelan disagreed. He observed (at paragraph 67 of his reasons) that although a mere business scheme with no practical embodiment will be considered to be an abstract idea or theorem and will therefore be non-patentable, the patent claims in issue describe a business method that has a practical application.

[60] Justice Phelan also said, at paragraph 61 of his reasons, that there is “no basis for the Commissioner’s assumption that there is a ‘tradition’ of excluding

la commissaire pour m’aider à comprendre. Je ne suis pas certain de comprendre ce que la commissaire entend par le terme « technologique ». Je ne saisis pas non plus pourquoi la commissaire a conclu que le procédé de magasinage sur Internet au moyen d’un seul clic d’Amazon, qui me semble être une solution technologique à un problème pratique, n’est pas de nature « technologique ». Il s’agit là d’un exemple où l’utilisation d’une expression peut constituer une distraction inutile.

[57] Je suis également d’accord avec le juge Phelan pour dire que, si la portée de ce principe est aussi vague qu’il semble, il s’agit vraisemblablement d’un principe hautement subjectif d’application imprévisible. À mon avis, ce critère ne devrait pas être utilisé isolément pour distinguer un objet brevetable d’un objet non brevetable.

[58] Le procureur général fait valoir que le syntagme « de nature scientifique ou technologique » a été utilisé par la commissaire pour décrire les catégories bien comprises d’objets brevetables afin de les distinguer des beaux-arts ou des œuvres d’art qui ne sont originales que dans un sens artistique ou esthétique et qui ne constituent donc pas des objets brevetables. Si c’est ce que la commissaire avait à l’esprit, alors elle avait raison. Cependant, ce point aurait pu être expliqué plus clairement.

(b) Une pratique commerciale pourrait-elle constituer un objet brevetable?

[59] La commissaire a répondu à cette question négativement, mais le juge Phelan n’était pas d’accord. Il a fait remarquer (au paragraphe 67 de ses motifs) que, bien qu’un simple projet commercial qui n’aurait pas de concrétisation pratique serait considéré comme une idée abstraite ou une théorie et serait par conséquent un objet non brevetable, les revendications de brevet en cause décrivent une pratique commerciale qui a une application pratique.

[60] Le juge Phelan a également dit, au paragraphe 61 de ses motifs, qu’il n’y a aucun « fondement à l’hypothèse de la commissaire comme quoi il existe une

business methods from patentability in Canada.” I agree that no Canadian jurisprudence determines conclusively that a business method cannot be patentable subject-matter. The Attorney General of Canada has not argued otherwise, and has not denied that the Commissioner has granted patents for claims similar to this in issue in this case.

[61] However, it does not necessarily follow, as Justice Phelan seemed to suggest, that a business method that is not itself patentable subject-matter because it is an abstract idea becomes patentable subject-matter merely because it has a practical embodiment or a practical application. In my view, this cannot be a distinguishing test, because it is axiomatic that a business method always has or is intended to have a practical application. And in this case, the difficulty with a bare “practical application” test for distinguishing patentable from unpatentable business methods is highlighted because the particular business method—itsself an abstract idea—is realized by programming it into the computer by means of a formula or algorithm, which is also an abstract idea.

[62] *Schlumberger* exemplifies an unsuccessful attempt to patent a method of collecting, recording and analysing seismic data using a computer programmed according to a mathematical formula. That use of the computer was a practical application, and the resulting information was useful. But the patent application failed for want of patentable subject-matter because the Court concluded that the only novel aspect of the claimed invention was the mathematical formula which, as a “mere scientific principle or abstract theorem”, cannot be the subject of a patent because of the prohibition in subsection 27(8).

[63] It is arguable that the patent claims in issue in this case could fail on the same reasoning, depending upon whether a purposive construction of the claims in issue

“tradition” selon laquelle les pratiques commerciales ne sont pas brevetables parce qu’elles sont visées par une exclusion ». Je conviens qu’il n’est nulle part arrêté dans la jurisprudence canadienne qu’une pratique commerciale ne peut pas constituer un objet brevetable. Le procureur général du Canada n’a pas soutenu le contraire et il n’a pas nié que la commissaire a accordé des brevets pour des revendications similaires à celles qui font l’objet de la présente instance.

[61] Cependant, il ne s’ensuit pas nécessairement, comme le juge Phelan semble l’indiquer, qu’une pratique commerciale qui ne constitue pas elle-même un objet brevetable parce qu’elle est une idée abstraite devient un objet brevetable du simple fait qu’elle est une concrétisation pratique ou qu’elle présente une application pratique. À mon avis, cela ne peut pas constituer un critère de distinction parce qu’il est évident qu’une pratique commerciale présente toujours une application pratique ou vise à en présenter une. Et en l’espèce, la difficulté que pose le critère d’une simple « application pratique » pour distinguer les pratiques commerciales brevetables de celles qui ne le sont pas est mise en relief du fait que la pratique commerciale particulière — elle-même une idée abstraite — est réalisée par sa programmation dans l’ordinateur au moyen d’une formule ou d’un algorithme, ce qui constitue aussi une idée abstraite.

[62] L’arrêt *Schlumberger* constitue un exemple d’une tentative infructueuse de breveter un procédé visant à recueillir, enregistrer et analyser des données sismiques à l’aide d’un ordinateur programmé selon une formule mathématique. Cette utilisation de l’ordinateur était une application pratique et l’information résultante était utile. La demande de brevet a toutefois été refusée faute d’objet brevetable parce que la Cour a conclu que le seul aspect nouveau de l’invention revendiquée était la formule mathématique qui, n’étant que « de simples principes scientifiques ou conceptions théoriques », ne peut pas faire l’objet d’un brevet en raison de l’interdiction prévue au paragraphe 27(8).

[63] On peut soutenir que les revendications du brevet qui font l’objet de la présente instance pourraient être rejetées pour les mêmes raisons, selon la réponse donnée

leads to the conclusion that *Schlumberger* cannot be distinguished because the only inventive aspect of the claimed invention is the algorithm—a mathematical formula—that is programmed into the computer to cause it to take the necessary steps to accomplish a one-click online purchase. On the other hand, it is also arguable that a purposive construction of the claims may lead to the conclusion that *Schlumberger* is distinguishable because a new one-click method of completing an online purchase is not the whole invention but only one of a number of essential elements in a novel combination. In my view, the task of purposive construction of the claims in this case should be undertaken anew by the Commissioner, with a mind open to the possibility that a novel business method may be an essential element of a valid patent claim.

(c) Must a patentable art cause a change in the character or condition of a physical object?

[64] The Commissioner concluded that a patentable art must cause a change in the character or condition of a physical object. That conclusion is based on paragraph 30 of the decision of the Exchequer Court in *Lawson v. Commissioner of Patents* (1970), 62 C.P.R. 101, which reads as follows [at page 109]:

An art or operation is an act or series of acts performed by some physical agent upon some physical object and producing in such object some change either of character or of condition. It is abstract in that, it is capable of contemplation of the mind. It is concrete in that it consists in the application of physical agents to physical objects and is then apparent to the senses in connection with some tangible object or instrument.

[65] Justice Phelan agreed in part, but he gave what I will call the “physicality requirement” a meaning that was much different, and much broader, than the meaning the Commissioner apparently had in mind.

à la question de savoir si une interprétation téléologique des revendications en cause mène à la conclusion qu'on ne peut établir une distinction entre l'arrêt *Schlumberger* et la présente espèce parce que le seul aspect inventif de l'invention revendiquée est l'algorithme — une formule mathématique — qui est programmé dans l'ordinateur de manière à ce qu'il accomplisse les opérations nécessaires pour effectuer un achat en ligne en un seul clic. D'un autre côté, on peut également soutenir qu'une interprétation téléologique des revendications peut conduire à la conclusion qu'on peut établir une distinction entre l'arrêt *Schlumberger* et la présente affaire du fait qu'un nouveau procédé pour effectuer en un seul clic un achat en ligne ne constitue pas l'invention entière, mais seulement un élément essentiel parmi d'autres dans une nouvelle combinaison. À mon avis, le commissaire devrait en l'espèce procéder de nouveau à l'interprétation téléologique des revendications, en gardant à l'esprit la possibilité qu'une nouvelle pratique commerciale constitue un élément essentiel d'une revendication de brevet valide.

c) Une « réalisation » brevetable doit-elle entraîner un changement de nature ou d'état d'un objet physique?

[64] La commissaire a conclu qu'une réalisation brevetable devait entraîner un changement de nature ou d'état d'un objet matériel. Cette conclusion repose sur le paragraphe 30 de la décision de la Cour de l'Échiquier *Lawson v. Commissioner of Patents* (1970), 62 C.P.R. 101, lequel est rédigé comme suit [à la page 109] :

[TRADUCTION] Une réalisation ou une exploitation consiste en un acte ou une série d'actes effectués sur un objet matériel au moyen d'un agent physique et qui produisent dans cet objet un changement de nature ou d'état. Il s'agit d'une chose abstraite en ce sens que l'esprit peut l'imaginer. Il s'agit d'une chose concrète en ce sens qu'on applique des agents physiques à des objets matériels et que les sens peuvent alors percevoir un objet ou un instrument tangible.

[65] Le juge Phelan était d'accord en partie, mais il a donné à ce que j'appellerai « l'exigence du caractère matériel » une signification qui est bien différente et beaucoup plus large que celle que la commissaire avait semble-t-il à l'esprit.

[66] Justice Phelan began his discussion of this point, at paragraph 53 of his reasons, where he said that the “practical application” requirement in *Shell Oil* “ensures that something which is a mere idea or discovery is not patented—it must be concrete and tangible. This requires some sort of manifestation or effect or change of character.” Justice Phelan is here acknowledging that because a patent cannot be granted for an abstract idea, it is implicit in the definition of “invention” that patentable subject-matter must be something with physical existence, or something that manifests a discernible effect or change. I agree.

[67] However, I do not necessarily accept the remainder of paragraph 53 of Justice Phelan’s reasons, which reads as follows:

However, it is important to remain focused on the requirement for practical application rather than merely the physicality of the invention. The language in *Lawson* must not be interpreted to restrict the patentability of practical applications which might, in light of today’s technology, consist of a slightly less conventional “change in character” or effect that through a machine such as a computer.

[68] If these statements are meant to suggest that our understanding of the nature of the “physicality requirement” as described in paragraph 66, above, may change because of advances in knowledge, then I would agree. Nothing in the jurisprudence excludes such a possibility.

[69] However, if it is meant to suggest that this “physicality requirement” can be met merely by the fact that the claimed invention has a practical application, then I do not agree. The issue, in my view, is similar to the issue raised in the context of the patentability of business methods in that it requires consideration of *Schlumberger*. The claims in *Schlumberger* were not saved by the fact that they contemplated the use of a physical tool, a computer, to give the novel mathematical formula a practical application. As explained above, the claims in issue in this case may or may not be distinguishable from the claims in *Schlumberger*, depending upon how they are construed.

[66] Le juge Phelan a commencé son analyse sur ce point au paragraphe 53 de ses motifs, où il dit que la condition « d’application pratique » dans l’arrêt *Shell Oil* « fait en sorte qu’une chose n’étant qu’une simple idée ou découverte ne soit pas brevetée — il faut qu’elle soit concrète et tangible. Il s’ensuit qu’il doit y avoir une manifestation, un effet ou un changement de nature quelconque. » Le juge Phelan reconnaît en l’occurrence que, puisqu’un brevet ne peut être accordé pour une idée abstraite, il est implicite dans la définition d’« invention » qu’un objet brevetable doit être une chose dotée d’une existence physique ou une chose qui manifeste un effet ou changement discernable. Je suis d’accord.

[67] Cependant, je n’accepte pas nécessairement le reste du paragraphe 53 des motifs du juge Phelan, qui est rédigé comme suit :

Cependant, il importe de mettre l’accent sur la condition d’application pratique plutôt que simplement sur le caractère physique de l’invention. Les propos tenus dans la décision *Lawson* ne doivent pas être interprétés comme limitant la brevetabilité d’applications pratiques qui peuvent, à la lumière de la technologie actuelle, consister en un « changement de nature » ou un effet un peu moins usuel que celui produit au moyen d’une machine telle qu’un ordinateur.

[68] Si ces déclarations signifient que notre compréhension de la nature de « l’exigence du caractère matériel » mentionnée au paragraphe 66, ci-dessus, peut changer en raison des progrès de nos connaissances, je serais d’accord. Rien dans la jurisprudence n’exclut cette possibilité.

[69] Cependant, si elles signifient qu’il est possible de satisfaire à cette « exigence du caractère matériel » en invoquant le simple fait que l’invention revendiquée a une application pratique, je ne suis pas d’accord. La question en litige, à mon avis, est similaire à celle soulevée dans le contexte de la brevetabilité des pratiques commerciales dans la mesure où elle requiert de considérer l’arrêt *Schlumberger*. Dans *Schlumberger*, les revendications n’ont pas été déclarées valides en raison du fait qu’elles avaient trait à l’utilisation d’un outil matériel, un ordinateur, pour donner une application pratique à la nouvelle formule mathématique. Comme je l’ai expliqué précédemment, on peut ou non établir une

distinction entre les revendications qui font l'objet du présent litige et celles de l'arrêt *Schlumberger*, selon l'interprétation qu'on leur donne.

(3) How should the claims be construed?

[70] Justice Phelan's rejection of the Commissioner's three tests for determining the existence of an art that is patentable subject-matter led him to consider anew the question of patent construction. He stated his construction of the patent claims at paragraphs 73 to 76 of his reasons, which read as follows:

The Court finds that a purposive construction of the "system claims" (e.g. claim 44 and its associated dependant claims) clearly discloses a machine which is used to implement [Amazon's] one-click ordering system. The described components (e.g. a computer) are essential elements in implementing an online ordering process. This is not merely "a mathematical formula" which could be carried on without a machine or simply a computer program. A machine is patentable under section 2 of the *Patent Act*. The Commissioner herself found that "in form" the claims disclosed such an invention; it was only when she took a second step to subjectively consider the "substance" that she found otherwise. As discussed, this is unsupported in law. The Court therefore finds the machine claims to be patentable subject-matter.

Turning to the process claims, the Commissioner clearly erred by "parsing" the claims into their novel and obvious elements in order to assess patentability. When viewed as a whole it is clear that the claimed invention is a process which uses stored information and "cookies" to enable customers to order items over the Internet simply by "clicking on them". It is accepted that the "one-click" method is novel; the Court finds that an online ordering system which facilitates this adds to the state of knowledge in this area.

The new learning or knowledge is not simply a scheme, plan or disembodied idea; it is a practical application of the one-click concept, put into action through the use of cookies, computers, the Internet and the customer's own action.

3) Comment faut-il interpréter les revendications?

[70] Le rejet par le juge Phelan des trois critères utilisés par la commissaire pour déterminer l'existence d'une réalisation constituant un objet brevetable l'a conduit à examiner de nouveau la question de l'interprétation du brevet. Il a formulé son interprétation des revendications de brevet aux paragraphes 73 à 76 de ses motifs, qui sont rédigés comme suit :

La Cour conclut qu'une interprétation téléologique des « revendications portant sur le système » (c.-à-d. la revendication 44 et les revendications connexes et subordonnées) révèle clairement une machine employée pour mettre en place le système de commande en un seul clic d'Amazon.com. Les éléments décrits (c.-à-d. un ordinateur) constituent des éléments essentiels dans la mise en œuvre d'un processus de commande en ligne. Il ne s'agit pas d'une simple « formule mathématique » qui pourrait être appliquée sans machine ou simplement à l'aide d'un programme informatique. Une machine est brevetable en application de l'article 2 de la *Loi sur les brevets*. La commissaire elle-même a conclu que, « en ce qui concerne la forme », les revendications décrivaient une telle invention; ce n'est que lorsqu'elle a appliqué la deuxième étape et a examiné subjectivement la « substance » qu'elle a conclu le contraire. Comme il a été expliqué précédemment, cette façon de faire n'a aucun fondement en droit. La Cour conclut donc que les revendications portant sur la machine décrivent un objet brevetable.

En ce qui a trait à la revendication portant sur le procédé, la commissaire a clairement commis une erreur en « séparant » les revendications selon leurs éléments nouveaux et leurs éléments évidents afin de déterminer la brevetabilité. Lorsque l'on interprète l'invention revendiquée dans son ensemble, il est clair qu'elle constitue un procédé qui a recours à des renseignements stockés et à des « témoins » pour permettre à des clients de commander des articles sur Internet simplement en « cliquant sur eux ». Il est reconnu que la méthode « en un seul clic » est nouvelle; la Cour conclut qu'un système qui rend plus facile la commande en ligne ajoute à l'état de la connaissance dans ce domaine.

La nouvelle connaissance n'est pas simplement un projet, un plan ou une idée désincarnée; il s'agit d'une application pratique de l'idée de commander « en un seul clic », mise en application grâce aux témoins, aux ordinateurs, à Internet et

Tangibility is not an issue. The “physical effect”, transformation or change of character resides in the customer manipulating their computer and creating an order. It matters not that the “goods” ordered are not physically changed.

It is undisputed that this invention has a commercially applicable result and is concerned with trade, industry and commerce. Indeed, its utilization in this very realm seems to be at the root of the Commissioner’s concern.

[71] As I understand Justice Phelan’s construction of claims 1 and 44, he adopted what is essentially a literal construction, based on his conclusion that the requirement of physical existence or manifestation of a discernible effect or change implicit in the statutory definition of “invention” was met because the use of a computer is an essential element of the claim.

[72] In my respectful view, it was not appropriate for Justice Phelan to undertake his own purposive construction of the patent claims on the basis of the available record in this case. No doubt Amazon urged Justice Phelan that if he found the Commissioner’s analysis to be wrong in law, he should reverse the Commissioner’s decision and order the Commissioner to issue the patent. No doubt Justice Phelan was acutely aware, as am I, that this matter has already awaited resolution for many years. Nevertheless, for the following reasons I prefer not to adopt Justice Phelan’s construction. Instead, I would refer the construction of the patent claims back to the Commissioner for re-examination.

[73] Anyone who undertakes a purposive construction of a patent must do so on the basis of a foundation of knowledge about the relevant art, and in particular about the state of the relevant art at the relevant time. For the Commissioner, that assistance comes in the form of submissions from the patent applicant and, I assume, from staff at the patent office with the appropriate experience. Courts, however, generally require the expert evidence of persons skilled in the art (*Whirlpool*, at paragraph 49).

aux gestes mêmes du client. La question du caractère tangible n’est pas en litige. L’« effet physique », la transformation ou le changement de nature découle du fait que le client utilise son ordinateur et passe une commande. Il n’importe nullement que les « produits » commandés n’aient subi aucun changement physique.

Il n’est pas contesté que l’invention en cause ait des retombées commerciales applicables et ait trait au commerce et à l’industrie. Son utilisation dans ce domaine semble de fait être à l’origine des réserves de la commissaire.

[71] Selon ma compréhension de son interprétation des revendications 1 et 44, le juge Phelan a adopté ce qui est essentiellement une interprétation littérale en se fondant sur sa conclusion qu’il avait été satisfait à l’exigence de l’existence ou manifestation physique d’un effet ou changement discernable, implicite dans la définition juridique d’« invention », parce que l’utilisation d’un ordinateur est un élément essentiel de la revendication.

[72] Avec égards, il n’est pas approprié que le juge Phelan procède à sa propre interprétation téléologique des revendications de brevet sur le fondement du dossier disponible dans la présente affaire. Certes, Amazon a exhorté le juge Phelan d’annuler la décision de la commissaire et de lui ordonner d’accorder le brevet, s’il concluait que l’analyse de la commissaire était erronée en droit. Certes, le juge Phelan était tout à fait conscient, comme je le suis, que la résolution de l’affaire était attendue depuis de nombreuses années. Néanmoins, pour les motifs qui suivent, je préfère ne pas adopter l’interprétation du juge Phelan. Je renverrais plutôt la question de l’interprétation des revendications de brevet au commissaire pour qu’il procède à un nouvel examen.

[73] Quiconque procède à l’interprétation téléologique d’un brevet doit le faire en s’appuyant sur le fondement des connaissances ayant trait à la réalisation en cause et, en particulier, à l’état de la réalisation en cause au moment pertinent. Pour la commissaire, cette assistance vient sous la forme des observations écrites du demandeur de brevet et, je le suppose, lui est donnée par le personnel du bureau des brevets ayant l’expérience appropriée. Par contre, les cours de justice exigent généralement le témoignage d’experts versés dans l’art (*Whirlpool*, au paragraphe 49).

[74] On those rare occasions when a court is required to construe a patent claim without expert assistance, the result necessarily is limited to a literal interpretation of the claims, which may not be well informed. In this case, Justice Phelan did not have the benefit of expert evidence about how computers work and the manner in which computers are used to put an abstract idea to use. The reasons of the Board have some language that touches on those issues, but the Board's comments are made in the context of a particular view of the relevant legal principles that are wrong in some critical respects. I am unable to discern from the record what the Commissioner would have concluded about the patentability of the claims in issue based on the correct principles.

Conclusion

[75] For these reasons I would allow the appeal. I would award no costs as none have been sought. I would set aside the judgment of the Federal Court and replace it with a judgment that allows Amazon's appeal of the Commissioner's decision and requires the Commissioner to re-examine the patent application on an expedited basis in accordance with these reasons.

TRUDEL J.A.: I agree.

STRATAS J.A.: I agree.

[74] Les rares fois où une cour de justice doit interpréter une revendication de brevet sans l'assistance d'experts, le résultat se limite nécessairement à une interprétation littérale des revendications, laquelle peut ne pas être bien éclairée. En l'espèce, le juge Phelan n'a pas bénéficié du témoignage d'experts sur la façon dont les ordinateurs fonctionnent et dont ils sont utilisés pour mettre une idée abstraite en pratique. Les motifs de la Commission comportent des termes qui touchent à ces questions, mais les commentaires de la Commission sont faits dans le contexte d'une vision particulière des principes juridiques pertinents, lesquels sont erronés à certains égards cruciaux. Je suis incapable de déterminer à partir du dossier ce que la commissaire aurait conclu sur la brevetabilité des revendications en cause en se fondant sur les principes corrects.

Conclusion

[75] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel. Je n'adjugerais pas de dépens puisque les parties n'en ont pas demandés. J'annulerais le jugement de la Cour fédérale et je le remplacerais par un jugement qui accueillerait l'appel formé par Amazon à l'encontre de la décision de la commissaire et enjoindrait au commissaire de réexaminer rapidement la demande de brevet en conformité avec les présents motifs.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.

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

IMM-6660-10
2010 FC 1227

IMM-6660-10
2010 CF 1227

The Minister of Citizenship and Immigration
(Applicant)

Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration
(demandeur)

v.

c.

B479 (Respondent)

B479 (défendeur)

INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)
v. B479

RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)
c. B479

Federal Court, Zinn J.—Vancouver, November 25;
Ottawa, December 3, 2010.

Cour fédérale, juge Zinn—Vancouver, 25 novembre;
Ottawa, 3 décembre 2010.

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Arrest, Detention, Imprisonment — Application for judicial review of decision by which Immigration Division (ID) of Immigration and Refugee Board ordered respondent's release from detention, and motion to stay release — Respondent Sri Lankan who arrived in Canada illegally — Applicant sought continued detention under Immigration and Refugee Protection Act, s. 58(1)(c) because of suspicion respondent inadmissible on grounds of security — ID held continued detention not warranted — One principal issue identifying applicable standard for establishing whether serious issue raised with respect to motion for stay of release — Serious issue test having to be measured on standard set out by Supreme Court in Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd. and RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), namely whether serious question to be tried as opposed to frivolous or vexatious claim — Applicant establishing more than one serious issue to be tried — Applicant also establishing irreparable harm would occur if stay not granted because of serious possibility respondent's release would defeat purpose underlying Act, s. 58(1)(c) — Last, balance of convenience resting with applicant — Stay granted until earlier of either determination of applicant's application for judicial review on merits or order by ID for release from detention following statutorily required detention review hearing — Application allowed and motion granted.

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Arrestation, détention et mise en liberté — Demande d'autorisation de contrôle judiciaire relativement à la décision par laquelle la Section de l'immigration (la SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a ordonné la mise en liberté du défendeur, et requête demandant la suspension de la mise en liberté — Le défendeur, un Sri Lankais, est arrivé clandestinement au Canada — Le demandeur sollicitait le maintien de la détention en vertu de l'art. 58(1)c) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés parce qu'il soupçonnait que le défendeur était interdit de territoire pour raison de sécurité — La SI a déterminé que le maintien de la détention n'était pas justifié — Un des principaux points litigieux en l'espèce était la norme applicable lorsqu'il est question d'établir si une question sérieuse a été soulevée relativement à une requête en suspension de la mise en liberté — Le critère de la question sérieuse devait être apprécié selon la norme établie pas la Cour suprême dans Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd. et RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), à savoir s'il existait une question sérieuse à juger, par opposition à une réclamation futile ou vexatoire — Le demandeur a établi qu'il y avait plus d'une question sérieuse à juger — Il a également établi que si la suspension n'était pas accordée, il en résulterait un préjudice irréparable du fait que la mise en liberté du défendeur risquerait fort probablement de contrecarrer l'objectif qui sous-tend l'art. 58(1)c) de la Loi — Enfin, la prépondérance des inconvénients favorisait le demandeur — La suspension a été accordée jusqu'à ce qu'une décision sur le fond soit rendue relativement à la demande de contrôle judiciaire du demandeur ou jusqu'à ce que la SI ordonne la mise en liberté suivant le contrôle des motifs de détention exigé par la loi, selon ce qui a lieu en premier — Demande accueillie et requête accordée.

This was an application for leave to judicially review the decision by the Immigration and Refugee Board's Immigration Division (ID) ordering that the respondent be released from detention, and a motion to stay the release.

The respondent is a Sri Lankan who arrived in Canada aboard the *Sun Sea* with some 490 other illegal migrants. The applicant sought continued detention under paragraph 58(1)(c) of the *Immigration and Refugee Protection Act* because of a suspicion that the respondent was inadmissible on grounds of security. The member decided that continued detention was not warranted. He was not satisfied with the steps the applicant had taken to address his suspicions about the security risk posed by the respondent.

The applicant established at least two issues that required further examination, that is, the issue as to whether the member properly interpreted and applied paragraph 58(1)(c) of the Act and the issue as to whether he applied the correct test in assessing whether the applicant's investigation had been done in good faith.

In order to have granted his motion for a stay of release from detention, the applicant had to establish that the underlying application raised a serious issue to be tried.

One of the principal issues was therefore the applicable standard for establishing whether a serious issue has been raised with respect to a motion for a stay of release.

Held, the application should be allowed and the motion granted.

In this case, the serious issue test had to be measured on the standard set out by the Supreme Court of Canada in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.* and *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, namely, whether there is a serious question to be tried as opposed to a frivolous or vexatious claim. The applicant established that there was more than one serious issue to be tried.

The decision subject to the judicial review application was the ID's decision ordering the release from immigration detention. The applicant challenged the legality of that decision in the underlying application. A stay of that decision pending a hearing on the merits did not decide the underlying application and did not, in the sense described in *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, give the applicant the relief sought before the merits of his application were determined. *Wang* would only be parallel to the situation

Il s'agissait d'une demande d'autorisation de contrôle judiciaire relativement à la décision par laquelle la Section de l'immigration (la SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a ordonné la mise en liberté du défendeur, ainsi que d'une requête demandant la suspension de la mise en liberté.

Le défendeur, un Sri Lankais, est arrivé au Canada à bord du *Sun Sea* accompagné d'environ 490 autres clandestins. Le demandeur sollicitait le maintien de la détention en vertu de l'article 58(1)c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* parce qu'il soupçonnait que le défendeur était interdit de territoire pour raison de sécurité. Le commissaire a déterminé que le maintien de la détention n'était pas justifié. Il n'était pas satisfait des mesures que le demandeur avait prises pour dissiper ses soupçons à l'égard du fait que le défendeur représentait une menace à la sécurité.

Le demandeur a établi au moins deux questions qui devaient être examinées de façon plus approfondie, soit la question de savoir si le commissaire a bien interprété et appliqué l'alinéa 58(1)c) de la Loi, et la question de savoir s'il a appliqué le bon critère lorsqu'il a examiné si l'enquête du demandeur avait été menée de bonne foi.

Pour que sa requête demandant la suspension de la mise en liberté soit accordée, le demandeur devait établir que la demande sous-jacente soulevait une question sérieuse à juger.

Un des principaux points litigieux était donc la norme applicable lorsqu'il est question d'établir si une question sérieuse a été soulevée relativement à une requête en suspension de la mise en liberté.

Jugement : La demande doit être accueillie et la requête accordée.

En l'espèce, le critère de la question sérieuse devait être apprécié selon la norme établie pas la Cour suprême dans *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.* et *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, à savoir s'il existait une question sérieuse à juger, par opposition à une réclamation futile ou vexatoire. Le demandeur a établi qu'il y avait plus d'une question sérieuse à juger.

La décision qui faisait l'objet du contrôle judiciaire était la décision par laquelle la SI a ordonné la mise en liberté. Le demandeur contestait la légalité de cette décision dans la demande sous-jacente. La suspension de cette décision jusqu'à l'audience sur le fond ne tranchait pas la demande sous-jacente et n'accordait pas au demandeur, au sens de la décision *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, la réparation sollicitée avant même que le bien-fondé de sa demande ne soit examiné. La décision *Wang*

facing the respondent if there was some mechanism available by which the applicant could seek a deferral from the ID of the release and, if refused, seek judicial review of that refusal. In that case, a stay of release from detention pending the Court's determination of the refusal to defer release would grant the applicant exactly the remedy he sought but had been denied.

Admittedly, a stay of release from detention did grant the applicant that which was sought at the hearing—the continued detention of the respondent; however, that was no different a situation than that which arises in every stay application which, by definition, seeks to maintain the *status quo* pending a decision on the merits.

The applicant established that there was more than one serious issue to be tried. He also established that irreparable harm would occur if the stay was not granted because he had a security concern related to the respondent and there was a serious possibility that his release would defeat the purpose that underlies paragraph 58(1)(c) of the Act. Last, the balance of convenience rested with the Minister. The stay was granted until the earlier of either the determination of the applicant's application for judicial review on the merits or an order by the ID releasing the respondent from detention following a statutorily required detention review hearing.

ne correspondrait à la situation du défendeur que si un certain mécanisme permettait au demandeur de demander à la SI de différer la mise en liberté et, en cas de refus, de demander le contrôle judiciaire de ce refus. Dans ce cas, suspendre la mise en liberté jusqu'à ce que la Cour prenne une décision concernant le refus de différer la mise en liberté reviendrait à accorder précisément au demandeur la réparation qu'il avait sollicitée, mais qu'on lui avait refusée.

Il était vrai que la suspension de la mise en liberté accordait au demandeur ce qu'il sollicitait à l'audience — le maintien de la détention du défendeur; or, cette situation n'était pas différente de celle qui se présente dans chaque demande de suspension qui, par définition, vise à maintenir le *statu quo* jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur le fond.

Le demandeur a établi qu'il y avait plus d'une question sérieuse à juger. Il a également établi que si la suspension n'était pas accordée, il en résulterait un préjudice irréparable du fait que, selon lui, le défendeur constitue une menace à la sécurité et sa mise en liberté risquerait fort probablement de contrecarrer l'objectif qui sous-tend l'article 58(1)(c) de la Loi. Enfin, la prépondérance des inconvénients favorisait le demandeur. La suspension a été accordée jusqu'à ce qu'une décision sur le fond soit rendue relativement à la demande de contrôle judiciaire du demandeur ou jusqu'à ce que la SI ordonne la mise en liberté du défendeur suivant le contrôle des motifs de détention exigé par la loi, selon ce qui a lieu en premier.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, s. 58(1)(c),(d)

CASES CITED

APPLIED:

Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 S.C.R. 110, (1987), 38 D.L.R. (4th) 321, 46 Man. R. (2d) 241; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385, 54 C.P.R. (3d) 114.

DISTINGUISHED:

Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2001 FCT 148, [2001] 3 F.C. 682, 204 F.T.R. 5, 13 Imm. L.R. (3d) 289.

CONSIDERED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. XXXX, IMM-5368-10, IMM-5359-10, IMM-5360-10,

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 58(1)(c),(d).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd., [1987] 1 R.C.S. 110; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2001 CFPI 148, [2001] 3 C.F. 682.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. XXXX, IMM-5368-10, IMM-5359-10, IMM-5360-10,

IMM-5361-10, de Montigny J., order rendered September 17, 2010; *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311, 309 D.L.R. (4th) 411, 79 Imm. L.R. (3d) 157; *Canada (Citizenship and Immigration) v. X*, 2010 FC 112, [2011] 1 F.C.R. 493, 2 Admin. L.R. (5th) 229.

APPLICATION for judicial review in respect of the decision by the Immigration and Refugee Board's Immigration Division ordering that the respondent be released from detention, and motion to stay the release. Application allowed and motion granted.

APPEARANCES

Caroline Christiaens for applicant.
Douglas R. Cannon for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General for applicant.

Elgin, Cannon & Associates, Vancouver, for respondent.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] ZINN J.: On November 26, 2010, I granted the Minister's motion and stayed the respondent's release from immigration detention until the earlier of either the determination of the Minister's application for judicial review on the merits or an order of a member of the Immigration Division releasing the respondent from detention following a statutorily required detention review hearing. I also granted the Minister's application for leave to judicially review the decision of the member releasing the respondent and ordered that it be heard on an expedited basis. The following are my reasons for so doing.

[2] The respondent is a Sri Lankan national who arrived in Canada aboard the *Sun Sea*, with some 490 other illegal migrants, on August 13, 2010.

IMM-5361-10, juge de Montigny, ordonnance en date du 17 septembre 2010 (C.F.); *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. X*, 2010 CF 112, [2011] 1 R.C.F. 493.

DEMANDE d'autorisation de contrôle judiciaire relativement à la décision par laquelle la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a ordonné la mise en liberté du défendeur, et requête demandant la suspension de la mise en liberté. Demande accueillie et requête accordée.

ONT COMPARU

Caroline Christiaens pour le demandeur.
Douglas R. Cannon pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Elgin, Cannon & Associates, Vancouver, pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE ZINN : Le 26 novembre 2010, j'ai accueilli la requête du ministre et suspendu la mise en liberté du défendeur jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur le fond relativement à la demande de contrôle judiciaire du ministre ou jusqu'à ce qu'un commissaire de la Section de l'immigration ordonne la mise en liberté du défendeur après le contrôle des motifs de détention prévu par la loi, selon ce qui a lieu en premier. J'ai également accueilli la demande d'autorisation de contrôle judiciaire présentée par le ministre relativement à la décision par laquelle le commissaire a ordonné la mise en liberté du défendeur et j'ai ordonné que la demande soit instruite suivant la procédure accélérée. Voici les motifs de ma décision.

[2] Le 13 août 2010, le défendeur, un ressortissant sri lankais, est arrivé au Canada à bord du *Sun Sea*, accompagné d'environ 490 autres clandestins.

[3] The record before the Court establishes that the respondent has undergone many interviews (August 27, 2010, October 2, 2010, October 18, 2010 and November 5, 2010) and has had five detention review hearings as mandated by the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (August 19, 2010, August 25, 2010, September 13, 2010, October 16, 2010 and November 10, 2010).

[4] At first, the Minister argued for the respondent's continued detention on the basis of identity (paragraph 58(1)(d) of the Act). Until the detention review held on October 16, 2010, the respondent's detention was continued by the Board on the basis of identity. However, since October 16, 2010, the Minister has sought continued detention because of a suspicion that the respondent is inadmissible on grounds of security (paragraph 58(1)(c) of the Act). That section reads as follows:

Release —
Immigration
Division

58. (1) The Immigration Division shall order the release of a permanent resident or a foreign national unless it is satisfied, taking into account prescribed factors, that

...

(c) the Minister is taking necessary steps to inquire into a reasonable suspicion that they are inadmissible on grounds of security or for violating human or international rights; ...

[5] At the review on October 16, 2010, the member found that the Minister had not made reasonable efforts to establish the respondent's identity and held that continued detention on that basis was not warranted. The Minister submitted that there was a reasonable suspicion that the respondent was inadmissible on security grounds. The member found that the Minister's suspicion that the respondent was inadmissible "on grounds of security" as provided for in paragraph 58(1)(c) was "reasonable" as is required under that section.

[6] The member then turned his attention to whether the "Minister is taking the necessary steps to inquire into

[3] Le dossier de la Cour révèle que le défendeur a passé beaucoup d'entrevues (le 27 août 2010, le 2 octobre 2010, le 18 octobre 2010 et le 5 novembre 2010) et que les motifs de sa détention ont été examinés à cinq reprises conformément à la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (le 19 août 2010, le 25 août 2010, le 13 septembre 2010, le 16 octobre 2010 et le 10 novembre 2010).

[4] Le ministre prétendait initialement que la détention du défendeur devait être maintenue sur le fondement de l'identité (alinéa 58(1)d) de la Loi). Avant le contrôle des motifs de détention tenu le 16 octobre 2010, la Commission avait ordonné le maintien de la détention sur le fondement de l'identité. Toutefois, depuis le 16 octobre 2010, le ministre sollicite le maintien de la détention parce qu'il soupçonne que le défendeur est interdit de territoire pour raison de sécurité (alinéa 58(1)c) de la Loi). Cette disposition est rédigée comme suit :

58. (1) La section prononce la mise en liberté du résident permanent ou de l'étranger, sauf sur preuve, compte tenu des critères réglementaires, de tel des faits suivants :

[...]

c) le ministre prend les mesures voulues pour enquêter sur les motifs raisonnables de soupçonner que le résident permanent ou l'étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux;

Mise en
liberté
par la
Section
de
l'immi-
gration

[5] Au contrôle du 16 octobre 2010, la commissaire a conclu que le ministre n'avait pas déployé les efforts raisonnables pour établir l'identité du défendeur et a conclu que le maintien de la détention sur ce fondement n'était pas justifié. Le ministre a soutenu qu'il avait des motifs raisonnables de soupçonner que le défendeur était interdit de territoire pour raison de sécurité. La commissaire a conclu que les soupçons du ministre selon lesquels le défendeur était interdit de territoire « pour raison de sécurité », comme le prévoit l'alinéa 58(1)c), étaient « raisonnables », comme l'exige cette disposition.

[6] La commissaire a ensuite porté son attention sur la question de savoir si le « ministre prend les mesures

that suspicion.” The member had concerns regarding the investigative process the Minister was following:

Which brings me to looking at whether the Minister is taking the necessary steps to inquire into that suspicion. This is one part of the equation that I find difficult, in a way, to analyse. The suspicion is reasonable. There are steps that the Minister can take in order to continue to try to verify that suspicion. However, the Minister also had on file a number of documents that would have probably helped to sort of answer the questions, with respect to that suspicion, and those steps weren't taken, so that's really troubling to me.

However, I bear in mind the jurisprudence from the Federal Court, namely the case that came out last year with respect to the *Ocean Lady* and my supervisory role in that respect is fairly limited. Is the Ministry taking the necessary steps? Is the investigation of the Minister in good faith? Although I do find fault with it, I can't say that it goes — that it's done in bad faith. There are necessary steps that are open to the Minister and that should lead in a way for the Minister to either decide whether the security concerns are warranted or not.

So given that, I will maintain detention. However, I will simply mention for the record, that I would expect the Minister to move fairly fast on this case. First, there are documents on file that go towards this issue, therefore the steps should be taken with respect to these documents. In addition, the Minister should make every effort to, once they receive those Court documents, to take action on them and determine rapidly whether the suspicion is warranted or not.

So for today, I maintain detention. However I think, should nothing be done by the next detention review, another Member may be a little bit more stricter than I am today.

In maintaining the detention and in looking at the security issue, I do take into account the fact of this within the context of a mass arrival and therefore that gives some lenience to the Minister.

[7] The member said that he was examining whether the “Minister is taking the necessary steps to inquire into that suspicion” (emphasis added). The use of the word “the” by the member suggests that a member has authority to adjudicate on the appropriateness, sufficiency and timing of the steps and not merely whether the step or steps being taken are necessary ones. This may be an

raisonnables pour enquêter à propos de ces soupçons ». Elle s'est dite préoccupée par le processus d'enquête du ministre :

Je dois donc déterminer si le ministre prend les mesures raisonnables pour enquêter à propos de ces soupçons. Je juge que, d'une certaine façon, cette partie de l'équation est difficile à analyser. Les soupçons sont raisonnables. Le ministre peut prendre des mesures pour continuer de tenter de les vérifier. Or, il disposait également de documents dans le dossier qui l'auraient probablement aidé à, en quelque sorte, répondre aux questions relatives à ces soupçons, et aucune mesure à leur égard n'a été prise; j'en suis donc véritablement troublée.

Toutefois, je garde à l'esprit la jurisprudence de la Cour fédérale, soit l'affaire qui s'est déroulée l'année passée et relative au bateau *Ocean Lady*; mon rôle de surveillance à cet égard est assez restreint. Le ministère prend-il les mesures nécessaires? L'enquête du ministre est-elle de bonne foi? Même si j'y trouve à redire, je ne peux pas affirmer qu'elle va — qu'elle est effectuée de mauvaise foi. Le ministre peut prendre les mesures nécessaires qui devraient lui permettre de déterminer si les préoccupations en matière de sécurité sont justifiées.

Donc, dans les circonstances, je maintiendrai la détention. Toutefois, je ne ferai que mentionner aux fins du dossier que je m'attendrais à ce que le ministre agisse assez rapidement en l'espèce. Tout d'abord, des documents qui ont été versés au dossier ont un lien avec l'affaire; des mesures devraient donc être prises à leur égard. De plus, le ministre devrait tout mettre en œuvre pour faire le nécessaire en ce qui a trait aux documents de la cour lorsqu'il les recevra et déterminer rapidement si les soupçons sont justifiés.

Donc, pour l'instant, je maintiens la détention. Toutefois, si rien n'est fait d'ici le prochain contrôle des motifs de détention, un autre commissaire pourrait être légèrement plus sévère que je le suis aujourd'hui.

Pour maintenir la détention et examiner la question de la sécurité, je prends en considération que nous sommes dans un contexte d'arrivées en masse et, par conséquent, je fais preuve d'indulgence envers le ministre.

[7] La commissaire a affirmé qu'elle examinait si le « ministre prend les mesures raisonnables pour enquêter à propos de ces soupçons » (non souligné dans l'original). En utilisant le mot « les », la commissaire semble indiquer qu'elle a le pouvoir de statuer sur l'applicabilité, la suffisance et la date des mesures plutôt que de simplement examiner si les mesures prises sont

error in interpreting the jurisdiction of the Board when exercising its supervisory jurisdiction under paragraph 58(1)(c) of the Act. In my view, the member whose decision is under review interpreted his role in the same manner as his predecessor.

[8] At the next detention review on November 10, 2010, the Minister sought to continue detention to permit him to continue to take necessary steps to inquire into his reasonable suspicion that the respondent is inadmissible on security grounds. The member decided that continued detention was not warranted. The member was not satisfied with the steps the Minister had taken to address his suspicions about the security risk the respondent posed. He admonished the Minister for the investigation undertaken to date, which he described as “woefully inadequate”, and he refused to accept the volume of work faced by the Minister as a consequence of some 500 illegal migrants landing in British Columbia as any justification. He wrote:

In my opinion, the Minister is not conducting this investigation in good faith. It is piecemeal. It lacks co-ordination. It shows scrambling and an impromptu activity in the face of an upcoming detention review. It appears insincere and lacking a co-ordination. Further detention cannot be justified on this ground.

[9] The Minister’s suspicions relating to security appear to have been based on two facts: (1) the respondent had been arrested in Sri Lanka as a suspected LTTE [Liberation Tigers of Tamil Eelam] member and been detained there for nearly four years; and (2) there was a suspicion as to the source of the funds he paid to travel to Canada. The respondent informed the Minister on his arrival of the fact of his earlier detention in Sri Lanka and claimed that he was not a member or supporter of the LTTE although he had attended meetings held by the Tigers at a stadium in Mannar but did not talk to them. He also told the Minister that after his release from prison he had married and then travelled to Thailand with his wife. He said that while in Thailand his mother-in-law supported his family by sending 15 000 rupees per month and that she also paid for his travel to Canada.

nécessaires. Cette façon d’interpréter la compétence de la Commission lorsqu’elle exerce son pouvoir de surveillance en application de l’alinéa 58(1)c) de la Loi est peut-être erronée. À mon avis, la commissaire, dont la décision fait l’objet du contrôle, a interprété son rôle de la même manière que son prédécesseur.

[8] Au contrôle des motifs de détention suivant, tenu le 10 novembre 2010, le ministre a sollicité le maintien de la détention afin de lui permettre de prendre les mesures nécessaires pour enquêter sur ses motifs raisonnables de soupçonner que le défendeur est interdit de territoire pour raison de sécurité. Le commissaire a déterminé que le maintien de la détention n’était pas justifié. Il n’était pas satisfait des mesures que le ministre avait prises pour dissiper ses soupçons à l’égard du fait que le défendeur représentait une menace à la sécurité. Il a vivement réprimandé le ministre quant à l’enquête qu’il avait effectuée jusqu’à ce jour, qu’il a décrite comme « tout à fait inappropriée », et a refusé d’admettre que la charge de travail du ministre découle du fait qu’environ 500 clandestins sont venus en Colombie-Britannique. Il s’est exprimé ainsi :

À mon avis, le ministre n’effectue pas cette enquête de bonne foi. Elle est hétéroclite et manque de coordination. Elle se veut le reflet de difficultés et de mesures impromptues en raison de la tenue imminente d’un contrôle des motifs de détention. Elle semble non sincère et non coordonnée. Ce motif ne peut pas justifier le maintien en détention.

[9] Les soupçons du ministre relativement à la sécurité semblent être basés sur deux faits : 1) le défendeur a été arrêté au Sri Lanka en tant que membre suspect des TLET [Tigres de libération de l’Eelam tamoul] et a été détenu là-bas pendant près de quatre ans; et 2) il avait des doutes quant à la provenance de la somme qu’il a payée pour voyager au Canada. À son arrivée, le défendeur a informé le ministre de sa détention antérieure au Sri Lanka et a soutenu que même s’il a assisté aux rencontres des TLET dans un stade à Mannar, il n’était pas un membre ni un adepte des TLET et n’a jamais parlé à l’un de ses membres. Il a également dit au ministre qu’après sa mise en liberté, il s’est marié et a ensuite voyagé en Thaïlande avec son épouse. Il a affirmé que lorsqu’il était en Thaïlande, sa belle-mère subvenait aux besoins de sa famille en lui envoyant 15 000 roupies par

His wife returned to Sri Lanka with their child. He informed the Minister that his wife was aware that he had travelled to Canada. Immediately following the October detention review, the Minister re-interviewed the respondent and spoke to his wife and mother-in-law.

[10] The evidence before the member on November 10, 2010, established that the Minister had taken the following steps since the last detention review:

(i) The respondent had been interviewed for the fourth time on October 18, 2010.

(ii) Following the respondent's interview, the Minister had a telephone conversation with the respondent's wife and mother-in-law in Sri Lanka to confirm the information the respondent had provided. Contrary to his evidence, they denied knowing that he had left for Canada, denied knowledge of the cost of the trip, and denied having provided him with the funds to travel to Canada. They both stated that they were poor and could not have funded the respondent's travel, as he had claimed.

(iii) The Minister had another interview with the respondent on November 5, 2010, to confront him with these contradictions. During the interview, the Minister called the respondent's wife and mother-in-law. The mother-in-law stated that she had sent the respondent 15 000 rupees in total to Thailand, a sum significantly less than the 15 000 rupees per month the respondent had claimed, and that she did not send him money to go to Canada. Subsequently, the Minister was told that she and her daughter were lying as they were unsure if they were speaking to the Sri Lankan CID [Criminal Investigation Division]. The Minister concluded that "it will be necessary to have another conversation with subjects [*sic*] wife and mother in law".

(iv) The Minister had translated four of the documents the respondent brought with him being: (1) submissions

mois et elle a également payé son voyage au Canada. Son épouse est retournée au Sri Lanka avec leur enfant. Il a informé le ministre que son épouse savait qu'il était venu au Canada. Immédiatement après le contrôle des motifs de la détention tenu en octobre, le ministre a réinterrogé le défendeur et a parlé à son épouse et à sa belle-mère.

[10] La preuve dont disposait le commissaire le 10 novembre 2010 démontrait que le ministre avait pris les mesures suivantes depuis le dernier contrôle des motifs de la détention :

i) Le défendeur a été interrogé pour la quatrième fois le 18 octobre 2010.

ii) À la suite de l'entrevue du défendeur, le ministre a eu une conversation téléphonique avec l'épouse et la belle-mère du défendeur au Sri Lanka pour confirmer les renseignements que ce dernier avait fournis. Contrairement au défendeur, elles ont déclaré ne pas savoir qu'il était parti au Canada, ont nié connaître les coûts afférant au voyage et ont nié lui avoir fourni de l'argent pour son voyage au Canada. Elles ont toutes deux affirmé qu'elles étaient pauvres et qu'elles n'auraient pas pu financer le voyage du défendeur, contrairement à ce qu'il a affirmé.

iii) Le ministre a eu une autre entrevue avec le défendeur le 5 novembre 2010 afin de le confronter à ces contradictions. Pendant l'entrevue, le ministre a appelé l'épouse et la belle-mère du défendeur. La belle-mère a affirmé qu'elle avait envoyé au défendeur un total de 15 000 roupies en Thaïlande, une somme beaucoup moins importante que les 15 000 roupies par mois que le défendeur prétendait avoir reçues, et qu'elle ne lui avait pas envoyé d'argent pour son voyage au Canada. Par la suite, le ministre a été informé que la belle-mère du défendeur et sa fille mentaient puisqu'elles ne savaient pas si elles parlaient au Service des enquêtes criminelles du Sri Lanka. Le ministre a conclu qu'[TRADUCTION] « il faudra avoir une autre conversation avec l'épouse et la belle-mère de l'intéressé ».

iv) Le ministre a fait traduire quatre documents parmi ceux que le défendeur avait apportés : 1) les observations

from the respondent to the UNHCR [United Nations High Commission for Refugees] in Thailand; (2) submissions from the respondent's wife to the UNHCR in Thailand; (3) a complaint to the police about his brother's death; and (4) a one sentence document that read: "On suspicion of having a bomb close by he was taken into custody on 2005 [redacted], the case was heard in [redacted] Magistrate court case [redacted] and 2009 [redacted] he was released, issued at your request". Parts of this last document have been redacted in this order to prevent identification of the respondent.

(v) On November 10, 2010, CBSA [Canada Border Services Agency] sent letters to UNHCR and the International Committee of the Red Cross asking for all information they may have concerning the respondent.

[11] At the detention review hearing on November 10, 2010, the Minister submitted that the following further steps he was taking were necessary steps:

(i) Conduct another interview with the respondent's family to clear up the contradictory information they had given;

(ii) Question the family about the time the respondent had spent in detention in Sri Lanka;

(iii) Await the information requested from the UNHCR and International Red Cross about the time the respondent spent in detention;

(iv) Follow-up with the lawyer who had represented the respondent when he was in detention in Sri Lanka; and

(v) Await receipt of the documents relating to the respondent's detention and trial in Sri Lanka that the respondent's wife had sent at the end of October.

[12] The member at the November 10, 2010 detention review discounted the contradictions between the respondent and his wife and mother-in-law. He stated that

qu'il a présentées au HCNUR [Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés] en Thaïlande; 2) les observations que son épouse a présentées au HCNUR en Thaïlande; 3) une plainte à la police au sujet de la mort de son frère; et 4) un bref document rédigé comme suit : [TRADUCTION] « Soupçonné d'avoir eu une bombe près de lui, il a été mis en détention. Le [renseignement supprimé] 2005, l'affaire a été instruite par la cour de magistrat à [renseignement supprimé] et le [renseignement supprimé] 2009, il a été libéré. Délivré à votre demande ». Certaines parties de ce dernier document ont été supprimées dans la présente ordonnance pour que l'on ne puisse pas identifier le défendeur.

v) Le 10 novembre 2010, l'ASFC [Agence des services frontaliers du Canada] a envoyé des lettres au HCNUR et au Comité international de la Croix-Rouge leur demandant de lui fournir tous les renseignements dont ils pourraient disposer concernant le défendeur.

[11] Au contrôle des motifs de la détention du 10 novembre 2010, le ministre a soutenu que les mesures suivantes étaient nécessaires :

i) Mener une autre entrevue avec la famille du défendeur pour tirer au clair les renseignements contradictoires qu'elle a donnés;

ii) Questionner la famille à propos de la période que le défendeur a passée en détention au Sri Lanka;

iii) Attendre les renseignements demandés au HCNUR et à la Croix-Rouge internationale à propos de la période que le défendeur a passée en détention;

iv) Faire un suivi avec l'avocat qui représentait le défendeur lorsqu'il était en détention au Sri Lanka;

v) Attendre la réception des documents concernant la détention et le procès du défendeur au Sri Lanka que l'épouse du défendeur avait envoyés à la fin du mois d'octobre.

[12] Au contrôle des motifs de la détention du 10 novembre 2010, le commissaire a écarté les contradictions entre le témoignage du défendeur et ceux de son

“none of this related at all to the security issue” and stated that it related solely to credibility. With respect to the member, it is evident that there is a potential relevance to the security issue. One of the Minister’s concerns is that the respondent may be a member of the LTTE and that it paid for his travel to Canada. If the wife and mother-in-law were believed, then the source of the respondent’s funds to enter Canada was unexplained.

[13] With respect to the steps the Minister submitted were necessary, the member stated as follows:

So the Minister has described the following steps as those necessary. The first step described is to interview the family again regarding the contradictory information, that the Minister asserts was provided, and regarding the time he spent in prison. What isn’t clear to me is whether there were any questions asked of the family when they were interviewed on the 5th of November about the time that [respondent] spent in prison.

The test regarding necessary steps is whether it has the potential to uncover relevant evidence bearing on the Minister’s suspicion. The Minister needs to approach these kinds of investigations thoroughly. So when the Minister has the family on the telephone on the 5th of November, five days before the next detention review, the Minister needs to address specifically the information it requires in respect of its reasonable suspicion.

Now, the Minister has indicated that they’ve had [respondent] sign Red Cross and UNHCR waivers. I specifically asked what was anticipated that would be received from the Red Cross to the UNHCR, and the Minister advised that they may have information why he was in detention and whether there was any mention of any security concerns. With respect to the UNHCR where [respondent] had registered in Thailand, the Minister wondered whether they might have information in the same regard. This seems a very indirect method of investigation when so many direct avenues have been provided. And I return to the fact that the person concerned brought a document that set out the case number and the Minister has been in possession of that since he arrived, but only had it translated on the 5th of November.

With respect to this Red Cross and UNHCR waiver, the question of the good faith of this so-called necessary step is

épouse et de sa belle-mère. Il a affirmé que « rien de tout cela n’avait de lien avec la question de la sécurité », mais que ces contradictions se rapportaient plutôt à la question de la crédibilité. Avec égards pour le commissaire, j’estime qu’il ne fait aucun doute que ces contradictions se rapportent à la question de la sécurité. Le ministre est notamment préoccupé par le fait que le défendeur est peut-être un membre des TLET et que ce groupe a payé pour son voyage au Canada. Si l’on croyait l’épouse et la belle-mère du défendeur, la provenance de l’argent serait donc inexplicée.

[13] S’agissant des mesures que le ministre estimait nécessaires, le commissaire s’est exprimé ainsi :

Par conséquent, le ministre a décrit les mesures suivantes comme celles voulues. La première vise à questionner la famille une fois de plus quant aux renseignements contradictoires qui auraient été fournis, d’après le ministre, ainsi qu’à la période passée en prison. Je n’arrive toutefois pas à déterminer si des questions à propos de la période qu’a passée [le défendeur] en prison ont été posées aux membres de la famille lorsqu’ils ont été questionnés le 5 novembre.

Le critère relatif aux mesures voulues est celui de savoir si elles sont susceptibles de révéler la preuve pertinente fondée sur les soupçons du ministre. Le ministre doit aborder ce type d’enquête de façon approfondie. Par conséquent, lorsqu’il s’est entretenu avec la famille le 5 novembre, soit cinq jours avant le prochain contrôle des motifs de détention, il était tenu d’aborder précisément les éléments nécessaires par rapport à ses soupçons raisonnables.

Maintenant, le ministre a indiqué avoir fait signer [au défendeur] les autorisations pour la Croix-Rouge et le HCR. Je lui ai précisément demandé ce qu’il croyait obtenir auprès de la Croix-Rouge et du HCR, et le ministre a répondu que ces organisations pourraient disposer de renseignements sur la raison pour laquelle il était en détention et sur la question de savoir si des préoccupations en matière de sécurité avaient été soulevées. Quant au HCR où s’était inscrit [le défendeur] en Thaïlande, le ministre se demandait s’il aurait des renseignements à cet égard. Cette méthode d’enquête est très indirecte alors qu’un si grand nombre de voies directes ont été fournies. Je reviens au fait que l’intéressé a apporté un document qui énonce le numéro de l’affaire le concernant, dont dispose le ministre depuis qu’il est arrivé, mais ne l’a fait traduire que le 5 novembre.

Pour ce qui est des autorisations visant la Croix-Rouge et le HCR, la question de la bonne foi de cette soi-disant mesure

highlighted by the admission by the Minister, on questioning, that these waivers were signed only today, which indicates to me that the Minister was scrambling to demonstrate the steps were being taken.

The Minister advised as well that another step would be the intention to speak with the person's lawyer in Sri Lanka, but they don't have the name of the lawyer. [Respondent], however, advised that he told them the name of the lawyer. He indicated that the lawyer is now a judge in the local area. He was not asked for his telephone number, but I can't imagine he would know it.

The Minister indicated that when the mother-in-law and wife were interviewed, that they committed to sending an additional document related to the court case and [respondent] indicated that he believes that that document was sent sometime after the 20th of October, and it's reasonable to assume that it's about to arrive.

So the member at the last hearing had concerns about the Minister's steps being taken. I have similar concerns. I appreciate that the Minister's resources are strained by the sheer number of persons who arrived on the MV *Sun Sea*. But the person advised very soon after arrival that he had spent this time in jail on suspicion of LTTE involvement and he was never convicted of a crime and released when, and this is his language, after they felt he was innocent. Had the Minister taken a direct route of translating the document that the person concerned had brought with him, that included the court file number, by now the Minister could probably have confirmed the veracity of [respondent's] history. If they had obtained from him the name of his lawyer at an earlier date and made attempts to contact him using their contacts in Colombo, this matter could have been probably cleared up by now.

Detention is not something to be taken lightly. It concerns me that the Minister throws around the ground of security in the case where the person describes how they were prosecuted for something and found not guilty, and provides this information voluntarily. Then the Minister takes indirect routes to investigate the truth of the story. The only justification for the woefully inadequate investigation here is the sheer volume of work faced by the Minister.

The Federal Court indicates that the Immigration Division has a supervisory jurisdiction and is limited to examining whether the proposed steps have the potential to uncover relevant evidence bearing on the Minister's suspicion and to ensure that the Minister is conducting an ongoing investigation in

nécessaire est mise en évidence par le fait que, après avoir été questionné, le ministre a reconnu que ces autorisations n'avaient été signées qu'aujourd'hui, ce qui me laisse croire qu'il se donnait beaucoup de peine pour montrer que des mesures étaient prises.

Le ministre a aussi soutenu qu'une autre mesure serait de parler à l'avocat de l'intéressé au Sri Lanka, mais qu'il ne connaît pas son nom. Toutefois, [le défendeur] a dit avoir fourni le nom de l'avocat. Il a affirmé que celui-ci était maintenant juge dans le district. Personne ne lui a demandé son numéro de téléphone, mais je ne crois pas qu'il le saurait.

Le ministre a indiqué que, lorsque la belle-mère et l'épouse ont été questionnées, elles se sont engagées à envoyer un autre document portant sur le procès, et [le défendeur] a expliqué que, à son avis, le document a été envoyé à un certain moment après le 20 octobre; il est donc raisonnable de supposer qu'il arrivera sous peu.

Par conséquent, à la dernière audience, le commissaire avait des préoccupations sur le fait que les mesures du ministre étaient prises. J'ai des préoccupations similaires. Je comprends que les ressources du ministre sont considérablement sollicitées par le grand nombre de personnes qui sont arrivées à bord du *Sun Sea*. Or, l'intéressé a indiqué tout de suite après son arrivée qu'il avait été détenu du fait de sa présumée appartenance aux TLET, qu'il n'avait jamais été reconnu coupable d'un crime et qu'il avait été libéré lorsque, selon ses dires, ils ont jugé qu'il était innocent. Si le ministre était allé droit au but et avait fait traduire le document que lui avait remis l'intéressé, dans lequel le numéro de l'affaire est indiqué, la véracité du récit [du défendeur] aurait probablement déjà été confirmée. S'il lui avait demandé le nom de l'avocat plus tôt et qu'il avait fait des tentatives pour le joindre par l'entremise de ses contacts à Colombo, cette affaire aurait probablement déjà pu être mise au clair.

La détention ne doit pas être prise à la légère. Je suis préoccupé par le fait que le ministre fasse valoir le motif de la sécurité alors que l'intéressé décrit la poursuite dont il a fait l'objet ainsi que sa déclaration de non-culpabilité et qu'il fournit ces renseignements de son plein gré. Ensuite, le ministre prend des moyens détournés pour enquêter à propos de la véracité du récit. L'unique justification à cette enquête tout à fait inappropriée en l'espèce est l'importante charge de travail du ministre.

La Cour fédérale a statué que la Section de l'immigration a compétence en matière de supervision et que celle-ci se limite à examiner si les étapes proposées sont susceptibles de révéler la preuve pertinente fondée sur les soupçons du ministre et de s'assurer que le ministre effectue une enquête de bonne foi. À

good faith. In my opinion, the Minister is not conducting this investigation in good faith. It is piecemeal. It lacks coordination. It shows scrambling and an impromptu activity in the face of an upcoming detention review. It appears insincere and lacking a co-ordination. Further detention cannot be justified on this ground.

In general, it is not difficult for the Minister to establish a reasonable suspicion, and in general, it is not difficult for the Minister to establish that it is taking necessary steps. But as far as I'm concerned, since the last detention review, the investigation has proceeded in fits and starts and could have been concluded by now had someone taken initiative and examined the matter as a whole. All of the pieces have been sitting on the Minister's file since August. And while I appreciate that the Minister has been doing mostly identity investigations, this information was on the Minister's file as far back as the 27th of August and the Minister has failed to act on this information.

So I'm not satisfied that detention can be continued on these grounds. While the Minister has a suspicion, it should have been addressed and alleviated by now, or otherwise, if the necessary steps had been taken. They were not taken.

[14] The member appears to have engaged in an analysis of how the investigation ought to have been conducted without ever addressing the question of whether the steps proposed by the Minister have the potential to uncover relevant evidence bearing on the Minister's suspicion which would make them necessary steps within the meaning of the Act. The latter is the question that the member was required to address. I am of the view that an issue is raised as to whether the member properly interpreted and applied paragraph 58(1)(c) of the Act.

[15] The member also appears to have considered that a piecemeal and poorly co-ordinated investigation coupled with an appearance of insincerity proves that the investigation was done dishonestly or with *male fides*. This raises an issue as to whether the member applied the correct test in assessing whether the Minister's investigation had been done in good faith.

[16] While detention is not taken lightly, those who arrive *en masse* should expect that this extraordinary

mon avis, le ministre n'effectue pas cette enquête de bonne foi. Elle est hétéroclite et manque de coordination. Elle se veut le reflet de difficultés et de mesures impromptues en raison de la tenue imminente d'un contrôle des motifs de détention. Elle semble non sincère et non coordonnée. Ce motif ne peut pas justifier le maintien en détention.

En général, le ministre n'a pas de difficulté à établir un soupçon raisonnable ni à prouver qu'il prend des mesures nécessaires. Or, je suis d'avis que, depuis le dernier contrôle des motifs de détention, l'enquête a été menée par à-coups et aurait pu déjà être conclue si quelqu'un avait pris l'initiative et avait examiné l'affaire dans son ensemble. Toutes les pièces sont dans le dossier du ministre depuis août, et, bien que je reconnaisse que les enquêtes portaient majoritairement sur l'identité, ces renseignements sont au dossier depuis le 27 août, et le ministre a omis d'agir à leur égard.

Par conséquent, je ne suis pas convaincu qu'il puisse y avoir maintien de la détention pour ces motifs. Même si le ministre a des soupçons, ceux-ci auraient déjà été examinés et dissipés, ou autre, si les mesures voulues avaient été prises, ce qui n'a pas été le cas.

[14] Le commissaire semble avoir analysé la façon dont l'enquête aurait dû être menée sans jamais se pencher sur la question de savoir si les mesures proposées par le ministre étaient susceptibles de révéler la preuve pertinente se rapportant aux soupçons qu'il avait, ce qui les rendrait nécessaires au sens de la Loi. Le commissaire devait pourtant se pencher sur cette question. Je suis d'avis qu'il convient de soulever la question de savoir si le commissaire a bien interprété et appliqué l'alinéa 58(1)c) de la Loi.

[15] De plus, le commissaire semble avoir estimé qu'une enquête hétéroclite et mal coordonnée combinée avec une apparence de manque de sincérité prouve que l'enquête a été menée malhonnêtement ou de mauvaise foi. Ainsi, il convient de soulever la question de savoir si le commissaire a appliqué le bon critère lorsqu'il a examiné si l'enquête du ministre avait été menée de bonne foi.

[16] Bien que la détention ne soit pas prise à la légère, les personnes qui arrivent en masse devraient s'attendre

occurrence will require significant resources and that it will take some significant time to resolve the public interest concerns of the country upon whose shores they have landed. The Board should also be cognizant of this reality when assessing the measures taken by the Minister. Although the member said that he had taken into account the extraordinary circumstance of so many illegal migrants landing at once, it is not evident to me that he gave it more than lip service. While it may be appropriate to expect that the Minister will take a coordinated and focused approach when faced with one illegal immigrant landing at Vancouver Airport, it is hardly surprising that when 500 land at a British Columbia port the steps taken may appear to lack coordination and to be piecemeal. They probably are. Issues of the identity of these persons of necessity must be dealt with first before any other issues are explored.

[17] In short, I find that the Minister has established at least two issues that require further examination. Are these serious issues?

[18] There are recent orders of this Court in which it has been held that there is an elevated threshold for “serious issue” when considering a motion to stay an order releasing a person from immigration detention. I am concerned whether the imposition of the higher threshold in such cases accords with the jurisprudence in this Court and the Court of Appeal.

[19] In his September 17, 2010 order in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. XXXX*, Court dockets IMM-5368-10, IMM-5359-10, IMM-5360-10, and IMM-5361-10 Justice de Montigny wrote: “Following the decision of the Court of Appeal in *Baron v. Canada (M.P.S.E.P)*, 2009 FCA 81, it is now settled law that an elevated standard of review applies when determining whether a serious issue has been raised with respect to a stay motion that, if granted, would effectively grant the relief sought in the underlying judicial review application... [I]f the stay were granted the Minister would, for all intents and purposes, be granted the remedy that he is seeking in the underlying application for judicial review”.

à ce qu’un tel événement nécessite beaucoup de ressources et de temps pour régler les questions d’intérêt public du pays où ils ont débarqué. La Commission devrait également tenir compte de cette réalité lorsqu’elle évalue les mesures prises par le ministre. Bien que le commissaire ait affirmé avoir tenu compte des circonstances extraordinaires entourant l’arrivée en masse d’un si grand nombre de clandestins, rien ne me prouve qu’il ne l’a pas fait uniquement pour la forme. Bien qu’il puisse être raisonnable de s’attendre à ce que le ministre adopte une démarche coordonnée et ciblée lorsqu’il se heurte à un immigrant illégal atterrissant à l’aéroport de Vancouver, il n’est pas surprenant que les mesures qu’il prend lorsque 500 immigrants arrivent au port de la Colombie-Britannique puissent sembler confuses et hétéroclites. Elles le sont probablement. Les questions liées à l’identité de ces personnes doivent être abordées en premier avant d’examiner toute autre question.

[17] En bref, j’estime que le ministre a établi au moins deux questions qui doivent être examinées de façon plus approfondie. Ces questions sont-elles sérieuses?

[18] Notre Cour a récemment conclu que le seuil relatif aux « questions sérieuses » est élevé lorsque l’on examine une requête en suspension d’une ordonnance visant la mise en liberté d’une personne. Il m’importe de savoir si l’imposition du seuil le plus élevé dans de tels cas est conforme à la jurisprudence de notre Cour et de la Cour d’appel.

[19] Le 17 septembre 2010, dans la décision *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. XXXX*, numéros de dossier IMM-5368-10, IMM-5359-10, IMM-5360-10 et IMM-5361-10, le juge de Montigny a écrit ce qui suit : « À la suite de la décision rendue par la Cour d’appel dans *Baron c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2009 CAF 81, il est maintenant établi en droit qu’une norme de contrôle plus exigeante s’applique lorsqu’il est question d’établir si une question sérieuse a été soulevée relativement à une requête en sursis qui, si elle est accordée, aurait pour effet d’accorder le redressement recherché dans la demande de contrôle judiciaire sous-jacente [...] [S]i le sursis était accordé, le ministre, à toutes fins utiles, se verrait accorder le redressement qu’il recherche dans la demande de contrôle judiciaire sous-jacente ».

[20] With the greatest of respect, granting a stay of an order releasing a person from immigration detention does not effectively grant the Minister the relief sought in the underlying judicial review application challenging the order to release. It merely preserves the *status quo*.

[21] The Federal Court of Appeal in *Baron* [*Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311] endorsed the view of Justice Pelletier, as he then was, in *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 148, [2001] 3 F.C.R. 682, where he held [at paragraph 10], on the facts before him, that when considering the motion to stay an order for removal the Court ought not merely consider whether the applicant had raised an issue that was not frivolous or vexatious but “go further and closely examine the merits of the underlying application.” The fundamental reason why Justice Pelletier so held was because the decision underlying the application for judicial review was not the order for removal, but was a decision of a removal officer refusing to defer removal.

[22] Justice Pelletier noted that there were two different situations that may give rise to motions to stay removal. The first situation is where the motion to stay the removal order is brought within an application for judicial review that challenges the removal order itself. The second situation is where the motion to stay the removal order is brought within an application for judicial review that challenges the refusal of an officer to defer removal. *Wang* was an example of the second situation. Mr. Wang’s refugee claim had been dismissed and thus he was subject to removal. When he was informed that he was to be removed to China, he asked the officer to defer his removal pending the disposition of his recently filed H&C [humanitarian and compassionate] application. The officer refused and it was the officer’s refusal to defer that was challenged in the judicial review application; it was not the earlier order for removal.

[20] En toute déférence, j’estime que suspendre une ordonnance visant la mise en liberté d’une personne ne revient pas à accorder au ministre la réparation qu’il sollicite dans la demande de contrôle judiciaire sous-jacente par laquelle il conteste l’ordonnance de mise en liberté. Cette suspension ne fait que préserver le *statu quo*.

[21] Dans l’arrêt *Baron* [*Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311], la Cour d’appel fédérale s’est ralliée à l’opinion du juge Pelletier, maintenant juge à la Cour d’appel fédérale, dans *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 148, [2001] 3 C.F. 682, lorsqu’il a conclu [au paragraphe 10], au vu des faits qui lui avaient été présentés, que lorsqu’elle examine une requête en suspension d’une mesure de renvoi, la Cour ne doit pas simplement examiner si le demandeur a soulevé une question frivole ou vexatoire, mais doit « examiner de près le fond de la demande sous-jacente ». Le juge Pelletier est arrivé à cette conclusion essentiellement parce que la décision qui sous-tendait la demande de contrôle judiciaire n’était pas la mesure de renvoi, mais une décision d’un agent de renvoi qui refusait de différer le renvoi.

[22] Le juge Pelletier a indiqué que deux situations différentes peuvent donner lieu à une requête en suspension du renvoi. La première situation est celle où la requête en suspension de la mesure de renvoi sous-tend une demande de contrôle judiciaire visant à contester la mesure de renvoi elle-même. La deuxième situation est celle où la requête en suspension de la mesure de renvoi sous-tend une demande de contrôle judiciaire visant à contester le refus d’un agent de différer le renvoi. La décision *Wang* illustre la deuxième situation. Comme la demande d’asile de M. Wang avait été rejetée, il risquait d’être renvoyé dans son pays. Lorsqu’il a su qu’il allait être renvoyé en Chine, il a demandé à l’agent de différer son renvoi jusqu’à ce que la demande qu’il venait de déposer invoquant des raisons d’ordre humanitaire soit tranchée. L’agent a refusé et c’est ce refus qui a été contesté dans la demande de contrôle judiciaire; ce n’était pas la mesure de renvoi.

[23] Justice Pelletier held that where an application challenging the validity of the removal order itself was the underlying application, then the “not frivolous or vexatious” test for serious issue was appropriate and applicable because staying the implementation of the removal order “did not effectively grant the relief sought in the underlying judicial review application because it was in relation to another decision [namely, the removal order]” [at paragraph 8]. However, where what was challenged in the underlying judicial review application is the decision refusing to defer enforcement of the removal order, then granting a stay of enforcement “gives the applicant that which the removal officer refused”. A stay granted by the Court on an application to review the refusal to defer removal grants the applicant exactly the remedy he or she sought from the officer and grants it before the merits of the application are heard. As Justice Pelletier observed [at paragraph 8], “It is in this sense that one can say that the disposition of the motion for a stay of execution decides the underlying application for judicial review.”

[24] The situation here is not parallel to that in *Wang*. Here the decision subject to the judicial review application is the decision of the Board releasing B479 from immigration detention. The Minister is challenging the legality of that decision in the underlying application. A stay of that decision pending a hearing on the merits does not decide the underlying application and it does not, in the sense described in *Wang*, give the Minister the relief sought before the merits of his application are determined. *Wang* would only be parallel to the situation facing B479 if there was some mechanism available by which the Minister could seek a deferral from the Board of the release and, if refused, seek judicial review of that refusal. In that case, a stay of release from detention pending the Court’s determination of the refusal to defer release would grant the Minister exactly the remedy he sought but had been denied.

[25] Admittedly, a stay of release from detention does grant the Minister that which was sought at the

[23] Le juge Pelletier a conclu que lorsqu’une demande visant à contester la validité d’une mesure de renvoi constitue la demande sous-jacente, il convient donc d’appliquer le critère relatif à la question « frivole ou vexatoire » à l’égard de la question sérieuse parce que la suspension de l’exécution de la mesure de renvoi « ne se [traduit] pas par l’octroi de la réparation demandée dans le contrôle judiciaire, puisque [cette dernière porte] sur une autre décision [à savoir, la mesure de renvoi] » [au paragraphe 8]. Toutefois, lorsque la décision refusant de différer l’exécution de la mesure de renvoi est contestée dans la demande de contrôle judiciaire sous-jacente, le fait de suspendre l’exécution « accorde [donc] à l’intéressé ce que l’agent chargé du renvoi lui avait refusé ». La suspension accordée par la Cour relativement à une demande de contrôle du refus de différer le renvoi accorde précisément au demandeur la réparation qu’il demandait à l’agent avant que le bien-fondé de la demande ne soit examiné. Comme l’a fait remarquer le juge Pelletier [au paragraphe 8], « C’est dans ce sens qu’on peut dire que la décision sur une requête de sursis d’exécution tranche la demande de contrôle judiciaire sous-jacente. »

[24] La situation en l’espèce ne correspond pas à celle dans la décision *Wang*. En l’espèce, la décision faisant l’objet du contrôle judiciaire est la décision par laquelle la Commission a ordonné la mise en liberté de B479. Le ministre conteste la légalité de cette décision dans la demande sous-jacente. La suspension de cette décision jusqu’à l’audience sur le fond ne tranche pas la demande sous-jacente et n’accorde pas au ministre, au sens de la décision *Wang*, la réparation sollicitée avant même que le bien-fondé de sa demande ne soit examiné. La décision *Wang* ne correspondrait à la situation de B479 que si un certain mécanisme permettait au ministre de demander à la Commission de différer la mise en liberté et, en cas de refus, de demander le contrôle judiciaire de ce refus. Dans ce cas, suspendre la mise en liberté jusqu’à ce que la Cour prenne une décision concernant le refus de différer la mise en liberté reviendrait à accorder précisément au ministre la réparation qu’il avait sollicitée, mais qu’on lui avait refusée.

[25] Il est vrai que la suspension de la mise en liberté accorde au ministre ce qu’il sollicitait à l’audience — le

hearing—the continued detention of B479; however, that is no different a situation than that which arises in every stay application which, by definition, seeks to maintain the *status quo* pending a decision on the merits.

[26] For these reasons, I am of the view that the serious issue test is to be measured on the standard set out by the Supreme Court of Canada in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, and *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, namely whether “there is a serious question to be tried as opposed to a frivolous or vexatious claim.”

[27] In this case, I am satisfied that the applicant has established that there is more than one serious issue to be tried. Further, I am satisfied that the applicant has an arguable case in which there is a possibility of success with respect to these issues and thus shall grant leave to judicially review the decision, as requested.

[28] I am also satisfied that the applicant has established that irreparable harm will occur if the stay is not granted. The irreparable harm arises from the fact that the Minister has a security concern related to the respondent and there is a serious possibility that his release would defeat the purpose that underlies paragraph 58(1)(c) of the Act. As was recently noted by Justice Barnes in *Canada (Citizenship and Immigration) v. X*, 2010 FC 112, [2011] 1 F.C.R. 493, at paragraph 21 “While the importance of not unduly detaining such persons cannot be forgotten, the protection of Canadians and Canada’s pressing interest in securing its borders are also worthy considerations.”

[29] Lastly, the balance of convenience rests with the Minister. The respondent shall continue to have his regular detention reviews and the Minister will continue his investigation. If the Minister’s suspicion is satisfactorily addressed, the respondent shall be released from detention.

[30] The applicant asks that the stay be in effect until the application for judicial review is determined on its

maintien de la détention de B479; or, cette situation n’est pas différente de celle qui se présente dans chaque demande de suspension qui, par définition, vise à maintenir le *statu quo* jusqu’à ce qu’une décision soit rendue sur le fond.

[26] Pour ces motifs, je suis d’avis que le critère de la question sérieuse doit être apprécié selon la norme établie par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, et dans l’arrêt *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, à savoir s’il existe « une question sérieuse à juger, par opposition à une réclamation futile ou vexatoire ».

[27] En l’espèce, je suis convaincu que le demandeur a établi qu’il y a plus d’une question sérieuse à juger. De plus, je suis convaincu que la cause du demandeur est défendable et me permettra de trancher ces questions en sa faveur. C’est pourquoi je l’autorise à demander le contrôle judiciaire de la décision, comme il le désire.

[28] Je suis également persuadé que le demandeur a établi que si la suspension n’est pas accordée, il en résultera un préjudice irréparable. Le préjudice irréparable découle du fait que, selon le ministre, le défendeur constitue une menace à la sécurité et sa mise en liberté risquerait fort probablement de contrecarrer l’objectif qui sous-tend l’alinéa 58(1)c) de la Loi. Comme l’a récemment fait observer le juge Barnes au paragraphe 21 de la décision *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. X*, 2010 CF 112, [2011] 1 R.C.F. 493, « Bien qu’il ne faille pas oublier l’importance de ne pas détenir de telles personnes indûment, la protection des Canadiens et l’intérêt pressant du Canada pour assurer la sécurité de ses frontières sont également des considérations utiles. »

[29] Enfin, la prépondérance des inconvénients favorise le ministre. Le défendeur doit continuer de demander régulièrement le contrôle des motifs de sa détention, et le ministre devra poursuivre son enquête. Si les soupçons du ministre sont dissipés de manière satisfaisante, le défendeur sera libéré.

[30] Le demandeur demande à ce que la suspension demeure en vigueur jusqu’à ce que la demande de

merits. Some recent orders of the Court have issued stays in these circumstances until the earlier of either the determination of the application for judicial review on the merits or the respondent's next statutorily required detention review. The applicant expressed a concern that the latter wording might mean that the release order becomes effective after the next review, even if the next review orders continued detention. On the other hand, the former wording has apparently led some members to find that all detention reviews are stayed until the judicial review application is determined on its merits. In my view, the respondent is entitled to the detention reviews every 30 days whether or not a stay of a release order is granted by this Court. In order to make that clear, the stay shall be granted until the earlier of either the determination of the Minister's application for judicial review on the merits or an order of a member of the Immigration Division releasing the respondent from detention following a statutorily required detention review hearing.

contrôle judiciaire soit déterminée sur le fond. La Cour a récemment ordonné la suspension dans ces circonstances jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur le fond relativement à la demande de contrôle judiciaire ou jusqu'au prochain contrôle des motifs de détention du défendeur, selon ce qui a lieu en premier. Le demandeur s'est dit préoccupé par le fait que cette dernière option pourrait signifier que l'ordonnance de mise en liberté prendrait effet après le prochain contrôle, même si l'on ordonne le maintien de la détention durant ce contrôle. En revanche, la première option a apparemment mené certains commissaires à conclure que tous les contrôles des motifs de la détention sont suspendus jusqu'à ce que la demande de contrôle judiciaire soit jugée sur le fond. À mon avis, le défendeur a le droit au contrôle des motifs de sa détention tous les 30 jours, que notre Cour ait suspendu ou non l'exécution de l'ordonnance de mise en liberté. Autrement dit, on devrait accorder la suspension jusqu'à ce qu'une décision sur le fond soit rendue relativement à la demande de contrôle judiciaire du ministre ou jusqu'à ce qu'un commissaire de la Section de l'immigration ordonne la mise en liberté du défendeur suivant le contrôle des motifs de détention exigé par la loi, selon ce qui a lieu en premier.

DES-1-10
2010 FC 1106

DES-1-10
2010 CF 1106

The Attorney General of Canada (*Applicant*)

Le procureur général du Canada (*demandeur*)

v.

c.

Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Sajeda Almalki by her Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Muaz Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Zakariyy a Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Nadim Almalki, Fatima Almalki, Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash, Rasha Abou-Elmaati, Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu, Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin (*Respondents*)

Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Sajeda Almalki, représentée par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Muaz Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Zakariyy a Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Nadim Almalki, Fatima Almalki, Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash, Rasha Abou-Elmaati, Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu, Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin (*défendeurs*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ALMALKI

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ALMALKI

Federal Court, Mosley J.—Toronto, April 6; Ottawa, June 23; *in camera*, April 19, 21, May 3, 4, 5, 11 and June 24; Vancouver, November 8, 2010.

Cour fédérale, juge Mosley—Toronto, 6 avril; Ottawa, 23 juin; à huis clos, 19 et 21 avril, 3, 4, 5 et 11 mai et 24 juin; Vancouver, 8 novembre 2010.

* Editor's Note: This decision has been reversed on appeal (A-428-10, 2011 FCA 199). The reasons for judgment, handed down June 13, 2011, are published at [2012] 2 F.C.R. 594.

* Note de l'arrêtiste : Cette décision a été infirmée en appel (A-428-10, 2011 CAF 199). Voici la référence de publication des motifs du jugement prononcés le 13 juin 2011 : [2012] 2 R.C.F. 594.

Evidence — Application for order pursuant to Canada Evidence Act, s. 38.06(3) seeking to confirm statutory prohibition on disclosure of information subject of discovery proceedings in Ontario Superior Court of Justice civil case — Respondents seeking damages for detention, torture, breach of rights under Canadian Charter of Rights and Freedoms — Many of documents disclosed by applicant in context of action containing redactions on basis of potential injury to protected national interests — Applicant also inadvertently producing unredacted Canadian Security Intelligence Service (CSIS) report — Respondents bringing motion in Superior Court of Justice for production of unredacted documents — Issues herein whether: matter should be deferred to Superior Court of Justice; statutory bar to disclosure of information as set out in Act, s. 38.02(1)(a) should be confirmed as provided for in Act, s. 38.06(3) — Parliament assigning jurisdiction to adjudicate Act, ss. 38–38.16 issues exclusively to Federal Court,

Preuve — Demande d'ordonnance en vertu de l'art. 38.06(3) de la Loi sur la preuve au Canada pour confirmer l'interdiction légale de divulgation de renseignements qui font l'objet d'un processus d'enquête préalable dans le cadre d'une cause civile devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario — Les défendeurs réclamaient des dommages-intérêts à l'égard de leur détention, de leur torture et de la violation des droits que leur garantit la Charte canadienne des droits et libertés — Des renseignements avaient été expurgés de nombre de documents divulgués par le demandeur dans le cadre de l'action au motif qu'ils étaient susceptibles de porter préjudice aux intérêts nationaux protégés — De même, le demandeur avait communiqué par inadvertance un rapport établi par le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) sans caviardage — Les défendeurs ont saisi la Cour supérieure de justice d'une requête exigeant la production de documents sans caviardage — En l'espèce, il s'agissait de savoir si la Cour

question of deferral thus irrelevant — As to issue of statutory bar to disclosure of information, three-step process set out in Ribic v. Canada (Attorney General) applied — 1. Most of redacted information relevant to underlying civil actions — 2. No injury demonstrated with regard to certain redacted documents — That information ordered disclosed — Fact that assessment of probable injury not carried out personally by applicant but by departmental official having no bearing on question of whether deference is due that assessment — Review of documents herein properly conducted — Maintenance of Canada's effectiveness in international relations, security investigations, effect on Canada's international relations of court-sanctioned withholding of evidence of violation of Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, also considered, balanced — 3. Where injury established, consideration given as to whether public interest favouring disclosure, if so, whether injury neutralized by disclosing information in summary form — Finally, inadvertent release of CSIS report not constituting waiver of privilege, information therein subject to same three-step analysis under Act, ss. 38–38.16 — Disclosure of certain redacted parts not resulting in injury, public interest favouring disclosure of some other portions — Application allowed in part.

Federal Court Jurisdiction — Respondents arguing, in context of application pursuant to Canada Evidence Act, s. 38.06(3) seeking to confirm prohibition on disclosure of information, that Act not divesting provincial superior courts of jurisdiction to hear issues related to disclosure of information — Whether review of documents subject to claims privilege should be deferred to Superior Court of Justice — Parliament assigning jurisdiction to adjudicate Act, ss. 38–38.16 issues exclusively to Federal Court — Concerns about expertise, uniformity, security of information underlying grant of exclusive jurisdiction to Federal Court.

devait s'en remettre à la Cour supérieure de justice et si l'interdiction légale de divulgation de renseignements prévue à l'art. 38.02(1)a de la Loi devrait être confirmée conformément à l'art. 38.06(3) de la Loi — Le législateur fédéral ayant attribué la compétence de trancher les questions visées aux art. 38 à 38.16 de la Loi exclusivement à la Cour fédérale, la question de savoir si la Cour devait s'en remettre à la Cour supérieure n'était donc pas pertinente — S'agissant de l'interdiction légale de divulgation de renseignements, l'analyse en trois étapes énoncée dans Ribic c. Canada (Procureur général) a été appliquée — 1. La majorité des renseignements expurgés étaient pertinents en ce qui concerne les actions civiles principales — 2. Aucun préjudice n'avait été établi relativement à certains documents expurgés — La Cour a ordonné la communication de ces renseignements — Le fait que l'évaluation de la probabilité de préjudice ne soit pas effectuée personnellement par le demandeur mais plutôt par un fonctionnaire d'un ministère n'a aucune incidence sur la question de savoir s'il convient de faire preuve de retenue à l'égard de pareille évaluation — L'examen des documents en l'espèce a été effectué convenablement — Le maintien de l'efficacité du Canada en matière de relations internationales et d'enquêtes de sécurité et les conséquences qu'aurait sur les relations internationales du Canada un refus, sanctionné par un tribunal, de communiquer des éléments de preuve portant sur une violation de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ont également été examinés et pris en compte — 3. Lorsqu'un préjudice a été établi, la Cour se penche sur la question de savoir si l'intérêt public milite en faveur de la divulgation et, si oui, si le préjudice peut être neutralisé au moyen de la divulgation de ces renseignements sous forme de résumé — Enfin, la communication par inadvertance du rapport du SCRS n'emporte pas renonciation au privilège; les renseignements en cause sont assujettis à la même analyse en trois étapes en vertu des art. 38 à 38.16 — La divulgation de certains passages expurgés ne causerait pas de préjudice et l'intérêt public militait en faveur de la divulgation d'autres passages — Demande accueillie en partie.

Compétence de la Cour fédérale — Les défendeurs soutenaient, dans le cadre d'une requête présentée en vertu de l'art. 38.06(3) de la Loi sur la preuve au Canada en vue de confirmer l'interdiction légale de divulgation de renseignements, que la Loi ne dépouillait pas les cours supérieures provinciales de la compétence d'instruire des instances civiles en matière de communication de renseignements — Il s'agissait de savoir si les documents qui font l'objet d'une revendication de privilège devraient être soumis à la Cour supérieure de justice — Le législateur fédéral a attribué la compétence de trancher les questions visées aux art. 38 à 38.16 de la Loi exclusivement à la Cour fédérale — Les préoccupations sur l'expertise, l'uniformité et la sécurité des renseignements sous-tendent l'octroi d'une compétence exclusive en la matière à la Cour fédérale.

Security Intelligence — Canadian Security Intelligence Service Act, s. 18(1)(b) not precluding identification of employee who may take on covert role in future if evidence supporting claim of civil wrong, breach of Canadian Charter of Rights and Freedoms committed — Because Canadian Security Intelligence Service approach in redacting names overbroad, public interest privilege of protecting identity of human sources not applying in every instance.

This was an application for an order pursuant to subsection 38.06(3) of the *Canada Evidence Act* seeking to confirm the statutory prohibition on the disclosure of information that is the subject of discovery proceedings in a civil case.

The principal respondents, Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin, filed actions in the Ontario Superior Court of Justice seeking compensatory damages from the Government of Canada for its alleged complicity in their detention and torture in Syria and Egypt and breach of their rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter). After the parties agreed to conduct mediations, the applicant disclosed approximately 486 documents to respondents' counsel, 290 of which contained redactions, such as the redaction of information subject to a claim of potential injury to national security, national defence or international relations. At the time the documents were produced, no formal notice was provided under section 38.01 of the Act regarding the redacted information and no determination was made by the applicant as to whether the information could be disclosed. The redacted documents were assembled and reviewed by department and agency officials working with the applicant's litigation team. A report (referred to as document 171) prepared by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) was also inadvertently produced to the respondents without redactions but was not returned to the applicant. According to the respondents, this document should be described as a "disclosed document". Subsequently, the respondents brought a motion to the Superior Court for an order requiring the production of documents without redactions.

The respondents stated that issues related to the disclosure of information for which claims of privilege are made should be determined by the Superior Court. They maintained that Parliament could not constitutionally divest provincial superior courts of the jurisdiction to hear civil proceedings through the enactment of the relevant provisions of the *Canada Evidence Act*. The respondents also submitted, *inter*

Renseignement de sécurité — L'art. 18(1)(b) de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité n'empêche pas d'identifier l'employé qui pourrait à l'avenir être appelé à exercer des activités cachées si la preuve appuie la prétention qu'il y a eu un délit civil ou violation de la Charte canadienne des droits et libertés — Parce que la méthode de caviardage suivie par le Service canadien du renseignement de sécurité est trop large, le privilège lié à l'intérêt public visant la protection de l'identité des sources humaines ne s'applique pas dans chaque cas.

Il s'agissait d'une demande d'ordonnance en vertu du paragraphe 38.06(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* pour confirmer l'interdiction légale de divulgation de renseignements qui font l'objet d'un processus d'enquête préalable dans le cadre d'une cause civile.

Les défendeurs principaux, Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin, avaient intenté des actions devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario pour réclamer des dommages-intérêts compensatoires du gouvernement du Canada pour la présumée complicité de ce dernier à l'égard de leur détention et de leur torture en Syrie et en Égypte et de la violation des droits que leur garantit la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). Après que les parties ont convenu de recourir à la médiation, le demandeur a communiqué aux avocats des défendeurs environ 486 documents, dont 290 étaient caviardés; on avait expurgé des passages dont on affirmait qu'ils étaient susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. Lorsque les documents ont été produits, aucun avis n'avait été donné conformément à l'article 38.01 de la Loi au sujet des renseignements censurés et aucune décision n'avait été prise par le demandeur sur l'opportunité de divulguer les renseignements. Les représentants des ministères et des organismes travaillaient avec l'équipe du contentieux qui représentait le demandeur en vue de passer en revue les documents devant être produits. De même, un rapport (appelé le document 171) établi par le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) a été communiqué aux défendeurs par inadvertance sans caviardage, mais il n'a pas été rendu au demandeur. Selon les défendeurs, ce document devrait être qualifié de « document divulgué ». Par la suite, les défendeurs ont saisi la Cour supérieure d'une requête visant l'obtention d'une ordonnance exigeant la production des documents sans caviardage.

Les défendeurs ont affirmé que les questions relatives à la divulgation des renseignements qui font l'objet d'une revendication de privilège devraient être tranchées par la Cour supérieure. Ils soutenaient que le législateur fédéral ne pouvait constitutionnellement dépouiller les cours supérieures provinciales de la compétence d'instruire des instances civiles en édictant les dispositions applicables de la *Loi sur la preuve*

alia, that because the assessment of whether injury would result from disclosure was delegated to officials in the Department of Justice and other departments, the Court should reduce or eliminate any deference it would apply to the applicant's assessment of risk.

At issue was whether review of the documents and the privilege claims should be deferred to the Superior Court of Justice, and whether the statutory bar to disclosure of the information as set out in paragraph 38.02(1)(a) of the Act should be confirmed as provided for in subsection 38.06(3) of the Act.

Held, the application should be allowed in part.

As to whether the matter be deferred to the Superior Court of Justice, the respondents' preference to have the sections 38 to 38.16 issues adjudicated by the Superior Court was legally irrelevant. Parliament assigned that jurisdiction exclusively to the Federal Court. This was an important element in Parliament's decision to implement the recommendations of the Commission of Inquiry Concerning the Activities of the Royal Canadian Mounted Police regarding the adjudication of public privilege issues in relation to national security. The physical security of such information is one of the reasons Parliament chose to centralize adjudication of the disclosure of potentially injurious information in the Court. Concerns about expertise, uniformity, and security of information continue to underlie the grant of exclusive jurisdiction to the Court pursuant to sections 38 to 38.16.

With respect to whether the statutory bar to disclosure of the information should be confirmed, to determine this question, the three-step process set out in *Ribic v. Canada (Attorney General)* was applied to the information at issue.

1. Was the information at issue relevant to the underlying actions?

Applying the standard of relevance as it relates to the discovery process in civil litigation, it was determined that for the most part, the redacted information was relevant to the underlying civil actions.

au Canada. De plus, les défendeurs ont fait valoir, entre autres, que comme l'évaluation de la question de savoir si la divulgation entraînerait un préjudice avait été déléguée à des fonctionnaires du ministère de la Justice et d'autres ministères, la Cour devrait réduire, voire éliminer, la retenue dont elle devrait faire preuve relativement à l'appréciation du risque faite par le demandeur.

La question à trancher était celle de savoir si la Cour devait s'en remettre à la Cour supérieure de justice en ce qui concerne l'examen des documents et des privilèges revendiqués, et si l'interdiction légale de divulgation de renseignements qui est prévue à l'alinéa 38.02(1)a) de la Loi devrait être confirmée conformément au paragraphe 38.06(3) de la Loi.

Jugement : la demande doit être accueillie en partie.

Pour ce qui est de la question de savoir si la Cour doit s'en remettre à la Cour supérieure de justice, le fait que les défendeurs préfèrent que les questions visées aux articles 38 à 38.16 soient tranchées par la Cour supérieure n'avait aucune pertinence sur le plan juridique. Le législateur fédéral a attribué cette compétence exclusivement à la Cour fédérale. Il s'agissait d'un aspect important de la décision du législateur fédéral de donner suite aux recommandations de la Commission d'enquête concernant certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada au sujet des décisions portant sur les questions de privilège d'intérêt public ressortissant à la sécurité nationale. La sécurité matérielle de ces renseignements constituait l'une des raisons pour lesquelles le législateur fédéral a choisi de centraliser les décisions portant sur la divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables en les confiant à la Cour fédérale. Les préoccupations portant sur l'expertise, l'uniformité et la sécurité des renseignements continuent à sous-tendre l'octroi, aux articles 38 à 38.16, d'une compétence exclusive en la matière à la Cour fédérale.

Pour ce qui est de la question de savoir si l'interdiction légale de divulgation de renseignements devrait être confirmée, la Cour a appliqué aux renseignements en cause l'analyse en trois étapes énoncée dans l'affaire *Ribic c. Canada (Procureur général)* pour trancher cette question.

1. Les renseignements en question étaient-ils pertinents par rapport aux actions principales?

En appliquant la norme de la pertinence étant donné qu'elle se rapporte à la communication de la preuve dans un litige civil, la Cour a été convaincue que, dans l'ensemble, les renseignements expurgés étaient pertinents en ce qui concerne les actions civiles principales.

2. Would injury to Canada's national security, national defence or international relations result from disclosure?

The applicant did not meet his onus of demonstrating injury with regard to certain of the redacted information. That information was to be disclosed. What follows are some of the questions that were taken into account under the second step of the *Ribic* test.

The fact that the assessment of probable injury is not carried out personally by the applicant but rather by a departmental official has no bearing on the question of whether deference is due that assessment. The provisions of section 38.01 of the Act are deliberately broad to permit notice to be given that sensitive or potentially injurious information may be disclosed by either a "participant" or an "official". It is incorrect to assume that the term "official" refers solely to an employee of one of the departments or agencies who are legal services clients of the Department of Justice. The legislation does not establish a process in which a claim to sensitivity or potential injury may be raised only by notice from an official who is an employee of a department other than the Department of Justice. A member of the litigation team acting on behalf of the applicant is a "participant" who may give notice, but that does not preclude notice being given by an official who is not a participant in the litigation but is an employee of the Department of Justice. While the exception in paragraph 38.01(6)(c) provides for disclosure to be authorized by the government institution in which, or for which, the information was produced, that provision operates in addition to the general scheme under which the applicant may authorize disclosure. There was nothing improper herein in having members of the litigation team organize the process under which the documents were reviewed by departmental officials. It was also proper for them to make the initial identification of documents in which there might be sensitive or potentially injurious information. The ultimate responsibility to make those claims rests with the applicant, as delegated to his officials. In regards to the inadvertently disclosed documents, the legislative scheme contemplates the use of the notice procedure whether or not information has been disclosed in the past. The Court may then determine whether the past disclosure vitiates or undermines the injury claim or whether the public interest favours further disclosure.

2. La divulgation des renseignements porterait-elle préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales?

Le demandeur ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer l'existence d'un préjudice à l'égard de certains des renseignements expurgés. Ces renseignements devaient être communiqués. Le texte qui suit présente certaines des questions qui ont été prises en compte suivant la deuxième étape du critère exposé dans la décision *Ribic*.

Le fait que l'évaluation de la probabilité de préjudice ne soit pas effectuée personnellement par le demandeur mais plutôt par un fonctionnaire d'un ministère n'a aucune incidence sur la question de savoir s'il convient de faire preuve de retenue à l'égard de pareille évaluation. L'article 38.01 de la Loi a été délibérément rédigé de façon large pour permettre de donner un avis portant que des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables risquent d'être divulgués par un « participant » ou par un « fonctionnaire ». Il est inexact de présumer que le terme « fonctionnaire » s'entend uniquement d'un employé d'un des ministères ou des organismes qui sont des clients des services juridiques du ministère de la Justice. La loi ne prévoit pas de procédure qui permet de faire état de l'existence de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables sur simple avis adressé par un fonctionnaire qui est un employé d'un ministère autre que le ministère de la Justice. Le membre d'une équipe du contentieux agissant pour le compte du demandeur est un « participant » qui peut donner un tel avis, ce qui n'empêche pas pour autant un fonctionnaire qui ne participe pas au litige mais qui est par ailleurs employé du ministère de la Justice de donner cet avis. Bien que l'exception prévue à l'alinéa 38.01(6)c) permette à l'institution fédérale qui a produit les renseignements ou pour laquelle ils ont été produits d'autoriser leur divulgation, cette disposition vient compléter le régime général dans le cadre duquel le demandeur peut autoriser la divulgation. Il n'y avait rien d'irrégulier à faire organiser par les membres de l'équipe du contentieux le processus par lequel les documents seraient examinés par les fonctionnaires du ministère. Il convenait aussi qu'ils procèdent à l'identification initiale des documents pouvant contenir des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. C'est au demandeur qu'il revient en fin de compte de formuler ces revendications par le truchement des fonctionnaires qu'il délègue. S'agissant des documents communiqués par inadvertance, le régime législatif prévoit le recours à la procédure d'envoi d'un avis, que ces renseignements aient déjà été divulgués ou non. Il revient ensuite à la Cour de déterminer si la divulgation passée vicie ou mine l'argument relatif à l'existence d'un préjudice ou, si, à tout prendre, l'intérêt public milite en faveur de la divulgation.

The disclosure of information obtained from other governments was of concern to the government departments/agencies involved. This concern was not without substantial foundation, as the maintenance of Canada's effectiveness in international relations and security investigations are public interests of considerable importance. That said, it is also important to consider the effect on Canada's international relations of court-sanctioned withholding of evidence of a violation of the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, including evidence of engagement in, or complicity in torture. Such a proposition is consistent with Canada's obligations under the Convention. However, recognizing the importance of those obligations does not exclude consideration by the Court of whether there may be alternative means to disclose information in a form, such as a summary, that would minimize any resulting injury.

The applicant's reliance on paragraph 18(1)(b) of the *Canadian Security Intelligence Service Act* does not, in itself, preclude the identification of an employee who could in the future take on a covert role. But the Court must be cognizant of the fact that CSIS employees may be called upon to perform a covert role whether they have done so in the past or not. If the evidence supports a claim that CSIS employees committed a civil wrong or a Charter violation against the respondents, the Court must also consider their rights to name the employees as individual defendants and to seek discovery from them.

The identity of human sources and the information that would tend to identify them is subject to public interest privilege. However, because the CSIS approach in routinely redacting names is overbroad, that privilege does not apply in every instance to persons who provide information to CSIS.

3. Did the public interest favour disclosure or non-disclosure?

Where injury was established, consideration was given as to whether the respondents had shown that the public interest favoured disclosure. If it did, consideration was given as to whether the injury could be neutralized by disclosing the information in the form of a summary that did not reveal particularly sensitive information such as the names of foreign officials or agencies.

La divulgation de renseignements obtenus d'autres gouvernements préoccupaient les autres ministres ou organismes en cause. Ces craintes n'étaient pas sans fondement puisque le maintien de l'efficacité du Canada en matière de relations internationales et d'enquêtes de sécurité constitue un intérêt public d'une très grande importance. Cela dit, il est important d'examiner les conséquences qu'aurait sur les relations internationales du Canada un refus, sanctionné par un tribunal, de communiquer des éléments de preuve portant sur une violation de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants*, notamment d'éléments de preuve démontrant qu'il y a eu torture ou complicité à cet égard. Cette proposition va dans le sens des obligations imposées au Canada par la Convention. Cependant, la reconnaissance de l'importance de ces obligations n'exclut pas l'examen par la Cour de la question de savoir s'il peut exister d'autres moyens de divulguer les renseignements sous une forme, comme un résumé, qui minimiserait le préjudice.

Le fait que le demandeur a invoqué l'alinéa 18(1)(b) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* n'empêche pas en soi d'identifier l'employé qui pourrait à l'avenir être appelé à exercer des activités cachées. Mais la Cour doit prendre acte du fait que des employés du SCRS peuvent être appelés à exécuter des activités cachées qu'ils l'aient fait ou non dans le passé. Si la preuve appuie la prétention que des employés du SCRS ont commis contre les défendeurs un délit civil ou ont violé la Charte, la Cour doit également tenir compte de leur droit de désigner les employés comme défendeurs individuels et de chercher à obtenir la communication préalable de documents et de renseignements.

L'identité des sources humaines et les renseignements qui tendraient à les identifier font l'objet d'un privilège lié à l'intérêt public. Cependant, parce que la méthode de caviardage suivie par le SCRS est trop large, ce privilège ne s'applique pas dans chaque cas aux personnes qui fournissent des renseignements au SCRS.

3. L'intérêt public militait-il en faveur de la divulgation ou de la non-divulgation?

Lorsque le préjudice a été établi, la Cour s'est penchée sur la question de savoir si les défendeurs avaient démontré ou non que l'intérêt public militait en faveur de la divulgation. Si tel était le cas, elle s'est demandé si le préjudice pouvait être neutralisé au moyen de la divulgation de ces renseignements sous forme de résumé ne révélant pas des renseignements particulièrement sensibles comme le nom de représentants ou d'organismes étrangers.

The CSIS report (document 171)

The disclosure of the CSIS report (document 171) was not deliberate and the circumstances of its release did not constitute a waiver of claimed privilege. The information in that document was therefore subject to the same three-step analysis as the other information at issue. The disclosure of certain redacted parts of the document would not result in injury. With regard to other portions, the public interest favoured disclosure.

Le rapport du SCRS (document 171)

La divulgation du rapport du SCRS (document 171) n'était pas délibérée et les circonstances de la communication des renseignements en question n'emportent pas renonciation au privilège revendiqué. Les renseignements en cause qui se trouvent dans ce document sont par conséquent assujettis à la même analyse en trois étapes que les autres renseignements en litige. La divulgation de certains des passages expurgés du document ne causerait pas de préjudice. En ce qui concerne d'autres passages, l'intérêt public militait en faveur de leur divulgation.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 13 (as am. by S.C. 2005, c. 1, s. 107; c. 27, ss. 16, 22; 2006, c. 10, s. 32; 2008, c. 32, s. 26), 15.
- Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41.
- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 36.2 (as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, Sch. III).
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 37 (as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 140), 38 "potentially injurious information" (as enacted *idem*, s. 43), "sensitive information" (as enacted *idem*), 38.01 to 38.16 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 39 (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144).
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b), 7, 24(1).
- Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23, s. 18.
- Classified Information Procedures Act*, 18 U.S.C. App. III, §§ 1–16 (1980).
- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 96.
- Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 23 (as am. *idem*, s. 29; 2001, c. 4, s. 47), 27 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31), 34 (as am. *idem*, s. 32; 2006, c. 11, s. 18).
- Crown Liability and Proceedings (Provincial Court) Regulations*, SOR/91-604, ss. 2, 7, 8.
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 81 (as am. by SOR/2009-331, s. 2), 222(2).
- Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 24(2) (as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 89).
- National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004* (Cth.).
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

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. 2b), 7, 24(1).
- Classified Information Procedures Act*, 18 U.S.C. App. III, §§ 1 à 16 (1980).
- Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41.
- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 96.
- Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 24(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 89).
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37 (mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 140), 38 « renseignements potentiellement préjudiciables » (édicte, *idem*, art. 43), « renseignements sensibles » (édicte, *idem*), 38.01 à 38.16 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 39 (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144).
- Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 36.2 (édicte par S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 4, ann. III).
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.
- Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 23 (mod., *idem*, art. 29; 2001, ch. 4, art. 47), 27 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31), 34 (mod., *idem*, art. 32; 2006, ch. 11, art. 18).
- Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 13 (mod. par L.C. 2005, ch. 1, art. 107; ch. 27, art. 16, 22; 2006, ch. 10, art. 32; 2008, ch. 32, art. 26), 15.
- Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 18.
- National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004* (Cth.).
- Règlement sur la responsabilité civile de l'État et le*

Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1994, Reg. 194, rr. 30.02 (as am. by O. Reg. 438/08, s. 26), 31.06(1) (as am. *idem*, s. 30).

contentieux administratif (tribunaux provinciaux), DORS/91-604, art. 2, 7, 8.

Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 30.02 (mod. par Règl. de l'Ont. 438/08, art. 26), 31.06(1) (mod., *idem*, art. 30).

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 81 (mod. par DORS/2009-331, art. 2), 222(2).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36, Art. 14(1).

International Covenant on Civil and Political Rights, December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47, Art. 19.

The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, UN Doc. E/CN.4/1996/39, annex.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, 10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36, art. 14(1).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, art. 19.

Les Principes de Johannesburg relatifs à la sécurité nationale, à la liberté d'expression et à l'accès à l'information, Doc. NU E/CN.4/1996/39, annexe.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar), 2007 FC 766, [2008] 3 F.C.R. 248, 72 Admin. L.R. (4th) 68, 316 F.T.R. 279; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2007 FC 128, [2007] 4 F.C.R. 434, 278 D.L.R. (4th) 99, 151 C.R.R. (2d) 74; *Ribic v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 10, 250 F.T.R. 161, affd 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33; *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547, 219 C.C.C. (3d) 305, 47 C.R. (6th) 346, revd in part 2007 FCA 342, 228 C.C.C. (3d) 1, 53 C.R. (6th) 107, 370 N.R. 128; *Charkaoui (Re)*, 2009 FC 342, [2010] 3 F.C.R. 67, 353 F.T.R. 165; *Harkat (Re)*, 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65; *Charkaoui (Re)*, 2009 FC 476, 368 F.T.R. 156, 88 Imm. L.R. (3d) 195; *Harkat (Re)*, 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370, 306 D.L.R. (4th) 269, 339 F.T.R. 65.

CONSIDERED:

Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General), 2010 ONSC 2055 (CanLII), 101 O.R. (3d) 424, 318 D.L.R. (4th) 459, 255 C.C.C. (3d) 177; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, (1986), 35 D.L.R. (4th) 161, 22 Admin. L.R. 236, 30 C.C.C. (3d) 498; *Conway v. Rimmer*, [1968] UKHL 2, [1968] A.C. 910; *Al Rawi & Ors v. Security Service & Ors*, [2010] EWCA Civ 482, [2010] 3 W.L.R. 1069, [2010] 4 All E.R. 559; *Mohamed, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign &*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar), 2007 CF 766, [2008] 3 R.C.F. 248; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2007 CF 128, [2007] 4 R.C.F. 434; *Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 10, conf. par 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33; *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547, inf. en partie, 2007 CAF 342; *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 342, [2010] 3 R.C.F. 67; *Harkat (Re)*, 2005 CF 393; *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 476; *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General), 2010 ONSC 2055 (CanLII), 101 O.R. (3d) 424, 318 D.L.R. (4th) 459, 255 C.C.C. (3d) 177; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Conway v. Rimmer*, [1968] UKHL 2, [1968] A.C. 910; *Al Rawi & Ors v. Security Service & Ors*, [2010] EWCA Civ 482, [2010] 3 W.L.R. 1069, [2010] 4 All E.R. 55; *Mohamed, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2010] EWCA Civ 65, [2010] 4 All E.R. 91, [2011] Q.B. 218;

Commonwealth Affairs, [2010] EWCA Civ 65, [2010] 4 All E.R. 91, [2011] Q.B. 218; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 159; *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, 214 D.L.R. (4th) 193, [2002] 8 W.W.R. 585; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589, (2000), 187 D.L.R. (4th) 675, 42 Admin. L.R. (3d) 214, revd on other grounds, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, 219 D.L.R. (4th) 385, 49 Admin. L.R. (3d) 1; *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar)*, 2009 FC 1317, [2011] 1 F.C.R. 105, 12 Admin. L.R. (5th) 126; *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592, 325 D.L.R. (4th) 193, 94 C.P.C. (6th) 1; *Parkin v. O'Sullivan*, [2009] FCA 1096 (AustLII), 260 A.L.R. 503.

REFERRED TO:

Canada (Attorney General) v. Almalki, 2010 FC 733, 372 F.T.R. 309; *Named Person v. Vancouver Sun*, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, 285 D.L.R. (4th) 193, [2008] 1 W.W.R. 223; *Charkaoui (Re)*, 2008 FC 61, [2009] 1 F.C.R. 507, 316 F.T.R. 236; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188, 253 D.L.R. (4th) 577, 197 C.C.C. (3d) 1; *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1052, 122 C.R.R. (2d) 359, 255 F.T.R. 173; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 807, 59 C.R. (6th) 284, 175 C.R.R. (2d) 345, 331 F.T.R. 1; *R. v. Ahmad*, 2009 CanLII 84788, 257 C.C.C. (3d) 155 (Ont. Sup. Ct.); *Al-Sweady & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Defence*, [2009] EWHC 1687 (Admin); *Arar v. Ashcroft*, 585 F.3d 559 (2nd Cir. 2009), *certiorari* denied 130 S. Ct. 3409 (2010); *Mohamed v. Jeppesen Dataplan Inc.*, 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010); *Goguen v. Gibson*, [1983] 2 F.C. 463, (1984), 7 D.L.R. (4th) 144, 3 Admin. L.R. 225 (C.A.); *Kevork v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 753, (1984), 17 C.C.C. (3d) 426 (T.D.); *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.); *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, (1991), 120 A.R. 161, [1992] 1 W.W.R. 97; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, (1995), 162 A.R. 272, 27 Alta. L.R. (3d) 1; *Apotex Inc. v. Canada*, 2005 FCA 217, 41 C.P.R. (4th) 97, 337 N.R. 225; *Benatta v. Canada (Attorney General)*, 2009 CanLII 70999 (Ont. Sup. Ct.); *Nobel v. York University Foundation*, 2010 ONSC 399 (CanLII); *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47, [2002] All E.R. 122, [2001] 3 W.L.R. 877; *Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)*, [1993] 2 F.C. 659, (1993), 151 N.R. 374 (C.A.); *Lumonics Research Limited v. Gould*, [1983] 2 F.C. 360, (1983), 33 C.P.C. 230, 70

Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589 (C.A.), inf. pour d'autres motifs par 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3; *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2009 CF 1317, [2011] 1 R.C.F. 105; *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592; *Parkin v. O'Sullivan*, [2009] FCA 1096 (AustLII), 260 A.L.R. 503.

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Procureur général) c. Almalki, 2010 CF 733; *Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Charkaoui (Re)*, 2008 CF 61, [2009] 1 R.C.F. 507; *Toronto Star Newspaper Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188; *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1052; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 807; *R. v. Ahmad*, 2009 CanLII 84788, 257 C.C.C. (3d) 155 (C.S. Ont.); *Al-Sweady & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Defence*, [2009] EWHC 1687 (Admin); *Arar v. Ashcroft*, 585 F.3d 559 (2nd Cir. 2009), *bref de certiorari* refusé 130 S. Ct. 3409 (2010); *Mohamed v. Jeppesen Dataplan Inc.*, 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010); *Goguen c. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463 (C.A.); *Kevork c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 753 (1^{re} inst.); *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.); *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *Apotex Inc. c. Canada*, 2005 CAF 217; *Benatta v. Canada (Attorney General)*, 2009 CanLII 70999 (C.S. Ont.); *Nobel v. York University Foundation*, 2010 ONSC 399 (CanLII); *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47, [2002] All E.R. 122, [2001] 3 W.L.R. 877; *Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659 (C.A.); *Lumonics Research Limited c. Gould*, [1983] 2 C.F. 360 (C.A.); *Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.); *R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1552; *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Jose Pereira E*

C.P.R. (2d) 11 (C.A.); *Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.); *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238, (1976), 66 D.L.R. (3d) 660, [1976] 3 W.W.R. 536; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, (1997), 142 D.L.R. (4th) 193, 43 Admin. L.R. (2d) 1; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442, 205 D.L.R. (4th) 512, [2002] 2 W.W.R. 409; *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 1552, 306 F.T.R. 222; *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, (1997), 143 D.L.R. (4th) 38, [1997] 3 W.W.R. 457; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385, 54 C.P.R. (3d) 114; *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 470, 299 N.R. 154; *Khan v. Canada*, [1996] 2 F.C. 316, (1996), 110 F.T.R. 81 (T.D.); *Canada (Attorney General) v. Kempo*, 2004 FC 1678, 294 F.T.R. 1; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, 315 D.L.R. (4th) 1, 251 C.C.C. (3d) 435; *R. v. Hape*, 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, 280 D.L.R. (4th) 385, 220 C.C.C. (3d) 161; *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125, 293 D.L.R. (4th) 629, 72 Admin. L.R. (4th) 1; *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2009 FC 580, [2010] 1 F.C.R. 267, 95 Admin. L.R. (4th) 25, 194 C.R.R. (2d) 255; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, (1986), 29 D.L.R. (4th) 161, 26 C.C.C. (3d) 481.

AUTHORS CITED

Aldrich, Richard J. *GCHQ: The Uncensored Story of Britain's Most Secret Intelligence Agency*. London: Harper Press, 2010.

Aldrich, Richard. "Allied code-breakers co-operate – but not always", *The Guardian*, June 24, 2010, online: <<http://www.guardian.co.uk/world/2010/jun/24/intelligence-sharing-codebreakers-agreement-ukusa>>.

Bingham, John. "Hillary Clinton made security help 'threat' to David Miliband over Binyam Mohamed case", *The Telegraph*, July 29, 2009, online: <<http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/5934016/Hillary-Clinton-made-security-help-threat-to-David-Miliband-over-Binyam-Mohamed-case.html>>.

Black's Law Dictionary, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, "national defence".

Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (McDonald Commission). *First Report: Security and Information*, Ottawa: Supply and Services Canada, October 9, 1979, online: <<http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/mcdonald1979-81->

Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général), 2002 CAF 470; *Khan c. Canada*, [1996] 2 C.F. 316 (1^{re} inst.); *Canada (Procureur général) c. Kempo*, 2004 CF 1678; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125; *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 580, [2010] 1 R.C.F. 267; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863.

DOCTRINE CITÉE

Aldrich, Richard J. *GCHQ: The Uncensored Story of Britain's Most Secret Intelligence Agency*. Londres : Harper Press, 2010.

Aldrich, Richard. « Allied code-breakers co-operate – but not always », *The Guardian*, 24 juin 2010, en ligne : <<http://www.guardian.co.uk/world/2010/jun/24/intelligence-sharing-codebreakers-agreement-ukusa>>.

Bingham, John. « Hillary Clinton made security help "threat" to David Miliband over Binyam Mohamed case », *The Telegraph*, 29 juillet 2009, en ligne : <<http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/5934016/Hillary-Clinton-made-security-help-threat-to-David-Miliband-over-Binyam-Mohamed-case.html>>.

Black's Law Dictionary, 7^e éd. St. Paul, Minn. : West Group, 1999, « national defence ».

Canada. Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India. *Vol 182 d'Air India : Une tragédie canadienne* (l'honorable John C. Major, c.r., commissaire), Ottawa : La commission, 2010,

- eng/mcdonald1979-81-report1/mcdonald1979-81-report1-eng.pdf>.
- Canada. 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: Minister of Public Works and Government Services, 2006, online: <http://www.pch.gc.ca/cs-kc/arar/Arar_e.pdf>.
- Canada. Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182. *Air India Flight 182: A Canadian Tragedy* (Honourable John C. Major, Q.C., Commissioner), Ottawa: The Commission, 2010, online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/air_india-ef/final_report-ef/en/reports/finalreport/default.htm>.
- Canada. *Internal Inquiry Into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin* (Honourable Frank Iacobucci, Q.C., Commissioner), Ottawa: Minister of Public Works and Government Services, 2008, online: <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/iacobucci-e/final_report/final-report-copy-en.pdf>.
- Canada. *Internal Inquiry Into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin: Supplement to Public Report* (Honourable Frank Iacobucci, Q.C., Commissioner), Ottawa: Minister of Public Works and Government Services, 2010, online: <http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/collection_2010/bcp-pco/CP32-90-1-2010-eng.pdf>.
- Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Public Safety and National Security. *Review of the Findings and Recommendations Arising from the Iacobucci and O'Connor Inquiries: Report of the Standing Committee on Public Safety and National Security*, June 2009, online: <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4004074&Mode=1&Parl=40&Ses=2&Language=E>>.
- Forcese, Craig. "Canada's National Security 'Complex': Assessing the Secrecy Rules" (2009), 15 *IRPP Choices* 1, online: <<http://www.irpp.org/choices/archive/vol15no5.pdf>>.
- Forcese, Craig. *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective*. Toronto: Irwin Law, 2008.
- Ghardam, Duncan. "Handing foreign intelligence to British courts to be made illegal", *The Telegraph*, July, 7, 2010, online: <<http://www.telegraph.co.uk/news/politics/7875900/Handing-foreign-intelligence-to-British-courts-to-be-made-illegal.html>>.
- MacDonald, Alistair. "U.K. Move Could Hinder U.S. Intelligence Sharing", *The Wall Street Journal*, February 11, 2010, online: <<http://online.wsj.com/arti>
- en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/air_india-ef/final_report-ef/fr/reports/finalreport/index.asp>.
- Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (Commission McDonald). *Premier rapport : Sécurité et information*, Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 9 octobre 1979, en ligne : <<http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/mcdonald1979-81-fra/mcdonald1979-81-rapport1-fra/mcdonald1979-91-rapport1-fra.pdf>>.
- Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*, Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2006, en ligne : <http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/cm_arar_rec-fra.pdf>.
- Canada. *Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin* (l'honorable Frank Iacobucci, c.r., commissaire), Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2008, en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/internal_inquiry/2010-03-09/www.iacobucciinquiry.ca/pdfs/documents/final-report-copy-fr.pdf>.
- Canada. *Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin : Supplément au rapport public* (l'honorable Frank Iacobucci, c.r., commissaire), Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2010, en ligne : <http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/collection_2010/bcp-pco/CP32-90-1-2010-fra.pdf>.
- Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la sécurité publique et nationale. *Examen des constats et recommandation émanant des enquêtes Iacobucci et O'Connor : Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale*, juin 2009, en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4004074&Mode=1&Parl=40&Ses=2&Language=F>>.
- Forcese, Craig. « Canada's National Security "Complex": Assessing the Secrecy Rules » (2009), 15 *IRPP Choices* 1, en ligne : <<http://www.irpp.org/choices/archive/vol15no5.pdf>>.
- Forcese, Craig. *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective*. Toronto : Irwin Law, 2008.
- Ghardam, Duncan. « Handing foreign intelligence to British courts to be made illegal », *The Telegraph*, 7 juillet 2010, en ligne : <<http://www.telegraph.co.uk/>

cle/SB10001424052748703455804575057550493911866.html>.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, Vol. 8, Boston: Little, Brown & Co., 1961.

news/politics/7875900/Handing-foreign-intelligence-to-British-courts-to-be-made-illegal.html>.

MacDonald, Alistair. « U.K. Move Could Hinder U.S. Intelligence Sharing », *The Wall Street Journal*, 11 février 2010, en ligne : <<http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703455804575057550493911866.html>>.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, McNaughton Revision, vol. 8, Boston : Little, Brown & Co., 1961.

APPLICATION for an order pursuant to subsection 38.06(3) of the *Canada Evidence Act* seeking to confirm the statutory prohibition on the disclosure of information that is the subject of discovery proceedings in a civil case. Application allowed in part.

DEMANDE d'ordonnance en vertu du paragraphe 38.06(3) de la *Loi sur la preuve au Canada* pour confirmer l'interdiction légale de divulgation de renseignements qui font l'objet d'un processus d'enquête préalable dans le cadre d'une cause civile. Demande accueillie en partie.

APPEARANCES

Linda J. Wall and *Catherine A. Lawrence* for applicant.

Aaron Dantowitz, Philip Tunley and *Owen Rees* for respondents Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki, by his litigation guardian Khuzaimah Kalifah; Sajeda Almalki, by her litigation guardian Khuzaimah Kalifah; Muaz Almalki, by his litigation guardian Khuzaimah Kalifah; Zakariyya Almalki, by his litigation guardian Khuzaimah Kalifah; Nadim Almalki and Fatima Almalki.

Aaron Dantowitz, Philip Tunley, Owen M. Rees and *Barbara L. Jackman* for respondents Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash and Rasha Abou-Elmaati.

Aaron Dantowitz, Philip Tunley, Owen M. Rees, Barbara L. Jackman and *Hadayt Nazami* for respondents Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin.

François Dadour and *Bernard Grenier* as *amici curiae*.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for applicant.

ONT COMPARU

Linda J. Wall et *Catherine A. Lawrence* pour le demandeur.

Aaron Dantowitz, Philip Tunley et *Owen Rees* pour les défendeurs Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah; Sajeda Almalki, représentée par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah; Muaz Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Zakariyya Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah; Nadim Almalki et Fatima Almalki.

Aaron Dantowitz, Philip Tunley, Owen M. Rees et *Barbara L. Jackman* pour les défendeurs Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash et Rasha Abou-Elmaati.

Aaron Dantowitz, Philip Tunley, Owen M. Rees, Barbara L. Jackman et *Hadayt Nazami* pour les défendeurs Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin.

François Dadour et *Bernard Grenier* à titre d'intervenants désintéressés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le sous-procureur général du Canada pour le demandeur.

Stockwoods LLP and Jackman & Associates,
Toronto, for respondents.

Stockwoods LLP et Jackman & Associates, Toronto,
pour les défendeurs.

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

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

[1] MOSLEY J.: The Attorney General of Canada has applied for an order with respect to the disclosure of information that is the subject of discovery proceedings in actions filed by the respondents in the Superior Court of Justice of Ontario. The application is brought in the Federal Court under section 38.04 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141] of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (the Act).

[1] LE JUGE MOSLEY : Le procureur général du Canada a présenté une demande d'ordonnance relativement à la divulgation de renseignements qui font l'objet d'un processus d'enquête préalable dans diverses actions introduites par les défendeurs devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. La demande est soumise à la Cour fédérale en vertu de l'article 38.04 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 141] de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la Loi).

[2] The information in question is being withheld from the respondents pursuant to a statutory prohibition on disclosure set out in paragraph 38.02(1)(a) [as enacted *idem*, s. 43] of the Act. The Attorney General seeks to have the prohibition confirmed by the Court. Alternatively, the Attorney General requests that the Court exercise its discretion under subsection 38.06(2) [as enacted *idem*] of the Act to disclose the information in a form and subject to such conditions as are most likely to limit any injury to national security, national defence or international relations.

[2] La divulgation des renseignements en question est refusée aux défendeurs en vertu de l'interdiction légale de divulgation prévue à l'alinéa 38.02(1)a [édicte, *idem*, art. 43] de la Loi. Le procureur général demande à la Cour de confirmer cette interdiction. À titre subsidiaire, le procureur général demande à la Cour d'exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 38.06(2) [édicte, *idem*] de la Loi en ordonnant la divulgation des renseignements en la forme et aux conditions de divulgation les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

[3] The respondents request an order authorizing the disclosure of all of the information that the applicant seeks to withhold. Where grounds sufficient to warrant a lesser remedy are established, the respondents ask that the Court use the available alternative options in the manner that best meets the public interest including their interests in obtaining disclosure to the fullest degree possible in each case.

[3] Les défendeurs demandent une ordonnance autorisant la divulgation de tous les renseignements dont le demandeur cherche à refuser la communication. Les défendeurs demandent à la Cour, dans les cas où l'existence de motifs suffisants pour justifier l'octroi d'une réparation moindre aura été établie, de recourir aux solutions de rechange qui s'offrent à elle de la manière qui réponde le mieux aux intérêts du public tout en tenant compte de leur intérêt à obtenir la divulgation la plus complète dans chaque cas.

[4] In these reasons, I outline the background to the application, describe the applicable legal framework, and discuss the legal issues raised by the parties and the principles that I have applied in determining whether the information should or should not be disclosed. A private order has been signed and filed in the Federal Court's

[4] Dans les présents motifs, je vais relater l'historique de l'instance, définir le cadre juridique applicable et analyser les questions de droit soulevées par les parties ainsi que les principes que j'ai appliqués pour déterminer si les renseignements devraient ou non être divulgués. Une ordonnance confidentielle a été signée et

Designated Proceedings Registry setting out the specific findings I have made regarding the information in question. The order authorizes the disclosure of certain of the withheld information, either in full text or summary form, and confirms the non-disclosure of the remainder. This order has been provided to the Attorney General in accordance with subsection 38.02(2)(b) [as enacted *idem*] to allow the applicant the time specified in section 38.09 [as enacted *idem*] of the Act to determine whether to appeal.

[5] For convenience, reference in these reasons to section 38 encompasses sections 38 to 38.16 [as enacted *idem*, ss. 43, 141] of the Act.

BACKGROUND

[6] In the actions filed in the Superior Court of Justice, Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin (the principal respondents), joined by members of their families, seek compensatory damages from the Government of Canada for, among other things, alleged complicity in their detention and torture in Syria (and Egypt, in the case of Mr. Elmaati) and breach of their rights under 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). The Attorney General of Canada is the representative defendant on behalf of the public servants and government departments and agencies alleged to be responsible for the harms suffered by the respondents pursuant to the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)], section 23 [as am. *idem*, s. 29; 2001, c. 4, s. 47].

[7] The respondents' claims were initiated following the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar (the O'Connor Commission), and the consequent report [*Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and*

a été déposée au greffe des instances désignées de la Cour fédérale. On y trouve les conclusions précises que j'ai tirées au sujet des renseignements en question. L'ordonnance autorise la divulgation intégrale ou sous forme de résumé de certains des renseignements refusés, et elle confirme la non-divulcation du reste des renseignements. Cette ordonnance a été transmise au procureur général conformément à l'alinéa 38.02(2)b) [édicte, *idem*] pour accorder au demandeur le délai prévu à l'article 38.09 [édicte, *idem*] de la Loi pour décider de l'opportunité d'interjeter appel.

[5] Par souci de commodité, toute mention de l'article 38 dans les présents motifs s'entend des articles 38 à 38.16 [édicte, *idem*, art. 43, 141] de la Loi.

HISTORIQUE DE L'INSTANCE

[6] Dans les actions intentées devant la Cour supérieure de justice, Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin (les défendeurs principaux) réclament, de concert avec des membres de leurs familles, des dommages-intérêts compensatoires du gouvernement du Canada notamment pour la présumée complicité de ce dernier à l'égard de leur détention et de leur torture en Syrie (et en Égypte, dans le cas de M. Elmaati) et de la violation des droits que leur garantit 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). Le procureur général du Canada représente les fonctionnaires et les ministères et organismes gouvernementaux qui devraient répondre du préjudice subi par les défendeurs aux termes de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)], article 23 [mod., *idem*, art. 29; 2001, ch. 4, art. 47].

[7] Les défendeurs ont introduit leurs demandes dans la foulée de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar (la Commission O'Connor) et du rapport publié par la suite [*Rapport sur les événements*

Recommendations, Ottawa: Minister of Public Works and Government Services, 2006] (the O'Connor Report). In his report, Mr. Justice Dennis O'Connor recommended that the cases of the three principal respondents be reviewed, but in a manner more appropriate than a full-scale public inquiry because of the national security issues involved.

[8] As a result, the Honourable Frank Iacobucci, Q.C., was appointed to conduct the Internal Inquiry Into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin (the Iacobucci Inquiry). The mandate of the Iacobucci Inquiry was to examine the actions of Canadian officials relating to Mr. Almalki, Mr. Elmaati and Mr. Nureddin, who were detained and mistreated in Syria and also, in the case of Mr. Elmaati, in Egypt during the period 2001 to 2004 to determine: (1) whether the detention and any mistreatment of the three men resulted, directly or indirectly, from the actions of Canadian officials (particularly in relation to the sharing of information with foreign countries); (2) whether, if so, those actions were deficient in the circumstances; and (3) whether there were any deficiencies in the provision by Canadian officials of consular services to the three men while they were in detention.

[9] Commissioner Iacobucci's report was released in October 2008 [*Internal Inquiry Into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin*, Ottawa: Minister of Public Works and Government Services] (the Iacobucci Report). A supplementary report was released on February 23, 2010 [*Internal Inquiry Into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin: Supplement to Public Report*, Ottawa: Minister of Public Works and Government Services] in which Commissioner Iacobucci provided additional information that could not be disclosed at the time the public report was released because of government concerns that disclosure of the information in the manner then proposed would be injurious to national defence,

concernant Maher Arar : Analyse et recommandations, Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2006] (le rapport O'Connor). Dans son rapport, le juge Dennis O'Connor recommandait que le cas des trois défendeurs principaux soit réexaminé, mais qu'il le soit d'une manière plus appropriée qu'une enquête publique en bonne et due forme en raison des questions de sécurité nationale en jeu.

[8] En conséquence, l'honorable Frank Iacobucci, c.r., a été désigné pour présider l'Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin (l'enquête Iacobucci). Aux termes du mandat qui lui a été confié, le commissaire Iacobucci devait examiner les agissements des fonctionnaires envers MM. Almalki, Elmaati et Nureddin, qui avaient été détenus et avaient été maltraités en Syrie, mais aussi en Égypte, dans le cas de M. Elmaati, entre 2001 et 2004, pour établir : 1) si la détention et les sévices subis par les trois hommes en question résultaient, directement ou indirectement, des actions de responsables canadiens (particulièrement en ce qui a trait à l'échange de renseignements avec des pays étrangers); 2) dans l'affirmative, si ces actions comportaient des lacunes dans les circonstances; 3) s'il y avait eu un manquement dans les actions prises par les responsables canadiens pour fournir des services consulaires à ces trois hommes au cours de leur détention.

[9] Le rapport du commissaire Iacobucci a été publié en octobre 2008 [*Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin*, Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux] (le rapport Iacobucci). Un supplément au rapport a été publié le 23 février 2010 [*Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin : Supplément au rapport public*, Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux]; le commissaire Iacobucci y fournissait des renseignements complémentaires qui ne pouvaient pas être divulgués au moment où le rapport public avait été communiqué en raison des craintes du gouvernement que la divulgation

national security or international relations (the Supplementary Report).

[10] Commissioner Iacobucci's Terms of Reference directed him, among other things, to submit a confidential report setting out his determinations and a separate report suitable for public release. He was directed to not disclose information in the public report that would be injurious to international relations, national defence, national security or the conduct of any investigation or proceeding. As Commissioner Iacobucci noted, this language is similar to that used in section 38. In determining what information could be released publicly, Commissioner Iacobucci was guided by the approach taken in the O'Connor Inquiry Report and the factors identified by Justice Simon Noël in *Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar)*, 2007 FC 766, [2008] 3 F.C.R. 248 (*Arar*). If Commissioner Iacobucci disagreed with the position taken by the government, under the terms of reference he could notify the Attorney General, in which case the notice could lead to a proceeding in the Federal Court under section 38 of the *Canada Evidence Act* to resolve the matter.

[11] With one exception, Commissioner Iacobucci was satisfied that the confidential information omitted from the public version of his report was properly subject to national security confidentiality. Commissioner Iacobucci gave notice to the Attorney General with respect to the exception. The issue was ultimately resolved following extensive further discussions resulting in the disclosure of additional information in the form of a summary. This was addressed in the Supplementary Report released in February 2010.

[12] In response to requests for production of documents by Commission counsel, the Attorney General of Canada produced some 40 000 documents to the Inquiry. These were provided without redactions, with the

de renseignements de la manière qui était alors proposée porte préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales (le Supplément au rapport public).

[10] Le mandat du commissaire Iacobucci le chargeait notamment de soumettre un rapport confidentiel ainsi qu'un rapport distinct pouvant être rendu public. Le rapport public ne pouvait dévoiler des renseignements susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales ou à la conduite de toute enquête ou procédure. Ainsi que le commissaire Iacobucci l'a signalé, cette formulation ressemblait à celle que l'on trouve à l'article 38. Pour déterminer si des renseignements pouvaient être communiqués au public, le commissaire Iacobucci s'est inspiré de la démarche suivie dans le rapport d'enquête O'Connor et par les facteurs énoncés par le juge Simon Noël dans la décision *Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*, 2007 CF 766, [2008] 3 R.C.F. 248 (la décision *Arar*). Advenant le cas où il n'était pas d'accord avec la position adoptée par le gouvernement, le commissaire Iacobucci pouvait, en vertu de son mandat, aviser le procureur général, auquel cas cet avis pouvait donner lieu à une instance devant la Cour fédérale en vue de trancher la question conformément à l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

[11] À une exception près, le commissaire Iacobucci s'est dit convaincu que c'était à juste titre que les renseignements confidentiels omis de la version publique de son rapport étaient considérés comme confidentiels pour des raisons de sécurité nationale. Le commissaire Iacobucci a donné un avis au procureur général au sujet de cette exception. La question a finalement été tranchée à la suite d'autres discussions approfondies qui se sont soldées par la divulgation des renseignements complémentaires sous forme de résumé dans le Supplément au rapport public publié en février 2010.

[12] En réponse aux demandes de production de documents formulées par les avocats de la Commission, le procureur général du Canada a produit quelque 40 000 documents à la commission d'enquête. Ces documents

exception of certain documents subject to privilege or immunity and information that might disclose the name of a foreign human source.

[13] Proceedings with respect to the respondents' claims in the Superior Court of Justice were held in abeyance pending the outcome of the Iacobucci Inquiry and resumed following the issuance of the Report. In April 2009, the parties agreed to conduct mediations in the fall of 2009. To that end, in July 2009, counsel to the Attorney General disclosed approximately 486 documents to respondents' counsel, of which 290 contained redactions. The 486 documents had been specifically requested by respondents' counsel because of references in the Iacobucci Report to information which the documents contain.

[14] In the 290 documents, information subject to a claim of potential injury to national security, national defence, and international relations is redacted by being blacked out. In addition, there are white redactions blocking the disclosure of information which the applicant considers irrelevant to the litigation or subject to claims of privilege under sections 37 [as am. by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 140] and 39 [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 144] of the Act or solicitor-client privilege. Those issues will be dealt with by the Superior Court of Justice. In these reasons, references to "redacted content" mean only the information subject to section 38 claims.

[15] When the documents were produced in July 2009, no formal notice had been provided under the Act regarding the redacted information and no determination had been made by the Attorney General as to whether the information could be disclosed. Departmental and agency officials worked with the litigation team acting on behalf of the Attorney General to review the documents assembled for production and to identify information which could be considered "potentially injurious" or "sensitive" and thus possibly subject to claims of public interest privilege under section 38.

ont été communiqués sans caviardage, à l'exception de certains documents faisant l'objet d'un privilège ou d'une immunité et à l'exception des renseignements susceptibles de révéler le nom d'une source humaine étrangère.

[13] Les instances introduites par les défendeurs devant la Cour supérieure de justice ont été suspendues en attendant l'issue de l'enquête Iacobucci et elles ont été reprises à la suite de la publication du rapport. En avril 2009, les parties ont convenu de recourir à la médiation à l'automne 2009. À cette fin, en juillet 2009, les avocats du procureur général ont communiqué aux avocats des défendeurs environ 486 documents, dont 290 étaient caviardés. Les 486 documents avaient été explicitement réclamés par les avocats des défendeurs parce que le rapport Iacobucci faisait mention de renseignements contenus dans ces documents.

[14] Dans les 290 documents en question, on avait noirci les passages dont on affirmait qu'ils étaient susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales. On avait également caviardé en blanc des passages qui, selon le demandeur, n'avaient pas rapport au litige ou faisaient l'objet de revendications de privilège en vertu des articles 37 [mod. par L.C. 2001, ch. 41, art. 43, 140] et 39 [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144] de la Loi ou étaient assujettis au secret professionnel de l'avocat. Ces questions seront examinées par la Cour supérieure de justice. Dans les présents motifs, on entend par « passages expurgés » uniquement les renseignements faisant l'objet de revendications fondées sur l'article 38.

[15] Lorsque les documents ont été produits en juillet 2009, aucun avis officiel n'avait été donné conformément à la Loi au sujet des renseignements censurés et aucune décision n'avait été prise par le procureur général sur l'opportunité de divulguer les renseignements. Les représentants des ministères et des organismes travaillaient avec l'équipe du contentieux qui représentait le procureur général en vue de passer en revue les documents devant être produits et d'identifier les renseignements qui pourraient être considérés comme « potentiellement préjudiciables » ou « sensibles » et qui

[16] One document, which is now found at Tab 171 in the series before the Court, was produced to the respondents without any redactions. It is a report prepared by the Canadian Security Intelligence Service (CSIS or the Service). On August 18, 2009, a CSIS lawyer advised a senior Department of Justice official that document 171 had been released inadvertently and that notice was being given to the Attorney General pursuant to section 38.01 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] that the document contained sensitive information. By letter of the same date, counsel for the Attorney General wrote to counsel for the Elmaati respondents demanding the return of the document. The document was not returned. The Attorney General subsequently authorized disclosure of a redacted version of document 171 which was produced to the respondents on September 9, 2009. Further revisions “lifting” portions of the redactions were authorized by the Attorney General in the version filed with the Court on March 19, 2010 and provided to the respondents.

[17] The applicant refers to document 171 as an inadvertently disclosed document. The respondents say it should properly be described as a “disclosed document”. I will refer to it as document 171. The content of this document is related to the subject-matter of Commissioner Iacobucci’s February 2010 Supplementary Report. The evidence is that document 171 had been collected by the litigation team in the process of responding to the request for production and that it was not reviewed by CSIS officials prior to its disclosure on July 19, 2009.

[18] For reasons which are unknown to this Court and are not, presumably, material to these proceedings, the mediation did not proceed as planned in November 2009 and the litigation resumed. On January 15, 2010, the Elmaati respondents brought a motion in the Superior Court of Justice for an order requiring the production of documents without redactions and in the alternative to

étaient donc susceptibles de faire l’objet d’une revendication de privilège fondée sur l’intérêt public en vertu de l’article 38.

[16] Un document, qui se trouve maintenant à l’onglet 171 du dossier soumis à la Cour, a été communiqué sans caviardage aux défendeurs. Il s’agit d’un rapport rédigé par le Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS ou le Service). Le 18 août 2009, un avocat du SCRS a informé un haut fonctionnaire du ministère de la Justice que le document 171 avait été communiqué par inadvertance et qu’avis était donné au procureur général, conformément à l’article 38.01 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43], que ce document renfermait des renseignements sensibles. Par lettre datée du même jour, les avocats du procureur général ont écrit à l’avocat des défendeurs Elmaati pour exiger la restitution du document. Le document ne leur a pas été rendu. Le procureur général a par la suite autorisé la divulgation d’une version expurgée du document 171, qui a été communiquée aux défendeurs le 9 septembre 2009. À la suite d’autres révisions, une version dans laquelle certains des passages expurgés étaient réintégrés à la suite de l’autorisation du procureur général a été déposée auprès de la Cour le 19 mars 2010 et a été communiquée aux défendeurs.

[17] Suivant le demandeur, le document 171 a été divulgué par inadvertance. Les défendeurs affirment qu’il devrait être à juste titre qualifié de « document divulgué ». Je vais le désigner sous le nom de document 171. Ce document porte sur l’objet du Supplément au rapport public publié par le commissaire Iacobucci en février 2010. Suivant la preuve, le document 171 avait été colligé par l’équipe du contentieux lorsqu’elle tentait de répondre à la demande de production et les fonctionnaires du SCRS ne l’ont pas examiné avant sa divulgation, le 19 juillet 2009.

[18] Pour des raisons que la Cour ignore et qui ne tirent vraisemblablement pas à conséquence en l’espèce, la médiation prévue pour novembre 2009 n’a pas eu lieu et le procès a repris. Le 15 janvier 2010, les défendeurs Elmaati ont saisi la Cour supérieure de justice d’une requête visant l’obtention d’une ordonnance exigeant la production des documents sans caviardage ou, à titre

strike out the Attorney General's statement of defence. It was understood that the outcome would apply to the three actions. Document 171 was filed as an exhibit on the motion in a sealed envelope: Exhibit B to the January 15, 2010 Mudryk affidavit.

[19] On January 18, 2010, a second notice was given to the Attorney General pursuant to subsection 38.01(1) that 289 documents of which full discovery was sought in the Superior Court of Justice actions contained sensitive or potentially injurious information the disclosure of which could harm international relations and/or national security. In a decision made in March 2010, the number of documents for which protection was sought was reduced to 268 as the Attorney General authorized additional disclosures. Such decisions are not made personally by the Attorney General. The evidence is that the Attorney General's authority to act in section 38 matters is delegated to two senior officials in the Department of Justice.

[20] A confidential notice of application pursuant to section 38.04 was filed on February 2, 2010 together with a notice of motion and motion record seeking direction from the Court. Counsel for the parties appeared by conference call before Chief Justice Allan Lutfy on February 4, 2010 and on several subsequent dates for case management purposes.

[21] As directed by the Chief Justice, a public notice of application was filed on February 9, 2010 and these proceedings have been treated as presumptively public since then, save for the portion of the proceedings which has taken place *ex parte* and *in camera*, in keeping with the ruling in *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2007 FC 128, [2007] 4 F.C.R. 434 (*Toronto Star*) which I have adopted and applied.

[22] Pursuant to section 38.05 [as enacted *idem*] of the Act, notice of the application was given to Regional Senior Justice Charles Hackland, case management

subsidaire, la radiation de la défense du procureur général. Il était convenu que la décision rendue en réponse à cette requête vaudrait pour les trois actions. Le document 171 a été annexé à la requête dans une enveloppe scellée. Il s'agit de l'annexe B de l'affidavit souscrit le 15 janvier 2010 par M. Mudryk.

[19] Le 18 janvier 2010, un second avis a été donné au procureur général en vertu du paragraphe 38.01(1) pour lui faire savoir que 289 documents dont la communication intégrale était réclamée devant la Cour supérieure de justice contenaient des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables dont la divulgation serait susceptible de porter préjudice aux relations internationales ou à la sécurité nationale, ou aux deux. Aux termes d'une décision rendue en mars 2010, le nombre de documents dont la protection était demandée a été ramené à 268 étant donné que le procureur général avait autorisé la divulgation d'autres documents. Les décisions à cet égard ne sont pas prises personnellement par le procureur général. Suivant la preuve, le pouvoir d'agir du procureur général en ce qui concerne les questions visées à l'article 38 est délégué à deux hauts fonctionnaires du ministère de la Justice.

[20] Un avis de demande confidentiel a été déposé le 2 février 2010 conformément à l'article 38.04 avec un avis de requête et un dossier de requête réclamant des directives de la Cour. Les avocats des parties ont comparu par voie de conférence téléphonique devant le juge en chef Allan Lutfy le 4 février 2010 et à plusieurs dates par la suite aux fins de la gestion de l'instance.

[21] Conformément aux directives données par le juge en chef, un avis de demande public a été déposé le 9 février 2010 et la présente instance a été présumée être publique, sauf pour la partie de l'audience qui s'est déroulée *ex parte* et à huis clos, le tout en conformité avec la décision rendue dans l'affaire *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2007 CF 128, [2007] 4 R.C.F. 434 (la décision *Toronto Star*), que j'ai adoptée et appliquée.

[22] Conformément à l'article 38.05 [édicte, *idem*] de la Loi, un avis de la demande a été envoyé au juge régional principal Charles Hackland, le juge chargé de la

Judge for the Almalki action before the Superior Court of Justice in Ottawa, and to Mr. Justice Paul Perell, case management Judge for the Elmaati and Nureddin actions in Toronto.

[23] In response to the Elmaati motion for production, the Attorney General raised a preliminary objection that the Superior Court of Justice lacked the jurisdiction to grant the relief sought, given the grant of jurisdiction to the Federal Court in section 38. In response, Mr. Elmaati filed a motion on March 12, 2010, challenging the constitutionality of section 38. The two motions were heard by Mr. Justice Perell on March 25, 2010. His decision allowing the constitutional challenge but dismissing the motion for production was issued on April 8, 2010: *Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 2055 (CanLII), 101 O.R. (3d) 424 (*Abou-Elmaati*).

[24] Mr. Justice Perell held that where a claim is made to enforce the Constitution Act, including the Charter in a civil proceeding, section 38 of the *Canada Evidence Act* does not preclude a judge of the Superior Court of Justice from judicially reviewing a claim of Crown privilege at the trial of an action or the hearing of an application on the grounds of national security, national defence, and international relations. He concluded, however, that during the interlocutory stages of a proceeding it is within the constitutional authority of the Federal Parliament to oust any jurisdiction that the Superior Court may have to review the Federal Government's claims of Crown privilege and to place it with the Federal Court: *Abou-Elmaati*, above, at paragraphs 109–112.

[25] An appeal and cross-appeal have been filed by the parties from Justice Perell's decision. The respondents take the position that this Court should defer its review of the documents and privilege claims in issue to the Superior Court of Justice if that Court is found on the appeal and cross-appeal to also have inherent and constitutionally protected jurisdiction to conduct a section 38 review.

gestion de l'instance dans l'action Almalki intentée devant la Cour supérieure de justice à Ottawa, ainsi qu'au juge Paul Perell, le juge chargé de la gestion de l'instance dans les actions Elmaati et Nureddin à Toronto.

[23] En réponse à la requête en production d'Elmaati, le procureur général a soulevé une exception préliminaire par laquelle il déclinait la compétence de la Cour supérieure de justice pour accorder la réparation demandée, compte tenu de la compétence conférée à la Cour fédérale par l'article 38. En réponse, M. Elmaati a déposé le 12 mars 2010 une requête par laquelle il contestait la constitutionnalité de l'article 38. Les deux requêtes ont été instruites le 25 mars 2010 par le juge Perell qui, le 8 avril 2010, a fait droit à la contestation constitutionnelle, mais a rejeté la requête en production (*Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)*, 2010 ONSC 2055 (CanLII), 101 O.R. (3d) 425 (la décision *Abou-Elmaati*)).

[24] Le juge Perell a estimé que, dans le cas d'une demande visant à faire appliquer la Loi constitutionnelle, y compris la Charte, dans le cadre d'une instance civile, l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* n'empêchait pas un juge de la Cour supérieure de justice de procéder au contrôle judiciaire d'une revendication de privilège de la Couronne lors de l'instruction de l'action ou d'une demande fondée sur des motifs liés aux relations internationales ou à la sécurité ou à la défense nationales. Il a toutefois conclu qu'au cours des étapes interlocutoires d'une instance, la Constitution conférait au législateur fédéral le pouvoir d'écarter la compétence que la Cour supérieure peut avoir pour contrôler les revendications de secret d'intérêt public du gouvernement fédéral et pour les faire relever de la Cour fédérale (décision *Abou-Elmaati*, précitée, aux paragraphes 109 à 112).

[25] Un appel et un appel incident ont été formés par les parties à l'encontre de la décision du juge Perell. Les défendeurs adoptent le point de vue que notre Cour devrait s'en remettre à l'examen des documents et des revendications de privilège en question que fera la Cour supérieure de justice s'il est jugé, à la suite de l'appel et de l'appel incident, que cette juridiction possède la compétence inhérente ainsi qu'une compétence protégée par la Constitution pour procéder à l'examen prévu à l'article 38.

[26] In these proceedings, evidence was filed by the Attorney General in support of the application in the form of public and private *ex parte* affidavits. The affidavits were made by officials representing the several departments and agencies from which the documents originated. The affiants, for the most part, do not have personal knowledge of the events or facts described in the documents or familiarity with the O'Connor and Iacobucci Reports. With certain exceptions, the public affiants did not review the redacted content of the documents prior to making their affidavits. Their evidence referred in general terms to the type of information relating to national security, national defence and international relations for which protection was sought. The private affiants had knowledge of the redacted content and described the risks of injury claimed by the Attorney General with reference to that content.

[27] The respondents filed an affidavit with extensive exhibit evidence (the Mudryk affidavit) in opposition to the application. This evidence related primarily to the claims filed in the Ontario Superior Court of Justice, the Inquiry Reports and the document redactions.

[28] A motion for the appointment of an *amicus curiae* was filed by the respondents on March 19, 2010. Having considered the written and oral representations of the parties as to the necessity for such an appointment and choice of suitable candidates, on March 26, 2010, the Court appointed M. Bernard Grenier and M. François Dadour as *amici curiae* to assist the Court in considering the evidence tendered and the issues raised in the *ex parte* hearings.

[29] Written opening submissions were filed on behalf of the parties. On April 6, 2010, a public hearing was held in Toronto to receive counsel's oral submissions. *Ex parte* hearings to receive the applicant's *in camera* and *ex parte* evidence were conducted at the Court's secure facilities in Ottawa for six days beginning April

[26] Dans la présente instance, des éléments de preuve ont été présentés par le procureur général au soutien de la demande sous forme d'affidavits publics et d'affidavits confidentiels *ex parte*. Les affidavits en question ont été souscrits par des fonctionnaires représentant les divers ministères et organismes desquels proviennent les documents. Pour la plupart, les auteurs de ces affidavits n'ont pas une connaissance personnelle des événements ou des faits relatés dans les documents et n'ont pas pris connaissance des rapports O'Connor et Iacobucci. À quelques exceptions près, les souscripteurs des affidavits publics n'ont pas examiné les passages expurgés des documents avant de souscrire leur affidavit. Ils ont témoigné de façon générale au sujet du type de renseignements se rapportant aux relations internationales ou à la sécurité ou à la défense nationales dont on réclame la protection. Les souscripteurs des affidavits confidentiels étaient au courant des passages expurgés et ont expliqué les risques de préjudice invoqués par le procureur général en fonction de la teneur de ces passages.

[27] Les défendeurs ont déposé un affidavit comportant de nombreux éléments de preuve étayés par des pièces jointes (l'affidavit de M. Mudryk) pour s'opposer à la demande. Ces éléments de preuve se rapportaient principalement aux demandes introduites devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario, aux rapports d'enquête et aux passages expurgés des documents.

[28] Une requête en désignation d'un intervenant désintéressé a été déposée par les défendeurs le 19 mars 2010. Après avoir examiné les observations orales et écrites des parties au sujet de la nécessité de désigner des intervenants désintéressés et du choix des candidats appropriés, la Cour a, le 26 mars 2010, désigné M^{es} Bernard Grenier et François Dadour à titre d'intervenants désintéressés pour aider la Cour dans son examen de la preuve présentée et des questions soulevées lors des audiences *ex parte*.

[29] Des arguments préliminaires ont été formulés pour le compte des parties. Le 6 avril 2010, une audience publique a été tenue à Toronto pour recevoir les observations orales des avocats. Des audiences *ex parte* visant à recevoir la preuve à huis clos et *ex parte* du demandeur ont eu lieu dans les locaux sécurisés de la Cour à Ottawa

9, 2010. Witnesses were examined in chief by counsel for the Attorney General and cross-examined by *amici curiae*.

[30] The testimony of the witnesses heard *in camera* and *ex parte* elaborated upon the concerns set out in the affidavit evidence. Each witness provided an overview of the nature of the interest of their department or agency in the material before the Court, such as relationships with foreign agencies, and discussed the injuries to the protected national interests that, in their view, would result from disclosure of the information. These witnesses were representative in the sense that they did not have personal knowledge of the events or individuals to which the documents refer but testified based on their work experience and information gleaned from departmental files or received from other officials.

[31] On May 13, 2010, the respondents filed a motion for a confidentiality order with respect to the content of an affidavit filed by the Attorney General in the Court's public registry. As a result, the Court directed that the copies of the documents filed as exhibits to the affidavit of Pamela Dawson be withheld from public access pending a ruling. Having considered the written representations filed by the parties, the motion was adjourned *sine die* without prejudice to it being brought back before the Court with evidence of the harm that disclosure of the information would cause: *Canada (Attorney General) v. Almalki*, 2010 FC 733, 372 F.T.R. 309.

[32] In submissions to the Court respecting the scheduling of the remaining steps in the proceedings, the respondents proposed to make written *ex parte* and private submissions regarding the content of the document in their possession which the applicant claimed to have been inadvertently disclosed. The applicant opposed this on the ground that the making of such submissions would constitute, in itself, a further disclosure of the information which the applicant seeks to protect before the Court made its determination of the issue. In an order dated May 21, 2010, and without deciding the issue, I stated that the respondents could make submissions

pendant six jours à compter du 19 avril 2010. Les avocats du procureur général ont procédé à l'interrogatoire principal des témoins et ceux-ci ont été contre-interrogés par les intervenants désintéressés.

[30] Dans le témoignage qu'ils ont donné à huis clos et *ex parte*, les témoins sont entrés dans le détail au sujet des préoccupations évoquées dans les affidavits. Chaque témoin a donné un aperçu de la nature de l'intérêt de son ministère ou de son organisme au sujet des éléments portés à la connaissance de la Cour, tels que les rapports avec des organismes étrangers, et a discuté de l'atteinte que la divulgation de ces renseignements causerait selon eux aux intérêts nationaux protégés. Ces témoins étaient représentatifs en ce sens qu'ils n'avaient aucune connaissance personnelle des faits ou des personnes mentionnés dans les documents, mais qu'ils témoignaient d'après leur expérience de travail et en se fondant sur les renseignements recueillis à partir de dossiers ministériels ou obtenus d'autres fonctionnaires.

[31] Le 13 mai 2010, les défendeurs ont déposé une requête visant l'obtention d'une ordonnance de confidentialité portant sur le contenu d'un affidavit déposé par le procureur général au greffe public de la Cour. En conséquence, la Cour a ordonné qu'il soit interdit au public de consulter les copies des documents annexés à l'affidavit de Pamela Dawson tant qu'une décision ne serait pas rendue. Après avoir examiné les observations écrites des parties, la Cour a ajourné la requête *sine die* sous réserve du droit du requérant de la soumettre de nouveau à la Cour avec preuve du préjudice que la divulgation de ces renseignements causerait (*Canada (Procureur général) c. Almalki*, 2010 CF 733).

[32] Dans les observations qu'ils ont formulées devant la Cour au sujet de l'établissement de l'échéancier des étapes ultérieures de l'instance, les défendeurs ont proposé à la Cour de présenter des observations écrites confidentielles et *ex parte* au sujet de la teneur d'un document en leur possession que le demandeur soutenait avoir divulgué par inadvertance. Le demandeur s'est opposé à cette demande au motif que formuler de telles observations constituerait en soi une autre divulgation des renseignements que le demandeur cherche à protéger, et ce, avant que la Cour ne se prononce sur la question. Dans une ordonnance datée du 21 mai 2010

regarding the application of the section 38 tests to this document without referring to its content.

[33] The respondents conducted cross-examinations of the applicant's public deponents in May and June which *amici* attended as observers.

[34] The Court received public closing written submissions from counsel for the parties and private written submissions from counsel for the Attorney General and *amici curiae*. A public hearing was conducted on June 23, 2010, to receive the parties' closing oral submissions. To assist the Court, the respondents provided an annotated list of the documents under review. Final *in camera* submissions were received from counsel for the Attorney General and *amici curiae* on June 24. In response to questions and requests from the Court during that hearing, counsel for the Attorney General and *amici* submitted additional written representations and information to the Court through the month of July.

[35] In the course of these proceedings, the Attorney General has revised his position and determined that certain information that had been redacted in the documents filed in the Court would not cause an injury to the protected national interests if disclosed. Revised versions of those documents with redactions removed or "lifted" were produced to the respondents and filed with the Court. Further information in 92 documents was authorized to be disclosed by the Attorney General.

[36] Prior to making closing oral submissions, *amici* provided the Court and counsel for the Attorney General with detailed written comments on the information which the Attorney General sought to protect. With respect to certain redactions, *amici* challenged the Attorney General's claims that injury would result from disclosure of the information or argued that, if the Court was satisfied that injury would be caused, the information should be disclosed in the public interest. In other

j'ai, sans trancher la question, déclaré que les défendeurs pouvaient présenter des observations au sujet de l'application des critères de l'article 38 au document en question sans en mentionner la teneur.

[33] Les défendeurs ont contre-interrogé les auteurs des affidavits publics du demandeur en mai et en juin et les intervenants désintéressés ont assisté à ces contre-interrogatoires à titre d'observateurs.

[34] La Cour a reçu les observations finales écrites publiques des avocats des parties ainsi que les observations écrites privées des avocats du procureur général et des intervenants désintéressés. Une audience publique a eu lieu le 23 juin 2010 pour recevoir les observations orales finales des parties. Pour aider la Cour, les défendeurs ont fourni une liste annotée des documents en cause. La Cour a reçu le 24 juin les observations finales à huis clos des avocats du procureur général et des intervenants désintéressés. En réponse aux questions et aux demandes formulées par la Cour à l'audience, les avocats du procureur général et les intervenants désintéressés ont soumis à la Cour des observations écrites et des renseignements complémentaires au cours du mois de juillet.

[35] Au cours de la présente instance, le procureur général est revenu sur sa position et a estimé que certains des renseignements qui avaient été expurgés des documents déposés devant la Cour ne porteraient pas préjudice aux intérêts nationaux protégés s'ils étaient divulgués. Des versions révisées, où certains passages caviardés sont réintégrés, ont été communiquées aux défendeurs et ont été déposées devant la Cour. Le procureur général a par ailleurs autorisé la divulgation de renseignements complémentaires dans 92 documents.

[36] Avant de formuler leurs observations orales finales, les intervenants désintéressés ont soumis à la Cour et aux avocats du procureur général des observations écrites détaillées au sujet des renseignements que le procureur général cherchait à protéger. Au sujet de certains passages expurgés, les intervenants désintéressés ont contesté la prétention du procureur général suivant laquelle la divulgation de ces renseignements causerait un préjudice ou ils ont fait valoir que, si la

cases, *amici* proposed alternative forms of disclosure in the form of summaries to provide the gist of the redacted information to the respondents.

[37] Counsel for the Attorney General provided the Court with a series of tables in which they identified the redactions the applicant agreed to and those which the applicant sought to maintain. In a number of instances, they agreed with the summaries proposed by *amici*. In others, they either maintained the applicant's position that the risk of injury was contrary to the public interest or proposed alternative language for disclosure of the information in a summary form. Revised versions of these tables were provided to the Court following the closing *in camera* hearing in response to *amici*'s submissions and the Court's questions.

[38] In the course of the *in camera* proceedings, the Court was informed that the Royal Canadian Mounted Police (the RCMP) had sent requests for permission to disclose information that originated with intelligence and law enforcement agencies in all of the relevant foreign countries. In several countries, more than one agency was contacted. On October 13, 2010, the Court was informed that, as of that date, more than half of the agencies had responded and none of them agreed to the disclosure of their information.

LEGAL FRAMEWORK

[39] As the Supreme Court of Canada has observed, the principle that court proceedings are open is fundamental to our system of justice and closely linked to the core values protected by paragraph 2(b) of the Charter. Those values are not, however, absolute and must yield on occasion where there are other important interests to protect, such as informant privilege, or to protect the right of an individual to a fair hearing:

Cour était convaincue qu'un préjudice serait causé, les renseignements devraient être divulgués dans l'intérêt public. Dans d'autres cas, les intervenants désintéressés ont proposé d'autres modes de divulgation, en l'occurrence sous forme de résumés permettant aux défendeurs d'être mis au courant de l'essentiel des renseignements.

[37] Les avocats du procureur général ont soumis à la Cour une série de tableaux dans lesquels ils ont identifié les passages expurgés que le demandeur avait acceptés et ceux qu'il souhaitait conserver. Dans plusieurs cas, ils ont accepté les résumés proposés par les intervenants désintéressés. Dans d'autres, ils ont soit maintenu la position du demandeur suivant laquelle le risque de préjudice allait à l'encontre de l'intérêt public, soit proposé un autre mode de divulgation des renseignements sous forme de résumé. Des versions révisées de ces tableaux ont été fournies à la Cour à la suite de la clôture de l'audience à huis clos en réponse aux observations des intervenants désintéressés et des questions de la Cour.

[38] Au cours de l'audience à huis clos, la Cour a appris que la Gendarmerie Royale du Canada (la GRC) avait envoyé des demandes de permission de divulguer des renseignements qui provenaient d'organismes de services de renseignement et d'organismes chargés du maintien de l'ordre dans tous les pays étrangers concernés. Dans plusieurs pays, plus d'un organisme a été contacté. Le 13 octobre 2010, la Cour a appris qu'à cette date, plus de la moitié des organismes avaient répondu et qu'aucun d'entre eux n'avait accepté de divulguer ses renseignements.

CADRE LÉGAL

[39] Ainsi que la Cour suprême du Canada l'a fait observer, la publicité des débats judiciaires est un principe fondamental de notre système de justice et ce principe est inextricablement lié aux valeurs fondamentales consacrées à l'alinéa 2b) de la Charte. Ces valeurs ne sont toutefois pas absolues et elles doivent à l'occasion céder le pas devant d'autres intérêts importants à protéger, tels que le privilège relatif aux

Named Person v. Vancouver Sun, 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253; *Charkaoui (Re)*, 2008 FC 61, [2009] 1 F.C.R. 507. The open court principle is also subject to limitation where disclosure would subvert the ends of justice or unduly impair its proper administration: *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario*, 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188, at paragraph 4.

[40] The limitations on the disclosure of information set out in section 38 of the Act are on their face inconsistent with the open court principle: *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2004 FC 1052, 122 C.R.R. (2d) 359, at paragraph 44. In any case in which information is sought by the parties in support of their position in litigation, application of the section 38 restrictions can only be justified if necessary to protect the identified national interests of security, defence and international relations.

[41] The disclosure obligations of the Federal Crown in a civil action are expressly made subject to section 38: *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50, sections 27 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 31], 34 [as am. *idem*, s. 32; 2006, c. 11, s. 18]; *Crown Liability and Proceedings (Provincial Court) Regulations*, SOR/91-604, sections 2, 7, 8. The following provisions of sections 38 [“potentially injurious information” (as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43), “sensitive information” (as enacted *idem*)], 38.01, 38.02 [as enacted *idem*, ss. 43, 141], 38.04 and 38.06 [as enacted *idem*, s. 43] of the Act are of particular relevance to the present application:

Definitions

38. ...

“potentially injurious information”
« renseignements potentiellement préjudiciables »

“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.

...

indicateurs de police ou le droit à un procès équitable (*Personne désignée c. Vancouver Sun*, 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253; *Charkaoui (Re)*, 2008 CF 61, [2009] 1 R.C.F. 507). Il existe également une restriction au principe de la publicité des débats judiciaires lorsque la divulgation serait préjudiciable aux fins de la justice ou nuirait indûment à la bonne administration de la justice (*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Ontario*, 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188, au paragraphe 4).

[40] Les restrictions à la divulgation des renseignements que prévoit l’article 38 de la Loi sont à première vue incompatibles avec le principe de la publicité des débats (*Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1052, au paragraphe 44). Chaque fois que des parties réclament des renseignements pour étayer la thèse qu’elles défendent dans un procès, l’application des restrictions de l’article 38 ne peut se justifier que si elle est nécessaire pour protéger des intérêts nationaux précis ayant trait aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

[41] Les obligations de divulgation imposées à la Couronne fédérale dans une action civile sont expressément assujetties à l’article 38 (*Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50, articles 27 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 31] et 34 [mod., *idem*, art. 32; 2006, ch. 11, art. 18]; *Règlement sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif (tribunaux provinciaux)*, DORS/91-604, articles 2, 7 et 8). Les dispositions suivantes des articles 38 [« renseignements potentiellement préjudiciables » (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), « renseignements sensibles » (édicte, *idem*)], 38.01, 38.02 [édicte, *idem*, art. 43, 141], 38.04 et 38.06 [édicte, *idem*, art. 43] de la Loi présentent un intérêt particulier pour la présente demande :

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.

Définitions

« renseignements potentiellement préjudiciables »
“potentially injurious information”

“sensitive information” « renseignements sensibles »	“sensitive information” means information relating to international relations or national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada, whether originating from inside or outside Canada, and is of a type that the Government of Canada is taking measures to safeguard.	« renseignements sensibles » Les renseignements, en provenance du Canada ou de l'étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l'égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.	« renseignements sensibles » “sensitive information”
Notice to Attorney General of Canada	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. ...	38.01 (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. [...]	Avis au procureur général du Canada
Disclosure prohibited	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); ...	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); [...]	Interdiction de divulgation
Application to Federal Court — Attorney General of Canada	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).	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).	Demande à la Cour fédérale : procureur général du Canada
Application to Federal Court — general	(2) If, with respect to information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4), the Attorney General of Canada does not provide notice of a decision in accordance with subsection 38.03(3) or, other than by an agreement under section 38.031, authorizes the disclosure of only part of the information or disclosure subject to any conditions, (a) the Attorney General of Canada shall apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information if a person who gave notice under subsection 38.01(1) or (2) is a witness;	(2) Si, en ce qui concerne des renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), le procureur général du Canada n'a pas notifié sa décision à l'auteur de l'avis en conformité avec le paragraphe 38.03(3) ou, sauf par un accord conclu au titre de l'article 38.031, il a autorisé la divulgation d'une partie des renseignements ou a assorti de conditions son autorisation de divulgation : a) il est tenu de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements si la personne qui l'a avisé au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2) est un témoin;	Demande à la Cour fédérale : dispositions générales

	(b) a person, other than a witness, who is required to disclose information in connection with a proceeding shall apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information; and	(b) la personne — à l'exclusion d'un témoin — qui a l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance est tenue de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements;	
	(c) a person who is not required to disclose information in connection with a proceeding but who wishes to disclose it or to cause its disclosure may apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information.	(c) la personne qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais qui veut en divulguer ou en faire divulguer, peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements.	
Notice to Attorney General of Canada	(3) A person who applies to the Federal Court under paragraph (2)(b) or (c) shall provide notice of the application to the Attorney General of Canada.	(3) La personne qui présente une demande à la Cour fédérale au titre des alinéas (2)b) ou c) en notifie le procureur général du Canada.	Notification du procureur général
Court records	(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.	(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.	Dossier du tribunal
Procedure	(5) As soon as the Federal Court is seized of an application under this section, the judge	(5) Dès que la Cour fédérale est saisie d'une demande présentée au titre du présent article, le juge :	Procédure
	(a) shall hear the representations of the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the <i>National Defence Act</i> , 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;	(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 <i>Loi sur la défense nationale</i> — 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) shall decide whether it is necessary to hold any hearing of the matter;	(b) décide s'il est nécessaire de tenir une audience;	
	(c) if he or she decides that a hearing should be held, shall	(c) s'il estime qu'une audience est nécessaire :	
	(i) determine who should be given notice of the hearing,	(i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées,	
	(ii) order the Attorney General of Canada to notify those persons, and	(ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser,	

	(iii) determine the content and form of the notice; and	(iii) détermine le contenu et les modalités de l'avis;	
	(d) if he or she considers it appropriate in the circumstances, may give any person the opportunity to make representations.	d) s'il l'estime indiqué en l'espèce, peut donner à quiconque la possibilité de présenter des observations.	
	...	[...]	
Termination of Court consideration, hearing, review or appeal	(7) Subject to subsection (6), after the Federal Court is seized of an application made under this section or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3), before the appeal or review is disposed of, if the Attorney General of Canada authorizes the disclosure of all or part of the information or withdraws conditions to which the disclosure is subject, the Court's consideration of the application or any hearing, appeal or review shall be terminated in relation to that information, to the extent of the authorization or the withdrawal.	(7) Sous réserve du paragraphe (6), si le procureur général du Canada autorise la divulgation de tout ou partie des renseignements ou supprime les conditions dont la divulgation est assortie après la saisine de la Cour fédérale aux termes du présent article et, en cas d'appel ou d'examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3), avant qu'il en soit disposé, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen à l'égard de tels des renseignements dont la divulgation est autorisée ou n'est plus assortie de conditions.	Fin de l'examen judiciaire
	...	[...]	
Disclosure order	38.06 (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information.	38.06 (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.	Ordonnance de divulgation
Disclosure order	(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.	(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.	Divulgation modifiée
Order confirming prohibition	(3) If the judge does not authorize disclosure under subsection (1) or (2), the judge shall, by order, confirm the prohibition of disclosure.	(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.	Confirmation de l'interdiction

Evidence	(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.	(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.	Preuve
Introduction into 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).	(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).	Admissibilité en preuve
Relevant factors	(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.	(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.	Facteurs pertinents

[42] In assessing whether to make an order pursuant to section 38.06 of the Act, the Court must engage in a three-step process as held in *Ribic v. Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 10, 250 F.T.R. 161, aff'd 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33 (*Ribic*). In considering the information at issue, the Court must determine: (1) its relevance to the underlying proceeding; (2) whether its disclosure would be injurious to national security, international relations or national defence; and (3) whether the public interest in disclosure is outweighed by the public interest in non-disclosure.

[43] *Ribic* has been applied in a number of decisions of this Court: *Canada (Attorney General) v. Khawaja*, 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547 (*Khawaja*), rev'd in part 2007 FCA 342, 228 C.C.C. (3d) 1; *Arar*, above; *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 807, 59 C.P.R. (6th) 284 (*Khadr* June 2008); *Khadr v. Canada (Attorney General)*, 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80 (*Khadr* April 2008).

[42] Pour se prononcer sur l'opportunité de rendre l'ordonnance prévue à l'article 38.06 de la Loi, la Cour doit se livrer à une analyse en trois étapes, ainsi qu'il est expliqué dans la décision *Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 10, confirmée par 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33 (l'arrêt *Ribic*). Pour examiner les renseignements en litige, la Cour doit déterminer : 1) leur pertinence par rapport à l'instance principale; 2) si leur divulgation porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales; 3) si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation.

[43] L'arrêt *Ribic* a été appliqué dans plusieurs décisions de notre Cour : *Canada (Procureur général) c. Khawaja*, 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547 (la décision *Khawaja*), inf. en partie par 2007 CAF 342; décision *Arar*, précitée; *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 807 (la décision *Khadr* de juin 2008); *Khadr c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 549 (la décision *Khadr* d'avril 2008).

ISSUES

[44] A threshold issue to be addressed is whether this Court should defer its review of the documents and the privilege claims in issue to the Ontario Superior Court of Justice.

[45] Barring a decision to defer to the Superior Court of Justice, the question before me is whether the statutory bar to disclosure of the information as set out in paragraph 38.02(1)(a) should be confirmed as provided for in subsection 38.06(3) of the Act. Specific issues to be determined are as follows:

- (1) How is the *Ribic* test to be applied to the information in question?
- (2) What, if any, effect should the disclosure of document 171 have on the claim for protection of its redacted content?

DISCUSSION

Should this Court defer to the Ontario Superior Court of Justice?

[46] This issue arises because the respondents wish to have the issues related to the disclosure of information for which claims of privilege are made by the applicant on the grounds of injury to national security, national defence and international relations determined by the court that will hear and decide their actions against the federal government. The respondents do not dispute that section 38 confers jurisdiction on this Court to determine privilege claims under these three heads of public interest. They maintain that, generally, civil proceedings before the provincial superior courts are governed by the common law and the respective Evidence Acts of the provinces and contend that Parliament could not constitutionally divest the provincial superior courts of that jurisdiction through the enactment of the relevant provisions of the *Canada Evidence Act*. They submit that this jurisdiction is part of the

QUESTIONS EN LITIGE

[44] Une question préliminaire à laquelle il faut répondre est celle de savoir si notre Cour doit s'en remettre à la Cour supérieure de justice de l'Ontario en ce qui concerne l'examen des documents et des privilèges revendiqués en cause.

[45] Sauf s'il est décidé de s'en remettre à la Cour supérieure de justice, la question qui m'est soumise est celle de savoir si l'interdiction légale de divulgation de renseignements qui est prévue à l'alinéa 38.02(1)a) devrait être confirmée conformément au paragraphe 38.06(3) de la Loi. Voici les questions précises auxquelles il faut répondre :

- 1) Comment doit-on appliquer le critère de l'arrêt *Ribic* aux renseignements en cause?
- 2) Quelles conséquences, s'il en est, la divulgation du document 171 aurait-elle sur la demande de protection de ses passages expurgés?

ANALYSE

Notre Cour devrait-elle s'en remettre à la Cour supérieure de justice de l'Ontario?

[46] Cette question est soulevée parce que les défendeurs souhaitent que la cour qui jugera et tranchera leur action contre le gouvernement fédéral se prononce sur les questions relatives à la divulgation des renseignements qui font l'objet d'une revendication de privilège de la part du demandeur pour des raisons de préjudice aux relations internationales et à la sécurité ou à la défense nationales. Les défendeurs ne contestent pas que l'article 38 confère à notre Cour la compétence pour se prononcer sur les revendications de privilège se rapportant aux trois motifs d'intérêt public en cause. Ils maintiennent qu'en règle générale, les instances civiles se déroulant devant les cours supérieures provinciales sont régies par la common law et par la loi sur la preuve de la province en cause et ils soutiennent que le législateur fédéral ne pouvait constitutionnellement dépouiller les cours supérieures provinciales de cette compétence

irreducible core that is reserved to provincial superior courts by section 96 of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1], reprinted in R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5.

[47] The respondents maintain, therefore, that this Court should defer any review of information subject to discovery proceedings in the Superior Court of Justice to that Court, if it is found on the appeal and cross-appeal from Mr. Justice Perell's decision to have inherent and constitutionally protected jurisdiction to conduct a review of the national security, national defence and international relations privilege claims at all stages of the civil litigation process.

[48] The respondents do not question that this Court has statutory jurisdiction under section 38 to conduct the review, but submit that Mr. Justice Perell's decision confirms the jurisdiction of the Superior Court to conduct its own review of the privilege claims, at least at trial. They take issue with his conclusion that practical considerations militate in favour of not exercising jurisdiction at the interlocutory stage of the proceedings, one of the issues under appeal. The respondents submit that the "practical considerations" argument does not answer the principled reasons which support privilege review in the trial courts as set out in the report of the Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182 [*Air India Flight 1982: A Canadian Tragedy*] (the Major Inquiry): Vol. III, at pages 156 to 165.

[49] I agree with the applicant that the respondents' preference to have the section 38 issues adjudicated by the court that will try the merits of their claims

en édictant les dispositions applicables de la *Loi sur la preuve au Canada*. Ils font valoir que cette compétence fait partie de ce noyau irréductible de pouvoirs qui sont conférés en exclusivité aux cours supérieures provinciales par l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1], reproduite dans L.R.C. (1985), appendice II, n° 5.

[47] Les défendeurs maintiennent donc que notre Cour devrait s'en remettre à la Cour supérieure de justice en ce qui concerne tout examen des renseignements visés par le processus d'enquête préalable dans l'instance introduite devant la Cour supérieure de justice s'il est jugé, à la suite de l'appel et de l'appel incident formés à l'encontre de la décision du juge Perell, que cette juridiction possède la compétence inhérente ainsi qu'une compétence protégée par la Constitution pour procéder à l'examen des revendications de privilège fondées sur les relations internationales et la sécurité ou la défense nationales à toutes les étapes du procès civil.

[48] Les défendeurs ne contestent pas que notre Cour a compétence, en vertu de l'article 38 de la Loi, pour procéder à un tel examen, mais ils soutiennent que la décision du juge Perell confirme la compétence de la Cour supérieure pour procéder à son propre examen des revendications de privilège, du moins au procès. Ils contestent la conclusion que des considérations d'ordre pratique militent en faveur de ne pas exercer de compétence à l'étape interlocutoire de l'instance, ce qui constitue l'une des questions visées par l'appel. Les défendeurs soutiennent que l'argument tiré des « considérations d'ordre pratique » ne répond pas aux raisons de principe qui justifient l'examen des privilèges par les tribunaux de première instance qui sont énumérées dans le rapport de la Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India [*Vol 182 d'Air India : Une tragédie canadienne*] (l'enquête Major), vol. III, aux pages 176 à 185.

[49] Je suis d'accord avec le demandeur pour dire que le fait que les défendeurs préfèrent que les questions visées à l'article 38 soient jugées par le tribunal qui

against the federal government is legally irrelevant in the present proceedings, given Parliament's deliberate choice to assign that jurisdiction exclusively to this Court and absent a binding decision that the legislation is constitutionally invalid. The question of the constitutionality of that choice is not before me.

[50] The issue is currently before the Supreme Court of Canada, at least in respect of criminal proceedings, in an appeal from the decision of the Ontario Superior Court of Justice in *R. v. Ahmad*, 2009 CanLII 84788, 257 C.C.C. (3d) 155 (*Ahmad*). Should the Supreme Court uphold the *Ahmad* decision or the Ontario Court of Appeal support the respondents' position on the appeal of *Abou-Elmaati*, above, questions of jurisdiction or judicial comity will likely arise. But as either event has not occurred, I do not consider it necessary to address the question of deferral to the Superior Court of Justice, at this time.

[51] I think it appropriate to state, however, that I also agree with the applicant that the assignment of the responsibility to adjudicate section 38 issues to the Federal Court was an important element of Parliament's decision to implement the recommendations of the McDonald Commission regarding the adjudication of public privilege issues in relation to national security: Canada, Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (Chairman, Mr. Justice D.C. McDonald), *First Report: Security and Information*, October 9, 1979. The physical security of such information was one of the reasons Parliament chose to centralize adjudication of the disclosure of potentially injurious information in the Federal Court. Concerns about expertise, uniformity, and security of information continue to underlie section 38's grant of exclusive jurisdiction to the Federal Court.

statuera sur le fond de leurs prétentions contre le gouvernement fédéral n'a aucune pertinence sur le plan juridique en l'espèce, compte tenu du choix délibéré du législateur fédéral d'attribuer cette compétence exclusivement à notre Cour et du fait qu'il n'existe aucune décision faisant jurisprudence dans laquelle cette loi a été jugée inconstitutionnelle. La question de la constitutionnalité de ce choix ne m'a pas été soumise.

[50] La question est présentement soumise à la Cour suprême du Canada, du moins en ce qui concerne un procès criminel, dans le cadre d'un pourvoi formé à l'encontre de la décision de la Cour supérieure de justice de l'Ontario *R. v. Ahmad*, 2009 CanLII 84788, 257 C.C.C. (3d) 155 (la décision *Ahmad*). Si la Cour suprême devait confirmer la décision *Ahmad* ou si la Cour d'appel de l'Ontario devait confirmer la thèse défendue par les défendeurs dans l'appel interjeté dans l'affaire *Abou-Elmaati*, précitée, des questions de compétence ou de courtoisie judiciaire seraient probablement soulevées. Mais comme aucune de ces éventualités ne s'est encore produite, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'aborder pour le moment la question de savoir si nous devons nous en remettre à la Cour supérieure de justice.

[51] J'estime qu'il y a toutefois lieu de préciser que je suis également d'accord avec le demandeur pour dire que la décision de confier à la Cour fédérale le soin de trancher les questions relatives à l'article 38 constituait un aspect important de la décision du législateur fédéral de donner suite aux recommandations de la Commission McDonald au sujet des décisions portant sur les questions de privilège d'intérêt public ressortissant à la sécurité nationale (Canada, Commission d'enquête concernant certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (sous la présidence du juge D.C. McDonald), *Premier rapport : Sécurité et information*, 9 octobre 1979). La sécurité matérielle de ces renseignements constituait l'une des raisons pour lesquelles le législateur fédéral a choisi de centraliser les décisions portant sur la divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables en les confiant à la Cour fédérale. Des préoccupations portant sur l'expertise, l'uniformité et la sécurité des renseignements continuent à sous-tendre l'octroi, à l'article 38, d'une compétence exclusive en la matière à la Cour fédérale.

[52] The parties dispute whether the effect of the enactment of the McDonald Commission recommendations was to adopt a more liberal approach to disclosure of protected information than that which was available to litigants under the common law. The respondents cite *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, at page 647, for the proposition that the treatment of public interest privilege at common law had evolved to the point that the Courts recognized that a different balance may be struck between the competing interests, over time and on the facts: at times giving the interests in government secrecy “virtually absolute priority”, while at other times “a more even balance was struck.”

[53] The respondents are correct to say that the common law had evolved, notably with the 1968 decision of the House of Lords in *Conway v. Rimmer*, [1968] UKHL 2, [1968] A.C. 910, which introduced the concept of a balancing between the interests of the public in ensuring the proper administration of justice and the public interest in the withholding of documents whose disclosure would be contrary to the national interest.

[54] In the United Kingdom, the courts have continued to wrestle with the difficult question of where to find the balance without the benefit of statutory guidance: *Al Rawi & Ors v. Security Service & Ors*, [2010] EWCA Civ 482, [2010] 3 W.L.R. 1069, at paragraphs 23–26 (*Al Rawi*); *Al-Sweady & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Defence*, [2009] EWHC 1687 (Admin) (*Al-Sweady*); *R (on the application of Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2010] EWCA Civ 65, [2010] 4 All E.R. 91 (*Mohamed*). Australia has adopted a comprehensive statutory scheme for handling national security information, similar to that in the *Canada Evidence Act: the National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004* (Cth.).

[52] Les parties ne s’entendent pas sur la question de savoir si la mise en œuvre des recommandations de la Commission McDonald s’est traduite par une approche plus libérale en matière de divulgation des renseignements protégés que celle dont disposaient les plaideurs en common law. Les défendeurs citent l’arrêt *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, à la page 647, à l’appui de l’argument que le traitement du secret d’intérêt public en common law a évolué au point où les tribunaux en sont venus à reconnaître que l’équilibre recherché entre les intérêts opposés a changé sensiblement au fil des ans et au gré des faits de chaque espèce. À certains moments, l’intérêt qu’a le public à ce que le secret des délibérations du gouvernement soit gardé a reçu « une priorité presque absolue », tandis qu’à d’autres époques, « on s’est rapproché davantage de l’équilibre ».

[53] Les défendeurs ont raison de dire que la common law a évolué, notamment à la suite de l’arrêt rendu en 1968 par la Chambre des lords dans l’affaire *Conway v. Rimmer*, [1968] UKHL 2, [1968] A.C. 910, qui a introduit le concept de la mise en balance des intérêts du public à assurer la bonne administration de la justice et de l’intérêt du public à refuser la communication de documents dont la divulgation irait à l’encontre de l’intérêt national.

[54] Au Royaume-Uni, les tribunaux ont continué à se pencher sur l’épineuse question de la recherche d’un équilibre sans pouvoir compter sur les indications du législateur (*Al Rawi & Ors v. Security Service & Ors*, [2010] EWCA Civ 482, [2010] 3 W.L.R. 1069, aux paragraphes 23 à 26 (la décision *Al Rawi*); *Al-Sweady & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Defence*, [2009] EWHC 1687 (Admin) (la décision *Al-Sweady*); *R (on the application of Mohamed) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2010] EWCA Civ 65, [2010] 4 All E.R. 91 (la décision *Mohamed*)). L’Australie a adopté un régime législatif complet pour traiter de la question des renseignements ayant trait à la sécurité nationale (*National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004* (Cth.)). Ce régime est semblable à celui que l’on trouve dans la *Loi sur la preuve au Canada*.

[55] The United States has adopted comparable legislation in the *Classified Information Procedures Act*, 18 U.S.C. App. III, §§ 1–16 (1980), for criminal proceedings. In applying the state secrets privilege in civil matters, however, U.S. courts grant exceptional deference to the executive’s injury assessment even to the extent of barring actions at the pleadings stage: see for example, *Arar v. Ashcroft*, 585 F.3d 559 (2nd Cir. 2009), *certiorari* denied 130 S. Ct. 3409 (2010); *Mohamed v. Jeppesen Dataplan Inc.*, 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010).

[56] It is clear from the Canadian jurisprudence that at common law “virtually absolute priority” was given to claims of national security, national defence and international relations privilege as opposed to other public interests. The issue before the Supreme Court in *Carey* was a claim to protect provincial Cabinet documents relating to investments in a tourist lodge. National security, international relations and national defence considerations did not arise. At page 671 of his reasons for the Court, Justice La Forest stressed that such matters were entirely different and may well justify the withholding of the information even without inspection. He went on to say:

For on such issues, it is often unwise even for members of the judiciary to be aware of their contents, and the period in which they should remain secret may be very long.

[57] This statement reflects the approach taken by the courts to national security claims prior to the enactment of the predecessor to section 38. Certificates asserting such claims were treated as conclusive. Judges were reluctant to look behind them. The enactment of section 36.2 in 1982 was a substantial departure from the common law approach: S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, Sch. III [of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10]; *Goguen v. Gibson*, [1983] 2 F.C. 463 (C.A.), at page 479; *Kevork v. The Queen*, [1984] 2 F.C. 753 (T.D.), at pages 762–763; *Henrie v. Canada (Security*

[55] Les États-Unis ont adopté une loi comparable : la *Classified Information Procedures Act*, 18 U.S.C. App. III, §§ 1 à 16 (1980), qui porte sur les instances criminelles. Pour appliquer aux affaires civiles les principes relatifs aux secrets d’intérêt public, les tribunaux américains font toutefois preuve d’une retenue exceptionnelle envers l’appréciation que le pouvoir exécutif fait du préjudice, au point même de déclarer irrecevables les actions à l’étape des plaidoiries (voir, par exemple, *Arar v. Ashcroft*, 585 F.3d 559 (2nd Cir. 2009), bref de *certiorari* refusé 130 S. Ct. 3409 (2010); *Mohamed v. Jeppesen Dataplan Inc.*, 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010)).

[56] La jurisprudence canadienne démontre clairement qu’en common law « une priorité presque absolue » a été accordée aux revendications fondées sur les relations internationales et la sécurité ou la défense nationales par opposition aux autres intérêts publics. La question soumise à la Cour suprême dans l’affaire *Carey* portait sur une demande de protection de documents du Cabinet d’une province relativement à des investissements faits dans un centre de villégiature. Aucune considération quant à la sécurité nationale, aux relations internationales ou à la défense nationale n’était soulevée. À la page 671 des motifs qu’il a rédigés au nom de la Cour, le juge La Forest souligne que ces questions étaient très différentes et qu’elles pourraient fort bien justifier le tribunal de refuser la communication de ces documents même sans procéder à une inspection. Il poursuit en écrivant ce qui suit :

En effet, dans le cas de documents relevant de ces domaines, il vaut souvent mieux que même les juges ne soient pas au courant de leur contenu, et la période pendant laquelle ils devraient rester secrets peut alors être très longue.

[57] Ces propos traduisent la démarche que suivaient les tribunaux en ce qui concerne les revendications fondées sur la sécurité nationale avant l’édiction du prédécesseur de l’article 38. Les certificats dans lesquels ces privilèges étaient revendiqués étaient considérés comme déterminants. Les juges hésitaient à aller au-delà de ces certificats. L’édiction de l’article 36.2 en 1982 constitue un écart marqué par rapport à l’approche de la common law (S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, art. 4, ann. III [de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10]); *Goguen c. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463 (C.A.),

Intelligence Review Committee), [1989] 2 F.C. 229 (T.D.), at pages 234–235 (*Henrie*).

[58] The amendments enacted by Parliament in 2001 (*Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41) and the subsequent jurisprudence of the Federal Court reflect a continuing evolution of the section 38 process towards greater disclosure of sensitive information under judicial supervision. The Court now closely examines the content of the information which the Attorney General seeks to protect, unlike in the past, and makes an independent and impartial assessment of the claims. The legislation explicitly provides for a balancing of the public interests involved and, even where injury has been established, authorizes release of the information or a suitable alternative where the judge finds that the public interest in disclosure outweighs the interests in security, defence or international relations.

[59] Turning to the application of the three steps of the *Ribic* test to the information at issue in these proceedings, the starting point is the question of relevance.

Should the statutory bar to disclosure of the information be confirmed?

1. *Is the information at issue relevant to the underlying actions?*

[60] The threshold for determining relevance is low. The Court must consider the relevance of the information at issue to the underlying proceeding. Where the underlying matter is a criminal case or a proceeding analogous to a criminal case in which the liberty of the subject is at risk, such as an extradition request, and subject to any applicable legislation, the Court should apply the standard for disclosure of evidence set out by the Supreme Court of Canada in *R. v. Stinchcombe*,

à la page 479; *Kevork c. La Reine*, [1984] 2 C.F. 753 (1^{re} inst.), aux pages 702 et 703; *Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité)*, [1989] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.), aux pages 234 et 235 (la décision *Henrie*)).

[58] Les modifications adoptées par le législateur fédéral en 2001 (*Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41) et la jurisprudence ultérieure de la Cour fédérale traduisent l'évolution constante de l'article 38 vers une tendance à une plus grande divulgation, sous supervision judiciaire, des renseignements sensibles. À la différence de ce qui se faisait auparavant, la Cour examine maintenant attentivement la teneur des renseignements que le procureur général cherche à protéger, et elle procède à une appréciation indépendante et impartiale des revendications. La loi prévoit expressément la mise en balance des intérêts publics en jeu et, même lorsque l'existence d'un préjudice a été établie, elle autorise la communication des renseignements ou une mesure de rechange acceptable lorsque le juge estime que l'intérêt qu'a le public en ce qui concerne la divulgation l'emporte sur les intérêts relatifs aux relations internationales ou à la sécurité ou à la défense nationales.

[59] Pour ce qui est de l'application des trois étapes du critère de l'arrêt *Ribic* aux renseignements en cause en l'espèce, le point de départ est la question de la pertinence.

L'interdiction de divulgation des renseignements prévue par la loi devrait-elle être confirmée?

1. *Les renseignements en question sont-ils pertinents par rapport aux actions principales?*

[60] Le critère préliminaire auquel on doit répondre pour déterminer la pertinence n'est pas exigeant. La Cour doit examiner la pertinence des renseignements en question par rapport à l'instance principale. Lorsque l'affaire principale est une instance criminelle ou une instance analogue à une instance criminelle dans laquelle la liberté de l'intéressé est en jeu, comme dans le cas d'une demande d'extradition, la Cour devrait, sous réserve des dispositions législatives applicables, appliquer

[1991] 3 S.C.R. 326: *Ribic*, above, at paragraph 17. That standard is that there is a reasonable possibility of the information being useful to the accused in making full answer and defence: *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at paragraph 30.

[61] As the underlying matters in this case are civil actions, I think it appropriate to apply the standard of relevance as it relates to the discovery process in civil litigation. In the Federal Court, information is relevant for discovery purposes if it may reasonably be useful to the party seeking production to advance its case or undermine that of the opposing party or may fairly lead to a “train of inquiry” that may have either of these two consequences: subsection 222(2) *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)]; *Apotex Inc. v. Canada*, 2005 FCA 217, 41 C.P.R. (4th) 97, at paragraphs 15–16. The *Apotex* approach to relevance has been applied in Ontario, under the former rules: see for example *Benatta v. Canada (Attorney General)*, 2009 CanLII 70999 (Ont. Sup. Ct.), at paragraph 20. This conception of relevance applies not only to information that is direct evidence supporting the respondents’ allegations but also to information that will permit inferences of fact to be drawn from the circumstances.

[62] Under the revised Ontario *Rules of Civil Procedure*, the test is whether the information is “relevant to any matter in issue in an action” (*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, subrules 30.02(1) [as am. by O. Reg. 438/08, s. 26], 31.06(1) [as am. *idem*, s. 30] (emphasis added)). The old rule used the phrase “related to any matter in issue in an action” (emphasis added). The new “relevance” test is more onerous than the “semblance of relevance test” applicable under the old rule: *Nobel v. York University Foundation*, 2010 ONSC 399 (CanLII), at paragraph 19).

la norme de divulgation de la preuve que la Cour suprême du Canada a définie dans l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 17. Cette norme est celle de savoir s’il existe une possibilité raisonnable que ces renseignements puissent aider l’accusé à présenter une défense pleine et entière (*R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, au paragraphe 30).

[61] Comme les instances principales en l’espèce sont des actions civiles, j’estime qu’il convient d’appliquer la norme de la pertinence étant donné qu’elle se rapporte à la communication de la preuve dans un litige civil. À la Cour fédérale, sont considérés comme pertinents à l’étape de l’enquête préalable les renseignements susceptibles de permettre à la partie qui en exige la communication soit de plaider sa propre cause soit de nuire à celle de son adversaire ou de la « lancer dans une enquête » qui pourrait entraîner l’une ou l’autre de ces conséquences (paragraphe 222(2) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)]); *Apotex Inc. c. Canada*, 2005 CAF 217, aux paragraphes 15 et 16). Le raisonnement suivi dans l’arrêt *Apotex* en ce qui concerne la pertinence a été appliqué en Ontario, dans les anciennes Règles (voir, par exemple, *Benatta v. Canada (Attorney General)*, 2009 CanLII 70999 (C.S. Ont.), au paragraphe 20). Cette conception de la pertinence vaut non seulement pour les renseignements qui constituent une preuve directe à l’appui des allégations des défendeurs, mais aussi dans le cas des renseignements qui permettent de tirer des inférences de fait à partir des circonstances de l’espèce.

[62] Sous le régime des *Règles de procédure civile* révisées de l’Ontario, le critère est celui de savoir si les renseignements sont « pertinent[s] à l’égard d’une question en litige dans une action » (*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, paragraphes 30.02(1) [mod. par Règl. de l’Ont. 438/08, art. 26] et 31.06(1) [mod., *idem*, art. 30] (non souligné dans l’original)). Dans l’ancienne version des Règles, on trouvait l’expression « qui a trait à une question en litige dans une action » (non souligné dans l’original). Le nouveau critère de la « pertinence » est plus exigeant que le [TRADUCTION] « semblant de critère de la pertinence » qui s’appliquait en vertu de l’ancienne disposition des

[63] In the context of this case, the respondents should also have the opportunity to refute any suggestions of wrongdoing that may be found in the redacted content of the impugned documents. I note that Justice Perell alluded to the possibility that the information being withheld is exculpatory of government misconduct: *Abou-Elmaati*, above, at paragraph 81. Thus information will also be relevant if it may be used by the government to support its defence of the actions.

[64] This is not to assume that such information will be admissible at trial if not disclosed to the respondents. The United Kingdom Court of Appeal recently dealt with that issue in *Al Rawi*, above. In the context of an action for damages similar to the underlying actions in this matter, the Court of Appeal held that the trial court could not order a closed hearing to allow the Crown to defend the claims using secret evidence that was not disclosed to the plaintiffs.

[65] Clearly irrelevant information is not subject to disclosure. This would include information, for example, concerning other persons or events where there are no links to the parties or events in question. In this case, the parties have submitted that the redacted information in the documents before the Court should be treated as presumptively relevant. For the most part, I had little difficulty with that proposition as I reviewed the documents. Some of the redacted information, such as administrative details, file and telephone numbers did not appear to be relevant in the absence of some showing of how the information could possibly assist the plaintiffs.

Règles (*Nobel v. York University Foundation*, 2010 ONSC 399 (CanLII), au paragraphe 19).

[63] Dans le contexte de la présente affaire, les défendeurs devraient également se voir offrir la possibilité de réfuter toute allusion à des actes répréhensibles que l'on peut trouver dans les passages expurgés des documents contestés. Je relève que le juge Perell a fait allusion à la possibilité que les renseignements dont la communication a été refusée disculpent le gouvernement des actes répréhensibles (décision *Abou-Elmaati*, précitée, au paragraphe 81). Ainsi, les renseignements seront également pertinents si le gouvernement peut s'en servir pour étayer sa défense dans le cadre des actions en justice intentées contre lui.

[64] Il ne faudrait pas présumer pour autant que ces renseignements seront admissibles au procès s'ils n'ont pas été divulgués aux défendeurs. La Cour d'appel du Royaume-Uni s'est récemment penchée sur la question dans l'affaire *Al Rawi*, précitée. S'agissant d'une action en dommages-intérêts semblables aux demandes principales en cause dans la présente affaire, la Cour d'appel a jugé que la juridiction de première instance ne pouvait ordonner le huis clos pour permettre à la Couronne de contester les demandes à l'aide d'éléments de preuve secrets qui n'avaient pas été divulgués aux demandeurs.

[65] Les renseignements qui sont nettement dénués de pertinence n'ont pas à être divulgués. Font partie de ces renseignements ceux, par exemple, qui concernent d'autres personnes ou d'autres faits et qui n'ont aucun lien avec les parties ou les faits en cause. Dans le cas qui nous occupe, les parties affirment que les renseignements expurgés des documents soumis à la Cour devraient être présumés pertinents. Dans l'ensemble, cette proposition ne m'a posé aucun problème lorsque j'ai examiné les documents. Certains des renseignements expurgés, tels que ceux concernant certains détails administratifs ou des numéros de dossier ou de téléphone, ne semblaient pas être pertinents à défaut de preuve établissant en quoi ils pouvaient être utiles aux demandeurs.

[66] Information that I considered to be highly relevant to the underlying proceedings included, for example, documents that relate to the early interest of CSIS in Mr. Elmaati and contain information that the Service shared with other agencies, both domestic and foreign. The language used by the Service in sharing this information was found by Commissioner Iacobucci to be deficient. The respondents characterize it as inflammatory, inaccurate and unsupported. Without expressing any views as to the merits of the dispute between the parties, it is clear that these documents relate to the core of Mr. Elmaati's case against the government.

[67] Upon finding that the information at issue is relevant to the underlying proceedings, the Court must turn to whether disclosure of the information would result in injury to the protected national interests.

2. Would injury to Canada's national security, national defence or international relations result from disclosure?

[68] The second step of the *Ribic* test is the determination of whether disclosure of the information at issue would be injurious to international relations, national defence or national security, the three grounds listed in section 38.06 of the Act.

[69] For this purpose the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge is reliable and appropriate ("digne de foi et utile") even if it would not otherwise be admissible under Canadian law: subsection 38.06(3.1) of the Act.

[70] The judge presiding over a section 38 review must give considerable weight to the Attorney General's submissions on the injury that would be caused by disclosure given the access that office has to special information and expertise. Mere assertions of injury are insufficient: *Khadr* April 2008, above, at para-

[66] Parmi les renseignements que j'ai tenus pour très pertinents relativement aux instances principales, il y a lieu de mentionner, par exemple, les documents qui concernent l'intérêt que le SCRS a manifesté dès le départ pour M. Elmaati et qui renferment des renseignements que le Service a partagés avec d'autres organismes, tant au Canada qu'à l'étranger. Le commissaire Iacobucci a estimé que les mots employés par le Service pour partager ces renseignements laissaient à désirer. Les défendeurs quant à eux les qualifient d'incendiaires, inexacts et dénués de fondement. Sans exprimer d'avis sur le fond du litige qui oppose les parties, j'estime qu'il est évident que ces documents se rapportent à l'essentiel de la preuve présentée par M. Elmaati contre le gouvernement.

[67] Ayant conclu que les renseignements en question sont pertinents relativement aux instances principales, la Cour doit se demander si la divulgation des renseignements porterait préjudice à des intérêts nationaux protégés.

2. La divulgation des renseignements porterait-elle préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales?

[68] La seconde étape du critère de l'arrêt *Ribic* porte sur la question de savoir si la divulgation des renseignements en question porterait préjudice aux relations internationales, ou à la défense nationale ou à la sécurité nationale, c'est-à-dire les trois motifs énumérés à l'article 38.06 de la Loi.

[69] À cette fin, le juge peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime digne de foi et approprié (« *reliable and appropriate* »), et ce, même si le droit canadien ne prévoit pas par ailleurs son admissibilité (paragraphe 38.06(3.1) de la Loi).

[70] Le juge qui préside un examen en vertu de l'article 38 doit accorder un poids considérable aux observations formulées par le procureur général au sujet du préjudice que causerait la divulgation, compte tenu de l'accès de ce bureau à une expertise et à des renseignements spéciaux. Il ne suffit pas d'affirmer qu'un

graphs 31–32. The judge must be satisfied that executive opinions as to potential injury have a factual basis which has been established by evidence: *Ribic*, above, at paragraph 18, citing *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47, [2002] All E.R. 122, at page 895. The burden of persuasion rests with the Attorney General and probable injury is assessed on a reasonableness standard: *Ribic*, at paragraph 19. While the authority to order disclosure is expressed in the statute in discretionary terms, the Federal Court of Appeal has held that an authorization to disclose will issue if no injury would result to the protected interests: *Ribic*, above, at paragraph 20; see also *Khadr* June 2008, above, at paragraph 52.

[71] The respondents argue that the Court should take into account that the information in question in these proceedings is dated. No charges have been laid or other action taken against them for almost a decade notwithstanding that the security agencies had resort to extraordinary investigative techniques with the cooperation of foreign agencies. This is a valid consideration. The need to protect information may lose its significance with the passage of time and changed circumstances: *Khadr* April 2008, above, at paragraph 84.

[72] The respondents assert that the international community requires a state to bear the onus of showing that the “information at issue poses a serious threat to a legitimate national security interest” in order to limit public access to government information. A national security interest will not be legitimate “unless its genuine purpose and demonstrable effect is to protect a country’s existence or its territorial integrity against the use or threat of force, or its capacity to respond to the use or threat of force”. In my view, this overstates the burden on the state to justify the restriction.

préjudice sera causé (décision *Khadr* d’avril 2008, précitée, aux paragraphes 31 et 32). Le juge doit être convaincu que les avis du pouvoir exécutif sur le préjudice éventuel reposent sur des faits établis par la preuve (arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 18, citant l’arrêt *Secretary of State for the Home Department v. Rehman*, [2001] UKHL 47, [2002] All E.R. 122, à la page 895). La charge de persuasion repose sur le procureur général et la probabilité du préjudice est appréciée selon la norme de la raisonabilité (arrêt *Ribic*, au paragraphe 19). Bien que le pouvoir d’ordonner la divulgation soit exprimé dans la loi sous forme de pouvoir discrétionnaire, la Cour d’appel fédérale a jugé que l’autorisation de divulgation sera donnée si la divulgation des renseignements ne causerait aucun préjudice aux intérêts protégés (arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 20; voir également la décision *Khadr* de juin 2008, précitée, au paragraphe 52).

[71] Les défendeurs affirment que la Cour devrait tenir compte du fait que les renseignements en question dans la présente instance remontent à un certain temps. Aucune accusation n’a été portée contre les défendeurs et aucune autre mesure n’a été prise contre eux depuis une dizaine d’années malgré le fait que des services de sécurité ont eu recours à des techniques d’enquête exceptionnelles avec la collaboration d’organismes étrangers. Il s’agit là d’une considération valable. La nécessité de protéger les renseignements peut perdre de son importance compte tenu du temps écoulé et de l’évolution de la situation (décision *Khadr* d’avril 2008, précitée, au paragraphe 84).

[72] Les défendeurs font valoir que la communauté internationale exige qu’il appartienne à l’État de démontrer que « l’information en question constitue une sérieuse menace à un intérêt légitime de sécurité nationale » pour qu’on puisse restreindre l’accès du public aux documents du gouvernement. Un intérêt de sécurité nationale n’est légitime que si « son véritable but et son effet démontrable [sont] de protéger l’existence d’un pays ou son intégrité territoriale contre l’usage ou la menace d’usage de la force ». À mon avis, on insiste trop sur l’obligation faite à l’État de justifier la restriction à la liberté d’information.

[73] The words quoted in the preceding paragraph are taken from a United Nations document, *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*, UN Doc. E/CN.4/1996/39, annex (the Johannesburg Principles). This statement of principle resulted from a 1996 meeting of legal experts convened by an anti-censorship organization at Johannesburg. The statement is frequently used as 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, but has no formal status in international or domestic law.

[74] This Court has positively cited Principle 2(b) of the Johannesburg Principles as support for the proposition that governments may not withhold information for oblique purposes: *Arar*, above, at paragraph 60. Principle 2(b) states that a restriction on freedom of expression or information cannot be justified if its only purpose 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. However, in citing this principle, the Court has not endorsed the narrow conception of legitimate national security interests set out in other portions of the statement.

[75] The experts' view of what constitutes a legitimate national security interest was expressly rejected by Justice Danièle Tremblay-Lamer in *Charkaoui (Re)*, 2009 FC 342, [2010] 3 F.C.R. 67, at paragraph 78. I agree with her comments that the Johannesburg definition is too restrictive and does not take into account other grounds for maintaining the confidentiality of information that have been found to be privileged under Canadian law.

[76] In interpreting the meaning of the phrase "danger to the security of Canada", Justice Arbour stated for the majority in *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at paragraphs 88–90 (*Suresh*), that the phrase must be

[73] Les mots cités au paragraphe qui précède sont tirés d'un document des Nations Unies intitulé *Les Principes de Johannesburg relatifs à la sécurité nationale, à la liberté d'expression et à l'accès à l'information*, Doc. NU E/CN.4/1996/39, annexe (les Principes de Johannesburg). Cette déclaration de principe faisait suite à une réunion de juristes qui avait été organisée à Johannesburg en 1996 par un organisme de lutte contre la censure. Cette déclaration est fréquemment utilisée pour interpréter l'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47, mais elle n'a pas de statut officiel en droit interne ou en droit international.

[74] Notre Cour a formellement cité le Principe 2b) des Principes de Johannesburg à l'appui de la proposition que les gouvernements ne peuvent refuser de divulguer des renseignements à des fins indirectes (décision *Arar*, précitée, au paragraphe 60). Le Principe 2b) dispose qu'une restriction à la liberté d'expression ou à l'accès à l'information n'est pas légitime si son seul but est de protéger des intérêts ne concernant pas la sécurité nationale, 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. Toutefois, en citant ce principe, la Cour n'a pas adhéré à la conception étroite des intérêts légitimes de sécurité nationale énoncée ailleurs dans la déclaration.

[75] L'avis des experts au sujet de ce qui constitue un intérêt légitime de sécurité nationale a été expressément écarté par la juge Danièle Tremblay-Lamer dans la décision *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 342, [2010] 3 R.C.F. 67, au paragraphe 78. J'abonde dans son sens lorsqu'elle affirme que la définition de la déclaration de Johannesburg est trop restrictive et qu'elle ne tient pas compte des autres raisons pouvant justifier la protection de la confidentialité de renseignements qui sont considérés comme privilégiés en droit canadien.

[76] Pour interpréter le sens de l'expression « danger pour la sécurité du Canada », la juge Arbour a déclaré, au nom de la majorité, dans l'arrêt *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, aux paragraphes 88 à 90

interpreted flexibly. To insist on direct proof of a specific threat to Canada as the test sets the bar too high. 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.

[77] Parliament's reference to both security and defence as national interests to be protected must be taken to mean that they are not synonymous. In *Arar*, above, at paragraph 62, Justice Noël cited the 7th edition of *Black's Law Dictionary* definition of "national defence" as including "[a]ll measures taken by a nation to protect itself against its enemies" including protection of the nation's collective ideals and values. The latter aspect of that definition may fall more accurately within the scope of the meaning of "national security" than national defence, but it captures the broad sense of the term.

[78] National security is a broad and inherently vague concept that defies precise definition. I have no doubt, however, that it includes a wider range of interests than territorial integrity or the capacity to respond to the use or threat of force. Among other things, in Canada it has been said to encompass "the preservation of a way of life acceptable to the Canadian people" and the protection of our values and key institutions: see the discussion in Craig Forcece, "Canada's National Security 'Complex': Assessing the Secrecy Rules" (2009), 15 *IRPP Choices* 1, at page 7; see also *Arar*, above, at paragraphs 63–68. Justice Noël concluded at paragraph 68 of *Arar* that 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. I agree with that conclusion.

[79] The third national interest to be considered is the risk of injury to Canada's international relations. Again,

(l'arrêt *Suresh*), que cette expression devait recevoir une interprétation souple. Exiger comme critère une preuve directe que la menace vise précisément le Canada fixerait la barre trop haut. La menace doit être grave, en ce sens qu'elle doit reposer sur des soupçons objectivement raisonnables et étayés par la preuve et que le danger appréhendé doit être sérieux, et non pas négligeable.

[77] On doit comprendre du fait que le législateur fédéral mentionne à la fois la sécurité et la défense en tant qu'intérêts nationaux à protéger que ces termes ne sont pas synonymes. Dans la décision *Arar*, précitée, au paragraphe 62, le juge Noël cite la définition de l'expression « *national defence* » (défense nationale) que l'on trouve dans la 7^e édition du *Black's Law Dictionary*, [TRADUCTION] « [t]ous les moyens pris par une nation pour se protéger contre ses ennemis », ce qui englobe la protection, par une nation, de son idéal collectif et de ses valeurs collectives. Ce dernier aspect de cette définition correspond davantage au sens de l'expression « sécurité nationale » qu'à celui des mots « défense nationale », mais il rend compte de la vaste acception de cette expression.

[78] La sécurité nationale est un concept large et intrinsèquement vague qui ne se prête à aucune définition précise. Je ne doute toutefois pas que ce concept englobe des intérêts qui vont au-delà de l'intégrité territoriale ou la capacité de répondre à l'usage ou à la menace d'usage de la force. Au Canada, cette notion s'entend notamment de [TRADUCTION] « la préservation d'un mode de vie acceptable pour la population canadienne » et de [TRADUCTION] « la protection de nos valeurs et nos principales institutions » (voir l'analyse de Craig Forcece, « Canada's National Security "Complex": Assessing the Secrecy Rules » (2009), 15 *IRPP Choices* 1, à la page 7; voir aussi la décision *Arar*, précitée, aux paragraphes 63 à 68). Le juge Noël a conclu, au paragraphe 68 de la décision *Arar*, que la sécurité nationale s'entendait 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. Je souscris à cette conclusion.

[79] Le troisième intérêt national dont on doit tenir compte est le risque de préjudice aux relations

this cannot be read as synonymous with either national defence or national security. Parliament deemed it necessary to protect sensitive information that would harm Canada's relations abroad if it were to be publicly disclosed, in keeping with the accepted conventions on diplomatic confidentiality.

[80] This protection extends to the free and frank exchanges of information and opinions between Canada's diplomats and other public officials and their foreign counterparts, without which Canada could not effectively participate in international affairs. Similar protection is contained in mandatory and discretionary terms in the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, sections 13 [as am. by S.C. 2005, c. 1, s. 107; c. 27, ss. 16, 22; 2006, c. 10, s. 32; 2008, c. 32, s. 26], 15. Absent consent, the head of a government institution shall refuse to disclose any record that contains information that was obtained in confidence from the government of a foreign state or an institution thereof (section 13). The head of a government institution may also refuse to disclose any information which may reasonably be expected to be injurious to the conduct of international affairs (section 15).

[81] Generally, information already in the public domain cannot be protected from disclosure as it will be presumed, subject to evidence to the contrary, that there will be no injury from its further disclosure. This applies in particular where the Crown has deliberately disclosed documents in the course of litigation: *Babcock v. Canada (Attorney General)*, 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, at paragraph 26. But there may be other situations in which the information has been publicly released and the harm of disclosure, if any, has already occurred. In *Mohamed*, above, for example, related information had already been released in U.S. court proceedings and the substance of the redacted paragraphs at issue could be read or discerned from the public portion of the trial court judgment. The Court of Appeal ordered the release of

internationales du Canada. Là encore, on ne peut considérer cette notion comme synonyme de celles de défense nationale ou de sécurité nationale. Le législateur fédéral a jugé nécessaire de protéger les renseignements sensibles qui porteraient préjudice aux relations étrangères du Canada s'ils étaient divulgués publiquement, conformément aux conventions admises en matière de secret diplomatique.

[80] Cette protection s'étend aux échanges libres et ouverts de renseignements et d'avis entre les diplomates canadiens et d'autres fonctionnaires et leurs homologues étrangers, sans lesquels le Canada ne pourrait participer efficacement aux affaires internationales. Une protection semblable est prévue dans la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, aux articles 13 [mod. par L.C. 2005, ch. 1, art. 107; ch. 27, art. 16, 22; 2006, ch. 10, art. 32; 2008, ch. 32, art. 26] et 15, où elle est formulée en termes d'obligation et de pouvoir discrétionnaire. À défaut de consentement, le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant des renseignements obtenus à titre confidentiel des gouvernements des États étrangers ou de leurs organismes (article 13). Le responsable d'une institution fédérale peut par ailleurs refuser la communication de documents contenant des renseignements dont la divulgation risquerait vraisemblablement de porter préjudice à la conduite des affaires internationales (article 15).

[81] En règle générale, les renseignements qui se trouvent déjà dans le domaine public ne peuvent être protégés contre la divulgation parce qu'on présumera, sous réserve de preuves contraires, qu'une divulgation de plus ne causera pas de préjudice. On songe en particulier à la situation dans laquelle la Couronne a divulgué certains documents délibérément au cours de l'instance (*Babcock c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 26). Mais il peut exister d'autres situations dans lesquelles les renseignements ont déjà été communiqués au public et dans lesquelles le préjudice causé par leur divulgation, s'il en est, a déjà eu lieu. Dans l'affaire *Mohamed*, précitée, par exemple, des renseignements connexes avaient déjà été communiqués au cours d'un procès se déroulant

the paragraphs for that reason and because it was not convinced that injury would result.

[82] The presumption that the disclosure of information already in the public domain will not cause further injury is not irrebuttable. As Justice Noël observed in *Arar*, above, at paragraph 56:

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.

[83] In the context of this case, the respondents submit that several documents produced in heavily redacted form state that the information they contain was provided by, among others, CSIS to the courts or to other agencies of the Government on the basis that it was anticipated that the information may be used in judicial proceedings. It is submitted that this is a waiver of any public interest privilege that might attach to the information. Similarly, the respondents submit that the statements of defence in the underlying actions cite and rely on some of the withheld information. I agree with the respondents that these are relevant considerations in determining whether the injury claims can be sustained.

[84] Each of the public affiants identified categories of information which they considered posed a risk of injury to Canada's national security, national defence or international relations. Similar but more specific evidence was received *in camera*. The public affidavit of the CSIS affiant, Bradley Evans, listed the categories of concern to CSIS as information that would:

aux États-Unis et l'on pouvait discerner la substance des passages censurés en question en lisant la partie publique du jugement du tribunal de première instance. La Cour d'appel a ordonné la communication des passages en question pour cette raison et parce qu'elle n'était pas convaincue qu'un préjudice en découlerait.

[82] La présomption suivant laquelle la divulgation de renseignements faisant déjà partie du domaine public ne causera pas d'autre préjudice n'est pas irréfutable. Ainsi que le juge Noël l'a fait observer dans la décision *Arar*, précitée, au paragraphe 56 :

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.

[83] Dans le contexte de la présente affaire, les défendeurs affirment que plusieurs des documents qui ont été fortement censurés renferment une mention suivant laquelle les renseignements qu'ils contiennent ont été fournis, notamment, par le SCRS aux tribunaux ou à d'autres organismes gouvernementaux au motif qu'on prévoyait qu'ils seraient utilisés dans le cadre d'un procès. Les défendeurs y voient une renonciation à prétendre que ces renseignements permettent d'invoquer un privilège d'intérêt public. Dans le même ordre d'idées, ils affirment que les défenses déposées dans les actions principales citent certains des renseignements refusés et se fondent sur eux. Je suis d'accord avec les défendeurs pour dire qu'il s'agit là de considérations pertinentes pour déterminer si les présumés préjudices peuvent être établis.

[84] Chacun des auteurs des affidavits publics a identifié des catégories de renseignements qui, à son avis, sont susceptibles de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou la sécurité nationales du Canada. Des éléments de preuve semblables mais plus précis ont été admis à huis clos. L'affidavit public que Bradley Evans a souscrit au nom du SCRS énumère des catégories de renseignements qui, selon ce que craint le SCRS :

- a. identify or tend to identify the Service's interest in individuals, groups or issues, including the existence or non-existence of past or present files, the intensity of investigations, or the degree or lack of success of investigations;
- b. identify or tend to identify methods of operation and investigative techniques utilized by the Service;
- c. identify or tend to identify relationships that the Service maintains with other police and security and intelligence agencies and would disclose information exchanged in confidence with such agencies;
- d. identify or tend to identify employees, internal procedures and administrative methodologies of the Service, such as names and file members;
- e. identify or tend to identify human sources of information for the Service or the content of information provided by human sources which, if disclosed, could lead to the identification of human sources.
- a. révéleraient ou tendraient à révéler l'intérêt du Service en ce qui concerne certains individus, groupes ou sujets, y compris l'existence ou l'inexistence de dossiers actuels ou passés, l'intensité des enquêtes ou le degré de succès ou l'insuccès des enquêtes;
- b. révéleraient ou tendraient à révéler les modes de fonctionnement et les techniques d'enquête utilisées par le Service;
- c. révéleraient ou tendraient à révéler les rapports que le Service entretient avec d'autres services de police, de sécurité ou de renseignement et divulguerait des renseignements échangés sous le sceau du secret avec ces organismes;
- d. révéleraient ou tendraient à révéler des employés, des procédures internes et des méthodes administratives du Service, comme des noms et des numéros de dossiers;
- e. révéleraient ou tendraient à révéler les sources humaines des renseignements du Service ou le contenu des renseignements fournis par des sources humaines qui, s'ils étaient divulgués, pourraient permettre d'identifier les sources humaines en question.

[85] The RCMP public deponent cited concerns about information received from foreign agencies, information about RCMP members and that received from human sources. A manager in the Department of Foreign Affairs and International Trade (DFAIT) deposed that the department wished to have certain sensitive information protected on the ground that disclosure would be injurious to Canada's international relations. Affidavit evidence was received from a representative of the Canada Border Services Agency (CBSA) regarding certain operational information they wished to protect.

[85] Les auteurs des affidavits publics de la GRC ont fait état de leurs préoccupations au sujet des renseignements obtenus d'organismes étrangers, des renseignements portant sur des membres de la GRC et ceux provenant de sources humaines. Un gestionnaire du ministère des Affaires étrangères et du Commerce international (le MAECI) a expliqué que le Ministère souhaitait faire protéger certains renseignements sensibles au motif que leur divulgation porterait préjudice aux relations internationales du Canada. Un affidavit a été souscrit par un représentant de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC) au sujet de certains renseignements opérationnels que l'ASFC souhaitait protéger.

[86] An officer of the Canadian Forces (CF or Forces) deposed that the Forces and the Department of National Defence (DND) were concerned about certain information that could identify military capabilities and operations in Afghanistan or compromise the safety of

[86] Un agent des Forces armées canadiennes (les Forces ou les FC) a expliqué que les Forces et le ministère de la Défense nationale (MDN) étaient préoccupés par certains renseignements qui permettraient d'identifier le potentiel et les opérations militaires en

individuals engaged in those operations. As I understand the respondents' submissions, they have not questioned the need to protect any information respecting military capabilities and operations or that identifies military personnel that may be in the redacted documents. I am satisfied that the information is entirely peripheral to the issues in the underlying civil claims and is of no evidentiary value, the risk of injury has been established and there is no outweighing public interest in disclosure.

[87] In the context of a security certificate proceeding, *Harkat (Re)*, 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52, at paragraph 89, Justice Eleanor Dawson provided examples of the type of information which she considered must be kept confidential as follows:

1. Information obtained from human sources, where disclosure of the information would identify the source and put the source's life in danger. . . . As well, jeopardizing the safety of one human source will make other human sources or potential human sources hesitant to provide information if they are not assured that their identity will be protected.
2. Information obtained from agents of the Service, where the disclosure of the information would identify the agent and put the agent's life in danger.
3. Information about ongoing investigations where disclosure of the information would alert those working against Canada's interest and allow them to take evasive action.
4. Secrets obtained from foreign countries or foreign intelligence agencies where unauthorized disclosure would cause other countries or agencies to decline to entrust their own secret information to an insecure or untrustworthy recipient. . . .
5. Information about the technical means and capacities of surveillance and about certain methods or techniques of investigation of the Service where disclosure would assist persons of interest to the Service to avoid or evade detection or surveillance or the interception of information.

Afghanistan ou de compromettre la sécurité des personnes engagées dans ces opérations. Si j'ai bien saisi leurs arguments, les défendeurs ne remettent pas en question la nécessité de protéger les renseignements qui peuvent se trouver dans les documents censurés et qui portent sur le potentiel et les opérations militaires ou qui permettraient d'identifier le personnel militaire. Je suis convaincu que ces renseignements sont tout à fait secondaires par rapport aux questions en litige dans les demandes civiles principales et qu'elles n'ont aucune valeur comme preuves. J'estime également que le risque de préjudice a été établi et que l'intérêt public à ce que les renseignements soient divulgués ne l'emporte pas.

[87] Dans le contexte d'une instance portant sur un certificat de sécurité, *Harkat (Re)*, 2005 CF 393, au paragraphe 89, la juge Eleanor Dawson donne des exemples de renseignements dont on doit selon elle préserver le caractère confidentiel :

1. Les renseignements provenant de sources humaines, lorsque leur divulgation permettrait d'identifier la source et risquerait de mettre sa vie en danger [...] La mise en danger d'une source humaine risque en outre de dissuader d'autres sources ou sources potentielles de renseignements, qui auront scrupule à fournir des informations s'ils ne sont pas sûrs que leur identité sera protégée.
2. Les renseignements provenant d'agents du Service, lorsque la divulgation permettrait d'identifier l'agent et mettrait sa vie en péril.
3. Les renseignements concernant des enquêtes en cours lorsque la divulgation de ces renseignements alerterait ceux qui agissent contre les intérêts du Canada, leur permettant de se soustraire aux recherches.
4. Les secrets transmis par des pays étrangers ou des services de renseignement étrangers, lorsque la divulgation non autorisée de ces renseignements porterait ces pays ou ces services à ne plus confier de secrets à un destinataire qui n'est pas digne de confiance ou qui n'est pas à même d'en assurer la confidentialité [...]
5. Les renseignements concernant les techniques et les moyens de surveillance ainsi que certaines méthodes ou techniques d'enquête employées par le Service, lorsque cette divulgation aiderait à se soustraire à la détection, à la surveillance ou à l'interception de leurs communications, des personnes ayant attiré l'attention du Service.

[88] These factors are frequently cited in proceedings where the confidentiality of government information is in question. At first impression, they are similar to the categories of risk identified by Mr. Evans and the other government witnesses in their evidence. The *Harkat* factors call for a definite conclusion to be drawn that harm would result from disclosure of the information. That is also the finding that the Court must make in the application of the second stage of the *Ribic* test. It is not sufficient that the potential for risk is identified, although that standard may be used by public officials in making public interest privilege claims.

[89] The respondents have raised a number of issues with respect to the applicant's claims that injury would result from disclosure of information falling within the categories identified by the witnesses in the public evidence. I will deal with those issues I think it necessary to address, to the extent that I can in these public reasons.

(a) *Quality of the Evidence*

[90] The respondents submit that the applicant's public affidavit evidence is of a deliberately low evidentiary quality and fails to meet the standards required by rule 81 [as am. by SOR/2009-331 s. 2] of the *Federal Courts Rules*. They rely on the fact that the three affiants representing CSIS, the RCMP and DFAIT had no personal involvement in or knowledge of the matters at issue. None of them participated in the events concerning the detention of the three principal claimants, nor played a role in either the O'Connor Commission or the Iacobucci Inquiry. They were not directly involved in responding to the recommendations in those inquiry reports. With the exception of the RCMP affiant, they had not read the collection of documents produced for disclosure. The CSIS affiant had read document 171. He and the DFAIT affiant relied on information provided by others to support their statements as to the categories which they sought to protect.

[88] Ces facteurs sont fréquemment cités dans les instances dans lesquelles la confidentialité des documents gouvernementaux est en cause. De prime abord, ils sont semblables aux catégories de risques énumérées par M. Evans et par les autres témoins du gouvernement dans leur témoignage. Les facteurs énumérés dans la décision *Harkat* exigent que l'on conclue de façon péremptoire que la divulgation des renseignements causerait un préjudice. C'est également la conclusion que la Cour doit tirer lorsqu'elle applique le second volet du critère de l'arrêt *Ribic*. Il ne suffit pas de cerner le risque éventuel, bien que les fonctionnaires puissent utiliser cette norme pour revendiquer un privilège au titre de l'intérêt public.

[89] Les défendeurs ont soulevé plusieurs questions en ce qui concerne la prétention du demandeur suivant laquelle la divulgation des renseignements entrant dans les catégories identifiées par les témoins dans leur témoignage public causerait un préjudice. Je vais examiner les questions que j'estime nécessaire d'aborder dans la mesure où je peux le faire dans les présents motifs publics.

a) *Qualité de la preuve*

[90] Les défendeurs affirment que les affidavits publics soumis par le demandeur ont une qualité délibérément faible en tant que preuves et qu'ils ne satisfont pas aux normes exigées par la règle 81 [mod. par DORS/2009-331, art. 2] des *Règles des Cours fédérales*. Ils se fondent sur le fait que les trois personnes qui ont souscrit des affidavits au nom du SCRS, de la GRC et du MAECI n'avaient aucune connaissance personnelle des faits en question et qu'aucune d'entre elles n'a participé aux événements se rapportant à la détention des trois demandeurs principaux et qu'aucune n'a joué un rôle lors des travaux de la Commission O'Connor ou lors de l'enquête Iacobucci. Elles n'ont pas participé directement aux réponses données aux recommandations formulées dans les rapports d'enquête en question. À l'exception du souscripteur d'affidavit de la GRC, aucune de ces personnes n'avait pris connaissance de la série de documents qui ont été produits aux fins de divulgation. Le souscripteur d'affidavit du SCRS avait lu le document 171. Lui et l'auteur de l'affidavit du

[91] The Court was urged to give this evidence no weight or to strike it out entirely, as the deponents lacked independence, qualifications and the necessary relevant factual foundation to give proper expert opinion testimony on matters before the Court. The respondents say that the public affidavits consist of advocacy, not evidence, and are therefore worthless except to the extent that they may serve as an aid to argument by the Attorney General as to the categories of protectable interests.

[92] Subsection 81(1) [of the *Federal Courts Rules*] provides that affidavits shall be confined to facts within the deponent's personal knowledge, save for in motions, in which statements as to the deponent's belief with the grounds therefore may be included. Where an affidavit is made on belief, subsection 81(2) provides that an adverse inference may be drawn from the failure of a party to provide evidence of persons having personal knowledge of material facts. As interpreted in the jurisprudence, the requirement that affidavits be confined to personal knowledge does not exclude hearsay evidence: *Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)*, [1993] 2 F.C. 659 (C.A.). Moreover, it may be apparent from the context why the best evidence is not available: *Lumonics Research Limited v. Gould*, [1983] 2 F.C. 360 (C.A.).

[93] In the particular context of section 38 applications, I think it is apparent that the applicant is unable to put forward public affiants for cross-examination who may have first-hand knowledge of the facts or events at issue or the redacted content of the documents in question. This is because they may inadvertently disclose the very information which the applicant is seeking to protect. The practice of the Court in these matters is not to treat these affiants as experts, but as

MAECI se sont fiés aux renseignements fournis par d'autres personnes à l'appui de leurs déclarations au sujet des catégories de renseignements qu'ils cherchaient à protéger.

[91] On a exhorté la Cour à n'accorder aucun poids à ces éléments de preuve ou à les radier purement et simplement au motif que les déclarants n'ont pas l'indépendance, la compétence ou les connaissances factuelles voulues pour donner un témoignage d'expert approprié sur les questions soumises à la Cour. Les défendeurs affirment que les affidavits publics consistent en un plaider et non en un témoignage et qu'ils n'ont donc aucune valeur sauf dans la mesure où ils peuvent étayer la thèse du procureur général au sujet des catégories d'intérêts susceptibles d'être protégées.

[92] Aux termes du paragraphe 81(1) des *Règles des Cours fédérales*, les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle, sauf s'ils sont présentés à l'appui d'une requête, auquel cas ils peuvent contenir des déclarations fondées sur ce que le déclarant croit être les faits, avec motifs à l'appui. Le paragraphe 81(2) prévoit que lorsqu'un affidavit contient des déclarations fondées sur ce que croit le déclarant, le fait de ne pas offrir le témoignage de personnes ayant une connaissance personnelle des faits substantiels peut donner lieu à des conclusions défavorables. Suivant la jurisprudence, l'obligation que les affidavits se limitent aux faits dont le déclarant a une connaissance personnelle n'exclut pas la preuve par ouï-dire (*Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)*, [1993] 2 C.F. 659 (C.A.)). De plus, les raisons pour lesquelles la meilleure preuve n'est pas disponible peuvent ressortir du contexte (*Lumonics Research Limited c. Gould*, [1983] 2 C.F. 360 (C.A.)).

[93] Dans le contexte particulier des demandes prévues à l'article 38, je crois qu'il est évident que le demandeur n'est pas en mesure de proposer, en vue de les soumettre à un contre-interrogatoire, des souscripteurs d'affidavits publics qui peuvent avoir une connaissance personnelle des faits ou des événements en cause en ce qui concerne les passages expurgés des documents en litige. Cette situation s'explique par le fait que ces personnes risquent de divulguer par

representative witnesses to give evidence as to the nature, in general, of the grounds for which the claims of privilege are asserted. In that sense, their evidence is helpful to the Court and to the respondents, but does not carry a great deal of weight with respect to the specific privilege claims.

[94] It should be recalled that it is only a relatively short period of time since these proceedings were heard entirely in private. Chief Justice Lutfy's decision to read down the statutory provisions which required that the proceedings be concealed has had the salutary effect of making the process much more transparent and open: *Toronto Star*, above. But these proceedings are not a trial or a judicial review in which the normal standards for the reception of evidence apply. Section 38 is, in effect, a self-contained code for the determination of questions of public interest privilege. That code necessarily includes private hearings in which the Court may hear the evidence of witnesses familiar with the contents of the documents and closely scrutinize the information at issue. This is where the Court must determine whether the quality of the applicant's evidence is sufficient to uphold the claims.

(b) *Deference*

[95] In determining whether injury to national security, national defence or international relations would result from disclosure, the jurisprudence holds that the Court must give considerable weight to the Attorney General's submissions given the access that office holder has to special information and expertise: *Suresh*, above, at paragraph 31; see also *Mohamed*, above, at paragraph 174. The Attorney General assumes a protective role *vis-à-vis* the security and safety of the public: *Ribic*, at paragraph 19. That being said, questions naturally arise. How much deference is appropriate? How does deference apply in a practical sense to a particular

inadvertance les renseignements mêmes que le demandeur cherche à protéger. La pratique de la Cour en la matière consiste à ne pas considérer ces souscripteurs d'affidavits comme des experts, mais comme des témoins représentatifs qui témoignent de façon générale au sujet de la nature des raisons pour lesquelles un privilège est revendiqué. En ce sens, leur témoignage est utile tant pour le tribunal que pour les défendeurs, mais il n'a pas beaucoup de poids en ce qui concerne des revendications de privilège précises.

[94] On se souviendra qu'il n'y a pas si longtemps ce genre d'audience se déroulait entièrement à huis clos. La décision du juge en chef Lutfy de donner une interprétation atténuée des dispositions législatives qui exigeait le secret des audiences a eu comme effet salutaire de rendre le processus beaucoup plus transparent et ouvert (décision *Toronto Star*, précitée). Mais il ne s'agit pas d'un procès ou d'un contrôle judiciaire dans lesquels les normes habituelles d'admissibilité de la preuve s'appliquent. L'article 38 constitue en fait un code complet portant sur la détermination des questions de privilège d'intérêt public. Ce code prévoit nécessairement des audiences à huis clos au cours desquelles la Cour peut entendre des témoins qui connaissent bien la teneur des documents en cause et qui peuvent analyser à fond les renseignements en question. C'est dans cette situation que la Cour doit déterminer si la qualité de la preuve du demandeur est suffisante pour faire droit à ses prétentions.

b) *Retenue*

[95] Suivant la jurisprudence, pour décider si la divulgation est susceptible de porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales, la Cour doit accorder un poids considérable aux observations du procureur général, parce qu'il a accès à des sources particulières d'information et d'expertise (arrêt *Suresh*, précité, au paragraphe 31; voir aussi la décision *Mohamed*, précitée, au paragraphe 174). Le procureur général exerce un rôle de protecteur en ce qui concerne la sécurité du public (arrêt *Ribic*, au paragraphe 19). Cela étant dit, des questions se posent naturellement. Quel est le degré de retenue

item of information? Does the nature of the underlying proceeding make a difference?

[96] The respondents submit that there are flaws in the process used by the Attorney General to determine and submit his claims to withhold information from disclosure, and that these flaws should reduce, or entirely eliminate, any deference that this Court could or should otherwise apply to the applicant's assessment of risk.

[97] The principal flaw which the respondents submit should limit deference is that the assessment of whether injury would result from disclosure is delegated to officials in the Department of Justice and other departments. As noted above, the authority to act in the Attorney General's name is expressly delegated to senior litigation officials in his department. They act on the advice and instructions of officials in other departments and agencies who have responsibility for the subject-matter in question. These officials review the documents to identify "potentially injurious" and "sensitive information" which, in their view, should be redacted. This is an institutional function performed for the most part by staff and managers up to the director level. Ministers and deputy ministers are not directly involved.

[98] The respondents submit that, based on the cross-examination of the applicant's public affiants, in reviewing the documents being produced for discovery, these officials do not consider whether disclosure of a particular item of information would be harmful. Rather, they determine whether the information falls into one or more of the pre-identified categories described above. These determinations, it is suggested, are then accepted at face value by the Justice officials who act on behalf of the Attorney General. The respondents argue that the Attorney General has abdicated his responsibility to assess whether disclosure would cause injury to the protected national interests. In the result, they contend,

approprié? Comment la retenue s'applique-t-elle concrètement à un renseignement déterminé? La nature de l'instance principale a-t-elle une incidence?

[96] Les défendeurs affirment que la procédure suivie par le procureur général pour déterminer et soumettre ses observations en vue de refuser la divulgation de certains renseignements est entachée d'irrégularités qui réduisent, voire éliminent, la retenue dont notre Cour pourrait ou devrait faire preuve en ce qui concerne l'appréciation du risque faite par le demandeur.

[97] La principale faille qui, selon les défendeurs, devrait limiter le degré de retenue est le fait que l'évaluation de la question de savoir si la divulgation entraînerait un préjudice est déléguée à des fonctionnaires du ministère de la Justice et d'autres ministères. Comme nous l'avons déjà expliqué, le pouvoir d'agir au nom du procureur général est expressément délégué aux hauts fonctionnaires de son ministère qui sont chargés du contentieux et qui agissent sur le conseil et conformément aux directives que leur donnent les fonctionnaires d'autres ministères et organismes qui sont chargés de ces questions. Ces fonctionnaires examinent les documents pour déceler les « renseignements potentiellement préjudiciables » et les « renseignements sensibles » qui, à leur avis, devraient être retranchés. Il s'agit d'une tâche administrative qui est essentiellement exécutée par le personnel et les gestionnaires jusqu'au niveau de directeur. Les ministres et les sous-ministres n'interviennent pas directement.

[98] Les défendeurs affirment que, suivant le contre-interrogatoire des souscripteurs des affidavits publics du demandeur, lors de l'examen des documents produits lors de l'enquête préalable, les fonctionnaires en question ne se demandent pas si la divulgation d'un renseignement particulier serait préjudiciable. Ils se demandent plutôt si les renseignements entrent dans une ou dans plusieurs des catégories prédéterminées. Les défendeurs font valoir que ces décisions sont acceptées telles quelles par les fonctionnaires du ministère de la Justice, qui agissent au nom du procureur général. Les défendeurs soutiennent que le procureur général a abdiqué sa responsabilité d'évaluer si la divulgation causerait un

little or no deference is owed to the decisions made in his name.

[99] It is correct, as the respondents submit, that at common law, public interest privilege claims required the issuance of a certificate by the responsible Minister that disclosure of the information in question would be injurious to an important government interest. This is still the practice in the United Kingdom and the United States. The contention is that the effect of taking the claims up the “ministerial briefing ladder” resulted in only credible and important claims being advanced for which the Minister would be ultimately accountable in the political process. This avoided systemic over-claiming which, the respondents argue, results from the current practice.

[100] It is trite law that a minister of the Crown is not expected to perform all of the many and varied powers conferred on him or her unless it is expressly required by the statute conferring the powers: *Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.); *R. v. Harrison*, [1977] 1 S.C.R. 238; *Comeau’s Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12. The *Carltona* principle is enshrined in the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, subsection 24(2) [as am. by S.C. 1992, c. 1, s. 89].

[101] I think it is clear from the jurisprudence that at common law, Ministers exercised the discretion to issue a certificate by identifying a broad class of documents for which the privilege was claimed rather than, as is the practice now, portions of the content of the documents. In *Carey*, above, for example, the government sought to protect all documents dealing with the transaction in question. Claims were not advanced on the basis of the type of detailed assessment of each item of information that is done now but rather by reference to a class of documents. Today, to facilitate the process, those doing the assessment rely on the categorization of types of

préjudice aux intérêts nationaux protégés. Ils soutiennent qu’en conséquence, il n’y a pas lieu de faire preuve d’un degré élevé de retenue en ce qui concerne les décisions qui sont prises en son nom, si tant est qu’on doive faire preuve de quelque retenue que ce soit envers elles.

[99] Il est exact de dire, comme les défendeurs le font valoir, qu’en common law, les revendications de privilège fondées sur l’intérêt public nécessitaient la délivrance d’un certificat par le ministre compétent qui atteste que la divulgation des renseignements en cause porterait préjudice à un intérêt gouvernemental important. C’est l’usage qui a toujours cours au Royaume-Uni et aux États-Unis. L’argument veut que le fait de soumettre les revendications de privilège à un examen à chaque palier des ministères permette de ne retenir que celles qui sont crédibles et importantes et pour lesquelles le ministre aurait en définitive à rendre compte dans le cadre du processus politique. On évite ainsi les revendications excessives systémiques que l’usage actuel favorise, selon les défendeurs.

[100] Il est de jurisprudence constante qu’on ne s’attend pas à ce qu’un ministre exerce les nombreux et divers pouvoirs qui lui sont conférés à moins d’y être tenu par la loi qui lui confère les pouvoirs en question (*Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works*, [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.); *R. c. Harrison*, [1977] 1 R.C.S. 238; *Comeau’s Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12). Le principe établi dans l’arrêt *Carltona* est consacré au paragraphe 24(2) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 89] de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21.

[101] Je crois qu’il ressort à l’évidence de la jurisprudence qu’en common law, les ministres étaient investis du pouvoir discrétionnaire de délivrer un certificat en identifiant une vaste catégorie de documents pour lequel le privilège était réclamé alors que, selon l’usage actuel, il suffit d’identifier des parties du contenu des documents. Par exemple, dans l’affaire *Carey*, précitée, le gouvernement cherchait à protéger tous les documents portant sur l’opération en cause. Les revendications n’étaient pas fondées sur le genre d’évaluation approfondie de chaque renseignement à laquelle on procède maintenant, mais plutôt sur une catégorie de documents.

information that has been previously found to risk injury to the protected interests.

[102] I think it doubtful that the personal involvement of Ministers in the process would eliminate or reduce systemic overclaiming, as the respondents suggest. This concern arises most often in the context of third-party information, where claims are made that sensitive information subject to express or implied caveats would no longer be provided by intelligence partners if disclosed. Governments rely on the flow of information provided by intelligence sharing arrangements: see, for example, the controversy which arose in the United Kingdom over the disclosure of information provided by the U.S. in the *Mohamed* case: “Hillary Clinton made security help ‘threat’ to David Miliband over Binyam Mohamed case”, *The Telegraph* (29 July 2009); “U.K. Move Could Hinder U.S. Intelligence Sharing”, *The Wall Street Journal* (11 February 2010). Even with a change of government, the effects of the *Mohamed* decision continue to be a matter of concern to U.K. ministers: see “Handing foreign intelligence to British courts to be made illegal”, *The Telegraph* (7 July 2010).

[103] The fact that the assessment of probable injury is not carried out personally by the Attorney General but rather by a departmental official has no bearing, in my view, on the question of whether deference is due that assessment. Ministers take advice from their officials on questions such as this and the access to special information and expertise referred to by the Court of Appeal in *Ribic*, above, is institutional rather than personal. Ministers and deputy ministers come and go and are unlikely to personally gain sufficient knowledge and familiarity with intelligence matters so as to assess whether a claim of injury from disclosure is likely or not. They have to rely on the officials who do this work on a day to day basis, and who gain an appreciation

De nos jours, pour faciliter le processus, ceux qui procèdent à l'évaluation se fondent sur la catégorisation des types de renseignements au sujet desquels on a déjà conclu qu'ils risquaient de porter préjudice à des intérêts protégés.

[102] Selon moi, il est permis de douter que la participation personnelle des ministres au processus permettrait de supprimer ou de réduire les revendications excessives systémiques, comme les défendeurs le laissent entendre. Cette préoccupation est soulevée le plus souvent dans le cas de renseignements provenant de tiers, lorsqu'on soutient que les renseignements sensibles faisant l'objet de mises en garde explicites ou implicites ne seraient plus fournis par les services de renseignements associés s'ils étaient divulgués. Les gouvernements s'en remettent aux renseignements qui leur sont régulièrement fournis aux termes d'ententes d'échange de renseignements (voir, par exemple, la controverse qui a été déclenchée au Royaume-Uni au sujet de la divulgation de renseignements communiqués par les États-Unis dans l'affaire *Mohamed* : « Hillary Clinton made security help “threat” to David Miliband over Binyam Mohamed case », *The Telegraph* (29 juillet 2009); « U.K. Move Could Hinder U.S. Intelligence Sharing », *The Wall Street Journal* (11 février 2010)). Même à la suite du changement de gouvernement, les répercussions de la décision *Mohamed* continuent à préoccuper les ministres britanniques (voir « Handing foreign intelligence to British courts to be made illegal », *The Telegraph* (7 juillet 2010)).

[103] Le fait que l'évaluation de la probabilité de préjudice ne soit pas effectuée personnellement par le procureur général mais plutôt par un fonctionnaire d'un ministère n'a aucune incidence, à mon avis, sur la question de savoir s'il convient de faire preuve de retenue à l'égard de pareille évaluation. Les ministres consultent leurs fonctionnaires sur des questions comme celle-ci, et l'accès à l'expertise et aux renseignements spéciaux auxquels la Cour d'appel a fait allusion dans l'arrêt *Ribic*, précité, participe non pas d'une démarche personnelle, mais d'un mécanisme institutionnel. Les ministres et les sous-ministres se succèdent et il est peu probable qu'ils acquièrent des connaissances suffisantes des questions ayant trait au renseignement pour être en

for what will or will not result in the flow of valuable intelligence from foreign partners being cut off, or is otherwise problematic from a security or international relations perspective.

[104] I do not agree with the respondents' submission that "the process followed makes nonsense of the relevant notice and authorization provisions". In my view, the provisions of section 38.01 are deliberately broad to permit notice to be given that sensitive information or potentially injurious information may be disclosed in connection with a proceeding by either a "participant" or an "official". The respondents assume that "official" in the context of section 38.01 refers solely to an employee of one of the departments or agencies who are legal services clients of the Department of Justice. That is incorrect. The legislation does not establish a process in which a claim to sensitivity or potential injury may be raised only by notice from an official who is an employee of a department other than Justice.

[105] A member of the litigation team is a "participant" who may give notice but that does not preclude notice being given by an official who is not a participant in the litigation but is, otherwise, an employee of the Department of Justice. While the exception in paragraph 38.01(6)(c) provides for disclosure to be authorized by the government institution in which, or for which, the information was produced, or where it was first received, that provision operates in addition to the general scheme under which the Attorney General may authorize disclosure.

[106] The respondents have raised concerns about the timing of the notices provided in this case, particularly with regard to document 171. Notice in respect of that document was given a month after it had been disclosed. The respondents submit that subsection 38.01(3) does

mesure de déterminer si la divulgation risque ou non de causer un préjudice. Ils doivent s'en remettre aux fonctionnaires qui effectuent ce travail de façon quotidienne et qui deviennent habiles à déterminer les conséquences qu'entraînerait une interruption de l'échange de renseignements secrets précieux provenant de partenaires étrangers et à discerner ce qui peut par ailleurs se révéler problématique du point de vue de la sécurité ou des relations internationales.

[104] Je ne suis pas d'accord avec les défendeurs pour dire que [TRADUCTION] « la procédure suivie vide de leur sens les dispositions applicables en matière d'avis et d'autorisation ». À mon avis, l'article 38.01 a été délibérément rédigé de façon large pour permettre de donner un avis portant que des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables risquent d'être divulgués dans le cadre d'une instance par un « participant » ou par un « fonctionnaire ». Les défendeurs présument que le terme « fonctionnaire » dans le contexte de l'article 38.01 s'entend uniquement d'un employé d'un des ministères ou des organismes qui sont des clients des services juridiques du ministère de la Justice. C'est inexact. La loi ne prévoit pas de procédure qui permet de faire état de l'existence de renseignements sensibles ou de renseignements potentiellement préjudiciables sur simple avis adressé par un fonctionnaire qui est un employé d'un ministère autre que le ministère de la Justice.

[105] Le membre d'une équipe du contentieux qui est un « participant » peut donner un tel avis, ce qui n'empêche pas pour autant un fonctionnaire qui ne participe pas au litige mais qui est par ailleurs employé du ministère de la Justice de donner cet avis. Bien que l'exception prévue à l'alinéa 38.01(6)c) permette à l'institution fédérale qui a produit les renseignements ou pour laquelle ils ont été produits d'autoriser leur divulgation, cette disposition vient compléter le régime général dans le cadre duquel le procureur général peut autoriser la divulgation.

[106] Les défendeurs expriment des réserves au sujet du moment où les avis ont été donnés en l'espèce, surtout dans le cas du document 171. L'avis portant sur ce document a été donné un mois après la divulgation du document. Les défendeurs soutiennent que le

not provide for notices regarding information that “was” disclosed but rather is limited to information that “may be” disclosed, in the future. In the context of their request to provide closing *ex parte* written submissions on the content of document 171, the respondents also characterize the applicant’s concern that this would result in a further unauthorized disclosure as “utterly without merit”. I am not convinced that is the case. It seems to me that the legislative scheme contemplates the use of the notice procedure in order to prevent the disclosure of potentially injurious or sensitive information whether or not that information has been disclosed in the past. It is then up to the Court to determine whether the past disclosure vitiates or undermines the injury claim or, if satisfied that injury would still result, whether, on balance, the public interest favours further disclosure.

[107] In the particular context of this case, I believe that there was nothing improper in having members of the litigation team organize the process under which the documents would be reviewed by departmental officials. They had the responsibility of meeting the Attorney General’s obligation to produce documents for discovery, and the advantage of having participated in the Iacobucci Inquiry where all of these documents had been produced for the commission’s review. It was also proper for them to make the initial identification of documents in which there might be sensitive or potentially injurious information. The ultimate responsibility to make those claims rests with the Attorney General, as delegated to his officials.

[108] It is clear that unnecessarily broad claims were advanced at the outset of this process as they have been in other proceedings. This is evidenced in this case by the fact that the Attorney General has now “lifted” or removed redactions in 92 documents, having made a determination that no injury would result from disclosure of the redacted information. Thus I continue to have the concern I have expressed in other cases about overclaiming. I attribute this in most

paragraphe 38.01(3) ne parle pas d’avis portant sur les renseignements qui « ont été » divulgués mais qu’il se limite aux renseignements qui « peuvent » être divulgués à l’avenir. Dans le contexte de leur demande visant à soumettre *ex parte* des observations écrites au sujet de la teneur du document 171, les défendeurs qualifient par ailleurs de « dépourvues de tout fondement » les craintes du demandeur que cette mesure se traduise par une autre divulgation non autorisée. Je ne suis pas convaincu que ce soit le cas. Il me semble que le régime législatif prévoit le recours à la procédure d’envoi d’un avis pour empêcher la divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables ou de renseignements sensibles, et ce, que ces renseignements aient déjà été divulgués ou non. Il revient ensuite à la Cour de déterminer si la divulgation passée vicie ou mine l’argument relatif à l’existence d’un préjudice ou, si elle est convaincue qu’un préjudice serait quand même causé, si, à tout prendre, l’intérêt public milite en faveur de la divulgation.

[107] Dans le contexte particulier de la présente affaire, j’estime qu’il n’y avait rien d’irrégulier à faire organiser par les membres de l’équipe du contentieux le processus par lequel les documents seraient examinés par les fonctionnaires du ministère. Ils étaient chargés de remplir l’obligation du procureur général de produire les documents dans le cadre de l’enquête préalable et ils avaient l’avantage d’avoir participé à l’enquête Iacobucci au cours de laquelle tous ces documents avaient été produits en vue d’être examinés par la Commission. Il convenait aussi qu’ils procèdent à l’identification initiale des documents pouvant contenir des renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables. C’est au procureur général qu’il revient en fin de compte de formuler ces revendications par le truchement des fonctionnaires qu’il délègue.

[108] Il est évident que des revendications inutilement larges ont été formulées au début du présent processus tout comme c’était le cas dans d’autres instances, ainsi que le démontre le fait que le procureur général a depuis supprimé le caviardage dans 92 documents, après avoir conclu que la divulgation des renseignements expurgés ne causerait aucun préjudice. Je maintiens donc les réserves que j’ai exprimées dans d’autres affaires au sujet des revendications excessives. J’attribue ce phénomène,

instances to the exercise of excessive caution on the part of the officials who initially conduct the reviews and their legal advisors. This requires decisions to authorize disclosure or not to be continually revisited, which unnecessarily delays applications before this Court and the underlying proceedings. Much of that could be avoided by closer examination of the claims and supporting grounds at an earlier stage by senior officials. This is an important government responsibility that must be adequately resourced.

[109] To illustrate systemic overclaiming, as the respondents have pointed out, Mr. Evans in his cross-examination conceded that CSIS does not consider the following matters when they conduct their review of the documents:

- the age of the investigation;
- the fact that the information or operating method in question is already publicly known;
- the fact that the information concerns operating methods that are no longer used and policies that are no longer in effect because of identified deficiencies and flaws; and
- whether the use of an appropriate alias would provide sufficient protection to a covert source.

[110] I agree with the respondents that these are all matters which are relevant to a determination of whether injury would result to the protected interests. Mr. Evans also confirmed that in his agency at least, the review process is done primarily by applying the categories he identified in his affidavit to the information contained in the documents. This inevitably will result in an overbroad assessment of risk until these decisions are reviewed. However, contrary to the respondents' submissions, I see no incompatibility between a review conducted on the basis that disclosure "could" result in injury and the test which the Court must employ under subsection 38.06(1), that disclosure "would" be

dans la plupart des cas, au fait que les fonctionnaires qui examinent les documents au départ et leurs conseillers juridiques font preuve d'une prudence excessive. Il faut, pour ce faire, revoir constamment la décision d'autoriser ou non la divulgation, ce qui retarde indûment les demandes soumises à notre Cour ainsi que le déroulement des instances principales. On pourra éviter en grande partie tout cela en faisant examiner de plus près les demandes et les motifs à l'appui dès le départ par de hauts fonctionnaires. Il s'agit d'une responsabilité gouvernementale importante pour laquelle il faut prévoir des ressources suffisantes.

[109] Pour illustrer le fait que, comme les défendeurs l'ont souligné, des revendications excessives systémiques sont présentées, M. Evans a admis, en contre-interrogatoire, que le SCRS ne tient pas compte des questions suivantes lorsqu'il procède à l'examen des documents :

- le temps écoulé depuis l'ouverture de l'enquête;
- le fait que les renseignements ou le mode de fonctionnement en question sont déjà connus du public;
- le fait que les renseignements concernent des modes de fonctionnement qui n'ont plus cours et des politiques qui ne sont plus en vigueur par suite des lacunes ou des failles qui ont été relevées;
- la question de savoir si l'utilisation de pseudonymes offrirait à une source secrète une protection suffisante.

[110] Je suis d'accord avec les défendeurs pour dire qu'il s'agit là de facteurs utiles pour déterminer si un préjudice serait causé à des intérêts protégés. M. Evans a également confirmé que, dans son organisme du moins, le processus d'examen s'effectue principalement par l'application des catégories qu'il a identifiées dans son affidavit aux renseignements contenus dans les documents. Il en résulte inévitablement une évaluation trop large du risque jusqu'au moment où cette décision est révisée. Toutefois, contrairement aux prétentions des défendeurs, je ne vois aucune incompatibilité entre un examen fondé sur le motif que la divulgation « serait susceptible » de causer un préjudice et le critère que la

injurious. Officials must employ the “could injure” standard because that is what is used in the definition of “potentially injurious information” in section 38 for which they are authorized to give notice under subsection 38.01(1).

[111] It is ultimately the responsibility of the Attorney General to decide whether to authorize disclosure of the information and, if not, to seek confirmation of that decision from the Court. I am satisfied that the senior officials to whom this responsibility has been delegated take the Attorney General’s task seriously, and do not simply rely on the categorizations employed by the other departments and agencies to impose a blanket claim of privilege. I have seen the process work effectively in several cases, resulting in disclosure decisions made by the Attorney General that are independent of the views expressed by departmental officials. That said, the process takes far too long, resulting in the frustrations expressed by the respondents and by the courts and public inquiries that must deal with these questions.

[112] There is no evidence in the record before me to support the respondents’ suggestion that the Attorney General has attempted to prevent disclosure of embarrassing information, or information unfavourable to the government’s defence in the underlying civil action, through unwarranted national security claims. But, as discussed above, even where the disclosure of information would expose a government to embarrassment, it may still be the subject of a valid section 38 claim, provided that avoiding embarrassment is not the “sole or genuine reason” for seeking to prevent disclosure: *Khadr* April 2008, above, at paragraph 89. I have found no reason to apply that principle in this case.

Cour doit employer en vertu du paragraphe 38.06(1) et suivant lequel la divulgation « porterait préjudice ». Les fonctionnaires doivent employer la norme suivant laquelle la divulgation « serait susceptible » (de porter préjudice) parce que c’est l’expression employée dans la définition des « renseignements potentiellement préjudiciables » à l’article 38 pour laquelle ils sont autorisés à donner leur avis en vertu du paragraphe 38.01(1).

[111] C’est en fin de compte au procureur général qu’il appartient de décider d’autoriser la divulgation des renseignements et, s’il ne l’autorise pas, de demander à la Cour de confirmer cette décision. Je suis convaincu que les hauts fonctionnaires à qui cette responsabilité a été déléguée prennent au sérieux la tâche confiée au procureur général et qu’ils ne s’en remettent pas simplement aux catégorisations retenues par d’autres ministères et organismes de manière à revendiquer sans discernement des privilèges. J’ai constaté que ce processus fonctionne efficacement dans plusieurs cas, et qu’il s’ensuit que le procureur général prend des décisions, en matière de divulgation, qui sont indépendantes des opinions exprimées par les fonctionnaires des ministères. Cela étant dit, le processus prend beaucoup trop de temps, ce qui provoque le genre de frustration exprimée tant par les défendeurs que par les tribunaux et les commissions d’enquête publique chargées d’examiner ces questions.

[112] Il n’y a aucun élément de preuve dans le dossier qui m’a été soumis pour appuyer la prétention des défendeurs suivant laquelle le procureur général a tenté d’empêcher la divulgation de renseignements embarrassants ou de renseignements défavorables à la défense du gouvernement dans l’action civile principale, par le biais de revendications de sécurité nationale injustifiées. Mais, comme nous l’avons déjà dit, même lorsque la divulgation de renseignements mettrait le gouvernement dans l’embarras, elle peut quand même faire l’objet d’une réclamation valide fondée sur l’article 38, à condition que le fait d’éviter d’être plongé dans l’embarras ne soit pas « la seule ou la véritable raison » pour laquelle le procureur général ne veut pas divulguer les renseignements (décision *Khadr* d’avril 2008, précitée, au paragraphe 89). J’estime qu’il n’y a aucune raison d’appliquer ce principe en l’espèce.

[113] In the particular context of this matter, the question also arises as to how much deference should be given to the decisions respecting disclosure made by Commissioner Iacobucci. This issue was addressed by Justice Noël in *Arar*, above, at paragraphs 29–36, with respect to the findings of the O’Connor Commission. His conclusion, which I adopt, was that the Court owed no deference to the Commissioner’s findings given the Court’s obligations under the statutory framework, the fact that different evidence was heard in public and *in camera* and that the section 38 application process was not a judicial review of the O’Connor Report. That is not to say that Commissioner Iacobucci’s findings may not inform the work of the Court, particularly where, as here, information which the government seeks to protect is now in the public domain with the publication of his report and supplement.

[114] The respondents cite a majority report of the House of Commons Standing Committee on Public Safety and National Security, *Review of the Findings and Recommendations Arising from the Iacobucci and O’Connor Inquiries: Report of the Standing Committee on Public Safety and National Security* (June 2009), which recommended that the Government of Canada officially apologize to the three principal respondents and pay them compensation for the suffering they endured. While the report is evidence of parliamentary support, albeit divided, for Commissioner Iacobucci’s findings, it does not assist the Court with the issues it must address in these proceedings. At best, it reflects a statement of political and, perhaps, popular opinion that is not relevant to my task.

(c) *The “Mosaic Effect”*

[115] As is common in these applications, the applicant’s public deponents state that in forming an opinion on the likelihood of damage to national security which could result from disclosure of the information at issue they had taken the “mosaic effect” into account. As

[113] Dans le contexte particulier de la présente affaire, il y a également lieu de se demander jusqu’à quel point il convient de faire preuve de retenue envers les décisions prises par le commissaire Iacobucci au sujet de la divulgation. Le juge Noël a abordé cette question dans la décision *Arar*, précitée, aux paragraphes 29 à 36, relativement aux conclusions de la Commission O’Connor. Je souscris à sa conclusion, à savoir que la Cour n’a pas à faire preuve de retenue à l’égard des conclusions du commissaire, compte tenu des obligations imposées à la Cour par la loi, du fait que les témoignages qui ont été entendus en audience publique et à huis clos étaient différents et que le processus régissant la demande prévue à l’article 38 n’était pas un contrôle judiciaire du rapport O’Connor. Il ne faut pas pour autant penser que les conclusions du commissaire Iacobucci ne peuvent éclairer la Cour, surtout lorsque, comme en l’espèce, les renseignements que le gouvernement cherche à protéger font maintenant partie du domaine public avec la publication de son rapport et du supplément qui l’accompagne.

[114] Les défendeurs citent un rapport majoritaire du Comité permanent de la sécurité publique et nationale de la Chambre des communes, *Examen des constats et recommandations émanant des enquêtes Iacobucci et O’Connor : Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale* (juin 2009), qui recommandait que le gouvernement du Canada présente officiellement ses excuses aux trois défendeurs principaux et leur verse une indemnité pour les souffrances qu’ils avaient endurées. Bien que le rapport témoigne d’un appui, quoique non unanime, du Parlement en faveur des conclusions du commissaire Iacobucci, il n’aide pas la Cour à répondre aux questions qui lui sont soumises en l’espèce. Il reflète tout au plus un énoncé de politique et, peut-être, une opinion populaire qui est sans rapport avec la tâche qui m’est confiée.

c) *L’« effet de mosaïque »*

[115] Comme c’est souvent le cas avec ces demandes, les personnes qui ont souscrit des affidavits publics au nom du demandeur affirment que, pour se former une opinion sur le risque que la divulgation des renseignements en question porte préjudice à la sécurité nationale,

described by Craig Forcese in his text *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective* (Toronto: Irwin Law, 2008), at pages 419–420, this concept, when invoked by the government, posits that the release of even innocuous information can jeopardize national security if it can be pieced together with other data by a knowledgeable reader. The result is a “mosaic of little pieces of benign information that cumulatively discloses matters of true national security significance” (*National Security Law*, at page 420).

[116] The mosaic effect was described in Mr. Evans’ affidavit as follows:

Assessing the damage caused by disclosure of information cannot be done in the abstract or in isolation. It must be assumed that information will reach the hands of persons with knowledge of Service targets and the activities of this and other investigations. In the hands of an informed reader, seemingly unrelated pieces of information, which may not in and of themselves be or appear to be particularly sensitive, can be used to develop a more comprehensive picture when juxtaposed, compared or added to information already known by the recipient or available from another source.

[117] The respondents submit that the Court should be cautious in relying on the so-called “mosaic effect” to find injury or withhold information. The Major Inquiry report, above, notes, at Vol. III, at pages 175–176, that there is increasing judicial scepticism about this theory, citing my comments in *Khawaja*, above, at paragraph 136 and those of Justice Noël in *Arar*, above, at paragraph 84. The Commission was also skeptical about the validity of the effect in the absence of any evidence to demonstrate that it has occurred.

[118] The mosaic effect may be one of those statements of the obvious that are difficult to prove or

elles ont tenu compte de l’« effet de mosaïque ». Ainsi que Craig Forcese l’explique dans son ouvrage *National Security Law: Canadian Practice in International Perspective* (Toronto : Irwin Law, 2008), aux pages 419 et 420, lorsqu’il est invoqué par le gouvernement, ce concept part du principe que la divulgation de renseignements mêmes anodins peut compromettre la sécurité nationale lorsqu’un observateur informé les associe avec d’autres données. Il en résulte une [TRADUCTION] « mosaïque de bribes de renseignements anodins qui, cumulativement, révèlent des questions ayant une véritable importance sur le plan de la sécurité nationale » (*National Security Law*, à la page 420).

[116] Voici comment M. Evans explique l’effet de mosaïque dans son affidavit :

[TRADUCTION] On ne peut évaluer dans l’abstrait ou isolément les dommages causés par la divulgation de renseignements. On doit présumer que les renseignements se retrouveront entre les mains de personnes qui connaissent les cibles du Service et les activités des commissions d’enquête, dont la présente. Entre les mains d’un observateur bien informé, des renseignements apparemment sans rapport entre eux, qui en eux-mêmes ne sont peut-être pas particulièrement sensibles, pourraient, pris collectivement, servir à dépeindre un tableau plus précis lorsqu’ils sont juxtaposés à des renseignements que connaît déjà la personne qui en prend connaissance ou lorsque cette dernière les compare ou les ajoute à ceux qu’elle possède déjà ou qu’elle peut obtenir d’une autre source.

[117] Les défendeurs affirment que la Cour devrait faire preuve de prudence avant d’invoquer le soi-disant « effet de mosaïque » pour conclure à l’existence d’un préjudice ou pour refuser la communication de renseignements. Le rapport d’enquête de la Commission Major, précité, signale, au vol. III, aux pages 175 et 176, que les tribunaux sont de plus en plus sceptiques face à cette théorie, citant mes propos dans la décision *Khawaja*, précitée, au paragraphe 136, et ceux du juge Noël dans la décision *Arar*, précitée, au paragraphe 84. La Commission s’est également montrée sceptique au sujet de la validité de l’effet de mosaïque faute d’éléments de preuve tendant à en démontrer l’existence.

[118] L’effet de mosaïque peut être une évidence difficile à prouver ou à réfuter. Le problème se pose

disprove. The problem arises in its application. How does the Court discern whether disclosure of a particular item of information will fill a gap in the knowledge of another person? Apart from reciting the principle, the witnesses heard in this and other cases have generally been unable to assist the Court to resolve that conundrum. In *Khawaja*, above, at paragraph 136, I said that “by itself the mosaic effect will usually not provide sufficient reason to prevent the disclosure of what would otherwise appear to be an innocuous piece of information. Something further must be asserted as to why that particular piece of information should not be disclosed.” That continues to be my view.

[119] Mr. Evans acknowledged on cross-examination that the mosaic effect may also work in reverse when information is taken away, for example, by redaction. Thus, as the respondents suggest, the Court must be alert to the possibility that information which might be clear and relevant if the full context were to be disclosed may become obscure, equivocal, and even misleading when a piece of the context is removed. In one instance, for example, I concluded that an unredacted phrase would mislead the reader about the meaning of the rest of the paragraph that remained redacted. Accordingly, I ordered the disclosure of additional information.

(d) *Targets and Status of Investigations*

[120] CSIS takes measures to protect information about the targets, subjects and status of investigations it conducts. In the present matter, they did not seek to protect the fact of the Service’s investigational interest in the respondents, but claim protection from the disclosure of information that would reveal their investigations of other individuals and the assessments and analyses which are derived from the intelligence they collect. In general, I had little difficulty agreeing with the applicant’s position that this information should be protected.

en l’espèce. Comment la Cour peut-elle déterminer si la divulgation d’un renseignement donné comblera une lacune dans les connaissances d’une autre personne? Hormis le fait qu’ils ont cité ce principe, les témoins qui ont été entendus dans la présente affaire et dans d’autres n’ont en règle générale pas réussi à aider la Cour à résoudre ce dilemme. Dans la décision *Khawaja*, précitée, voici ce que j’ai dit, au paragraphe 136 : « L’effet de mosaïque ne constitue pas en général, par lui-même [...] une raison suffisante d’empêcher la divulgation de ce qui semblerait par ailleurs constituer un renseignement anodin. Il faut aussi dire pourquoi ce renseignement particulier ne doit pas être divulgué ». Je suis toujours de cet avis.

[119] M. Evans a reconnu en contre-interrogatoire que l’effet de mosaïque peut également jouer dans l’autre sens lorsque des renseignements sont supprimés, par exemple, par caviardage. Ainsi, comme les défendeurs l’affirment, la Cour doit être sensible à la possibilité que des renseignements qui peuvent être clairs et pertinents si tout le contexte devait être divulgué puissent devenir obscurs, équivoques et même trompeurs lorsqu’un élément du contexte est supprimé. Dans un cas, par exemple, j’ai conclu qu’une expression qui n’avait pas été expurgée induirait le lecteur en erreur sur le sens du reste du paragraphe qui demeurerait caviardé. J’ai donc ordonné la divulgation des renseignements additionnels.

d) *Cibles et état d’avancement des enquêtes*

[120] Le SCRS prend des mesures pour protéger les renseignements portant sur les cibles, les sujets et l’état d’avancement des enquêtes qu’il mène. Dans le cas qui nous occupe, il n’a pas tenté de protéger le fait que le Service avait manifesté son intérêt pour les défendeurs en ouvrant une enquête, mais il réclame la non-divulgation des renseignements qui révéleraient des faits au sujet des enquêtes qu’il mène sur d’autres personnes et sur les évaluations et les analyses qui sont tirées des renseignements secrets qu’ils recueillent. De manière générale, j’ai peu de difficulté à accepter la thèse du demandeur suivant laquelle ces renseignements devraient être protégés.

[121] Even where the fact that the Service has conducted an investigation of an individual is publicly known, the Service will seek to have the nature and extent of the investigation protected under section 38, according to the evidence of Mr. Evans, the CSIS affiant. The Service is not entirely consistent about this, as he acknowledged in cross-examination, as such information has been disclosed in some cases but not in others.

[122] The respondents submit that the applicant and CSIS cannot be allowed to make claims to section 38 privilege or not, as it may suit them. This is said to be a self-interested, tactical and selective use of section 38 inconsistent with a *bona fide* claim under the statute. In particular, they point to the public disclosure of the name of a person associated with one of the principal respondents without, it is said, regard to the potential impact such disclosure may have on that person and others.

[123] The rationale for protecting such information, as set out in Mr. Evans evidence, is essentially that a security agency cannot operate effectively if the subjects of its investigations are able to ascertain that they are persons of interest or the state of the agency's operational knowledge about them at a particular point in time. This would allow them to take steps to avoid the Service's investigative efforts. Disclosure of reports and assessments would reveal how the Service analyses the intelligence it gathers as well as the extent of the Service's knowledge of the network of contacts of the respondents or of its knowledge in relation to other investigations.

[124] The public interest in protecting such information is, I believe, self-evident. The question for the Court to determine is whether the evidence in relation to a specific item of information supports a finding that disclosure would cause an injury to the protected national interests and, if so, whether the public interest favours disclosure nonetheless. The fact that CSIS may have disclosed this type of information for its own purposes is a relevant consideration but is not determinative of

[121] Même lorsque le fait que le Service a mené une enquête au sujet d'un individu est notoire, le Service cherche à protéger la nature et la portée de l'enquête en vertu de l'article 38, suivant le témoignage de M. Evans, le souscripteur d'affidavit du SCRS. La pratique du Service n'est pas tout à fait uniforme, ainsi qu'il l'a reconnu en contre-interrogatoire, étant donné que ces renseignements ont été divulgués dans certains cas, mais pas dans d'autres.

[122] Les défendeurs soutiennent que l'on ne peut permettre au demandeur et au SCRS de revendiquer ou non le privilège prévu à l'article 38 selon ce qui leur convient. Il s'agirait d'une utilisation intéressée, tactique et sélective de l'article 38 qui est incompatible avec la formulation d'une authentique revendication en vertu de la loi. Ils citent notamment qu'on a divulgué le nom d'une personne associée à l'un des défendeurs principaux sans tenir compte, selon eux, des incidences possibles de cette divulgation sur cette personne ou sur d'autres.

[123] La raison d'être de la protection de ces renseignements, ainsi que M. Evans l'explique dans son témoignage, est essentiellement qu'un service de sécurité ne peut exercer efficacement ses activités si les personnes qui sont visées par ses enquêtes sont en mesure de savoir qu'elles présentent un intérêt ou de savoir ce que le Service en question sait à leur sujet à un moment précis. Elles pourraient ainsi prendre des mesures pour se soustraire aux démarches du Service. La divulgation de rapports et d'évaluations révélerait comment le Service analyse les renseignements secrets qu'il recueille ainsi que l'ampleur de la connaissance que le Service a du réseau de contact des défendeurs ou de ce qu'il sait au sujet d'autres enquêtes.

[124] L'intérêt qu'a le public à protéger ces renseignements est, je crois, évident. La question que la Cour doit trancher est celle de savoir si les éléments de preuve se rapportant à un renseignement déterminé permettent de conclure que la divulgation porterait préjudice à des intérêts nationaux protégés et, dans l'affirmative, si l'intérêt public milite malgré tout en faveur de la divulgation. Le fait que le SCRS a pu divulguer ce type de renseignements pour ses propres besoins

either an injury finding or the balancing of interests. There may be other factors that weigh heavily in favour of maintaining the prohibition.

(e) *Methods of Operations and Investigation*

[125] Claims for the protection of information under this rubric are asserted on behalf of CSIS, CBSA and the CF. As discussed above, I do not believe that the CF claims are at issue in these proceedings. The CBSA claims are also incidental. The main issues arise from the CSIS claims. The Service seeks to protect information that would reveal the capabilities as well as the limitations of its methods and the degree of its operational expertise. It is apparent that this could assist current and future subjects of investigation to counter the Service's investigative efforts, as stated by Mr. Evans in his affidavit.

[126] The respondents submit that the cross-examination of Mr. Evans supports findings that the claims to protect information falling within this category are overbroad. They are asserted notwithstanding that the existence of the investigations in question may be in the public domain or may have been completed; the techniques used are standard and publicly known investigative methods, and they may reveal flaws and deficiencies in the actions of Canadian officials, which have been remedied by changes in operation or policy.

[127] The respondents argue that this approach attempts to "bootstrap" the common law privileges preserved by section 37 of the Act, which are outside the proper scope of this application. On this, I agree with the applicant that the fact that claims of privilege under this heading are adjudicated by other courts in other types of proceedings under the common law or under section 37 of the Act does not detract from the legitimacy of the Federal Court's consideration and adjudication of

est une considération qui est pertinente, mais qui n'est pas déterminante pour conclure à l'existence d'un préjudice ou pour mettre en balance les intérêts en jeu. Il peut exister d'autres facteurs qui militent fortement en faveur du maintien de l'interdiction.

e) *Modes de fonctionnement et d'enquête*

[125] La protection des renseignements est revendiquée sous cette rubrique au nom du SCRS, de l'ASFC et des FC. Comme je l'ai déjà expliqué, je ne crois pas que les revendications des FC soient en cause dans la présente instance. Les revendications de l'ASFC sont également accessoires. Les principales questions découlent des revendications du SCRS. Le Service cherche à protéger des renseignements qui permettraient d'identifier le potentiel militaire ainsi que les limites de ses méthodes et son degré de compétence opérationnelle. Il est évident que l'on pourrait ainsi aider ceux qui font l'objet d'enquêtes du Service ou qui en feraient l'objet à l'avenir à contrer les mesures d'enquête prises par le Service, comme l'affirme M. Evans dans son affidavit.

[126] Les défendeurs affirment que le contre-interrogatoire de M. Evans permet de conclure que les demandes de protection des renseignements entrant dans cette catégorie ont une portée excessive. Elles sont formulées malgré le fait que l'existence des enquêtes en question peut faire partie du domaine public ou que ces enquêtes sont peut-être terminées. Les techniques employées sont les méthodes d'enquête habituelles connues du public et elles sont susceptibles de révéler des failles et des lacunes dans les actes de fonctionnaires canadiens qui ont été corrigées à la suite de changements opérés dans les activités ou les politiques.

[127] Les défendeurs soutiennent que cette méthode constitue une tentative d'« étoffer » les privilèges reconnus en common law qui sont consacrés à l'article 37 de la *Loi sur la preuve au Canada* et qui débordent le cadre de la présente demande. Sur ce point, je suis d'accord avec le demandeur pour dire que le fait que les revendications de privilège formulées sous cette rubrique soient jugées par d'autres tribunaux dans d'autres types d'instances en common law ou en vertu de l'article 37 de la

such questions in proceedings before it: *Henrie*, above, at paragraph 29. Nor am I persuaded that the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442, alters the landscape in this context, as argued by the respondents. It remains open to the applicant to adduce evidence in public or private that disclosure of the information would have the harmful effects that Parliament was concerned about in enacting section 38.

[128] The respondents are correct, however, to caution that accepting such claims may deny access to information which goes to the essence of the respondents' Charter claims against the government in the underlying proceedings. That is, I believe, a valid consideration to take into account in the balancing phase, if the court is satisfied that an injury to national security would result from disclosure of this type of information.

(f) *Relationships and Third-Party Information*

[129] The disclosure of information obtained in confidence from other governments is of concern to DFAIT, the RCMP, CBSA and CSIS. The DFAIT public affiant deposed that it would have an adverse effect on the ability of Canada's diplomats to receive confidential information from their counterparts in other countries, the department's ability to serve Canadians abroad, to influence global security objectives and to constructively engage with countries on human rights and other sensitive issues. The RCMP, CBSA and CSIS affiants asserted that disclosure of the information they have received from other law enforcement and intelligence agencies would jeopardize their information sharing arrangements with those agencies and diminish the capacities of their respective agencies to investigate threats to the security of Canada.

Loi n'enlève rien à la légitimité de l'examen par la Cour fédérale de pareilles questions dans les instances dont elle est saisie (décision *Henrie*, précitée, au paragraphe 29). Je ne suis pas non plus convaincu que l'arrêt *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442, de la Cour suprême du Canada modifie la situation dans ce contexte, comme l'affirment les défendeurs. Il est toujours loisible au demandeur de présenter des éléments de preuve en audience publique ou à huis clos pour démontrer que la divulgation des renseignements aurait les effets préjudiciables auxquels le législateur fédéral songeait lorsqu'il a édicté l'article 38.

[128] Les défendeurs ont toutefois raison de signaler qu'en acceptant de telles revendications, le tribunal risque de refuser l'accès à des renseignements qui portent sur l'essence même des moyens que les défendeurs tirent de la Charte à l'encontre du gouvernement dans les instances principales. Il s'agit, je crois, d'une considération valable dont on doit tenir compte à l'étape de la mise en balance, si le tribunal est convaincu que la divulgation de ce type de renseignements causerait un préjudice à la sécurité nationale.

f) *Relations et renseignements provenant de tiers*

[129] La divulgation de renseignements obtenus sous le sceau du secret d'autres gouvernements préoccupe le MAECI, la GRC, l'ASFC et le SCRS. Le souscripteur de l'affidavit public du MAECI a expliqué qu'une telle divulgation nuirait à la capacité des diplomates canadiens d'obtenir des renseignements confidentiels de leurs homologues d'autres pays, à la capacité du Ministère de servir les Canadiens à l'étranger, d'influencer les objectifs mondiaux en matière de sécurité et de s'engager de façon constructive avec d'autres pays en ce qui concerne les droits de la personne et d'autres questions sensibles. Les souscripteurs des affidavits de la GRC, de l'ASFC et du SCRS soutiennent que la divulgation des renseignements qu'ils ont obtenus d'autres services secrets ou de services de maintien de l'ordre compromettrait les ententes d'échange de renseignements qu'ils ont conclues avec ces services et réduirait leur capacité respective de faire enquête sur les menaces à la sécurité du Canada.

[130] This concern is not without a substantial foundation. The maintenance of Canada's effectiveness in international relations and security investigations are public interests of considerable importance. The importance of this "pressing and substantial concern" has been recognized by the Supreme Court: see for example *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, at paragraphs 43 and 54 (*Ruby* 2002).

[131] As has been said in other cases, Canada is a net importer of intelligence information. The capacity of its law enforcement and intelligence agencies to defend our collective security is largely dependent upon intelligence sharing arrangements with foreign partners. The respondents submit, however, that this category of potential injury to the national interest also goes to the heart of the claims in the underlying actions which allege complicity with foreign governments and agencies with regard to the arbitrary detention and mistreatment of the principal respondents in Syria and Egypt. They say, with considerable justification, that they require the information being withheld on this ground as evidence in support of those claims.

[132] The applicant's evidence and submissions cite what is commonly known as the "third-party rule" or "control principle". This principle is considered to apply when there is a sharing or exchange of information between police forces or intelligence agencies, particularly between those in different countries. By agreement between the agencies, express or implied, the agency receiving information is neither to attribute the source nor to disclose its content without the permission of the originating agency: *Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2006 FC 1552, 306 F.T.R. 222, at paragraph 25.

[133] The third-party rule is not a principle of law and it is not absolute. It cannot be used as a categorical ground of public interest immunity. Its application in each case must be scrutinized, and actual risk of harm

[130] Ces craintes ne sont pas sans fondement. Le maintien de l'efficacité du Canada en matière de relations internationales et d'enquêtes de sécurité constitue un intérêt public d'une très grande importance. L'importance de cette « préoccupation urgente et réelle » a été reconnue par la Cour suprême (voir, par exemple, *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3, aux paragraphes 43 et 54 (l'arrêt *Ruby* de 2002)).

[131] Ainsi qu'il a été dit dans d'autres affaires, le Canada est un importateur net de renseignements secrets. La capacité de ses services secrets et de ses services de maintien de l'ordre de défendre notre sécurité collective dépend dans une large mesure des ententes d'échange de renseignement conclues avec des partenaires étrangers. Les défendeurs font toutefois valoir que cette catégorie de préjudice éventuel à l'intérêt national concerne aussi l'essence même des revendications formulées dans les actions principales dans lesquelles on accuse des gouvernements et des organismes étrangers d'avoir détenu arbitrairement les défendeurs principaux en Syrie et en Égypte et de leur avoir fait subir des sévices. Les défendeurs soutiennent, avec raison, qu'ils ont besoin des renseignements refusés comme éléments de preuve à l'appui des prétentions en question.

[132] Dans leur preuve et leurs observations, les défendeurs citent ce qu'on appelle couramment la « règle des tiers » ou le « principe du contrôle ». On considère que ce principe s'applique lorsque des services secrets ou des services de maintien de l'ordre s'échangent des renseignements, surtout lorsqu'il s'agit de pays différents. Aux termes d'une entente expresse ou tacite conclue entre les services en question, l'organisme qui reçoit les renseignements ne doit en dévoiler ni la source ni le contenu sans la permission de l'organisme desquels les renseignements proviennent (*Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2006 CF 1552, au paragraphe 25).

[133] La règle des tiers n'est pas un principe de droit et elle n'est pas absolue. On ne peut s'en servir comme une raison catégorique d'invoquer l'immunité pour cause d'intérêt public. Son application à chaque cas doit

to the national interest established: *Mohamed*, above, at paragraphs 44 and 46.

[134] The respondents observe that in the aftermath of 9/11, there was agreement between Canadian and U.S. investigators that “caveats were down” and information was exchanged expressly without any requirement for consent of the originator before it was used. They submit that it is not now open to the applicant to contend that an implicit requirement for such consent must now be applied retroactively after the information was used to their detriment. I do not accept the proposition that the control principle was not applicable during the events in question. It is clear from the evidence as a whole that whatever agreement there may have been at the operational level between Canadian and American investigators, it did not alter the general principle of confidentiality applicable to intelligence sharing and diplomatic exchanges between the two countries, nor those which Canada had with other jurisdictions.

[135] The respondents submit that this Court should keep in mind the acknowledgement of the DFAIT witness that Canada’s intelligence partners are well aware of Canada’s legislation regarding disclosure. Even knowing that this Court has the power to authorize disclosure of information notwithstanding that it has been found to be injurious to international relations, Canada’s intelligence partners still maintain information sharing relationships. Accordingly, the respondents argue that this Court should not give undue weight to speculation that foreign sources will, as a result, no longer communicate information to Canada.

[136] This is not idle speculation. Relationships will continue where the partners consider it in their mutual interest to maintain them, but the nature and extent of the information provided may be affected for some

être examinée à la loupe et le risque de causer un préjudice à l’intérêt national doit être démontré (décision *Mohamed*, précitée, aux paragraphes 44 et 46).

[134] Les défendeurs font observer que dans la foulée des événements du 11 septembre 2001, les enquêteurs canadiens et américains se sont entendus pour [TRADUCTION] « laisser tomber les réserves » et pour s’échanger des renseignements expressément sans avoir à obtenir le consentement de la source de laquelle ils proviennent avant de les utiliser. Ils font valoir qu’il n’est plus loisible au demandeur de prétendre qu’une obligation implicite d’obtenir ce consentement s’applique rétroactivement après que les renseignements ont été utilisés à leur détriment. Je n’accepte pas la proposition que le principe du contrôle ne s’appliquait pas lors des événements en cause. Il ressort clairement de l’ensemble de la preuve qu’indépendamment de l’entente qui a pu être conclue au niveau opérationnel entre les enquêteurs canadiens et leurs homologues américains, cela n’a rien changé au principe général de la confidentialité qui s’applique à l’échange de renseignements secrets et aux échanges diplomatiques entre les deux pays, pas plus qu’aux échanges entre le Canada et d’autres pays.

[135] Les défendeurs soutiennent que notre Cour devrait tenir compte du fait que le témoin du MAECI a reconnu que les partenaires du Canada dans le domaine du renseignement sont bien au courant des lois canadiennes en ce qui concerne la divulgation. Même en sachant que notre Cour a le pouvoir d’autoriser la divulgation de renseignements malgré le fait que ceux-ci ont été jugés préjudiciables aux relations internationales, les partenaires du Canada dans le domaine du renseignement continuent à échanger des renseignements avec le Canada. Les défendeurs affirment en conséquence que notre Cour ne devrait pas accorder trop de poids aux spéculations suivant lesquelles les sources étrangères refuseront de ce fait de communiquer des renseignements au Canada.

[136] Il ne s’agit pas de pures spéculations. Les partenaires continueront à entretenir des relations lorsqu’ils estiment que cela est dans leur intérêt mutuel, mais la nature et la portée des renseignements fournis peuvent

time. Examples of this may be found in the history of the intelligence sharing arrangements in which Canada has participated with its principal allies since World War II: see for example, Richard J. Aldrich, *GCHQ: The Uncensored Story of Britain's Most Secret Intelligence Agency* (London: Harper Press, 2010); Richard Aldrich, "Allied code-breakers co-operate – but not always" *The Guardian* (24 June 2010). The respondents are correct to suggest that these arrangements work to the benefit of all of the countries involved but Canada is, unquestionably, a junior partner in contributing and receiving intelligence.

[137] The respondents note that under rule 30.02 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, the applicant's obligation to produce documents includes a positive obligation to obtain them, or to obtain consent to release them, by request from third parties. This is said to be consistent with the jurisprudence of the Federal Courts on the third-party rule. The respondents argue that there is no public evidence that the Attorney General has yet fulfilled this obligation, or made efforts to ensure that the third parties in question are not consenting to disclosure. It is correct that there is no public evidence of such efforts but, as noted above, the Court has received such evidence in private.

[138] In *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2000] 3 F.C. 589 (C.A.), at paragraphs 101–111 (reversed on other grounds, *Ruby* 2002, above), in the context of an application arising under the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, the Federal Court of Appeal stated 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." *Ruby* did not turn on the question of consent to disclosure, but rather the constitutionality of the *ex parte* provisions of the *Privacy Act*. In *Arar*, above, at paragraph 73, Justice Noël held that *Ruby* stood for the proposition that "law enforcement and intelligence agencies have a duty to prove that they have made reasonable efforts to obtain

s'en trouver affectées pour un certain temps. On en trouve des exemples dans l'historique des ententes portant sur l'échange de renseignements auxquelles le Canada a pris part avec ses principaux alliés depuis la Seconde Guerre mondiale (voir, par exemple, Richard J. Aldrich, *GCHQ: The Uncensored Story of Britain's Most Secret Intelligence Agency* (Londres : Harper Press, 2010); Richard Aldrich, « Allied code-breakers co-operate – but not always », *The Guardian* (24 juin 2010)). C'est à juste titre que les défendeurs affirment que ces ententes sont avantageuses pour tous les pays en présence, mais que le Canada est incontestablement un partenaire qui ne joue pas un rôle de premier plan lorsqu'il s'agit de fournir et de recevoir des renseignements.

[137] Les défendeurs relèvent qu'aux termes de la règle 30.02 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, l'obligation du demandeur en matière de production de documents comprend l'obligation positive de les obtenir, ou d'obtenir le consentement de les communiquer, en s'adressant à des tiers. Cette obligation serait conforme à la jurisprudence des Cours fédérales sur la règle des tiers. Les défendeurs affirment que le dossier public ne renferme aucun élément de preuve permettant de penser que le procureur général s'est déjà acquitté de cette obligation ou qu'il a entrepris des démarches pour s'assurer que les tiers en question ne consentent pas à la divulgation. Il est exact de dire qu'on ne dispose d'aucun élément de preuve public quant à l'existence de pareilles mesures, mais, comme nous l'avons déjà signalé, la Cour a reçu de tels éléments de preuve à huis clos.

[138] Dans l'arrêt *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2000] 3 C.F. 589 (C.A.), aux paragraphes 101 à 111 (inf. pour d'autres motifs, arrêt *Ruby* de 2002, précité), s'agissant d'une demande présentée dans le cadre de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, la Cour d'appel fédérale a déclaré 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 ». L'affaire *Ruby* ne portait pas sur la question du consentement à la divulgation, mais bien sur la constitutionnalité des dispositions *ex parte* de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Dans la décision *Arar*,

consent to disclosure or they must provide evidence that such a request would be refused if consent to disclosure was sought.”

[139] In *Khawaja*, above, at paragraphs 145–146, I stated the following:

Clearly, the purpose of the third party rule is to protect and promote the exchange of sensitive information between Canada and foreign states or agencies, protecting both the source and content of the information exchanged to achieve that end, the only exception being that Canada is at liberty to release the information and/or acknowledge its source if the consent of the original provider is obtained.

In applying this concept to a particular piece of evidence however, the Court must be wary that this concept is not all encompassing. First, there is the question of whether or not Canada has attempted to obtain consent to have the information released. I would agree with the respondent that it is not open to the Attorney General to merely claim that information cannot be disclosed pursuant to the third party rule, if a request for disclosure in some form has not in fact been made to the original foreign source.

[140] *Khawaja* related to the investigation of a conspiracy to commit terrorist acts abroad. The information in question had been provided by foreign law enforcement and intelligence agencies and formed part of the Crown’s case in a criminal prosecution in Canada. The Crown was bound by the strict disclosure obligations set out in *R. v. Stinchcombe*, above. In those circumstances, I considered that there was a positive obligation on the Attorney General to seek consent.

[141] Similarly, in *Charkaoui (Re)*, 2009 FC 476, 368 F.T.R. 156, at paragraphs 28–29, a security certificate case, Justice Tremblay-Lamer held that the ministers were obliged to demonstrate that reasonable efforts had been made to obtain consent to disclosure. Factors which she took into consideration in deciding that she

précitée, au paragraphe 73, le juge Noël a jugé que la décision *Ruby* appuyait la proposition 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 prouver qu’une demande de consentement à la divulgation leur serait refusée ».

[139] Dans la décision *Khawaja*, précitée, voici ce que j’ai dit, aux paragraphes 145 et 146 :

L’objet de la règle des tiers est manifestement de protéger et d’encourager l’échange de renseignements sensibles entre le Canada et les États ou organismes étrangers, en protégeant pour cela à la fois la source et le contenu des renseignements échangés, l’unique exception étant que le Canada a toute latitude pour communiquer les renseignements et/ou pour faire état de leur source si le consentement de la source est obtenu.

Cependant, dans l’application de cette notion à tel ou tel élément de preuve, la Cour doit être consciente que cette notion n’englobe pas toutes les situations. D’abord, il faut se demander si le Canada a ou non tenté d’obtenir un consentement à la communication des renseignements. Je suis enclin à dire, comme le défendeur, qu’il n’est pas loisible au procureur général de prétendre tout bonnement que des renseignements ne peuvent pas être divulgués en application de la règle des tiers, si une demande de divulgation, sous une forme ou sous une autre, n’a pas été en fait présentée à la source étrangère.

[140] L’affaire *Khawaja* se rapportait à une enquête sur un complot visant à commettre des actes terroristes à l’étranger. Les renseignements en question avaient été fournis par des services étrangers de maintien de l’ordre et du renseignement et ils faisaient partie de la preuve du ministère public dans un procès au criminel intenté au Canada. Le ministère public était tenu aux obligations de divulgation strictes énoncées dans l’arrêt *R. c. Stinchcombe*, précité. Dans ces circonstances, j’ai estimé que le procureur général avait l’obligation positive de chercher à obtenir le consentement requis.

[141] De même, dans la décision *Charkaoui (Re)*, 2009 CF 476, aux paragraphes 28 et 29, qui avait trait à un certificat de sécurité, la juge Tremblay-Lamer a estimé que les ministres étaient obligés de démontrer que des efforts raisonnables avaient été faits pour obtenir le consentement à la divulgation. Parmi les facteurs

should hold the ministers to this standard included the fact that the ministers had used information in the past that came from the same foreign agencies in support of the confidential security intelligence report at issue; the fact that information or intelligence exists that was provided by foreign agencies had been known publicly since the public release of the summary of the intelligence report; the fact that it is public knowledge that the foreign authorities were involved in the case; and the fact that some of the information was dated and it was therefore unlikely that the secret and confidential nature of the information was still of particular interest to the originating country.

[142] In both *Khawaja* and *Charkaoui*, [Charter] section 7 security of the person interests were engaged by on-going government efforts to prosecute Mr. Khawaja and to remove Mr. Charkaoui. Such considerations do not arise in the underlying proceedings in this application.

[143] Justice Noël was somewhat less categorical about whether there is an obligation to seek consent in *Arar*, above. At paragraphs 75 and 94 of his *ex parte* reasons issued in a redacted form subsequent to the release of his public reasons ([*Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar)*] 2009 FC 1317, [2011] 1 F.C.R. 105), Justice Noël held that the fact that Canada, through its officials, had not sought consent to release certain information covered by the third-party rule was to be taken into consideration. However, he declined to draw a negative inference from the decision made by the Attorney General not to make such a request, stating that the evidence to show that such a request would be useless was on the record.

[144] In *Khadr* April 2008, above, at paragraphs 93 and 94, I expressed the view that a failure to make inquiries of foreign source countries regarding disclosure of their information may undermine a privilege claim.

dont la juge a tenu compte pour décider qu'elle obligerait les ministres à respecter cette norme, mentionnons les faits suivants : les ministres avaient, dans le passé, utilisé des renseignements qui provenaient des mêmes organismes étrangers à l'appui des rapports confidentiels de renseignement de sécurité en litige; l'existence de renseignements qui ont été fournis par des organismes étrangers était connu publiquement depuis la publication du résumé du rapport; il est de notoriété publique que les autorités étrangères avaient participé au dossier; certains des renseignements dataient et il était donc peu probable que le caractère secret et confidentiel des renseignements représentait encore un intérêt particulier pour les pays desquels ils provenaient.

[142] Tant dans l'affaire *Khawaja* que dans l'affaire *Charkaoui*, le droit à la sécurité de sa personne garanti par l'article 7 de la Charte s'appliquait par suite des démarches continues entreprises par le gouvernement pour poursuivre M. Khawaja et pour renvoyer M. Charkaoui. Ces considérations ne se posaient pas dans les instances principales en l'espèce.

[143] Dans la décision *Arar*, précitée, le juge Noël a été un peu moins catégorique sur la question de savoir s'il existe une obligation de chercher à obtenir un consentement. Aux paragraphes 75 et 94 de ses motifs *ex parte* publiés sous forme de version expurgée à la suite de la publication de ses motifs publics ([*Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)*] 2009 CF 1317, [2011] 1 R.C.F. 105), le juge Noël a expliqué qu'il fallait tenir compte du fait que le Canada n'avait pas, par le truchement de ses fonctionnaires, cherché à obtenir un consentement à la communication de certains renseignements tombant sous le coup de la règle des tiers. Il a toutefois refusé de tirer une inférence négative de la décision prise par le procureur général de ne pas adresser une telle demande, affirmant qu'on trouvait au dossier des éléments de preuve démontrant que pareille demande serait inutile.

[144] Dans la décision *Khadr* d'avril 2008, précitée, aux paragraphes 93 et 94, j'ai exprimé l'avis que le défaut d'adresser des demandes à des sources se trouvant dans des pays étrangers en vue d'obtenir leur

However, in the circumstances of that case, I agreed with the Attorney General that it would be futile to make a request of certain countries for consent to disclose their information.

[145] As noted above, in the course of the present proceedings, I received evidence *in camera* in relation to the question of whether requests had been made to foreign countries for consent to disclose information which originated with their agencies or officials. Given the evidence I have heard, the responses to the requests for consent, the experience of the Iacobucci Inquiry and the nature of the underlying proceedings, I did not consider that the failure to seek consent in the other instances weighed heavily in the balance in this case.

[146] The third-party information of greatest interest to the respondents in this matter emanated from Syria, Egypt and the United States. I note that at an early stage in the Iacobucci Inquiry, counsel to the inquiry sent letters to the appropriate authorities in these three countries (and to Malaysia) requesting that they provide relevant documentation and information. The authorities in these countries did not respond to the Commission's initial or follow-up requests to provide information.

[147] Because of the legal obligations assumed by Syria and Egypt pursuant to the *Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment* [December 10, 1984], [1987] Can. T.S. No. 36 (the Convention against Torture), the respondents submit that no damage to Canada's relations with either nation should result from disclosure of all relevant documents in its possession that originated with either country, or which concern Canada's dealings with them, that relate to the principal respondents' complaints of torture in the underlying proceedings. It is clear from the evidence I have heard *in camera* that neither country shares that perspective.

consentement à la divulgation de leurs renseignements pourrait avoir un effet défavorable sur une revendication de privilège. Vu toutes les circonstances de l'espèce, j'abonde dans le sens du procureur général lorsqu'il affirme qu'il serait futile de demander à certains pays de consentir à la divulgation de leurs renseignements.

[145] Comme je l'ai déjà signalé, au cours de la présente instance, j'ai reçu des éléments de preuve à huis clos en rapport avec la question de savoir si des demandes avaient été adressées à des pays étrangers en vue d'obtenir leur consentement à la divulgation de renseignements émanant de leurs organismes ou de leurs fonctionnaires. Compte tenu des témoignages que j'ai entendus, des réponses aux demandes de consentement, de l'expérience de l'enquête Iacobucci et de la nature des instances principales, j'estime que l'omission de chercher à obtenir le consentement dans d'autres instances n'a pas pesé lourd dans la balance en l'espèce.

[146] Les renseignements provenant de tiers qui intéressaient au premier chef les défendeurs dans la présente affaire provenaient de la Syrie, de l'Égypte et des États-Unis. Je relève que, dès le début de l'enquête Iacobucci, les avocats de la commission d'enquête ont écrit aux autorités compétentes de ces trois pays (et de la Malaisie) pour exiger qu'ils leur fournissent les documents et les renseignements pertinents. Les autorités de ces pays n'ont pas répondu à la première demande de renseignements que la Commission leur avait adressée ni aux demandes de suivi.

[147] En raison des obligations juridiques assumées par la Syrie et l'Égypte aux termes de la *Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* [10 décembre 1984], [1987] R.T. Can. n° 36 (la Convention contre la torture), les défendeurs affirment que les relations du Canada avec la Syrie ou l'Égypte ne se détérioreraient pas du fait de la divulgation de tous les documents pertinents qui se trouvent en la possession du Canada et qui proviennent de l'un ou l'autre de ces pays ou qui concernent les relations que le Canada entretient avec l'un ou l'autre de ces pays et qui ont trait aux cas de torture dont les défendeurs principaux se plaignent dans les instances principales. Il ressort des témoignages que j'ai entendus

[148] I accept, in general, the proposition that disclosure of information that countries have provided in confidence would have an adverse effect on diplomatic relations and intelligence sharing arrangements with those countries. However offensive this may be to our principles when it arises in relation to certain countries, it is a factor to be taken into consideration in balancing the public interests. Canada needs to call on other countries that do not share our values or legal traditions for consular or other assistance to protect its citizens or to advance its global interests. The Court cannot simply disregard that factor in considering whether injury would result from disclosure and, if so, whether the public interest favours disclosure and in what form.

[149] The respondents also argue that it is important to consider the effect on Canada's international relations of court-sanctioned withholding of evidence of a violation of the Convention against Torture, including evidence of engagement in or complicity in torture. I agree with that proposition. It is consistent with Canada's obligations under the Convention against Torture. Recognizing the importance of those obligations does not exclude consideration by the Court of whether there may be alternative means to disclose information in a form, such as a summary, that would minimize any injury that would otherwise result.

[150] I would also note that all countries and agencies are not equally important to Canada in terms of intelligence sharing. It is obvious that the consequences of a breach of an arrangement with Canada's major allies such as the United States and the United Kingdom would be far greater than those which may result from disclosure of information received from a country or agency not so closely linked to our national interests.

à huis clos qu'aucun de ces pays ne partage ce point de vue.

[148] J'accepte, en principe, la proposition que la divulgation des renseignements que des pays ont communiqués sous le sceau du secret nuirait aux relations diplomatiques et aux ententes conclues avec ces pays au sujet d'échange de renseignements. Toutefois, peu importe l'atteinte qu'il peut porter à nos principes lorsqu'il est invoqué en rapport avec certains pays, ce facteur doit entrer en ligne de compte lorsqu'on pondère les intérêts publics en présence. Le Canada doit faire appel à d'autres pays qui ne partagent pas ses valeurs ou ses traditions juridiques lorsqu'il a besoin de leur assistance, notamment en matière consulaire, en vue de protéger ses citoyens ou de défendre ses intérêts sur le plan international. La Cour ne peut simplement faire abstraction de ce facteur lorsqu'elle se demande si la divulgation pourrait causer un préjudice et, dans l'affirmative, si l'intérêt public favorise la divulgation et sous quelle forme.

[149] Les défendeurs affirment également qu'il est important d'examiner les conséquences qu'aurait sur les relations internationales du Canada un refus, sanctionné par un tribunal, de communiquer des éléments de preuve portant sur une violation de la Convention contre la torture, notamment d'éléments de preuve démontrant qu'il y a eu torture ou complicité à cet égard. Je souscris à cette proposition, qui va dans le sens des obligations imposées au Canada par la Convention contre la torture. La reconnaissance de l'importance de ces obligations n'exclut pas l'examen par la Cour de la question de savoir s'il peut exister d'autres moyens de divulguer les renseignements sous une forme, comme un résumé, qui minimiserait le préjudice qui pourrait autrement être causé.

[150] Je tiens par ailleurs à signaler que les pays et les organismes n'ont pas tous la même importance pour le Canada sur le plan du partage des renseignements. Il est évident que les conséquences d'un manquement à un accord conclu par le Canada avec ces principaux alliés tels que les États-Unis et le Royaume-Uni seraient beaucoup plus graves que celles que pourrait entraîner la divulgation de renseignements obtenus d'un pays

As stated by Justice Noël in *Arar*, above, at paragraphs 80-81:

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.

This being said, 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.

[151] One approach to the disclosure of third-party information that has been used in other proceedings is to minimize the risk and scope of injury. As described by Justice Tremblay-Lamer in *Charkoui (Re)*, 2009 FC 476, cited above, at paragraph 35, the information “can be neutralized by purging the parts that could be sensitive to the originating country.” As far as I considered it was possible, I have adopted that approach in deciding whether injury would result or whether the public interest favoured disclosure in some form.

[152] In the Iacobucci Report, for example, the Commissioner systematically refers to a “U.S. agency”, or, in the French version, a “organisation américaine” rather than to the actual names of the organizations in question, one of which goes to extraordinary lengths to avoid being identified as the originator or recipient of information. The Report is not entirely consistent in that respect as there are variations between the two language versions and in some instances the acronyms of the U.S. agencies concerned are disclosed, possibly inadvertently. Nonetheless, references to U.S. agencies as the originator or recipient of information that is highly relevant to the underlying actions are now in the public domain. There does not appear to have been any serious

ou d'un organisme moins étroitement lié à nos intérêts nationaux. Ainsi que le juge Noël l'explique dans la décision *Arar*, précitée, aux paragraphes 80 et 81 :

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.

Cela dit, 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.

[151] Une méthode de divulgation des renseignements provenant de tiers qui a été employée dans d'autres instances consiste à minimiser les risques et l'ampleur du préjudice. Ainsi que la juge Tremblay-Lamer l'explique dans la décision *Charkoui (Re)*, 2009 CF 476, précitée, au paragraphe 35, les renseignements « peuvent être neutralisés en épurant les éléments qui pourraient être sensibles pour le pays d'origine ». Dans la mesure où j'ai estimé que cela était possible, j'ai retenu cette méthode pour déterminer si la divulgation causerait un préjudice ou si l'intérêt public militait en faveur d'une divulgation sous une forme ou une autre.

[152] Dans le rapport Iacobucci, par exemple, le commissaire parle systématiquement d'une « organisation américaine » ou, dans la version anglaise, d'une « U.S. agency » au lieu de désigner par leur nom les organismes en question, dont un s'est donné beaucoup de mal pour éviter d'être identifié comme l'organisme qui avait reçu les renseignements ou de qui ils provenaient. Le rapport n'est pas tout à fait cohérent à cet égard, car on y relève des divergences entre les versions française et anglaise et, dans certains cas, l'acronyme des organisations américaines concernées est divulgué, peut-être par inadvertance. Quoi qu'il en soit, le fait que des organisations américaines auraient reçu ou communiqué des renseignements très utiles pour les actions principales

consequences from those disclosures, nor were they the subject of objections to the Report by ministers that were brought to the attention of this Court.

[153] In these proceedings, the applicant has consistently sought to protect information that would disclose U.S. involvement in the events that are the subject of the underlying actions. As discussed above, that involvement is now in the public domain as a result of the publication of the Iacobucci Report. I was not persuaded that disclosure of references to U.S. agencies in the documents that were under review in this application would cause injury to the protected interests or, if injury resulted, that the public interest in non-disclosure outweighed the public interest in disclosure. The approach adopted by Commissioner Iacobucci to refer to the U.S. institutions generically as “U.S. agencies” will minimize any impact such disclosure would have.

[154] In this case, *amici* made a number of valuable suggestions as to how certain third-party information might be neutralized, several but not all of which were endorsed by the applicant. The applicant also put forward similar proposals in relation to other redacted information. While I found these efforts to have been of great assistance, I have made my own decisions as to what would cause injury to the protected interests and what should be disclosed.

(g) *Employee Information*

[155] The applicant seeks to protect from disclosure information that would tend to identify CSIS employees including names, position titles, work location, telephone numbers or Internet addresses. Mr. Evans’ affidavit evidence is that the identification of CSIS employees, particularly those engaged in or who may become engaged in covert activities, would impair the ability of the employee and the Service to investigate threats to the security of Canada. In addition, there are

est devenu un fait notoire. Cette divulgation ne semble pas avoir eu de conséquences sérieuses, et on n’a pas attiré l’attention de notre Cour sur des objections au rapport que des ministres auraient formulées.

[153] En l’espèce, le demandeur a constamment cherché à protéger les renseignements qui divulgueraient la participation des États-Unis dans les événements qui font l’objet des actions principales. Comme nous l’avons déjà expliqué, cette participation est devenue un fait notoire par suite de la publication du rapport Iacobucci. On ne m’a pas convaincu que la divulgation du nom des organisations américaines mentionnées dans les documents visés par la présente demande porterait préjudice à des intérêts protégés ou, advenant qu’un préjudice soit causé, que l’intérêt du public dans la non-divulgation l’emportait sur l’intérêt du public dans la divulgation. La solution retenue par le commissaire Iacobucci en désignant les institutions des États-Unis de façon générale comme « les organisations américaines » minimisera l’impact qu’une telle divulgation pourrait avoir.

[154] En l’espèce, les intervenants désintéressés ont fait plusieurs suggestions utiles sur la façon de neutraliser certains des renseignements provenant de tiers, et le demandeur a souscrit à un certain nombre d’entre elles. Le demandeur a également fait des propositions semblables en ce qui concerne d’autres renseignements expurgés. Bien que je trouve fort utiles leurs tentatives, j’ai pris mes propres décisions sur ce qui porterait préjudice aux intérêts protégés et sur ce qui devrait être divulgué.

g) *Renseignements sur les employés*

[155] Le demandeur cherche à empêcher la divulgation de renseignements qui tendraient à identifier des employés du SCRS, notamment leur nom, titre de poste, lieu de travail, numéro de téléphone ou adresse Internet. Dans son affidavit, M. Evans témoigne que l’identification des employés du SCRS, en particulier de ceux qui ont été impliqués dans des activités cachées ou qui pourraient le devenir, réduirait la capacité de ces employés et du Service de faire enquête sur les menaces à

concerns that disclosure of identifying information would lead to harassment or threats to Service personnel.

[156] The identities of certain CSIS employees involved in the events which are the subject of the underlying actions have been publicly disclosed. The applicant relies on paragraph 18(1)(b) of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 (the CSIS Act), which prohibits the disclosure of the identity of service employees who have been or are engaged in covert activities. I agree with the respondents that this does not, in itself, preclude the identification of an employee who could in the future be asked to take on a covert role. But the Court must be cognizant of the fact that CSIS employees may be called upon to perform a covert role whether they have done so in the past or not. This is not speculative but a reality of their employment.

[157] If the evidence is capable of supporting a claim that the person concerned has committed a civil wrong or a Charter violation against the respondents, or caused or contributed to their damages resulting from such wrongs, I agree with the respondents that the Court must also consider their rights to name the employees as individual defendants and to seek discovery from them. This was previously agreed to by the Attorney General under the terms of the case management process.

[158] The RCMP have similar concerns, although to a lesser extent, about disclosure of the identity of some members. As was acknowledged in cross-examination of the RCMP witness, the identity of several members that were involved in the investigations at issue in the underlying actions has already been publicly disclosed. As a result, I considered whether there was any need to further protect such information in these proceedings and whether there was evidence to support such a finding.

la sécurité du Canada. En outre, on craint que la divulgation de renseignements qui permettraient d'identifier des employés expose le personnel du Service à du harcèlement ou à des menaces.

[156] L'identité de certains des employés du SCRS qui ont pris part aux événements qui font l'objet des actions principales a été divulguée au public. Le demandeur invoque l'alinéa 18(1)b) de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23 (la Loi sur le SCRS), qui interdit la divulgation de l'identité de tout employé du Service qui est ou était un employé qui mène des activités cachées. Je suis d'accord avec les défendeurs pour dire que cette interdiction n'empêche pas en soi d'identifier l'employé qui pourrait à l'avenir être appelé à exercer des activités cachées. Mais la Cour doit prendre acte du fait que des employés du SCRS peuvent être appelés à exécuter des activités cachées qu'ils l'aient fait ou non dans le passé. Il ne s'agit pas d'une spéculation mais d'une réalité de leur travail.

[157] Je suis d'accord avec les défendeurs pour dire que, si la preuve permet d'appuyer la prétention que l'intéressé a commis contre eux un délit civil ou a violé la Charte ou qu'il a causé ou contribué à causer les dommages qu'ils ont subis en conséquence de ce délit ou de cette violation, la Cour doit également tenir compte de leur droit de désigner les employés comme défendeurs individuels et de chercher à obtenir la communication préalable de documents et de renseignements. C'est ce dont le procureur général a convenu dans le cadre du processus de gestion de l'instance.

[158] La GRC a exprimé des craintes analogues, bien que dans une moins large mesure, au sujet de la divulgation de l'identité de certains de ses membres. Ainsi que le témoin de la GRC l'a reconnu en contre-interrogatoire, l'identité de plusieurs des membres qui ont participé aux enquêtes en cause dans les actions principales a déjà été dévoilée publiquement. Je me suis donc demandé s'il était encore nécessaire de protéger ces renseignements dans la présente instance et s'il existait des éléments de preuve pour appuyer une telle conclusion.

[159] The concern for DND and the CF is in relation to identifying military personnel engaged in sensitive operations in Afghanistan. As indicated above, I am satisfied that this information should be protected.

(h) *Administrative Information*

[160] The evidence of the CSIS witness was that disclosure of information pertaining to the Service's internal procedures and administrative methods could reveal how the Service manages its investigations, how messages are generated and to whom they are sent, how file numbers are utilized to distinguish between targets, sources of information, investigations and what types of investigations are conducted in a specific area. They are also concerned about disclosure of information that could identify the secure telecommunication systems used by the Service.

[161] CSIS collects information outside of Canada and for that purpose maintains a number of foreign offices. With the exception of offices in Washington, London and Paris, the location of these posts is classified. The evidence is that the identification of such locations would jeopardize the Service's foreign relationships and potentially put their employees posted abroad at risk.

[162] In other proceedings, it has generally been conceded that this type of information is not relevant. In the present case the respondents have not made that concession, preferring that the question remain open should some significance to the information later arise. Proceeding on the dubious assumption that the information is relevant, I have accepted the applicant's submission that injury would result from its disclosure.

(i) *Human Source Information*

[159] Quant aux craintes exprimées par le MDN et les FC, elles portent sur l'identification du personnel militaire engagé dans des opérations sensibles en Afghanistan. Comme je l'ai déjà expliqué, je suis convaincu que ces renseignements devraient être protégés.

h) *Renseignements administratifs*

[160] Le témoin du SCRS a expliqué que la divulgation de renseignements se rapportant aux procédures internes et aux méthodes administratives du Service était susceptible de révéler la manière dont le Service gère ses enquêtes, la façon dont les messages sont générés et à qui ils sont adressés, comment on se sert des numéros de dossier pour distinguer les cibles, les sources de renseignements, les enquêtes et le type d'enquête à mener dans un lieu précis. On s'inquiète par ailleurs au sujet de la divulgation de renseignements qui permettraient d'identifier les réseaux de télécommunications sécurisés qu'utilise le Service.

[161] Le SCRS recueille des renseignements à l'extérieur du Canada et, à cette fin, il possède plusieurs bureaux à l'étranger. À l'exception de ses bureaux de Washington, de Londres et de Paris, les renseignements concernant l'emplacement de ces bureaux sont classifiés. Suivant la preuve, l'identification de ces endroits compromettrait les rapports que le Service entretient à l'étranger et risquerait de compromettre la sécurité de ses employés en poste à l'étranger.

[162] Dans d'autres instances, on a généralement admis que ce type de renseignements n'était pas utile. Dans la présente affaire, les défendeurs n'ont pas fait une telle admission, préférant laisser la question en suspens pour le cas où les renseignements s'avèreraient plus tard importants. Me fondant sur l'hypothèse douteuse que ces renseignements sont pertinents, j'ai accepté l'argument du demandeur suivant lequel leur divulgation causerait un préjudice.

i) *Renseignements provenant de sources humaines*

[163] As noted above, the applicant seeks to protect information that would identify or tend to identify human sources of information or the content of information provided by human sources which, if disclosed, could lead to the identification of human sources. Having reviewed the unredacted content of the documents at issue, I can say that this is not a significant issue in these proceedings. However, I think it necessary to express my view of the matter given the likelihood of further proceedings involving other documents that may be produced on discovery to the respondents.

[164] The respondents characterize the evidence of the CSIS witness, Mr. Evans, as claiming a categorical protection for human sources that is broader than the police informant privilege recognized by the Supreme Court in *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281. They submit that CSIS' practice of encouraging its human sources to provide information as the norm, rather than the exception, serves no public interest. It is argued that the offence in section 18 of the CSIS Act that makes it is crime to disclose the identity of a person who is or was a confidential source of information or assistance to the Service merely incorporates the common law principle. Unless, they submit, the information covered by this category also engages some other legitimate national security or international relations interest, it should not fall within the scope of section 38.

[165] The respondents request that this Court order the disclosure of all information related to or received from human sources, including their identity or identifying information, subject however, to a right of the Attorney General, if so advised, to apply to the Superior Court of Justice for a protective order based upon the common law informant principle.

[166] The existence of a covert intelligence source privilege was discussed by Justice Noël in *Harkat (Re)*,

[163] Comme il a déjà été expliqué, le demandeur cherche à protéger les renseignements qui révéleraient ou tendraient à révéler les sources humaines des renseignements ou le contenu des renseignements fournis par des sources humaines qui, s'ils étaient divulgués, pourraient permettre d'identifier des sources humaines. Ayant examiné les passages non expurgés des documents en question, je peux affirmer que cette question ne revêt pas une grande importance en l'espèce. J'estime toutefois nécessaire d'exprimer mon avis sur la question, compte tenu du risque qu'il y ait d'autres instances portant sur d'autres documents qui peuvent être produits aux défendeurs lors de l'enquête préalable.

[164] Suivant les défendeurs, le témoin du SCRS, M. Evans, revendique pour les sources humaines une protection absolue qui est plus large que le privilège reconnu aux indicateurs de police par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281. Les défendeurs affirment que la coutume du SCRS qui consiste à inciter ses sources humaines à communiquer des renseignements est la norme plutôt que l'exception, et n'est pas dans l'intérêt du public. On soutient que l'infraction prévue à l'article 18 de la Loi sur le SCRS, qui prévoit que commet un crime quiconque divulgue l'identité d'une autre personne qui fournit ou a fourni au Service des informations ou une aide à titre confidentiel, ne fait que consacrer un principe de common law. Les défendeurs affirment qu'à moins que les renseignements entrant dans cette catégorie fassent également jouer d'autres intérêts légitimes en matière de sécurité nationale ou de relations internationales, ils ne devraient pas entrer dans le champ d'application de l'article 38.

[165] Les défendeurs demandent à notre Cour d'ordonner la divulgation de tous les renseignements se rapportant à des sources humaines ou reçus de sources humaines, y compris leur identité ou d'autres renseignements permettant de les identifier, sous réserve cependant du droit du procureur général, s'il le juge opportun, de saisir la Cour supérieure de justice d'une demande d'ordonnance de confidentialité sur le fondement du principe de common law protégeant les indicateurs.

[166] L'existence d'un privilège protégeant les sources humaines secrètes de renseignement a été discutée par

2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370. Justice Noël found, at paragraph 18, that the police informant privilege and the innocence-at-stake exception to that privilege did not apply, *per se*, to confidential intelligence sources. However, he considered that the criteria for recognizing or extending a privilege, as set out by the learned author of the text Wigmore on Evidence [*Evidence in Trials at Common Law*, by John Henry Wigmore, McNaughton Revision, Vol. 8, Boston: Little, Brown & Co., 1961], were met in the case of covert human sources who were assured confidentiality by CSIS in return for providing intelligence information relating to national security. Justice Noël's analysis is, I believe, consistent with the common law framework for recognizing whether a privilege may be claimed on a case-by-case basis as recently approved by the Supreme Court of Canada in *Globe and Mail v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592.

[167] At paragraph 28 of his reasons, Justice Noël stated the following:

If the Service is unable to protect the identity of its sources or is required to produce them in the context of a court proceeding (even one that is closed to the public), the number of individuals willing to come forward with information would be reduced. Indeed, there is evidence before this Court that the recruitment of human sources would be harmed if the guarantees of confidentiality given by the Service were not upheld by this Court. [Footnote omitted.]

[168] I agree with Justice Noël and, in general, adopt his reasoning in this regard. As a general proposition, I accept that the identity of covert human sources and information provided by such sources that would tend to identify them will be subject to a public interest privilege. I accept also that the Court should be conscious of the effect that a decision to order disclosure of such information may have on the recruitment of human sources. CSIS is a relatively small agency in comparison to its international partners and relies heavily on its capacity to recruit and develop human sources. Its ability to do so is a public interest of considerable importance.

le juge Noël dans *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370. Le juge Noël conclut, au paragraphe 18, que le privilège qui protège les indicateurs de police et l'exception à ce privilège relative à la démonstration de l'innocence de l'accusé ne jouaient pas comme tels à l'égard des sources humaines secrètes de renseignement. Il a toutefois considéré que les critères permettant de reconnaître l'existence d'un privilège ou d'en élargir la portée, énoncés par l'auteur de l'ouvrage Wigmore on Evidence [*Evidence in Trials at Common Law* par John Henry Wigmore, McNaughton Revision, vol. 8, Boston : Little, Brown & Co., 1961], étaient satisfaits dans le cas des sources humaines secrètes dont le SCRS assurait la confidentialité en échange de renseignements relatifs à la sécurité nationale. L'analyse du juge Noël est conforme, à mon avis, avec le cadre que prévoit la common law lorsqu'il s'agit de déterminer si un privilège peut être revendiqué au cas par cas, ainsi que la Cour suprême du Canada l'a récemment confirmé dans l'arrêt *Globe and Mail c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592.

[167] Au paragraphe 28 de ses motifs, le juge Noël déclare ce qui suit :

Si le Service n'est pas en mesure de protéger l'identité de ses sources ou est tenu de les produire au cours d'une instance judiciaire (même fermée au public), le nombre de personnes disposées à divulguer des renseignements s'en trouverait réduit. De fait, la preuve soumise indique que le recrutement de sources humaines serait compromis si notre Cour ne respectait pas les garanties de confidentialité données par le Service. [Note en bas de page omise.]

[168] J'abonde dans le sens du juge Noël et je fais mien, pour l'essentiel, son raisonnement à ce propos. En principe, j'accepte que l'identité des sources humaines secrètes et les renseignements fournis par ces sources qui tendraient à les identifier font l'objet d'un privilège lié à l'intérêt public. J'accepte également que la Cour doit être consciente des conséquences que la décision d'ordonner la divulgation de tels renseignements peut avoir sur le recrutement de sources humaines. Le SCRS est un organisme relativement modeste en comparaison de ses partenaires internationaux et il est largement tributaire de sa capacité de recruter et de former des sources humaines. Sa capacité de le faire représente un intérêt public d'une importance considérable.

[169] However, I do not accept that the privilege should apply in every instance to persons who provide information to CSIS. The Service tends to treat virtually everyone who provides information as a confidential source whether there is any real expectation of confidentiality on the part of the source, a risk of harm to the source or likelihood that they would not be forthcoming without such assurances. This extends to employees of law enforcement agencies, public utilities and business corporations who provide information that may be publicly available. In reviewing documents for disclosure, Service officials routinely redact the names of such persons and related identifying information. In my view, the Service approach is overbroad.

[170] I recognize that the redacted information may be of little or no relevance to the underlying proceedings. However, if relevant, as discussed above, the Court has to consider whether injury would result from disclosure and whether the privilege is justified on a case-by-case basis. In some instances, this will not be difficult as the circumstances relating to the recruitment and development of the source will make it clear that the information should be treated as privileged. However, the public interest in non-disclosure of the information will not in every case outweigh the public interest in disclosure. That assessment has to be made in the third and final stage of the inquiry.

3. *The balancing test*

[171] In carrying out the third part of the analysis under section 38.06, the Court must determine whether the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. If the Court is satisfied that the public interest favours disclosure, subsection 38.06(2) provides for the authorization of disclosure of information in the form and under the conditions that are

[169] Je n'irais cependant pas jusqu'à dire que ce privilège devrait s'appliquer dans chaque cas aux personnes qui fournissent des renseignements au SCRS. Le Service a tendance à considérer comme une source confidentielle pratiquement chaque personne qui lui fournit des renseignements, que la source s'attende ou non réellement à ce qu'on respecte la confidentialité de ces renseignements, que la source soit exposée ou non à un risque de subir un préjudice ou qu'il soit probable ou non que ces renseignements soient communiqués sans ces assurances. Cela vaut pour les employés des organismes chargés de faire respecter la loi, les entreprises de services publics et les sociétés commerciales, qui communiquent des renseignements qui peuvent être publics. Lorsqu'ils examinent des documents en vue de leur divulgation, les fonctionnaires du Service expurgent habituellement le nom de ces personnes ainsi que tout renseignement permettant de les identifier. À mon avis, la méthode suivie par le Service est trop large.

[170] Je reconnais que les renseignements expurgés peuvent avoir peu ou point d'utilité pour les instances principales. Toutefois, s'ils sont utiles, la Cour doit, comme nous l'avons déjà vu, se demander au cas par cas si leur divulgation causerait un préjudice et si le privilège est justifié. Dans certains cas, cette analyse ne sera pas difficile étant donné qu'il ressortira des circonstances entourant le recrutement et la formation de la source que les renseignements doivent être considérés comme privilégiés. Toutefois, l'intérêt du public à la non-divulgation des renseignements ne l'emporte pas toujours sur l'intérêt du public à leur divulgation. Cette évaluation doit être effectuée à la troisième et dernière étape de l'analyse.

3. *Le critère de la mise en balance*

[171] Pour appliquer le troisième volet de l'analyse prévue à l'article 38.06, la Cour doit déterminer si les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur les raisons d'intérêt public qui justifient la non-divulgation. Le paragraphe 38.06(2) prévoit que, si elle est convaincue que les raisons d'intérêt public militent en faveur de la divulgation, la Cour peut

most likely to limit any injury to international relations or national defence or national security.

[172] The party seeking disclosure bears the burden at this stage of proving that the public interest scale is tipped in its favour: *Ribic*, above, at paragraph 21. The Act does not specify the standard to be employed in determining whether the balance favours disclosure. The respondents submit that no higher standard should be employed than the minimal threshold of a “serious question to be tried” used in applications to obtain interim relief and assert that it is clearly met in this case: *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311.

[173] As the respondents are not facing criminal charges and are not involved in an immigration proceeding in which their liberty and security of the person interests are engaged, I consider that the standard for determining whether the balance favours disclosure is that developed in the civil case of *Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)*, 2002 FCA 470, 299 N.R. 154 (*Hijos*), and confirmed in *Ribic*, at paragraph 22, namely whether the information sought would establish a fact crucial to the case of the party seeking it. As discussed above, this may include a fact that would undermine an opposing party’s case. I also think it necessary to take into account that the information may provide the missing pieces of the overall mosaic or picture of the case necessary for a full adjudication of the issues between the parties.

[174] Factors identified in the jurisprudence that the Court may take into account in weighing the competing interests include: the nature of the interest sought to be protected; the admissibility and usefulness of the information; its probative value to an issue at trial; whether the party seeking disclosure has established that there are no other reasonable ways of obtaining the information; whether the disclosures sought amount to a fishing expedition; the seriousness of the issues involved: *Ribic*

autoriser la divulgation des renseignements selon la forme et les conditions les plus susceptibles de limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.

[172] La partie qui demande la divulgation des renseignements doit apporter la preuve que l’intérêt public milite en sa faveur (arrêt *Ribic*, précité, au paragraphe 21). La Loi ne précise pas la norme à appliquer pour déterminer si la balance penche en faveur de la divulgation. Les défendeurs affirment qu’on ne devrait pas appliquer une norme plus élevée que la norme minimale de la « question sérieuse à juger » qui est utilisée pour les demandes visant à obtenir une réparation provisoire, ajoutant qu’on a nettement satisfait à cette norme en l’espèce (*RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311).

[173] Comme les défendeurs ne font pas l’objet d’accusations criminelles et qu’ils ne sont pas parties prenantes à une procédure d’immigration dans laquelle leur droit à la liberté et à la sécurité de leur personne est en jeu, j’estime que la norme à appliquer pour décider si la balance penche en faveur de la divulgation est celle qui a été élaborée dans une cause civile, *Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 470 (l’arrêt *Hijos*), et qui a été confirmée dans l’arrêt *Ribic*, au paragraphe 22 : les renseignements demandés sont-ils susceptibles d’établir un fait crucial pour la partie qui les réclame? Comme nous l’avons vu, il pourrait s’agir d’un fait qui minerait la cause de la partie adverse. Je crois qu’il est également nécessaire de tenir compte du fait que les renseignements peuvent fournir les pièces manquantes pour obtenir la mosaïque ou le portrait complet de la cause nécessaires pour trancher les questions en litige entre les parties.

[174] Parmi les facteurs que les tribunaux ont énumérés et dont la Cour peut tenir compte pour pondérer les intérêts opposés, mentionnons les suivants : la nature de l’intérêt que l’on cherche à protéger; l’admissibilité et l’utilité des renseignements; leur valeur probante en ce qui concerne une question soulevée au procès; la question de savoir si le demandeur a établi qu’il n’existe pas d’autres moyens raisonnables d’obtenir les renseignements; la question de savoir si, en cherchant à obtenir la

v. *Canada (Attorney General)*, 2003 FCT 10, cited above, at paragraph 23; *Khan v. Canada*, [1996] 2 F.C. 316 (T.D.), at paragraph 26; *Hijos*, above, at paragraphs 16 and 17; *Canada (Attorney General) v. Kempo*, 2004 FC 1678, 294 F.T.R. 1, at paragraph 102 (*Kempo*).

[175] Justice Noël identified a non-exhaustive list of the factors to be considered in the context of an underlying public inquiry in *Arar*, above, at paragraph 98. The list is useful in the present matter as it applies to an analogous context in which accountability was being sought for past acts and omissions of Canadian officials in relation to the detention of a Canadian citizen in Syria. The factors identified by Noël J. to be assessed and weighed in determining where the public interest lies are:

- (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.

[176] The applicant submits that the respondents already have sufficient information to make their cases in the underlying applications. He asserts that the respondents' detailed submissions and their references

divulgation, le demandeur cherche à l'aveuglette des renseignements; la gravité des questions en jeu (*Ribic c. Canada (Procureur général)*, 2003 CFPI 10, précitée, au paragraphe 23; *Khan c. Canada*, [1996] 2 C.F. 316 (1^{re} inst.), au paragraphe 26; arrêt *Hijos*, précité, aux paragraphes 16 et 17; *Canada (Procureur général) c. Kempo*, 2004 CF 1678, au paragraphe 102 (la décision *Kempo*)).

[175] Dans la décision *Arar*, précitée, au paragraphe 98, le juge Noël a dressé une liste non exhaustive de facteurs dont on peut tenir compte dans le contexte d'une enquête publique. Cette liste est utile en l'espèce, étant donné qu'elle concerne une situation analogue, dans laquelle on demandait aux intéressés de rendre des comptes au sujet d'actions et d'omissions antérieurement commises par des représentants canadiens relativement à la détention d'un citoyen canadien en Syrie. Voici les facteurs qui doivent, selon le juge Noël, être évalués et mis en balance pour savoir où réside l'intérêt public :

- 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.

[176] Le demandeur affirme que les défendeurs ont déjà en mains suffisamment de renseignements pour présenter leur preuve dans les demandes principales. Il soutient qu'il ressort des arguments détaillés des

to the Iacobucci Report show that as plaintiffs, they already have considerable knowledge of the facts. As part of establishing an interest for further disclosure, the respondents must persuade the Court that they need the disclosure of injurious information to prove civil liability. That information may support a claim against the Government in itself is not grounds for the information to be disclosed, according to the applicant. If a plaintiff already has sufficient information to make its case, and/or can be expected to obtain more through discovery and examination, there will be no compelling reason to cause national injury through disclosure, the applicant submits.

[177] It is perhaps trite to observe that knowledge of the facts does not equate to admissible evidence to prove those facts. Absent production of unredacted information in the government's possession, the respondents may not be able to prove the facts that Commissioner Iacobucci relied on to make findings of deficiencies in the actions and omissions of government officials based on his examination of the information in an unredacted form. As stated by the Supreme Court in *Globe and Mail v. Canada*, above, at paragraph 62 “[a] crucial consideration in any court’s determination of whether the privilege has been made out will be whether the facts, information or testimony are available by any other means.”

[178] The primary public interest in disclosure is to ensure that the trial court has the fullest possible access to all relevant material. But that is not, in itself, an overriding consideration that will compel a decision to disclose when national security interests are at stake. As was stated in *Parkin v. O’Sullivan*, [2009] FCA 1096 (AustLII), 260 A.L.R. 503, at paragraph 32, a decision of the Federal Court of Australia, the fact that a plaintiff may not be able to make out their claim without disclosure does not generally amount to exceptional

défendeurs et de leurs renvois au rapport Iacobucci qu’en tant que demandeurs dans les actions principales, ils ont déjà une connaissance approfondie des faits. Pour démontrer qu’ils ont droit à la divulgation d’autres renseignements, les défendeurs doivent convaincre la Cour qu’ils ont besoin qu’on leur communique certains renseignements préjudiciables pour établir la responsabilité civile. Le fait que ces renseignements peuvent fonder une demande contre le gouvernement ne justifie pas en soit la divulgation de ces renseignements, suivant le demandeur. Si un demandeur dispose déjà de suffisamment de renseignements pour présenter sa cause, ou si l’on peut s’attendre à ce qu’il en obtienne lors de l’enquête préalable et au moyen d’un interrogatoire, il n’existe aucune raison convaincante, selon le demandeur, de causer un préjudice à la défense ou à la sécurité nationales par suite d’une divulgation.

[177] Il va peut-être de soi de faire observer que ce n’est pas parce qu’on est au courant de certains faits que l’on dispose nécessairement d’éléments de preuve admissibles permettant de prouver ces faits. Si les renseignements non expurgés se trouvant en la possession du gouvernement ne leur sont pas communiqués, il se peut que les défendeurs ne soient pas en mesure d’établir les faits sur lesquels le commissaire Iacobucci s’est fondé pour tirer des conclusions au sujet des lacunes qui entachaient les actions et les omissions des représentants du gouvernement après avoir examiné une version non expurgée des renseignements. Ainsi que la Cour suprême l’a jugé dans l’arrêt *Globe and Mail c. Canada*, précité, au paragraphe 62, « [l]orsqu’un tribunal est appelé à déterminer si le privilège a été établi, il doit vérifier si les faits, les renseignements ou les témoignages peuvent être connus par d’autres moyens. »

[178] Le principal intérêt du public dans la divulgation est de s’assurer que la cour de première instance dispose de l’accès le plus complet possible à tous les éléments et documents pertinents. Mais il ne s’agit pas en soi d’un facteur déterminant qui commande une décision de divulguer les renseignements demandés lorsque la sécurité nationale est en jeu. Ainsi que la Cour fédérale d’Australie l’a expliqué dans l’arrêt *Parkin v. O’Sullivan*, [2009] FCA 1096 (AustLII), 260 A.L.R. 503, au paragraphe 32, le fait qu’un demandeur puisse ne pas être en

circumstances that will outweigh the public interest in keeping information secret, given that it will often be the case that public interest immunity will exclude the information a plaintiff hopes to rely on.

[179] The issues raised in the underlying actions, including the alleged Charter breaches, are very serious. At paragraph 181 of their opening written submissions, the respondents have framed this aspect of the public interest in the following terms:

There can be no greater public interest than ensuring that participation in egregious human rights breaches are brought into the open and assessed by a court with the view to ensuring that just and appropriate reparation is ordered. The underpinning of a just and democratic society is lost if impunity is permitted. In the absence of criminal prosecutions, a civil remedy which is premised on accountability is the only effective domestic remedy whereby accountability and reparation may be achieved.

[180] I note that Mr. Justice Perell recognized that the decision of the Supreme Court in *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, “establishes a precedent that demonstrates that Mr. Elmaati has at least pleaded a viable claim that his *Charter* rights were violated”: *Abou-Elmaati*, above, at paragraph 77.

[181] The respondents submit that the underlying civil actions are the only means that they have available to obtain answers concerning the events that led to their arbitrary detention and mistreatment, which are part of the redress to which they are entitled under international law: *Convention against Torture*, above, Article 14(1) and Canada’s international human rights obligations. Any evidence of complicity in the infliction of torture or mistreatment of the principal respondents on the part of Canadian officials would bring them within the scope of the *Convention against Torture* and invokes Canada’s obligations. Moreover, the actions of the CSIS, RCMP and DFAIT officials in question are reviewable for compliance with the *Charter*: *R. v. Hape*, 2007 SCC 26,

mesure d’établir le bien-fondé de sa demande si les renseignements qu’il réclame ne sont pas divulgués ne constitue pas, en règle générale, une situation exceptionnelle qui l’emporte sur l’intérêt qu’a le public à garder les renseignements secrets, vu qu’il arrive souvent que l’exception fondée sur l’intérêt public fera en sorte que les renseignements sur lesquels le demandeur souhaite se fonder seront exclus.

[179] Les questions soulevées dans les actions principales, y compris les présumées violations de la Charte, sont très sérieuses. Au paragraphe 181 de leurs observations écrites préliminaires, les défendeurs formulent comme suit cet aspect de l’intérêt public :

[TRADUCTION] Il ne peut exister de plus grand intérêt public que celui de s’assurer qu’une participation à des violations flagrantes des droits de la personne soit dénoncée et jugée par un tribunal qui se chargera d’ordonner une réparation juste et appropriée. Les fondements d’une société juste et démocratique sont ébranlés si l’on tolère l’impunité. À défaut de poursuites au criminel, une réparation civile fondée sur l’obligation de rendre des comptes est la seule réparation efficace sur le plan national qui permette d’obtenir à la fois une reddition de comptes et une réparation.

[180] Je constate que le juge Perell a reconnu que l’arrêt de la Cour suprême *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, [TRADUCTION] « constitue un précédent qui démontre que M. Elmaati a à tout le moins plaidé un moyen valable en affirmant que les droits que la Charte lui garantit ont été violés » (*Abou-Elmaati*, précité, au paragraphe 77).

[181] Les défendeurs affirment que les actions civiles principales sont le seul moyen dont ils disposent pour obtenir des réponses au sujet des événements qui ont conduit à leur détention arbitraire et aux sévices qu’ils ont subis, et qu’elles constituent une partie de la réparation à laquelle ils ont droit en vertu du droit international (*Convention contre la torture*, précitée, au paragraphe 14(1), et obligations internationales du Canada en matière de droits de la personne). En plus de faire appel aux obligations du Canada, tout élément de preuve tendant à établir une complicité dans le recours à la torture ou aux sévices dont les défendeurs principaux ont été victimes de la part de représentants canadiens les ferait relever de la *Convention contre la*

[2007] 2 S.C.R. 292, at paragraph 106; *Canada (Justice) v. Khadr*, 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125, at paragraph 19; *Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, 2009 FC 580, [2010] 1 F.C.R. 267. Evidence of the participation of Canadian officials in the respondents' mistreatment will engage their section 7 rights: *Khadr*, 2010 SCC 3, cited above.

[182] The public interest in holding government accountable for the alleged actions and omissions of its servants is an important consideration in this case. Mr. Justice La Forest stated the following in *Carey*, above, at page 673:

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.

[183] The right to obtain an appropriate and just remedy for Charter breaches is part of our constitutional framework: *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863. As was recognized by Noël J. in *Arar*, above, at paragraph 98, the Court must take higher interests such as this into account in the balancing exercise.

[184] In the particular context of this case, the Court must also take into consideration that the respondents' present liberty interests do not depend on the outcome of their civil actions against the government: *Kempo*, above, at paragraph 115. Unlike other cases in which section 38 privilege claims have been raised in which the liberty interests of a party have been directly engaged such as *Khawaja* and all of the *Khadr* cases cited above, the underlying actions in this matter are civil proceedings seeking remedies in damages. While the respondents

torture. De plus, les actes des représentants du SCRS, de la GRC et du MAECI en cause sont susceptibles d'un contrôle pour vérifier s'ils sont conformes à la Charte (*R. c. Hape*, 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292, au paragraphe 106; *Canada (Justice) c. Khadr*, 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125, au paragraphe 19; *Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, 2009 CF 580, [2010] 1 R.C.F. 267). Les éléments de preuve démontrant une participation des représentants canadiens aux sévices infligés aux défendeurs feront jouer les droits garantis aux défendeurs par l'article 7 (arrêt *Khadr*, 2010 CSC 3, précité).

[182] L'intérêt qu'a le public à obliger le gouvernement à répondre des présumés actes ou omissions de ses préposés constitue un facteur important en l'espèce. Le juge La Forest déclare ce qui suit dans l'arrêt *Carey*, précité, à la page 673 :

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.

[183] Le droit d'obtenir une réparation juste et appropriée en cas de violation de la Charte fait partie de notre cadre constitutionnel (*Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863). Comme le juge Noël l'a reconnu dans la décision *Arar*, précitée, au paragraphe 98, la Cour doit tenir compte de ces intérêts supérieurs lorsqu'elle met en balance les raisons d'intérêt public en jeu.

[184] Dans le contexte particulier de la présente affaire, la Cour doit également tenir compte du fait que le droit à la liberté actuel des défendeurs ne dépend pas de l'issue des actions civiles qu'ils ont intentées contre le gouvernement (décision *Kempo*, précitée, au paragraphe 115). À la différence d'autres affaires dans lesquelles des revendications de privilège fondées sur l'article 38 mettaient directement en jeu le droit à la liberté comme dans la décision *Khawaja* et dans toutes les affaires *Khadr*, précitées, les actions principales en

claim damages for past alleged breaches of their Charter rights, the alleged harm has been done and those rights are not presently at stake in the underlying proceedings. While maintaining access to the courts to achieve redress for civil wrongs is an important public interest, the Court must be cognizant of the risk of present and future damage to Canada's national interests if injurious information is ordered to be disclosed.

[185] The respondents argue that subsection 24(1) of the Charter provides this Court with a broad jurisdiction, apart from section 38 itself, to ensure that an appropriate and just remedy for the breach of their Charter rights is available in the trial court. They base that submission on the argument that the findings in the Iacobucci Report and the Supplementary Report already have established that the respondents' Charter rights were likely breached by Canadian officials through their involvement in the principle respondents' detention and torture in Syria and Egypt. But this Court is not in a position to make findings of fact sufficient to craft a subsection 24(1) remedy, nor can it rely on Commissioner Iacobucci's findings, for the reasons discussed above, to make such a determination.

Whether document 171 is subject to the section 38 process?

[186] The respondents submit that the bar to disclosure in subsection 38.02(1) following the giving of notice to the Attorney General does not apply to a document that has already been disclosed in an unredacted form to opposing parties and their counsel. The statute prohibits disclosure of information that has not yet been disclosed and about which a notice to prevent the possibility of disclosure has been validly

cause en l'espèce sont des instances civiles qui visent à obtenir des dommages-intérêts à titre de réparation. Les défendeurs réclament des dommages-intérêts pour de présumées anciennes violations des droits qui leur sont garantis par la Charte, mais le préjudice reproché a déjà été causé et les droits en question ne sont pas actuellement en jeu dans les instances principales. Bien que la protection du droit de s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation d'un délit civil constitue un intérêt public important, la Cour doit être consciente du risque qu'un préjudice soit causé maintenant ou plus tard aux intérêts nationaux du Canada si elle ordonne la divulgation de renseignements préjudiciables.

[185] Les défendeurs affirment que le paragraphe 24(1) de la Charte confère à notre Cour une vaste compétence, en plus de celle que lui confère l'article 38, pour s'assurer que le tribunal de première instance soit en mesure d'accorder une réparation juste et appropriée en cas de violation des droits qui leur sont garantis par la Charte. Ils fondent cette prétention sur l'argument que les conclusions du rapport Iacobucci et du Supplément au rapport public ont déjà établi que des représentants du Canada ont probablement violé les droits que la Charte leur garantissait en raison du rôle que ces représentants ont joué en ce qui concerne la détention et la torture dont les défendeurs principaux ont fait l'objet en Syrie et en Égypte. Notre Cour n'est toutefois pas en mesure de tirer des conclusions de fait suffisantes pour accorder une réparation en vertu du paragraphe 24(1), et elle ne peut non plus, pour les raisons déjà évoquées, se fonder sur les conclusions du commissaire Iacobucci pour rendre une telle décision.

Le document 171 est-il assujéti à la procédure prévue à l'article 38?

[186] Les défendeurs affirment que l'interdiction de divulgation prévue au paragraphe 38.02(1) à la suite de l'envoi d'un avis au procureur général ne vaut pas dans le cas d'un document qui a déjà été divulgué sous une forme non expurgée aux parties adverses et à leur avocat. La Loi interdit la communication de renseignements qui n'ont pas encore été divulgués et au sujet desquels un avis visant à exclure toute possibilité de divulgation a

given. Where disclosure has already taken place, they submit, the statute no longer applies. Moreover, they contend, there is nothing in the statute that empowers this Court to order that such information be returned to the Attorney General.

[187] The respondents maintain that the Supreme Court's decision in *Babcock*, above, with respect to the effect of disclosure in respect of cabinet confidences which fall within the scope of section 39 of the Act, is equally pertinent to section 38: *Arar*, above, at paragraph 54. They submit that in *Babcock*, the Supreme Court recognized that where a deliberate disclosure of a cabinet confidence has occurred there may be other bases upon which the government may seek protection against further disclosure at common law separate and apart from the *Canada Evidence Act* procedures: *Babcock*, above, at paragraph 26. The same reasoning should apply to documents for which claims of public interest privilege under section 38 are raised, they contend.

[188] The applicant's position is that the *Babcock* rationale does not apply where the document was inadvertently disclosed. They note that Perell J. has already rejected the same argument from the respondents: *Abou-Elmaati*, above, at paragraph 45. Inadvertence should be inferred in this case because disclosure of the content of the document was inconsistent with the position taken with respect to other information of a similar nature and the error was recognized within a month of the production of the document. The error ought not to prevent the issuance of an order that the redacted information not be further disclosed if the Court is satisfied that the test under subsection 38.06(3) of the Act is otherwise met.

[189] Should the Court hold that it has jurisdiction to deal with disclosed documents, the respondents ask the Court to find that there is no evidence of "inadvertence", in the disclosure of document 171. They argue that the document was released without redactions by one or more of the people designated by the Attorney General

été valablement donné. Ils font valoir que lorsque la divulgation a déjà eu lieu, la Loi ne s'applique plus. Ils soutiennent par ailleurs que la Loi ne renferme aucune disposition qui habilite notre Cour à ordonner que ces renseignements soient rendus au procureur général.

[187] Les défendeurs maintiennent que l'arrêt *Babcock*, précité, de la Cour suprême, qui porte sur les conséquences de la divulgation de documents confidentiels du Cabinet qui tombent sous le coup de l'article 39 de la Loi, s'applique également à l'article 38 (décision *Arar*, précitée, au paragraphe 54). Ils affirment que, dans l'arrêt *Babcock*, la Cour suprême a reconnu que, lorsque des documents confidentiels du Cabinet ont été communiqués délibérément, 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, et ce, indépendamment de la procédure prévue par la *Loi sur la preuve au Canada* (*Babcock*, précité, au paragraphe 26). Le même raisonnement devrait selon eux s'appliquer aux documents pour lesquels un privilège fondé sur l'intérêt public est invoqué en vertu de l'article 38.

[188] La thèse du demandeur est que le raisonnement suivi dans l'arrêt *Babcock* ne s'applique pas lorsque le document a été divulgué par inadvertance. Il relève que le juge Perell a déjà rejeté le même argument que celui qu'invoquent les défendeurs (décision *Abou-Elmaati*, précitée, au paragraphe 45). Il y a lieu de conclure à l'inadvertance en l'espèce parce que la divulgation du contenu du document était incompatible avec la position adoptée à l'égard d'autres renseignements d'une nature similaire et que l'erreur a été reconnue dans le mois suivant la production du document. Cette erreur ne devrait pas empêcher la Cour d'ordonner que les renseignements expurgés ne soient pas de nouveau divulgués si elle est convaincue que le critère prévu au paragraphe 38.06(3) de la Loi a par ailleurs été satisfait.

[189] Pour le cas où la Cour jugerait qu'elle a compétence pour se prononcer sur les documents divulgués, les défendeurs demandent à la Cour de conclure qu'il n'y a aucun élément de preuve qui permet de conclure que la divulgation du document 171 a eu lieu « par inadvertance ». Ils soutiennent que le document a été

to make final decisions regarding disclosure under section 38, following the process designed for that purpose. It is argued that if that process and the criteria for review were flawed, they were flawed by design, not inadvertence—there is no evidence of the alleged inadvertence, which this Court has said is “of essence when determining whether inadvertently disclosed information can be protected by the Court”: *Arar*, above, at paragraph 57. If the Court determines that the disclosure was inadvertent, the respondents submit that the Court must still go on to consider whether the information sought to be protected meets the test under section 38.

[190] This Court has previously held that inadvertent release of information for which a claim of privilege is advanced under section 38 information is not a waiver: *Khawaja*, above, at paragraph 111; *Khadr* April 2008, above, at paragraphs 40–42 and 114–118; *Arar*, at paragraphs 56–57. The respondents seek to distinguish those cases on the basis that none of them concerned a situation where the disclosure occurred in proceedings before a provincial superior court and no challenge had been made to the jurisdiction of the Federal Court. In *Arar*, the Court was dealing with proceedings before a federal commission of inquiry. However, both *Khawaja* and *Khadr* related to underlying cases in the Superior Court of Justice. *Khawaja* is more on point, as it concerned inadvertent production to the defence pursuant to the Crown’s disclosure obligations. In *Khadr*, the document in question had been released to a newspaper, giving rise to Charter freedom of the press considerations.

[191] I accept the applicant’s submission that the evidence points to a series of errors in the internal

communiqué sans caviardage par une ou plusieurs des personnes qui avaient été désignées par le procureur général pour prendre une décision définitive au sujet de la divulgation en vertu de l’article 38, à l’issue du processus prévu à cette fin. Les défendeurs font valoir que, si ce processus et les critères de révision sont viciés, ils le sont dans leur conception même et non par inadvertance. Ils ajoutent qu’il n’y a aucun élément de preuve au sujet de la présumée inadvertance, rappelant que notre Cour a expliqué que de telles preuves « sont capitales lorsqu’on se demande si des renseignements divulgués par inadvertance peuvent être protégés par la Cour » (décision *Arar*, précitée, au paragraphe 57). Les défendeurs affirment que, si la Cour conclut que les documents ont été divulgués par inadvertance, elle doit poursuivre son examen en se demandant si les renseignements que l’on veut protéger satisfont au critère de l’article 38.

[190] Notre Cour a déjà jugé que la communication par inadvertance de renseignements faisant l’objet d’une revendication de privilège en vertu de l’article 38 n’emporte pas renonciation (décision *Khawaja*, précitée, au paragraphe 111; *Khadr* d’avril 2008, précitée, aux paragraphes 40 à 42 et 114 à 118; *Arar*, précitée, aux paragraphes 56 et 57). Les défendeurs tentent également d’établir une distinction entre ces affaires en faisant valoir qu’aucune ne portait sur une situation dans laquelle la divulgation avait eu lieu au cours d’une instance introduite devant une cour supérieure provinciale et en ajoutant que la compétence de la Cour fédérale n’y était pas contestée. Dans l’affaire *Arar*, la Cour se penchait sur une procédure s’étant déroulée devant une commission d’enquête fédérale. Toutefois, les affaires *Khawaja* et *Khadr* se rapportaient toutes les deux à la demande principale soumise à la Cour supérieure de justice. L’affaire *Khawaja* est celle qui est la plus pertinente, parce qu’elle concernait la production par inadvertance de la défense en réponse aux obligations de divulgation de la Couronne. Dans l’affaire *Khadr*, le document en question avait été communiqué à un journal, ce qui soulevait la question de la liberté de presse garantie par la Charte.

[191] J’accepte l’argument du demandeur suivant lequel la preuve révèle qu’une série d’erreurs ont été

government review and redaction process, and in the final preparation of the electronic version of the documents sent to the respondents. The steps taken by counsel for the applicant to notify counsel for the respondents, and to give formal notice to the Attorney General, when the mistake was discovered, are also inconsistent with advertent disclosure. I find, therefore, that the disclosure was not deliberate and the circumstances of its release do not constitute a waiver of the claimed privilege. The information in question in document 171 is, therefore, subject to the same three-step analysis as the other information at issue: *Khadr*, 2008 SCC 28, cited above, at paragraph 40.

[192] There is no dispute as to the relevancy of the redacted information in the document, aside from some file numbers and other minor administrative details. The redactions, notwithstanding the most recent “lifts”, continue to withhold information that Commissioner Iacobucci believed should be disclosed to the public. The Supplementary Report discloses much but not all of the substance of the redacted information. And the Report does not constitute admissible evidence. The content that is still redacted was thoroughly parsed in the testimony and submissions heard *in camera*. As a result, I am not persuaded that the disclosure of certain of the redacted parts of the document would result in injury. With regard to other portions, I am satisfied that the respondents have demonstrated that the public interest favours disclosure.

CONCLUSION

[193] In reviewing the information which the Attorney General seeks to protect, I have considered whether: (a) the information is relevant to the underlying proceedings; (b) the applicant has met his onus of demonstrating that disclosure of the information would cause injury with factual evidence and on a reasonableness standard; and (c) where I have found that injury has been established, that the respondents have met their onus of

commises au cours du processus interne d’examen et de caviardage du gouvernement ainsi que lors de la préparation de la version électronique définitive des documents qui ont été envoyés aux défendeurs. Les mesures prises par l’avocat du demandeur pour aviser l’avocat des défendeurs et pour donner un avis officiel au procureur général, lorsque l’erreur a été découverte, sont également incompatibles avec une divulgation par inadvertance. Je conclus donc que la divulgation n’était pas délibérée et que les circonstances de la communication des renseignements en question n’emportent pas renonciation au privilège revendiqué. Les renseignements en cause qui se trouvent dans le document 171 sont par conséquent assujettis à la même analyse en trois étapes que les autres renseignements en litige (arrêt *Khadr*, 2008 CSC 28, précité, au paragraphe 40).

[192] La pertinence des renseignements expurgés de ce document n’est pas contestée, hormis quelques numéros de dossiers et d’autres détails administratifs mineurs. Malgré les plus récentes suppressions de caviardage, les passages expurgés portent encore sur des renseignements dont la communication est refusée et qui, selon le commissaire Iacobucci, devraient être divulgués au public. Le Supplément au rapport public divulgue une grande partie des renseignements expurgés, mais pas la totalité. Et le rapport n’est pas admissible en preuve. Les passages qui sont encore caviardés ont été analysés dans les témoignages et les arguments entendus à huis clos. Il s’ensuit que je ne suis pas convaincu que la divulgation de certains des passages expurgés du document causerait un préjudice. En ce qui concerne d’autres passages, je suis convaincu que les défendeurs ont démontré que l’intérêt public milite en faveur de leur divulgation.

CONCLUSION

[193] Pour examiner les renseignements que le procureur général cherche à protéger, je me suis demandé : a) si les renseignements étaient pertinents par rapport aux instances principales; b) si le demandeur s’était déchargé du fardeau qui lui incombait de démontrer que la divulgation des renseignements causerait un préjudice compte tenu des éléments de preuve factuels et suivant la norme de la décision raisonnable; c) si je conclusais

showing the public interest in disclosure outweighs the public interest in non-disclosure.

[194] For the most part, I am satisfied that the redacted information is relevant to the underlying civil actions. That which I consider not relevant is primarily administrative detail. With regard to certain of the redacted information, I am satisfied that the applicant has not met his onus of demonstrating injury and an order to disclose the information will follow, subject to any other claims of privilege which the applicant may assert before the trial court. Where injury has been established, I have considered whether the respondents have shown that the public interest favours disclosure. Where I have concluded that there should be further production in such cases, I have considered whether the injury may be neutralized by disclosing the information in the form of a summary that does not reveal particularly sensitive information such as the names of foreign officials or agencies.

[195] The results of these decisions are set out in a table attached as “Annex A” to the order that has been released to the applicant pursuant to paragraph 38.02(2)(b) of the Act. The information which is ordered to be disclosed will be provided to the respondents on the expiry of the periods for appeal accorded the applicant in section 38.09 and, if any application for leave to appeal is made to the Supreme Court of Canada, in section 38.1 [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] of the Act. I have also indicated in the order, as the Act is not clear in this regard, that the period for any appeal by the respondents should run from the date on which the further disclosures are made to them. That is, of course, subject to any further time for appeal that the Federal Court of Appeal may consider appropriate under section 38.09 of the Act.

que l’existence d’un préjudice avait été établie, si les défendeurs s’étaient acquittés du fardeau qui leur incombait de démontrer que l’intérêt public à ce que les renseignements soient divulgués l’emportait sur l’intérêt public à ce qu’ils ne le soient pas.

[194] Dans l’ensemble, je suis convaincu que les renseignements expurgés sont pertinents en ce qui concerne les actions civiles principales. Ceux que je ne considère pas comme pertinents portent surtout sur des détails administratifs. En ce qui concerne certains des renseignements expurgés, je suis convaincu que le demandeur ne s’est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer l’existence d’un préjudice. Une ordonnance de divulgation des renseignements sera donc prononcée, sous réserve de toute autre revendication de privilège que le demandeur peut faire valoir devant le tribunal de première instance. Lorsque le préjudice a été établi, je me suis demandé si les défendeurs avaient démontré que l’intérêt public militait en faveur de la divulgation. Après avoir conclu que les renseignements en question devaient effectivement être produits, j’ai cherché à savoir si le préjudice pouvait être neutralisé au moyen de la divulgation de ces renseignements sous forme de résumé ne révélant pas des renseignements particulièrement sensibles comme le nom de représentants ou d’organismes étrangers.

[195] Le résultat de ces décisions est exposé dans le tableau joint à l’ordonnance à titre d’annexe A qui a été communiqué au demandeur conformément à l’alinéa 38.02(2)b) de la Loi. Les renseignements dont la divulgation est ordonnée seront communiqués aux défendeurs à l’expiration du délai d’appel accordé au demandeur à l’article 38.09 et, si une demande d’autorisation de pourvoi est présentée à la Cour suprême du Canada, à l’article 38.1 [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] de la Loi. Comme la Loi n’est pas claire à ce sujet, j’ai également précisé dans l’ordonnance que le délai imparti aux défendeurs pour interjeter appel commencera à courir à la date à laquelle les renseignements leur seront divulgués, et ce, évidemment, sous réserve de tout autre délai d’appel que la Cour d’appel fédérale peut juger approprié d’accorder en vertu de l’article 38.09 de la Loi.

[196] I am grateful to the *amici* and counsel for the Attorney General for their diligent efforts to assist the Court in dealing with the *ex parte* and *in camera* aspects of this application. I also appreciate the efforts of counsel for the respondents to provide meaningful opening and closing submissions notwithstanding the difficulties they faced in addressing issues obscured by their inability to have full disclosure of the information in the government's possession.

[196] Je tiens à exprimer ma gratitude envers les intervenants désintéressés et les avocats du procureur général pour les efforts soutenus qu'ils ont déployés pour aider la Cour à se prononcer sur les aspects *ex parte* et à huis clos de la présente demande. Je remercie également les avocats des défendeurs pour les observations introductives et finales utiles qu'ils ont formulées malgré les difficultés auxquelles ils étaient confrontés du fait qu'ils devaient aborder des questions sans avoir pu bénéficier des lumières que leur aurait apportées une divulgation intégrale des renseignements se trouvant en la possession du gouvernement.

A-428-10
2011 FCA 199

A-428-10
2011 CAF 199

Attorney General of Canada (*Appellant*)

Procureur général du Canada (*appelant*)

v.

c.

Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Sajeda Almalki by her Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Muaz Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Zakariyy a Almalki, by his Litigation Guardian Khuzaimah Kalifah, Nadim Almalki, Fatima Almalki, Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash, Rasha Abou-Elmaati, Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu, Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin (*Respondents*)

Abdullah Almalki, Khuzaimah Kalifah, Abdulrahman Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Sajeda Almalki, représentée par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Muaz Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Zakariyy a Almalki, représenté par son tuteur à l'instance Khuzaimah Kalifah, Nadim Almalki, Fatima Almalki, Ahmad Abou-Elmaati, Badr Abou-Elmaati, Samira Al-Shallash, Rasha Abou-Elmaati, Muayyed Nureddin, Abdul Jabbar Nureddin, Fadila Siddiqu, Mofak Nureddin, Aydin Nureddin, Yashar Nureddin, Ahmed Nureddin, Sarab Nureddin, Byda Nureddin (*intimés*)

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. ALMALKI

RÉPERTORIÉ : CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) c. ALMALKI

Federal Court of Appeal, Blais C.J., Létourneau and Trudel J.J.A.—Ottawa, May 31 and June 13, 2011.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Blais, juges Létourneau et Trudel, J.C.A.—Ottawa, 31 mai et 13 juin 2011.

Evidence — Appeal from Federal Court decision ordering disclosure of sensitive, potentially injurious information as defined in Canada Evidence Act, s. 38 — Appellant seeking order confirming prohibition of disclosure, changes to disclosure order to limit injury to international relations or national defence or national security — Whether Federal Court erring in failing to apply informer privilege to Canadian Security Intelligence Service (CSIS) human sources, in its treatment of third-party rule in ordering disclosure of certain information — Federal Court not erring when not applying informer privilege rule to CSIS human sources — Informer privilege absolute — Confidentiality of information relating to international relations, national defence, national security not absolute under s. 38 — Extending informer privilege to CSIS human sources thus running counter to s. 38, express will of Parliament — Procedure for determining claim of privilege must remain flexible — Federal Court erring in treatment of third-party rule, application of third part of Ribic v. Canada (Attorney General) test, giving undue weight to public interest in disclosure — As such, some of the summaries of information not minimizing injury as mandated by Act — Appeal allowed.

Preuve — Appel d'une ordonnance de divulgation de renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables au sens de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada — L'appellant requiert une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation et modifiant l'ordonnance de divulgation pour limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou la sécurité nationales — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en n'appliquant pas aux sources humaines du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) le privilège relatif aux indicateurs de police et mal appliqué la règle des tiers en ordonnant la divulgation de certains renseignements — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en n'appliquant pas aux sources humaines du SCRS le privilège relatif aux indicateurs de police — Ce privilège est absolu — La confidentialité des renseignements touchant les relations internationales ou la défense ou la sécurité nationales n'est pas absolue sous le régime de l'art. 38 — L'application aux sources humaines du SCRS du privilège relatif aux indicateurs de police irait donc à l'encontre de l'art. 38 et de l'intention expresse du législateur — La procédure à appliquer aux revendications de privilège doit rester souple — La Cour

Security Intelligence — Federal Court ordering disclosure of sensitive, potentially injurious information as defined in Canada Evidence Act, s. 38 — Whether informer privilege rule should be applied to Canadian Security Intelligence Service (CSIS) human sources — Informer privilege absolute whereas confidentiality of information relating to international relations, national defence, national security not absolute under s. 38 — Canadian Security Intelligence Service Act, s. 18, stating it is an offence to disclose identity of an informer or CSIS employee engaged in covert activities, not creating absolute prohibition against disclosure, compatible with s. 38.

This was an appeal from a Federal Court decision ordering the disclosure of documents containing “sensitive information” and “potentially injurious information” as defined in section 38 of the *Canada Evidence Act* (Act).

The appellant sought an order confirming the prohibition of disclosure for some documents pursuant to subsection 38.06(3) of the Act and, for others, changes to the disclosure order to limit injury to international relations or national defence or national security as authorized by subsection 38.06(2) of the Act. The appellant argued that the Federal Court should have applied the informer privilege rule to Canadian Security Intelligence Service (CSIS) human sources, and erred when it applied the *Ribic v. Canada (Attorney General)* test and engaged in a balancing exercise of the public interests at stake.

At issue was whether the Federal Court erred in failing to apply the informer privilege rule to CSIS human sources and whether it erred in its treatment of the third-party rule when ordering the disclosure of certain information received from foreign partners.

Held, the appeal should be allowed.

The Federal Court made no error when it did not apply the informer privilege rule to CSIS human sources. The informer privilege, which is a class privilege as opposed to a case-by-case privilege, is absolute in that it cannot be balanced against

fédérale a mal appliqué la règle des tiers et le troisième volet du critère de l'arrêt Ribic c. Canada (Procureur général), en accordant trop de poids à l'intérêt public afférent à la divulgation — Le préjudice n'a donc pas été limité conformément à la Loi dans certains résumés de renseignements — Appel accueilli.

Renseignement de sécurité — La Cour fédérale a ordonné la divulgation de renseignements sensibles ou potentiellement préjudiciables au sens de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada — Il s'agissait de savoir si le privilège relatif aux indicateurs de police s'applique aux sources humaines du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) — Le privilège relatif aux indicateurs de police est absolu, tandis que la confidentialité des renseignements touchant les relations internationales ou la défense ou la sécurité nationales n'est pas absolue sous le régime de l'art. 38 — L'art. 18 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, faisant une infraction du fait de divulguer l'identité d'un informateur ou d'un employé occupé à des activités cachées du SCRS, ne crée pas d'interdiction absolue de divulgation et il est compatible avec l'art. 38.

Il s'agissait d'un appel à l'encontre de la décision de la Cour fédérale d'ordonner la divulgation de documents renfermant des « renseignements sensibles » et des « renseignements potentiellement préjudiciables » au sens de l'article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada* (la Loi).

L'appelant a demandé une ordonnance confirmant l'interdiction de divulgation prévue au paragraphe 38.06(3) de la Loi pour certains documents et, pour d'autres, modifiant l'ordonnance de divulgation afin de limiter le préjudice aux relations internationales ou à la défense ou la sécurité nationales en application du paragraphe 38.06(2) de la Loi. Selon l'appelant, la Cour fédérale aurait dû appliquer aux sources humaines du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) le privilège relatif aux indicateurs de police, et elle a erronément appliqué le critère de l'arrêt *Ribic c. Canada (Procureur général)* et soupesé les raisons d'intérêt public en jeu.

L'appel soulevait la question de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en n'appliquant pas aux sources humaines du SCRS le privilège relatif aux indicateurs de police et a mal appliqué la règle des tiers en ordonnant la divulgation de certains renseignements émanant de partenaires étrangers.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en n'appliquant pas aux sources humaines du SCRS le privilège relatif aux indicateurs de police. Ce privilège est un privilège générique, par opposition aux privilèges reconnus au cas par cas, et il est

other interests. The difficulties raised in *R. v. National Post* with the granting of a class privilege to journalists also apply herein to the granting of the informer privilege to CSIS human sources. Parliament has devised a system under section 38 wherein confidentiality of information relating to international relations, national defence and national security is not absolute, contrary to the informer privilege. Extending the informer privilege to CSIS human sources would thus run counter to section 38 and the express will of Parliament. Section 18 of the *Canadian Security Intelligence Service Act* (CSIS Act), which states that it is an offence to disclose the identity of an informer or a CSIS employee engaged in covert activities, does not create an absolute prohibition against disclosure. Indeed, subsection 18(2) of the CSIS Act allows a person to disclose such information “as required by any other law”. This is compatible with section 38 of the Act, which allows for disclosure pursuant to an order issued by a designated judge in the exercise of the discretion conferred by that section. Finally, the procedure to be followed when confronted with a claim of privilege must remain flexible because the manner of proceeding may be dictated by such factors as the nature of the information, the importance of the source, the extent of the prejudice to the source and national defence, national security and international relations. The judge designated pursuant to section 38 is best positioned to determine the process to be followed so as to foster the better exercise of his or her discretion in the most efficient manner.

As to its treatment of the third-party rule, the Federal Court committed palpable and overriding errors in its application of the third part of the *Ribic* test by either discounting the evidence of injury or by not giving it the weight that it deserved. It also gave undue weight to the respondent’s claim of prejudice. This led the Federal Court to give undue weight to the public interest in disclosure of the information, which is reflected in some of the summaries of the information where injury is not minimized as mandated by the Act.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 38 “judge” (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141), “participant” (as enacted *idem*, s. 43), “potentially injurious information” (as enacted *idem*), “proceeding” (as enacted *idem*), “prosecutor” (as enacted *idem*), “sensitive information” (as enacted *idem*), 38.01 (as enacted *idem*), 38.02 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.03 (as enacted *idem*, s. 43), 38.031 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.04 (as enacted *idem*), 38.05 (as enacted *idem*, s. 43), 38.06

absolu, au sens où il ne peut être mis en balance avec d’autres intérêts. Les difficultés posées par l’octroi d’un privilège générique à des journalistes, mentionnées dans l’arrêt *R. c. National Post*, jouent également à l’égard de l’octroi aux sources humaines du SCRS du privilège relatif aux indicateurs de police. Le législateur a établi à l’article 38 un système qui ne garantit pas la confidentialité absolue des renseignements touchant les relations internationales et la défense ou la sécurité nationales, contrairement au privilège relatif aux indicateurs de police. Il irait donc à l’encontre de l’article 38 et de l’intention expresse du législateur d’appliquer ce privilège aux sources humaines du SCRS. L’article 18 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité* (LSCRS), faisant une infraction du fait de divulguer l’identité d’un informateur ou d’un employé occupé à des activités cachées du SCRS, ne crée pas d’interdiction absolue de divulgation. En effet, le paragraphe 18(2) de la LSCRS permet la divulgation « si une autre règle de droit l’exige ». Cela est compatible avec l’article 38, qui autorise la divulgation en exécution de l’ordonnance d’un juge désigné rendue dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par cet article. Enfin, la procédure à suivre en cas de revendication de privilège doit rester souple car des facteurs comme la nature des renseignements, l’importance de la source, l’étendue du préjudice pouvant être causé à la source, à la défense ou la sécurité nationales ou aux relations internationales peuvent en dicter le contenu. Le juge désigné en application de l’article 38 est le mieux placé pour décider du processus qui lui permettra d’exercer son pouvoir discrétionnaire avec le plus d’efficacité.

Pour ce qui est de la règle des tiers, la Cour fédérale a commis des erreurs manifestes et dominantes dans l’application du troisième volet du critère de l’arrêt *Ribic* en ne tenant pas compte de la preuve de préjudice ou en ne lui accordant pas le poids qu’il fallait. Elle a aussi attribué un poids exagéré à l’argument du préjudice avancé par les intimés. À cause de cela, elle a accordé trop de poids à l’intérêt public afférent à la divulgation, ce qui a eu des répercussions dans certains résumés de renseignements, où le préjudice n’est pas limité conformément à la Loi.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38 « instance » (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), « juge » (édicte, *idem*, art. 43, 141), « participant » (édicte, *idem*, art. 43), « poursuivant » (édicte, *idem*), « renseignements potentiellement préjudiciables » (édicte, *idem*), « renseignements sensibles » (édicte, *idem*), 38.01 (édicte, *idem*), 38.02 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.03 (édicte, *idem*, art. 43), 38.031 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.04 (édicte, *idem*), 38.05 (édicte, *idem*,

(as enacted *idem*), 38.07 (as enacted *idem*), 38.08 (as enacted *idem*), 38.09 (as enacted *idem*).

Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C., 1985, c. C-23, ss. 18, 19 (as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25(1)(d); 2003, c. 22, s. 224(z.12)(E)).

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Attorney General) v. Ribic, 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33, 185 C.C.C. (3d) 129, 320 N.R. 275, leave to appeal to S.C.C. denied October 22, 2003; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, 318 D.L.R. (4th) 1, 254 C.C.C. (3d) 469.

CONSIDERED:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1; *Canada v. Furukawa*, 2000 CanLII 16502, [2001] 1 C.T.C. 39, 2000 DTC 6669, 262 N.R. 262 (F.C.A.); *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, (1997), 143 D.L.R. (4th) 38, [1997] 3 W.W.R. 457; *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, (1983), 2 D.L.R. (4th) 193, 4 Admin. L.R. 205; *Harkat (Re)*, 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370, 306 D.L.R. (4th) 269, 339 F.T.R. 65, revd in part 2012 FCA 122.

APPEAL from a Federal Court decision (2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508) ordering the disclosure of documents containing “sensitive information” and “potentially injurious information” as defined in section 38 of the *Canada Evidence Act*. Appeal allowed.

APPEARANCES

Linda J. Wall and *Catherine A. Lawrence* for appellant.

Philip Tunley and *Fredrick Schumann* for respondents.

François Dadour as *amicus curiae*.

SOLICITORS OF RECORD

Attorney General of Canada for appellant.
Stockwoods LLP Barristers, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

art. 43), 38.06 (édicte, *idem*), 38.07 (édicte, *idem*), 38.08 (édicte, *idem*), 38.09 (édicte, *idem*).

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23, art. 18, 19 (mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25(1)d); 2003, ch. 22, art. 224z.12(A)).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Procureur général) c. Ribic, 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 22 octobre 2003; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada c. Furukawa*, 2000 CanLII 16502, [2000] A.C.F. n° 1830 (QL) (C.A.F.); *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281; *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370, inf. en partie 2012 CAF 122.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale (2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508) ordonnant la divulgation de documents renfermant des « renseignements sensibles » et des « renseignements potentiellement préjudiciables » au sens de l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Appel accueilli.

ONT COMPARU

Linda J. Wall et *Catherine A. Lawrence* pour l’appelant.

Philip Tunley et *Fredrick Schumann* pour les intimés.

François Dadour en qualité d’*amicus curiae*.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Le procureur général du Canada pour l’appelant.
Stockwoods LLP Barristers, Toronto, pour les intimés.

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

LÉTOURNEAU J.A.:

The issues on appeal

[1] The Attorney General of Canada (appellant) appeals against a decision of a designated judge of the Federal Court (Judge) [2010 FC 1106, [2012] 2 F.C.R. 508] rendered in relation to the public disclosure of “sensitive information” [as enacted by S.C. 2001, c. 41, s. 43] and “potentially injurious information” [as enacted *idem*] as defined in section 38 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (Act).

[2] The appellant challenges part of the Judge’s decision which ordered the disclosure of a number of documents. He seeks with respect to some of these documents an order confirming prohibition of disclosure pursuant to subsection 38.06(3) [as enacted *idem*] of the Act. As for the others, the demand is for changes to the disclosure order so as to limit any injury to international relations or national defence or national security as authorized by subsection 38.06(2) [as enacted *idem*].

[3] The appellant’s challenge raises the following issues:

(a) the standard of review;

(b) whether the Judge erred in failing to apply the common law informer privilege rule (informer privilege) to Canadian Security Intelligence Service (CSIS) human sources; and

(c) whether the Judge erred in his treatment of the so-called third-party rule when he ordered disclosure of certain information received from foreign partners.

The relevant legislative provisions

[4] For a better understanding of the process, I reproduce the relevant legislative provisions [ss. 38 “judge” (as enacted by S.C. 2001, c. 41, ss. 43, 141), “participant” (as enacted *idem*, s. 43), “proceeding” (as enacted

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. :

Les questions soulevées en appel

[1] Le procureur général du Canada (l’appelant) interjette appel de la décision que le juge désigné de la Cour fédérale (le juge) [2010 CF 1106, [2012] 2 R.C.F. 508] a rendue relativement à la divulgation de « renseignements sensibles » [édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43] et de « renseignements potentiellement préjudiciables » [édicte, *idem*] au sens de l’article 38 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la Loi).

[2] L’appelant conteste certains éléments de la décision du juge concernant la divulgation de documents et il requiert, à l’égard de certains de ces documents, une ordonnance confirmant l’interdiction de les divulguer prévue au paragraphe 38.06(3) [édicte, *idem*] de la Loi. Pour ce qui est des autres documents, il demande que l’ordonnance de divulgation soit modifiée de façon à limiter le préjudice porté aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales en application du paragraphe 38.06(2) [édicte, *idem*].

[3] L’appel soulève les questions suivantes :

a) la question de la norme de contrôle applicable;

b) la question de savoir si le juge a commis une erreur en n’appliquant pas aux sources humaines du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) le privilège de common law relatif aux indicateurs de police;

c) la question de savoir si le juge a mal appliqué la règle dite « des tiers » lorsqu’il a ordonné la divulgation de certains renseignements émanant de partenaires étrangers.

Les dispositions législatives pertinentes

[4] Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites ci-dessous pour permettre une meilleure compréhension du processus en cause [art. 38 « instance » (édicte par L.C. 2001, ch. 41, art. 43), « juge »

idem), “prosecutor” (as enacted *idem*), 38.01 (as enacted *idem*), 38.02 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.03 (as enacted *idem*, s. 43), 38.031 (as enacted *idem*, ss. 43, 141), 38.04 (as enacted *idem*), 38.05 (as enacted *idem*, s. 43), 38.06 (as enacted *idem*), 38.07 (as enacted *idem*), 38.08 (as enacted *idem*), 38.09 (as enacted *idem*)]:

(édicte, *idem*, art. 43, 141), « participant » (édicte, *idem*, art. 43), « poursuivant » (édicte, *idem*), 38.01 (édicte, *idem*), 38.02 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.03 (édicte, *idem*, art. 43), 38.031 (édicte, *idem*, art. 43, 141), 38.04 (édicte, *idem*), 38.05 (édicte, *idem*, art. 43), 38.06 (édicte, *idem*), 38.07 (édicte, *idem*), 38.08 (édicte, *idem*), 38.09 (édicte, *idem*) :

Definitions	38. The following definitions apply in this section and in sections 38.01 to 38.15.	38. Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article et aux articles 38.01 à 38.15.	Définitions
“judge” « <i>juge</i> »	“judge” means the Chief Justice of the Federal Court or a judge of that Court designated by the Chief Justice to conduct hearings under section 38.04.	« instance » Procédure devant un tribunal, un organisme ou une personne ayant le pouvoir de contraindre la production de renseignements.	« instance » “ <i>proceedings</i> ”
“participant” « <i>participant</i> »	“participant” means a person who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of, information.	« juge » Le juge en chef de la Cour fédérale ou le juge de ce tribunal désigné par le juge en chef pour statuer sur les questions dont est saisi le tribunal en application de l’article 38.04.	« juge » “ <i>judge</i> ”
“potentially injurious information” « <i>renseignements potentiellement préjudiciables</i> »	“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.	« participant » Personne qui, dans le cadre d’une instance, est tenue de divulguer ou prévoit de divulguer ou de faire divulguer des renseignements.	« participant » “ <i>participant</i> ”
“proceedings” « <i>instance</i> »	“proceeding” means a proceeding before a court, person or body with jurisdiction to compel the production of information.	« poursuivant » Représentant du procureur général du Canada ou du procureur général d’une province, particulier qui agit à titre de poursuivant dans le cadre d’une instance ou le directeur des poursuites militaires, au sens de la Loi sur la défense nationale.	« poursuivant » “ <i>prosecutor</i> ”
“prosecutor” « <i>poursuivant</i> »	“prosecutor” means an agent of the Attorney General of Canada or of the Attorney General of a province, the Director of Military Prosecutions under the <i>National Defence Act</i> or an individual who acts as a prosecutor in a proceeding.	« 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.	« renseignements potentiellement préjudiciables » “ <i>potentially injurious information</i> ”
“sensitive information” « <i>renseignements sensibles</i> »	“sensitive information” means information relating to international relations or national defence or national security that is in the possession of the Government of Canada, whether originating from inside or outside Canada, and is of a type that the Government of Canada is taking measures to safeguard.	« renseignements sensibles » Les renseignements, en provenance du Canada ou de l’étranger, qui concernent les affaires internationales ou la défense ou la sécurité nationales, qui se trouvent en la possession du gouvernement du Canada et qui sont du type des renseignements à l’égard desquels celui-ci prend des mesures de protection.	« renseignements sensibles » “ <i>sensitive information</i> ”
Notice to Attorney General of Canada	38.01 (1) Every participant who, in connection with a proceeding, is required to disclose, or expects to disclose or cause the disclosure of,	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	Avis au procureur général du Canada

	<p>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.</p>	<p>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.</p>	
During a proceeding	<p>(2) Every participant who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed, whether by the participant or another person, in the course of a proceeding shall raise the matter with the person presiding at the proceeding and notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (1). In such circumstances, the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.</p>	<p>(2) Tout participant qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués par lui ou par une autre personne au cours d'une instance est tenu de soulever la question devant la personne qui préside l'instance et d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (1). Le cas échéant, la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.</p>	Au cours d'une instance
Notice of disclosure from official	<p>(3) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information may be disclosed in connection with a proceeding may notify the Attorney General of Canada in writing of the possibility of the disclosure, and of the nature, date and place of the proceeding.</p>	<p>(3) Le fonctionnaire — à l'exclusion d'un participant — qui croit que peuvent être divulgués dans le cadre d'une instance des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables peut aviser par écrit le procureur général du Canada de la possibilité de divulgation; le cas échéant, l'avis précise la nature, la date et le lieu de l'instance.</p>	Avis par un fonctionnaire
During a proceeding	<p>(4) An official, other than a participant, who believes that sensitive information or potentially injurious information is about to be disclosed in the course of a proceeding may raise the matter with the person presiding at the proceeding. If the official raises the matter, he or she shall notify the Attorney General of Canada in writing of the matter as soon as possible, whether or not notice has been given under subsection (3), and the person presiding at the proceeding shall ensure that the information is not disclosed other than in accordance with this Act.</p>	<p>(4) Le fonctionnaire — à l'exclusion d'un participant — qui croit que des renseignements sensibles ou des renseignements potentiellement préjudiciables sont sur le point d'être divulgués au cours d'une instance peut soulever la question devant la personne qui préside l'instance; le cas échéant, il est tenu d'aviser par écrit le procureur général du Canada de la question dès que possible, que ces renseignements aient fait ou non l'objet de l'avis prévu au paragraphe (3) et la personne qui préside l'instance veille à ce que les renseignements ne soient pas divulgués, sauf en conformité avec la présente loi.</p>	Au cours d'une instance
Military proceedings	<p>(5) In the case of a proceeding under Part III of the <i>National Defence Act</i>, notice under any of subsections (1) to (4) shall be given to both the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence.</p>	<p>(5) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la <i>Loi sur la défense nationale</i>, les avis prévus à l'un des paragraphes (1) à (4) sont donnés à la fois au procureur général du Canada et au ministre de la Défense nationale.</p>	Instances militaires

Exception	<p>(6) This section does not apply when</p> <p>(a) the information is disclosed by a person to their solicitor in connection with a proceeding, if the information is relevant to that proceeding;</p> <p>(b) the information is disclosed to enable the Attorney General of Canada, the Minister of National Defence, a judge or a court hearing an appeal from, or a review of, an order of the judge to discharge their responsibilities under section 38, this section and sections 38.02 to 38.13, 38.15 and 38.16;</p> <p>(c) disclosure of the information is authorized by the government institution in which or for which the information was produced or, if the information was not produced in or for a government institution, the government institution in which it was first received; or</p> <p>(d) the information is disclosed to an entity and, where applicable, for a purpose listed in the schedule.</p>	<p>(6) Le présent article ne s'applique pas :</p> <p>a) à la communication de renseignements par une personne à son avocat dans le cadre d'une instance, si ceux-ci concernent l'instance;</p> <p>b) aux renseignements communiqués dans le cadre de l'exercice des attributions du procureur général du Canada, du ministre de la Défense nationale, du juge ou d'un tribunal d'appel ou d'examen au titre de l'article 38, du présent article, des articles 38.02 à 38.13 ou des articles 38.15 ou 38.16;</p> <p>c) aux renseignements dont la divulgation est autorisée par l'institution fédérale qui les a produits ou pour laquelle ils ont été produits ou, dans le cas où ils n'ont pas été produits par ou pour une institution fédérale, par la première institution fédérale à les avoir reçus;</p> <p>d) aux renseignements divulgués auprès de toute entité mentionnée à l'annexe et, le cas échéant, à une application figurant en regard d'une telle entité.</p>	Exception
Exception	<p>(7) Subsections (1) and (2) do not apply to a participant if a government institution referred to in paragraph (6)(c) advises the participant that it is not necessary, in order to prevent disclosure of the information referred to in that paragraph, to give notice to the Attorney General of Canada under subsection (1) or to raise the matter with the person presiding under subsection (2).</p>	<p>(7) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent pas au participant si une institution gouvernementale visée à l'alinéa (6)c) l'informe qu'il n'est pas nécessaire, afin d'éviter la divulgation des renseignements visés à cet alinéa, de donner un avis au procureur général du Canada au titre du paragraphe (1) ou de soulever la question devant la personne présidant une instance au titre du paragraphe (2).</p>	Exception
Schedule	<p>(8) The Governor in Council may, by order, add to or delete from the schedule a reference to any entity or purpose, or amend such a reference.</p>	<p>(8) Le gouverneur en conseil peut, par décret, ajouter, modifier ou supprimer la mention, à l'annexe, d'une entité ou d'une application figurant en regard d'une telle entité.</p>	Annexe
Disclosure prohibited	<p>38.02 (1) Subject to subsection 38.01(6), no person shall disclose in connection with a proceeding</p> <p>(a) information about which notice is given under any of subsections 38.01(1) to (4);</p> <p>(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);</p>	<p>38.02 (1) Sous réserve du paragraphe 38.01(6), nul ne peut divulguer, dans le cadre d'une instance :</p> <p>a) les renseignements qui font l'objet d'un avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4);</p> <p>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);</p>	Interdiction de divulgation

	(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	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) the fact that an agreement is entered into under section 38.031 or subsection 38.04(6).	d) le fait qu'un accord a été conclu au titre de l'article 38.031 ou du paragraphe 38.04(6).	
Entities	(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.	(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.	Entités
Exceptions	(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.	(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.	Exceptions
Authoriza- tion by Attorney General of Canada	38.03 (1) The Attorney General of Canada may, at any time and subject to any conditions that he or she considers appropriate, authorize the disclosure of all or part of the information and facts the disclosure of which is prohibited under subsection 38.02(1).	38.03 (1) Le procureur général du Canada peut, à tout moment, autoriser la divulgation de tout ou partie des renseignements ou des faits dont la divulgation est interdite par le paragraphe 38.02(1) et assortir son autorisation des conditions qu'il estime indiquées.	Autorisation de divulgation par le procureur général du Canada
Military proceedings	(2) In the case of a proceeding under Part III of the <i>National Defence Act</i> , the Attorney General of Canada may authorize disclosure only with the agreement of the Minister of National Defence.	(2) Dans le cas d'une instance engagée sous le régime de la partie III de la <i>Loi sur la défense nationale</i> , le procureur général du Canada ne peut autoriser la divulgation qu'avec l'assentiment du ministre de la Défense nationale.	Instances militaires
Notice	(3) The Attorney General of Canada shall, within 10 days after the day on which he or she first receives a notice about information under any of subsections 38.01(1) to (4), notify	(3) Dans les dix jours suivant la réception du premier avis donné au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4) relativement à des renseignements donnés, le procureur général du	Notification

	in writing every person who provided notice under section 38.01 about that information of his or her decision with respect to disclosure of the information.	Canada notifie par écrit sa décision relative à la divulgation de ces renseignements à toutes les personnes qui ont donné un tel avis.	
Disclosure agreement	38.031 (1) The Attorney General of Canada and a person who has given notice under subsection 38.01(1) or (2) and is not required to disclose information but wishes, in connection with a proceeding, to disclose any facts referred to in paragraphs 38.02(1)(b) to (d) or information about which he or she gave the notice, or to cause that disclosure, may, before the person applies to the Federal Court under paragraph 38.04(2)(c), enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts or information or disclosure of the facts or information subject to conditions.	38.031 (1) Le procureur général du Canada et la personne ayant donné l'avis prévu aux paragraphes 38.01(1) ou (2) qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais veut divulguer ou faire divulguer les renseignements qui ont fait l'objet de l'avis ou les faits visés aux alinéas 38.02(1)b) à d), peuvent, avant que cette personne présente une demande à la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)c), conclure un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits ou leur divulgation assortie de conditions.	Accord de divulgation
No application to Federal Court	(2) If an agreement is entered into under subsection (1), the person may not apply to the Federal Court under paragraph 38.04(2)(c) with respect to the information about which he or she gave notice to the Attorney General of Canada under subsection 38.01(1) or (2).	(2) Si un accord est conclu, la personne ne peut présenter de demande à la Cour fédérale au titre de l'alinéa 38.04(2)c) relativement aux renseignements ayant fait l'objet de l'avis qu'elle a donné au procureur général du Canada au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2).	Exclusion de la demande à la Cour fédérale
Application to Federal Court — Attorney General of Canada	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).	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).	Demande à la Cour fédérale : procureur général du Canada
Application to Federal Court — general	(2) If, with respect to information about which notice was given under any of subsections 38.01(1) to (4), the Attorney General of Canada does not provide notice of a decision in accordance with subsection 38.03(3) or, other than by an agreement under section 38.031, authorizes the disclosure of only part of the information or disclosure subject to any conditions,	(2) Si, en ce qui concerne des renseignements à l'égard desquels il a reçu un avis au titre de l'un des paragraphes 38.01(1) à (4), le procureur général du Canada n'a pas notifié sa décision à l'auteur de l'avis en conformité avec le paragraphe 38.03(3) ou, sauf par un accord conclu au titre de l'article 38.031, il a autorisé la divulgation d'une partie des renseignements ou a assorti de conditions son autorisation de divulgation :	Demande à la Cour fédérale : dispositions générales
	(a) the Attorney General of Canada shall apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information if a person who gave notice under subsection 38.01(1) or (2) is a witness;	a) il est tenu de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements si la personne qui l'a avisé au titre des paragraphes 38.01(1) ou (2) est un témoin;	
	(b) a person, other than a witness, who is required to disclose information in connection with a proceeding shall apply to the Federal	b) la personne — à l'exclusion d'un témoin — qui a l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance	

	<p>Court for an order with respect to disclosure of the information; and</p> <p>(c) a person who is not required to disclose information in connection with a proceeding but who wishes to disclose it or to cause its disclosure may apply to the Federal Court for an order with respect to disclosure of the information.</p>	<p>est tenue de demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements;</p> <p>c) la personne qui n'a pas l'obligation de divulguer des renseignements dans le cadre d'une instance, mais qui veut en divulguer ou en faire divulguer, peut demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance concernant la divulgation des renseignements.</p>	
Notice to Attorney General of Canada	<p>(3) A person who applies to the Federal Court under paragraph (2)(b) or (c) shall provide notice of the application to the Attorney General of Canada.</p>	<p>(3) La personne qui présente une demande à la Cour fédérale au titre des alinéas (2)b) ou c) en notifie le procureur général du Canada.</p>	Notification du procureur général
Court records	<p>(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.</p>	<p>(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.</p>	Dossier du tribunal
Procedure	<p>(5) As soon as the Federal Court is seized of an application under this section, the judge</p> <p>(a) shall hear the representations of the Attorney General of Canada and, in the case of a proceeding under Part III of the <i>National Defence Act</i>, 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;</p> <p>(b) shall decide whether it is necessary to hold any hearing of the matter;</p> <p>(c) if he or she decides that a hearing should be held, shall</p> <p>(i) determine who should be given notice of the hearing,</p> <p>(ii) order the Attorney General of Canada to notify those persons, and</p> <p>(iii) determine the content and form of the notice; and</p>	<p>(5) Dès que la Cour fédérale est saisie d'une demande présentée au titre du présent article, le juge :</p> <p>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 <i>Loi sur la défense nationale</i> — 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;</p> <p>b) décide s'il est nécessaire de tenir une audience;</p> <p>c) s'il estime qu'une audience est nécessaire :</p> <p>(i) spécifie les personnes qui devraient en être avisées,</p> <p>(ii) ordonne au procureur général du Canada de les aviser,</p> <p>(iii) détermine le contenu et les modalités de l'avis;</p>	Procédure

	<p><i>d</i>) if he or she considers it appropriate in the circumstances, may give any person the opportunity to make representations.</p>	<p><i>d</i>) s'il l'estime indiqué en l'espèce, peut donner à quiconque la possibilité de présenter des observations.</p>	
Disclosure agreement	<p>(6) After the Federal Court is seized of an application made under paragraph (2)(c) or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3) in connection with that application, before the appeal or review is disposed of,</p> <p><i>a</i>) the Attorney General of Canada and the person who made the application may enter into an agreement that permits the disclosure of part of the facts referred to in paragraphs 38.02(1)(b) to <i>d</i>) or part of the information or disclosure of the facts or information subject to conditions; and</p> <p><i>b</i>) if an agreement is entered into, the Court's consideration of the application or any hearing, review or appeal shall be terminated.</p>	<p>(6) Après la saisine de la Cour fédérale d'une demande présentée au titre de l'alinéa (2)c) ou l'institution d'un appel ou le renvoi pour examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) relativement à cette demande, et avant qu'il soit disposé de l'appel ou de l'examen :</p> <p><i>a</i>) le procureur général du Canada peut conclure avec l'auteur de la demande un accord prévoyant la divulgation d'une partie des renseignements ou des faits visés aux alinéas 38.02(1)b) à <i>d</i>) ou leur divulgation assortie de conditions;</p> <p><i>b</i>) si un accord est conclu, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen.</p>	Accord de divulgation
Termination of Court consideration, hearing, review or appeal	<p>(7) Subject to subsection (6), after the Federal Court is seized of an application made under this section or, in the case of an appeal from, or a review of, an order of the judge made under any of subsections 38.06(1) to (3), before the appeal or review is disposed of, if the Attorney General of Canada authorizes the disclosure of all or part of the information or withdraws conditions to which the disclosure is subject, the Court's consideration of the application or any hearing, appeal or review shall be terminated in relation to that information, to the extent of the authorization or the withdrawal.</p>	<p>(7) Sous réserve du paragraphe (6), si le procureur général du Canada autorise la divulgation de tout ou partie des renseignements ou supprime les conditions dont la divulgation est assortie après la saisine de la Cour fédérale aux termes du présent article et, en cas d'appel ou d'examen d'une ordonnance du juge rendue en vertu de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3), avant qu'il en soit disposé, le tribunal n'est plus saisi de la demande et il est mis fin à l'audience, à l'appel ou à l'examen à l'égard de tels des renseignements dont la divulgation est autorisée ou n'est plus assortie de conditions.</p>	Fin de l'examen judiciaire
Report relating to proceedings	<p>38.05 If he or she receives notice of a hearing under paragraph 38.04(5)(c), a person presiding or designated to preside at the proceeding to which the information relates or, if no person is designated, the person who has the authority to designate a person to preside may, within 10 days after the day on which he or she receives the notice, provide the judge with a report concerning any matter relating to the proceeding that the person considers may be of assistance to the judge.</p>	<p>38.05 Si la personne qui préside ou est désignée pour présider l'instance à laquelle est liée l'affaire ou, à défaut de désignation, la personne qui est habilitée à effectuer la désignation reçoit l'avis visé à l'alinéa 38.04(5)c), elle peut, dans les dix jours, fournir au juge un rapport sur toute question relative à l'instance qu'elle estime utile à celui-ci.</p>	Rapport sur l'instance
Disclosure order	<p>38.06 (1) Unless the judge concludes that the disclosure of the information would be injurious to international relations or national defence or national security, the judge may, by order, authorize the disclosure of the information.</p>	<p>38.06 (1) Le juge peut rendre une ordonnance autorisant la divulgation des renseignements, sauf s'il conclut qu'elle porterait préjudice aux relations internationales ou à la défense ou à la sécurité nationales.</p>	Ordonnance de divulgation

Disclosure order	(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.	(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.	Divulgation modifiée
Order confirming prohibition	(3) If the judge does not authorize disclosure under subsection (1) or (2), the judge shall, by order, confirm the prohibition of disclosure.	(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.	Confirmation de l'interdiction
Evidence	(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.	(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.	Preuve
Introduction into 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).	(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).	Admissibilité en preuve
Relevant factors	(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.	(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.	Facteurs pertinents
Notice of order	38.07 The judge may order the Attorney General of Canada to give notice of an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) to any person who, in the opinion of the judge, should be notified.	38.07 Le juge peut ordonner au procureur général du Canada d'aviser de l'ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) toute personne qui, de l'avis du juge, devrait être avisée.	Avis de la décision

Automatic
review

38.08 If the judge determines that a party to the proceeding whose interests are adversely affected by an order made under any of subsections 38.06(1) to (3) was not given the opportunity to make representations under paragraph 38.04(5)(d), the judge shall refer the order to the Federal Court of Appeal for review.

38.08 Si le juge conclut qu'une partie à l'instance dont les intérêts sont lésés par une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) n'a pas eu la possibilité de présenter ses observations au titre de l'alinéa 38.04(5)d), il renvoie l'ordonnance à la Cour d'appel fédérale pour examen.

Examen
automatiqueAppeal to
Federal
Court of
Appeal

38.09 (1) An order made under any of subsections 38.06(1) to (3) may be appealed to the Federal Court of Appeal.

38.09 (1) Il peut être interjeté appel d'une ordonnance rendue en application de l'un des paragraphes 38.06(1) à (3) devant la Cour d'appel fédérale.

Appel à la
Cour d'appel
fédéraleLimitation
period for
appeal

(2) An appeal shall be brought within 10 days after the day on which the order is made or within any further time that the Court considers appropriate in the circumstances.

(2) Le délai dans lequel l'appel peut être interjeté est de dix jours suivant la date de l'ordonnance frappée d'appel, mais la Cour d'appel fédérale peut le proroger si elle l'estime indiqué en l'espèce.

Délai

Analysis of the Judge's decision and the submissions of the parties

Analyse de la décision du juge et des prétentions des parties

(a) The standard of review

a) La norme de contrôle

[5] The issue of the standard of review of a designated judge's decision determining applications for disclosure under section 38 of the Act was addressed in *Canada (Attorney General) v. Ribic*, 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33, leave to appeal to the S.C.C. denied on October 22, 2003.

[5] La question de la norme de contrôle applicable à la décision d'un juge désigné en matière de demande de divulgation fondée sur l'article 38 de la Loi a été examinée dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Ribic*, 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33, autorisation d'appel à la C.S.C. refusée le 22 octobre 2003.

[6] At paragraph 36 of the reasons for judgment in that case, our Court concluded that decisions relating to the definition of the scope of the power to order disclosure are reviewable on a standard of correctness. Decisions of this nature involve the interpretation and construction of the legislative provisions granting the power and delimiting its conditions of exercise. So a misconception or misconstruction of these provisions involves a question of law which normally would be easily extricable from the facts.

[6] Notre Cour a conclu, au paragraphe 36 des motifs de cet arrêt, que les décisions se rapportant à l'étendue du pouvoir de rendre des ordonnances de divulgation s'examinent en fonction de la norme de la décision correcte. De telles décisions faisant intervenir l'interprétation de dispositions législatives octroyant un pouvoir et la définition des conditions d'exercice du pouvoir conféré, les erreurs de compréhension et d'interprétation relèvent de questions de droit qui peuvent normalement être aisément isolées des faits.

[7] The application to the facts of a properly interpreted and construed power to disclose, however, calls for a different standard of review as it involves a mixed question of fact and law. The resulting decision is, according to the decision of the Supreme Court of Canada in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, subject to the more deferential standard of

[7] Toutefois, lorsqu'il s'agit d'appliquer aux faits un pouvoir de divulgation correctement interprété, une norme de contrôle différente s'applique puisque la question en cause est une question mixte de fait et de droit. La décision qui en résulte, suivant l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, donne lieu à l'application de la norme plus déférente exigeant

“palpable and overriding error”. This is also the standard of review applicable to questions of fact.

[8] A palpable and overriding error exists when, in rendering his decision, the Judge took “into consideration irrelevant factors, omitted those that he ought to have considered, or weighed the relevant factors in an unreasonable manner”: see *Canada v. Furukawa*, 2000 CanLII 16502, [2001] 1 C.T.C. 39 (F.C.A.), at paragraph 35.

[9] It is on the basis of these standards of review that the Judge’s decision will be assessed in the present instance.

(b) Whether the Judge erred in failing to apply the informer privilege to CSIS human sources

[10] Counsel for the appellant argues that the informer privilege should have been applied by the Judge and that it was an error for him to apply the *Ribic* test and engage in a balancing exercise of the public interests at stake. The contention is that the issue of the privilege should be decided first. This brings into play the interrelation between a privilege and the *Ribic* test.

[11] The *Ribic* test was developed in the *Ribic* case cited above. It is a three-prong test. The judge must first determine whether the information sought to be disclosed is relevant or not to the proceedings in which it is intended to be used. The applicant for disclosure bears the burden of establishing that the information is in all likelihood relevant evidence.

[12] If the information meets the relevancy test, the judge must then determine whether disclosure of that information would be injurious to international relations, national defence or national security. It belongs to the Crown to prove the potential injury if disclosure of the information were to be ordered.

[13] Finally, if satisfied that disclosure of the sensitive information would result in injury, the judge must move to the last step and determine whether the public interest

une « erreur manifeste et dominante », laquelle préside également à l’examen des questions de fait.

[8] Il y a erreur palpable et dominante lorsque le juge a « tenu compte de facteurs non pertinents, omis des facteurs qu’il aurait dû considérer ou apprécié les facteurs pertinents de façon déraisonnable » : voir *Canada c. Furukawa*, 2000 CanLII 16502, [2001] A.C.F. n° 1380 (QL) (C.A.F.), au paragraphe 35.

[9] C’est en fonction de ces normes que la décision du juge sera examinée en l’espèce.

b) Le juge a-t-il commis une erreur en n’appliquant pas aux sources humaines du SCRS le privilège de common law relatif aux indicateurs de police?

[10] Selon les avocates de l’appelant, le juge aurait dû donner effet à ce privilège, et il a erré en appliquant le critère formulé dans l’arrêt *Ribic* et en soupesant les raisons d’intérêt public en jeu. Elles prétendent qu’il faut statuer d’abord sur la question du privilège. Cet argument soulève la question de l’interrelation entre un privilège et le critère de l’arrêt *Ribic*.

[11] Le critère formulé dans l’arrêt *Ribic*, précité, a trois volets. Le juge doit d’abord établir si les renseignements dont la divulgation est demandée sont pertinents pour l’instance dans laquelle on veut les utiliser. Il incombe à celui qui demande la divulgation de démontrer que, selon toute probabilité, ces éléments de preuve sont pertinents.

[12] S’il est satisfait au volet de la pertinence, le juge évalue ensuite si la divulgation pourrait porter préjudice aux relations internationales ou à la défense ou la sécurité nationales. C’est la Couronne qui doit prouver le préjudice qui pourrait découler d’une ordonnance de divulgation.

[13] Enfin, si le juge estime que la divulgation de renseignements sensibles serait préjudiciable, il doit passer au dernier volet du critère et déterminer si

in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. The burden of proving that the public interest scale is tipped in favour of disclosure rests with the party seeking it.

[14] I shall begin with the question of the extension of the informer privilege to CSIS human sources. Then I will address the interrelation between a privilege and the *Ribic* test.

[15] It is fair to say that the informer privilege bears specific characteristics in more than one way. It is a common law, not a statutory privilege. Contrary to the Crown privilege, it is absolute in the sense that it cannot be balanced against other interests: see *R. v. Leipert*, [1997] 1 S.C.R. 281, at paragraphs 12–14. Its application “does not depend on the judge’s discretion, as it is a legal rule of public order by which the judge is bound”: *Leipert*, above [at paragraph 13], citing *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at page 93. It suffers only the “innocence at stake” exception, that is to say, where disclosure of the informer’s identity is necessary to demonstrate the innocence of the accused: *Leipert*, above, at paragraphs 20–21.

[16] The informer privilege falls into the category of class privilege (for example, solicitor and client privilege) as opposed to a case-by-case privilege. The law recognizes very few class privileges: *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at paragraph 42.

[17] In the *National Post* case, at paragraph 42, Binnie J. described in the following terms the nature, importance and consequences of making a privilege a class privilege:

In a class privilege what is important is not so much the content of the particular communication as it is the protection of the type of relationship. Once the relevant relationship is established between the confiding party and the party in whom the confidence is placed, privilege presumptively cloaks in confidentiality matters properly within its scope without regard to the particulars of the situation. Class privilege necessarily operates in derogation of the judicial search for

l’intérêt public afférent à la divulgation l’emporte sur l’intérêt public qu’il y a à ne pas divulguer. C’est à la partie qui demande la divulgation qu’il incombe de prouver que la balance de l’intérêt public penche du côté de la divulgation.

[14] J’aborderai d’abord la question de l’application aux sources humaines du SCRS du privilège relatif aux indicateurs de police, puis j’examinerai l’interrelation entre un privilège et le critère de l’arrêt *Ribic*.

[15] Il est juste de dire que le privilège relatif aux indicateurs de police revêt des caractéristiques qui lui sont propres à plusieurs égards. Contrairement au privilège de la Couronne, c’est un privilège absolu, au sens où il ne saurait être mis en balance avec d’autres intérêts : voir l’arrêt *R. c. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, aux paragraphes 12 à 14. Son application « ne relève en rien de la discrétion du juge car c’est une règle juridique d’ordre public qui s’impose au juge » : *Leipert*, ci-dessus [au paragraphe 13], citant *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la page 93. Seule l’exception relative à la démonstration de l’innocence lui est opposable, laquelle intervient lorsque la divulgation de l’identité de l’indicateur est nécessaire pour établir l’innocence de l’accusé : *Leipert*, ci-dessus, aux paragraphes 20 et 21.

[16] Le privilège relatif aux indicateurs de police appartient à la catégorie des privilèges génériques (p. ex. le secret professionnel de l’avocat) par opposition aux privilèges reconnus au cas par cas. Il existe très peu de privilèges génériques en droit : *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, au paragraphe 42.

[17] Dans l’arrêt *National Post*, le juge Binnie s’est exprimé ainsi, au paragraphe 42, au sujet de la nature et de l’importance du privilège générique et des conséquences découlant du caractère générique :

Dans le cas d’un privilège générique, l’important n’est pas tant le contenu de la communication que la protection du genre de relation. En principe, une fois que la relation nécessaire est établie entre la partie qui se confie et celle à qui elle se confie, les renseignements ainsi confiés sont présumés confidentiels par application du privilège, sans égard aux circonstances. Le privilège générique déroge nécessairement à la recherche judiciaire de la vérité et ne dépend pas des faits de l’espèce.

truth and is insensitive to the facts of the particular case. Anything less than this blanket confidentiality, the cases hold, would fail to provide the necessary assurance to the solicitor's client or the police informant to do the job required by the administration of justice. [Emphasis added.]

[18] The informer privilege as a class privilege protects the relationship between the informer and a peace officer. It is part of a peace officer's toolbox that the courts judged necessary to enforce criminal law. In the *Bisaillon* case, previously cited, Beetz J. writes at pages 105–106:

The rule gives a peace officer the power to promise his informers secrecy expressly or by implication, with a guarantee sanctioned by the law that this promise will be kept even in court, and to receive in exchange for this promise information without which it would be extremely difficult for him to carry out his duties and ensure that the criminal law is obeyed.

The common law did not give a peace officer this right simply because it would be useful to him, but because it concluded empirically that the right was necessary. . . .

This power of giving an assurance of secrecy is part of the range of means with which a peace officer is equipped by the criminal law, such as the power of making an arrest without a warrant and the power of search and seizure under ss. 450 and 443 *et seq.* of the *Criminal Code*; it partakes of the nature of these methods and, like them, it is closely associated with the status of a peace officer. [Emphasis added.]

[19] In the *National Post* case, Binnie J. reviewed some of the difficulties associated with the granting of a class privilege to journalists: the immense variety and degrees of professionalism (or lack of it) of persons who gather and publish news said to be based on secret sources, the extent of the respective rights and immunities of the journalist and the source to whom confidentiality has been promised, the absence of workable criteria for the creation or loss of the claimed immunity: *National Post*, above, at paragraphs 43 to 45.

[20] All these considerations raised by Binnie J. apply in the present instance to the application of the informer privilege to CSIS human sources. CSIS employees are

Suivant la jurisprudence, sans cette confidentialité générale, il serait impossible de donner au client de l'avocat ou à l'indicateur de police la garantie nécessaire pour qu'il puisse faire ce que l'administration de la justice exige de lui. [Je souligne.]

[18] En tant que privilège générique, le privilège relatif aux indicateurs de police protège la relation existant entre l'indicateur et l'agent de la paix; il fait partie des outils de la police que les tribunaux ont jugé nécessaires à l'application du droit criminel. Dans l'arrêt *Bisaillon*, précité, le juge Beetz a écrit, aux pages 105 et 106 :

Le principe confère en effet à l'agent de la paix le pouvoir de promettre explicitement ou implicitement le secret à ses indicateurs, avec la garantie sanctionnée par la loi que cette promesse sera tenue même en cour, et de recueillir en contrepartie de cette promesse, des renseignements sans lesquels il lui serait extrêmement difficile d'exercer ses fonctions et de faire respecter le droit criminel.

La common law n'a pas conféré cette faculté à l'agent de la paix parce qu'elle pouvait lui être simplement utile, mais parce qu'elle a jugé, dans son empirisme, que la faculté lui est nécessaire [. . .]

Ce pouvoir de donner l'assurance du secret fait partie de l'ensemble des moyens que le droit criminel met à la disposition de l'agent de la paix, tels le pouvoir d'arrestation sans mandat et le pouvoir de perquisition et de saisie prévus au art. 450 et 443 et suiv. du *Code criminel*; il participe à la nature de ces moyens et, comme eux, il est intimement relié au statut de l'agent de la paix. [Je souligne.]

[19] Dans l'arrêt *National Post*, le juge Binnie a passé en revue certaines des difficultés que poserait l'octroi d'un privilège générique aux sources journalistiques : l'immense diversité et le niveau variable de professionnalisme (ou de non-professionnalisme) des personnes qui recueillent et publient de l'information censément obtenue de sources secrètes, l'étendue des droits et immunités respectifs dont jouissent les journalistes et les sources à qui la confidentialité est promise, l'absence de critère pratique permettant de définir les circonstances entraînant la création ou la perte de l'immunité revendiquée : *National Post*, ci-dessus, aux paragraphes 43 à 45.

[20] Tous ces facteurs énumérés par le juge Binnie entrent ici en ligne de compte pour juger de l'application aux sources humaines du SCRS du privilège relatif aux

not peace officers and belong within the service to different categories of employees. Who will, or perhaps it is better asked, who should have the authority to grant immunity? To whom should it be granted? Anyone who seeks it? In other words, who should be part of the class?

[21] Another difficulty stems from the conditions under which the immunity should be granted. What are they? Who should fix them? In addition, as Binnie J. asked in the *National Post* case, what are the respective rights and immunities of the CSIS employee and the source to whom confidentiality has been promised?

[22] When should the immunity be granted? For any information as long as the source asks for immunity? In the present instance, the Judge found as a fact that CSIS' approach was overbroad as it tended "to treat virtually everyone who provides information as a confidential source whether there is any real expectation of confidentiality on the part of the source, a risk of harm to the source or likelihood that they would not be forthcoming without such assurances": see reasons for judgment, at paragraph 169.

[23] How should the protection be given? Expressly, implicitly, orally or in writing? The form chosen may be important when it comes to ascertaining the scope of the rights and obligations of the parties as well as the scope of the immunity. It is public knowledge in criminal law that the informal granting of immunity to informers has given rise to bitterness and litigation in court. In the United States and in the province of Quebec for example, the granting of immunity in many cases has been formalized, the parties entering into a written binding contract describing their respective rights and obligations.

[24] Finally, this excerpt from Binnie J.'s decision found, at paragraph 46, is apposite here, especially in the context of section 38 of the Act:

indicateurs de police. Les employés du SCRS ne sont pas des agents de la paix et ils appartiennent à diverses catégories d'employés au sein du service. Qui est ou, plus précisément, qui devrait être habilité à accorder une immunité? À qui l'immunité devrait-elle être accordée? À quiconque la demande? Autrement dit, qui devrait être couvert par le privilège générique?

[21] La question des conditions devant présider à l'octroi de l'immunité est elle aussi problématique. Quelles sont-elles? Qui devrait les établir? Et, comme le juge Binnie se l'est demandé dans l'arrêt *National Post*, quels sont les droits et immunités respectifs dont jouissent les employés du SCRS et les sources auxquelles la confidentialité a été promise?

[22] Quand y a-t-il lieu d'accorder l'immunité? Pour tout renseignement, du moment que la source demande l'immunité? En l'espèce, le juge a tiré la conclusion de fait selon laquelle la méthode suivie par le SCRS est trop large, car celui-ci a tendance « à considérer comme une source confidentielle pratiquement chaque personne qui lui fournit des renseignements, que la source s'attende ou non réellement à ce qu'on respecte la confidentialité de ces renseignements, que la source soit exposée ou non à un risque de subir un préjudice, ou qu'il soit probable ou non que ces renseignements soient communiqués sans ces assurances » : voir les motifs du jugement, au paragraphe 169.

[23] Comment faudrait-il que la protection soit octroyée? Expressément, implicitement, verbalement, par écrit? La forme retenue peut avoir son importance lorsqu'il faut déterminer la portée des droits et obligations des parties ainsi que l'étendue de l'immunité. On sait qu'en droit criminel l'octroi sans formalisme d'une immunité à des indicateurs a donné lieu à des débats acrimonieux en cour. Aux États-Unis et dans la province de Québec, par exemple, l'octroi d'une immunité obéit souvent à des règles de forme; les parties concluent un contrat écrit exécutoire décrivant leurs droits et obligations respectifs.

[24] Enfin, le passage suivant des motifs du juge Binnie est pertinent en l'espèce, en particulier dans le contexte de l'article 38 de la Loi :

Fourthly, while the result of any privilege is to impede the search for truth, and thereby to run the risk of an injustice to the persons opposed in interest to the claimant, a class privilege is more rigid than a privilege constituted on a case-by-case basis. It does not lend itself to the same extent to be tailored to fit the circumstances. [Emphasis added.]

[25] As a matter of fact, section 38 of the Act puts in place a balancing system whereby, as we have seen, potentially injurious information may be released by court order if the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure. To put it differently, Parliament has devised in respect of information relating to international relations, national security and national defence a system where confidentiality is not absolute contrary to what the informer privilege is by being a class privilege.

[26] In my respectful view, to accede to the Crown's demand that the informer privilege be extended to CSIS human sources would run counter to section 38 of the Act and the express will of Parliament. Section 18 of the *Canadian Security Intelligence Service Act*, R.S.C., 1985, c. C-23 has been brought to our attention as evidence of Parliament's intent to protect the identity of human sources. In *Harkat (Re)*, 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370 (presently on appeal to this Court [the decision has since been rendered: 2012 FCA 122]), Noël J. of the Federal Court, at paragraph 30 of his reasons for judgment, used section 18 as a basis to assert that "Parliament itself has spoken on the importance of protecting human sources and covert operatives."

[27] I reproduce sections 18 and 19 [as am. by S.C. 1995, c. 5, s. 25(1)(d); 2003, c. 22, s. 224(z.12)(E)]:

Offence to disclose identity

18. (1) Subject to subsection (2), no person shall disclose any information that the person obtained or to which the person had access in the course of the performance by that person of duties and functions under this Act or the

Quatrièmement, bien qu'un privilège, quel qu'il soit, ait pour effet de nuire à la recherche de la vérité, et de créer de ce fait un risque d'injustice pour les personnes dont l'intérêt est opposé à l'intérêt de celui qui l'invoque, un privilège générique est plus rigide qu'un privilège reconnu au cas par cas. Il n'est pas possible de le redéfinir aussi librement pour l'adapter aux circonstances. [Je souligne.]

[25] En fait, l'article 38 met en place un système de mise en balance en application duquel un tribunal peut, comme nous l'avons vu, ordonner la divulgation de renseignements potentiellement préjudiciables s'il estime que l'intérêt public qu'il y a à divulguer l'emporte sur l'intérêt public militant contre la divulgation. Autrement dit, le système élaboré par le législateur, relativement aux renseignements touchant les relations internationales et la sécurité ou la défense nationales, ne garantit pas une confidentialité absolue, contrairement au privilège relatif aux indicateurs de police qui, lui, produit ce résultat du fait qu'il s'agit d'un privilège générique.

[26] Je suis respectueusement d'avis qu'il irait à l'encontre de l'article 38 de la Loi et de l'intention expressément exprimée par le législateur d'accéder à la demande de la Couronne d'appliquer aux sources humaines du SCRS le privilège relatif aux indicateurs de police. On a fait valoir que l'article 18 de la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), ch. C-23, démontrait l'intention du législateur de protéger l'identité des sources humaines. Au paragraphe 30 des motifs qu'il a formulés dans la décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370 (actuellement en appel devant notre Cour [les motifs de la décision ont depuis été rendus : 2012 CAF 122]), le juge Noël, de la Cour fédérale, a déclaré en se reportant à l'article 18 que « [l]e législateur s'est lui-même exprimé sur l'importance de protéger les sources humaines et les agents secrets ».

[27] Voici le texte des articles 18 et 19 [mod. par L.C. 1995, ch. 5, art. 25(1)(d); 2003, ch. 22, art. 224z.12)(A)]:

18. (1) Sous réserve du paragraphe (2), nul ne peut communiquer des informations qu'il a acquises ou auxquelles il avait accès dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou lors de sa participation à

Infraction

	<p>participation by that person in the administration or enforcement of this Act and from which the identity of</p> <p>(a) any other person who is or was a confidential source of information or assistance to the Service, or</p> <p>(b) any person who is or was an employee engaged in covert operational activities of the Service</p> <p>can be inferred.</p>	<p>l'exécution ou au contrôle d'application de cette loi et qui permettraient de découvrir l'identité :</p> <p>a) d'une autre personne qui fournit ou a fourni au Service des informations ou une aide à titre confidentiel;</p> <p>b) d'une personne qui est ou était un employé occupé à des activités opérationnelles cachées du Service.</p>	
Exceptions	<p>(2) A person may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of duties and functions under this Act or any other Act of Parliament or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law or in the circumstances described in any of paragraphs 19(2)(a) to (d).</p>	<p>(2) La communication visée au paragraphe (1) peut se faire dans l'exercice de fonctions conférées en vertu de la présente loi ou de toute autre loi fédérale ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de la présente loi, si une autre règle de droit l'exige ou dans les circonstances visées aux alinéas 19(2)a) à d).</p>	Exceptions
Offence	<p>(3) Every one who contravenes subsection (1)</p> <p>(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or</p> <p>(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.</p>	<p>(3) Quiconque contrevient au paragraphe (1) est coupable :</p> <p>a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;</p> <p>b) soit d'une infraction punissable par procédure sommaire.</p>	Infraction
Authorized disclosure of information	<p>19. (1) Information obtained in the performance of the duties and functions of the Service under this Act shall not be disclosed by the Service except in accordance with this section.</p>	<p>19. (1) Les informations qu'acquiert le Service dans l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ne peuvent être communiquées qu'en conformité avec le présent article.</p>	Autorisation de communication
Idem	<p>(2) The Service may disclose information referred to in subsection (1) for the purposes of the performance of its duties and functions under this Act or the administration or enforcement of this Act or as required by any other law and may also disclose such information,</p> <p>(a) where the information may be used in the investigation or prosecution of an alleged contravention of any law of Canada or a province, to a peace officer having jurisdiction to investigate the alleged contravention and to the Attorney General of Canada and the</p>	<p>(2) Le Service peut, en vue de l'exercice des fonctions qui lui sont conférées en vertu de la présente loi ou pour l'exécution ou le contrôle d'application de celle-ci, ou en conformité avec les exigences d'une autre règle de droit, communiquer les informations visées au paragraphe (1). Il peut aussi les communiquer aux autorités ou personnes suivantes :</p> <p>a) lorsqu'elles peuvent servir dans le cadre d'une enquête ou de poursuites relatives à une infraction présumée à une loi fédérale ou provinciale, aux agents de la paix compétents pour mener l'enquête, au procureur général du Canada et au procureur général de la province</p>	Idem

Attorney General of the province in which proceedings in respect of the alleged contravention may be taken;

(b) where the information relates to the conduct of the international affairs of Canada, to the Minister of Foreign Affairs or a person designated by the Minister of Foreign Affairs for the purpose;

(c) where the information is relevant to the defence of Canada, to the Minister of National Defence or a person designated by the Minister of National Defence for the purpose; or

(d) where, in the opinion of the Minister, disclosure of the information to any minister of the Crown or person in the federal public administration is essential in the public interest and that interest clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, to that minister or person.

Report to
Review
Committee

(3) The Director shall, as soon as practicable after a disclosure referred to in paragraph (2)(d) is made, submit a report to the Review Committee with respect to the disclosure.

[28] Section 18 creates an offence to disclose the information therein mentioned unless authorized to do so by subsection 18(2) and section 19. It does not create an absolute prohibition against disclosure as the informer class privilege does. Indeed, subsection 18(2) allows a person to disclose the information “as required by any other law”. This is compatible with section 38 of the Act which allows for disclosure pursuant to an order issued by a designated judge in the exercise of the discretion conferred by that section.

[29] In the *National Post* case, at paragraph 42, when referring to the informer privilege and its absolutism, Binnie J. wrote:

It is likely that in future such “class” privileges will be created, if at all, only by legislative action.

où des poursuites peuvent être intentées à l’égard de cette infraction;

b) lorsqu’elles concernent la conduite des affaires internationales du Canada, au ministre des Affaires étrangères ou à la personne qu’il désigne à cette fin;

c) lorsqu’elles concernent la défense du Canada, au ministre de la Défense nationale ou à la personne qu’il désigne à cette fin;

d) lorsque, selon le ministre, leur communication à un ministre ou à une personne appartenant à l’administration publique fédérale est essentielle pour des raisons d’intérêt public et que celles-ci justifient nettement une éventuelle violation de la vie privée, à ce ministre ou à cette personne.

(3) Dans les plus brefs délais possible après la communication visée à l’alinéa (2)d), le directeur en fait rapport au comité de surveillance.

Rapport au
comité de
surveillance

[28] Suivant l’article 18, la divulgation des renseignements visés par cette disposition constitue une infraction à moins qu’elle ne soit autorisée conformément au paragraphe 18(2) et à l’article 19. Cette disposition n’institue pas une interdiction absolue de divulguer comme le fait le privilège relatif aux indicateurs de police. En effet, le paragraphe 18(2) permet la divulgation des renseignements « si une autre règle de droit l’exige ». Cela est compatible avec l’article 38 de la Loi, qui autorise la divulgation en exécution de l’ordonnance d’un juge désigné rendue dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par cet article.

[29] Dans l’arrêt *National Post*, le juge Binnie a écrit, au sujet du caractère absolu du privilège relatif aux indicateurs de police (au paragraphe 42) :

Il est probable qu’à l’avenir, tout nouveau privilège « générique » sera créé, le cas échéant, par une intervention législative.

[30] I can see the wisdom in this warning. The creation of a new privilege entails legal, political, social and economic impacts. I have been involved in law reform long enough to know that policies of the kind, precisely because of their serious diverse impacts, require extensive consultations and public debate. They need to be enacted by persons accountable to the people who will have to live with such policies. Not only is this Court ill-equipped to assess the appropriateness of extending to CSIS human sources the informer privilege, I think it would be usurping Parliament's function if it were to do so and defeat Parliament's intent expressed in section 38 of the Act that there be a balancing of the interests regarding the information, including that relating to the identity of the source.

[31] This now brings me to the interrelation between a privilege regarding the source and the *Ribic* test, and the procedure to be followed when confronted with a claim of privilege.

[32] Upon reflection, the procedure has to remain flexible because the manner of proceeding may be dictated by the nature of the information, the importance of the source, the extent of the prejudice to the source and national defence, national security and international relations, to name some of the factors that may influence the approach a judge should be taking.

[33] Depending on the circumstances, it may be preferable to look at the protection of the identity of the source first. For example, release of the information sought may not be prejudicial, but release of the source's name would be. In the same vein, public interest in disclosure of the information itself may outweigh in importance public interest in non-disclosure, except for the identity of the source. On the other hand, there is no point in engaging in a long debate as to the need to protect the source if the information itself is not relevant and will not be released. The designated judge who proceeds to the balancing required by section 38 is in the best position to determine the process to be followed so

[30] La sagesse de cette prédiction se comprend aisément. La création d'un nouveau privilège entraîne un lot de répercussions juridiques, politiques, sociales et économiques. J'ai pris part à suffisamment de réformes juridiques pour savoir que des mesures de ce genre, à cause justement de la diversité et de la gravité de leurs incidences, exigent des consultations et un débat publics approfondis. Elles doivent être édictées par des gens qui sont tenus de rendre compte à ceux qui auront à vivre avec de telles mesures. Non seulement notre Cour est-elle mal placée pour évaluer s'il convient d'appliquer aux sources humaines du SCRS le privilège relatif aux indicateurs de police mais, si elle le faisait, elle usurperait, à mon avis, le rôle du législateur et contrecarrerait l'intention qu'il a exprimée à l'article 38 de la Loi qu'il y ait pondération des intérêts en jeu à l'égard des renseignements, y inclus ceux qui se rapportent à l'identité des sources.

[31] Cela nous amène à l'interrelation entre un privilège relatif aux sources et le critère de l'arrêt *Ribic*, et à la procédure à suivre lorsqu'il y a revendication de privilège.

[32] Il s'impose, à la réflexion, que la procédure doit rester souple parce que la nature des renseignements, l'importance de la source, l'étendue du préjudice causé à la source, à la défense ou la sécurité nationales ou aux relations internationales — pour ne nommer que quelques-uns des facteurs susceptibles d'influer sur la démarche que le juge devrait suivre — pourraient en dicter le contenu.

[33] Il se peut, compte tenu des circonstances, qu'il soit préférable d'examiner d'abord la question de la protection de l'identité de la source. Par exemple, il peut arriver que la divulgation des renseignements ne soit pas préjudiciable, mais que celle du nom de la source le soit. Dans le même ordre d'idée, l'intérêt public dans la divulgation des renseignements eux-mêmes peut l'emporter sur l'intérêt public militant contre la divulgation, exception faite de l'identité de la source. D'un autre côté, il ne sert à rien de s'engager dans un long débat concernant la nécessité de protéger la source si les renseignements eux-mêmes ne sont pas pertinents et ne seront pas communiqués. Le juge désigné qui procède à

as to foster the better exercise of his or her discretion in the most efficient manner.

[34] In conclusion, for these reasons, I believe that the Judge made no error when he did not apply the informer privilege rule to CSIS human sources.

(c) Whether the Judge erred in his treatment of the third-party rule when he ordered disclosure of certain information received from foreign partners

[35] This issue arises in relation to a small number of documents. The Court sat *in camera* to deal with the confidential information and heard the submissions of counsel for the appellant as well as those of the *amicus curiae* appointed to assist us. The documents were examined as well as the appellant's proposals to prevent or minimize injury.

[36] It is not always clear why the Judge ordered disclosure because in a number of them he did not provide reasons. In fairness to him, he was confronted with a Herculean task and, by any standard, he did an excellent job. We, therefore, proceeded to apply the third prong of the *Ribic* test to the documents at issue.

[37] We are satisfied that the Judge in his application of the *Ribic* test either discounted the evidence of injury or did not give it the weight that it deserved. It could also be that at the same time he gave undue weight to the respondent's claim of prejudice. This led him in the balancing test to give undue weight to the public interest in disclosure of the information. In turn, this is reflected in some of the summaries of the information where injury is not minimized as mandated by the Act. In so doing, he committed palpable and overriding errors.

la mise en balance exigée par l'article 38 est le mieux placé pour décider du processus qui lui permettra le mieux d'exercer son pouvoir discrétionnaire avec le plus d'efficacité.

[34] En conclusion, j'estime, pour ces raisons, que le juge n'a pas commis d'erreur en n'appliquant pas aux sources humaines du SCRS les règles régissant le privilège relatif aux indicateurs de police.

c) Le juge a-t-il mal appliqué la règle des tiers lorsqu'il a ordonné la divulgation de certains renseignements émanant de partenaires étrangers?

[35] Cette question se pose à l'égard d'un petit nombre de documents. La Cour a siégé à huis clos pour l'examen des renseignements confidentiels et a entendu les arguments des avocates de l'appelant ainsi que de l'*amicus curiae* désigné pour aider la Cour. Elle a aussi examiné les documents ainsi que les propositions de l'appelant visant à prévenir ou limiter le préjudice.

[36] Le juge n'ayant pas motivé toutes ses décisions relativement aux éléments à divulguer, on ne sait pas toujours pourquoi il a ordonné la divulgation. Il faut dire, en toute justice, qu'il était confronté à une tâche herculéenne et qu'il a incontestablement accompli un travail admirable. Nous passons donc à l'application du troisième volet du critère de l'arrêt *Ribic* aux documents en cause.

[37] Nous sommes d'avis qu'en appliquant le critère de l'arrêt *Ribic* le juge n'a pas tenu compte de la preuve de préjudice ou qu'il ne lui a pas accordé le poids qu'il fallait. Il se peut aussi qu'il ait en même temps attribué un poids exagéré à l'argument du préjudice avancé par les intimés. Il a en conséquence accordé trop de poids à l'intérêt public afférent à la divulgation des renseignements, ce qui a eu des répercussions dans certains résumés des renseignements, où le préjudice n'est pas limité conformément à la Loi. Il a en cela commis des erreurs manifestes et dominantes.

Conclusion

[38] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the Judge's disclosure order and Annex "A" relating to the impugned documents and issue a confidential order implementing the changes necessary to these documents to prevent and minimize injury to international relations, national security and national defence.

BLAIS C.J.: I agree.

TRUDEL J.A.: I agree.

Conclusion

[38] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance de divulgation et l'annexe « A » relative aux documents en cause et je rendrais une ordonnance confidentielle mettant en œuvre les changements nécessaires à ces documents pour prévenir et limiter les préjudices aux relations internationales et à la sécurité ou la défense nationales.

LE JUGE EN CHEF BLAIS : Je suis d'accord.

LA JUGE TRUDEL, J.C.A. : Je suis d'accord.

2010 FCA 334 A-352-09	2010 CAF 334 A-352-09
Apotex Inc. (<i>Appellant</i>)	Apotex Inc. (<i>appelante</i>)
v.	c.
The Minister of Health and the Attorney General of Canada (<i>Respondents</i>)	Le ministre de la Santé et le procureur général du Canada (<i>intimés</i>)
and	et
Eli Lilly Canada (<i>Respondent</i>)	Eli Lilly Canada (<i>intimée</i>)
A-360-09	A-360-09
Canadian Generic Pharmaceutical Association (<i>Appellant</i>)	L'Association canadienne du médicament générique (<i>appelante</i>)
v.	c.
The Attorney General of Canada and the Minister of Health (<i>Respondents</i>)	Le procureur général du Canada et le ministre de la Santé (<i>intimés</i>)
and	et
Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies (<i>Respondent</i>)	Les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada (<i>intimée</i>)
INDEXED AS: CANADIAN GENERIC PHARMACEUTICAL ASSOCIATION v. CANADA (HEALTH)	RÉPERTORIÉ : ASSOCIATION CANADIENNE DU MÉDICAMENT GÉNÉRIQUE c. CANADA (SANTÉ)
Federal Court of Appeal, Nadon, Sharlow and Layden-Stevenson J.J.A.—Toronto, June 7; Ottawa, December 9, 2010.	Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sharlow et Layden-Stevenson, J.C.A.—Toronto, 7 juin; Ottawa, 9 décembre 2010.

Food and Drugs — Appeals from Federal Court decision dismissing judicial review applications of appellants seeking declaration that Food and Drugs Act, s. 30(3), Food and Drug Regulations, s. C.08.004.1 (Data Protection Regulation (DPR)) ultra vires, without legal force, effect — Federal Court declaring DPR intra vires federal Parliament — Whether DPR properly delegated by Parliament to Governor in Council — Principle that Parliament having broad power to delegate by regulations, subject to scope of enabling legislation, maintained — Act, s. 30(3) granting Governor in Council authority to enact regulations deemed necessary to implement North American Free Trade Agreement, Art. 1711, Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights,

Aliments et drogues — Appels de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté les demandes de contrôle judiciaire formées par les appelantes en vue d'obtenir un jugement déclarant invalides et sans effet juridique l'art. 30(3) de la Loi sur les aliments et drogues et l'art. C.08.004.1 du Règlement sur les aliments et drogues (le Règlement sur la protection des données (le RPD)) — La Cour fédérale a déclaré que le RPD s'inscrivait dans les limites de la compétence du Parlement fédéral — Il s'agissait de déterminer si le RPD avait été valablement délégué par le Parlement au gouverneur en conseil — Est maintenu le principe selon lequel le Parlement dispose d'un large pouvoir de délégation par la voie de l'habilitation à prendre des règlements, sous réserve

Art. 39, paragraph 3 regarding protection of innovator's specified data — DPR therefore properly delegated by Parliament to Governor in Council — Act, s. 30(3) giving broad latitude to Governor in Council to devise means by which treaty provisions to be implemented — DPR in clear accord with enabling provision — Therefore, DPR intra vires Governor in Council's authority pursuant to Act, s. 30(3) — Appeals dismissed.

Constitutional Law — Distribution of Powers — Appellants seeking declaration that Food and Drugs Act, s. 30(3), Food and Drug Regulations, s. C.08.004.1 (Data Protection Regulation (DPR)) ultra vires, without legal force, effect — Whether DPR intra vires federal legislative competence pursuant to Constitution Act, 1867, ss. 91(2), 91(27) or residual peace, order, good government power — Federal Court wrong in concluding that DPR, in pith, substance constituting exercise of trade, commerce power; wrong in determining pith, substance of DPR without situating DPR within overall scheme of which becoming part thereof — Purpose of Regulations to protect public health, safety — DPR's true purpose to ensure Canadians having reasonable access to new, safe and effective drug at reasonable prices — DPR not separable from overall scheme of criminal law (protection of public health, safety) found in Regulations to which contributing; forming integral part of overall scheme to protect public health, safety — Therefore, DPR rationally, functionally connected to federal legislative scheme for new drug approval.

These were appeals from a Federal Court decision dismissing the judicial review applications of the appellants seeking a declaration that subsection 30(3) of the *Food and Drugs Act* and section C.08.004.1, the Data Protection Regulation (DPR), of the *Food and Drug Regulations* were *ultra vires* and without legal force and effect. The Federal Court declared the DPR *intra vires* the federal Parliament. More particularly, it found the DPR to be *intra vires* Parliament's power to make laws respecting trade and commerce under subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867* and that the provision was

de la portée des dispositions habilitantes — L'art. 30(3) de la Loi confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre les règlements qu'il estime nécessaires pour la mise en œuvre de l'art. 1711 de l'Accord de libre-échange nord-américain ou du paragraphe 3 de l'art. 39 de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce relativement à la protection des données de l'innovateur — En conséquence, le RPD a été pris en vertu d'une délégation valable du Parlement au gouverneur en conseil — L'art. 30(3) de la Loi donne au gouverneur en conseil une grande marge de liberté dans la définition des moyens par lesquels il mettra en œuvre les dispositions des traités — Le RPD est clairement conforme à la disposition habilitante — Par conséquent, le RPD s'inscrit dans les limites des pouvoirs conférés au gouverneur en conseil par l'art. 30(3) de la Loi — Appels rejetés.

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Les appelantes ont sollicité un jugement déclarant invalides et sans effet juridique l'art. 30(3) de la Loi sur les aliments et drogues et l'art. C.08.004.1 du Règlement sur les aliments et drogues (le Règlement sur la protection des données (le RPD)) — Il s'agissait de déterminer si le RPD s'inscrivait dans les limites de la compétence législative fédérale, au titre des art. 91(2) ou 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867, ou de la compétence résiduelle en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement que cette loi confère à l'État fédéral — La Cour fédérale a eu tort de conclure que le RPD, par son caractère véritable, relèverait de la compétence en matière d'échanges et de commerce; il était erroné d'essayer de déterminer le caractère véritable du RPD sans le situer dans l'ensemble du système dont il est devenu partie — L'objet du Règlement est de protéger la santé et la sécurité publiques — L'objet véritable du RPD est de faire en sorte que les Canadiens aient suffisamment accès à des drogues nouvelles, sans danger et efficaces, à des prix raisonnables — Le RPD n'est pas séparable du système global de droit criminel (protection de la santé et de la sécurité publiques) qu'établit le Règlement, système auquel il contribue; il fait partie intégrante du système global de protection de la santé et de la sécurité publiques — En conséquence, le RPD a un lien rationnel et fonctionnel avec le régime législatif fédéral qui détermine l'approbation des drogues nouvelles.

La Cour était saisie de deux appels de la décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté les demandes de contrôle judiciaire formées par les appelantes en vue d'obtenir un jugement déclarant invalides et sans effet juridique le paragraphe 30(3) de la *Loi sur les aliments et drogues* et l'article C.08.004.1, le Règlement sur la protection des données (le RPD), du *Règlement sur les aliments et drogues*. La Cour fédérale a déclaré que le RPD s'inscrivait dans les limites de la compétence du Parlement fédéral. Plus précisément, elle a conclu que le RPD entrait dans le champ de

valid because it is both rationally connected to its enabling provision (subsection 30(3) of the Act) and a permissible sub-delegation to the Governor in Council by Parliament. Subsection 30(3) of the Act grants the Governor in Council authority to enact regulations that are deemed necessary for the purpose of implementing specified data protection provisions of the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS). The DPR introduces a period of market exclusivity for manufacturers of innovative drugs by imposing an eight-year moratorium on the approval of the marketing of generic copies of previously-approved new drugs.

The issues were whether (1) the DPR was properly delegated by Parliament to the Governor in Council pursuant to the permissible sub-delegation of treaty implementation responsibilities and, if so, whether the DPR was *intra vires* the authority of the Governor in Council pursuant to subsection 30(3) of the Act and (2) whether the DPR was *intra vires* federal legislative competence pursuant to subsections 91(2), 91(27) or the residual peace, order and good government power of the *Constitution Act, 1867*.

Held, the appeals should be dismissed.

There was no basis to depart from the principle enunciated by the Supreme Court of Canada in *Gray (in re)* that Parliament has a broad power to delegate by way of regulations, subject to the scope of the enabling legislation. In the present case, subsection 30(3) of the Act grants the Governor in Council authority to make such regulations as the Governor in Council deems necessary so as to implement, in relation to drugs, Article 1711 of NAFTA or paragraph 3 of Article 39 of TRIPS. There was no evidence that subsection 30(3) negates Parliament's ability to revoke or nullify the authority given to the Governor in Council or to do the same as regards the DPR enacted pursuant to the enabling legislation. The DPR was therefore properly delegated by Parliament to the Governor in Council.

The DPR is in clear accord with the enabling provision. It is a regulation, the purpose of which is to implement, in relation to drugs, Article 1711 of NAFTA and paragraph 3 of Article 39 of TRIPS. These provisions seek to provide protection to innovators in respect of "undisclosed test or other data" that they must provide to government entities in order

pouvoir de légiférer sur les échanges et le commerce conféré au Parlement fédéral par le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et que ce règlement était valide au double motif qu'il a un lien rationnel avec sa disposition habilitante (le paragraphe 30(3) de la Loi) et qu'il a été pris en vertu d'une sous-délégation admissible au gouverneur en conseil par le Parlement. Le paragraphe 30(3) de la Loi confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre les règlements qu'il estime nécessaires pour la mise en œuvre des dispositions relatives à la protection des données de l'Accord de libre-échange nord-américain (l'ALENA), ainsi que de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (l'Accord sur les ADPIC). Le RPD établit une période d'exclusivité de marché pour les fabricants de drogues innovantes en suspendant pour une durée de huit ans l'approbation de la commercialisation des copies génériques de drogues nouvelles déjà approuvées.

Il s'agissait de déterminer : 1) si le RPD avait été valablement délégué par le Parlement au gouverneur en conseil, conformément à une sous-délégation admissible des responsabilités de mise en œuvre des traités, et, dans l'affirmative, si ce règlement entrait dans le champ du pouvoir conféré au gouverneur en conseil par le paragraphe 30(3) de la Loi; 2) si le RPD s'inscrivait dans les limites de la compétence législative fédérale, au titre des paragraphes 91(2) ou 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou de la compétence résiduelle en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement que cette loi confère à l'État fédéral.

Arrêt : les appels doivent être rejetés.

Il n'y avait aucune bonne raison de s'écarter du principe formulé par la Cour suprême dans l'arrêt *Gray (in re)*, à savoir que le Parlement dispose d'un large pouvoir de délégation par la voie de l'habilitation à prendre des règlements, sous réserve de la portée des dispositions habilitantes. En l'espèce, le paragraphe 30(3) de la Loi confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre les règlements qu'il estime nécessaires pour la mise en œuvre, concernant les drogues, de l'article 1711 de l'ALENA ou du paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC. Aucune preuve n'a établi que le paragraphe 30(3) empêche le Parlement de révoquer ou d'annuler le pouvoir conféré au gouverneur en conseil ou le RPD promulgué en vertu de la loi habilitante. En conséquence, le RPD a été pris en vertu d'une délégation valable du Parlement au gouverneur en conseil.

Le RPD est clairement conforme à la disposition habilitante. Il s'agit d'un règlement ayant pour objet de mettre en œuvre, concernant les drogues, l'article 1711 de l'ALENA et le paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC. Ces dispositions visent à protéger les innovateurs à l'égard des « données non divulguées résultant d'essais ou d'autres

to obtain approval for their new drugs. Market exclusivity, conferred by the DPR on an innovator, is the means chosen by the Governor in Council to give effect to the relevant provisions of NAFTA and TRIPS. More particularly, the DPR is a step taken by the Governor in Council to ensure that the data are protected against unfair commercial use. The terms of subsection 30(3) give very broad latitude to the Governor in Council to devise the means by which the treaty provisions will be implemented. The DPR is thus *intra vires* the authority of the Governor in Council pursuant to subsection 30(3) of the Act.

The Federal Court wrongly concluded that the DPR is, in its pith and substance, an exercise of the trade and commerce power. It was wrong in principle to determine the pith and substance of the DPR by referring to the language of the regulation itself and its enabling legislation, without situating the DPR within the overall scheme of which it became a part. Parliament chose not to enact subsection 30(3) of the Act as a stand-alone statute but as an amendment to the Act, an existing statute that has long been accepted as constitutionally valid. Thus, the critical question was whether subsection 30(3), and thus the DPR, was a valid exercise of the constitutional authority for the Act. The DPR was introduced to implement Article 1711 of NAFTA and paragraph 3 of Article 39 of TRIPS so as to encourage the development of new drugs. It is a mechanism deemed necessary to balance the effects of the regulatory scheme set forth in the Regulations, the purpose of which is to protect public health and safety. The Federal Court erred in failing to consider the entire context in which the DPR finds itself. The true purpose of the DPR is not to balance the commercial interests of innovators and generic drug manufacturers but rather to ensure that Canadians have reasonable access, at reasonable prices, to new, safe and effective drugs. The Regulations as a whole encourage the research and development of new medicines that save lives, prevent diseases, heal and cure and improve the health of Canadians. The Federal Court questioned the statement in the Regulatory Impact Analysis Statement that the DPR was enacted to foster the development of new drugs. It wrongly found that this statement constituted more of a logical assertion than a clear demonstration that, without this provision, new drugs are not or would not be submitted for approval. The Federal Court was mistaken on this point in that, in determining the pith and substance of a law, courts are not to be concerned with the efficacy of the law or whether it does, in fact, achieve the intended goal.

données non divulguées » qu'ils doivent communiquer aux organismes d'État compétents pour obtenir l'approbation de leurs drogues nouvelles. L'exclusivité de marché, conférée par le RPD à l'innovateur, est le moyen qu'a choisi le gouverneur en conseil pour donner effet aux dispositions applicables de l'ALENA et de l'Accord sur les ADPIC. Plus précisément, le RPD est une mesure prise par le gouverneur en conseil pour s'assurer que les données sont protégées contre toute exploitation déloyale dans le commerce. Le libellé du paragraphe 30(3) donne au gouverneur en conseil une très grande marge de liberté dans la définition des moyens par lesquels il mettra en œuvre les dispositions des traités. Le RPD s'inscrit donc dans les limites des pouvoirs conférés au gouverneur en conseil par le paragraphe 30(3) de la Loi.

La Cour fédérale a conclu à tort que le RPD, par son caractère véritable, relèverait de la compétence en matière d'échanges et de commerce. Il était par principe erroné d'essayer de déterminer le caractère véritable du RPD en se référant au libellé de ce règlement même et de sa loi habilitante, sans le situer dans l'ensemble du système dont il est devenu partie. Le Parlement a choisi de promulguer le paragraphe 30(3) de la Loi non pas sous la forme d'une loi indépendante, mais plutôt sous celle d'une modification d'une loi déjà existante et depuis longtemps reconnue comme constitutionnelle. Donc, la question cruciale était de savoir si le paragraphe 30(3), et par conséquent le RPD, constitue un exercice valide du pouvoir constitutionnel en vertu duquel la Loi a été promulguée. On a promulgué le RPD afin de mettre en œuvre l'article 1711 de l'ALENA et le paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC, aux fins de favoriser le développement de drogues nouvelles. C'est un mécanisme jugé nécessaire pour équilibrer les effets du système de réglementation établi par le Règlement, dont l'objet est de protéger la santé et la sécurité publiques. La Cour fédérale s'est trompée en omettant de prendre en considération l'intégralité du contexte de ce règlement. L'objet véritable du RPD n'est pas d'établir un équilibre entre les intérêts commerciaux des innovateurs et des génériqueurs, mais plutôt de faire en sorte que les Canadiens aient suffisamment accès à des drogues nouvelles, sans danger et efficaces, à des prix raisonnables. Le Règlement considéré dans son ensemble encourage la recherche et le développement de nouveaux médicaments propres à sauver des vies, à prévenir et guérir des maladies, et à améliorer en général la santé des Canadiens. La Cour fédérale a mis en question le passage du Résumé de l'étude d'impact de la réglementation selon lequel le RPD a été promulgué pour favoriser le développement de drogues nouvelles. Elle a conclu à tort que ce passage constituait davantage une affirmation logique qu'une démonstration claire que, en l'absence de cette disposition, de nouveaux médicaments ne sont pas ou ne seront pas présentés en vue d'en obtenir l'approbation. La Cour fédérale s'est trompée sur ce point, en ce que les tribunaux ayant à déterminer le caractère

It was indisputable that the legislative scheme found in the Regulations contributes to the protection of public health and safety, one of the “ordinary ends” of the criminal law. The DPR is clearly not separable from the overall scheme of criminal law found in the Regulations to which it contributes. The Federal Court was unable to appreciate that the DPR contributes to and, thus, forms an integral part of the overall scheme to protect public health and safety. Therefore, the DPR is rationally and functionally connected to the federal legislative scheme for new drug approval. In view of this conclusion, the question of whether the DPR fell under another head of federal legislative jurisdiction did not need to be answered.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(2),(27), 92(10).
- Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, ss. C.08.002 (as am. by SOR/93-202, s. 24; 95-411, s. 4), C.08.002.1 (as enacted *idem*, s. 5), C.08.003.1 (as enacted by SOR/2001-203, s. 5), C.08.004 (as am. by SOR/95-411, s. 6), C.08.004.1 (as enacted *idem*; 2006-241, s. 1).
- Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27, s. 30(3) (as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 117), 31 (as am. by S.C. 1997, c. 6, s. 91).
- War Measures Act, 1914 (The)*, S.C. 1914 (2nd Sess.), c. 2, s. 6.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

- 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, 1869 U.N.T.S. 299, Art. 39.
- North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 1711.

véritable d’une loi ne doivent pas se préoccuper de son efficacité, c’est-à-dire de savoir si elle atteint en fait le but dans lequel on l’a promulguée.

Il était indubitable que le régime établi par le Règlement contribue à la protection de la santé et de la sécurité publiques, l’un des « buts habituels » du droit criminel. Le RPD n’est manifestement pas séparable du système global de droit criminel qu’établit le Règlement, système auquel il contribue. Il a échappé à la Cour fédérale que le RPD contribue au système global visant à protéger la santé et la sécurité publiques et en fait ainsi partie intégrante. En conséquence, le RPD a un lien rationnel et fonctionnel avec le régime législatif fédéral qui détermine l’approbation des drogues nouvelles. Étant donné cette conclusion, il n’était pas nécessaire de répondre à la question de savoir si le RPD relevait d’un autre chef de compétence législative fédérale.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(2),(27), 92(10).
- Loi des mesures de guerre, 1914*, S.C. 1914 (2^e sess.), ch. 2, art. 6.
- Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27, art. 30(3) (mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 117), 31 (mod. par L.C. 1997, ch. 6, art. 91).
- Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.08.002 (mod. par DORS/93-202, art. 24; 95-411, art. 4), C.08.002.1 (édicte, *idem*, art. 5), C.08.003.1 (édicte par DORS/2001-203, art. 5), C.08.004 (mod. par DORS/95-411, art. 6), C.08.004.1 (édicte, *idem*; 2006-241, art. 1).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

- Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1711.
- 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, 1869 R.T.N.U. 299, art. 39.

CASES CITED

APPLIED:

Gray (in re) (1918), 57 S.C.R. 150, [1918] 3 W.W.R. 111, 42 D.L.R. 1; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1, 100 C.C.C. (3d) 449.

DISTINGUISHED:

Bayer Inc. v. Canada (Attorney General), 1999 CanLII 8099, 87 C.P.R. (3d) 293, 243 N.R. 170 (F.C.A.), affg [1999] 1 F.C. 553, (1998), 84 C.P.R. (3d) 129, 155 F.T.R. 184 (T.D.), leave to appeal to S.C.C. refused [2000] 1 S.C.R. vi.

CONSIDERED:

Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd. et al.; *Attorney General of Canada v. Canadian Pacific Transport Co. Ltd. et al.*, [1983] 2 S.C.R. 206, (1983), 49 A.R. 39, 3 D.L.R. (4th) 16; *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641, (1989), 58 D.L.R. (4th) 255, 43 B.L.R. 225; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, 253 D.L.R. (4th) 1, 39 C.P.R. (4th) 449; *R. v. J.P.*, 2003 CanLII 17492, 67 O.R. (3d) 321 (C.A.); *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, 261 A.R. 201, 185 D.L.R. (4th) 577.

REFERRED TO:

Law Society of Upper Canada v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), 2006 FC 1489, [2007] 4 F.C.R. 132, 58 Admin. L.R. (4th) 293, 307 F.T.R. 141; *Canada (Attorney General) v. Giacomelli*, 2010 ONSC 985 (CanLII), 317 D.L.R. (4th) 528; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, 409 A.R. 207, 281 D.L.R. (4th) 125; *Standard Sausage Co. v. Lee* (1933), 47 B.C.R. 411, [1933] 4 D.L.R. 501, [1934] 1 W.W.R. 81 (B.C.C.A.); *R. v. Wetmore et al.*, [1983] 2 S.C.R. 284, (1983), 2 D.L.R. (4th) 577, [1984] 1 W.W.R. 577; *C.E. Jamieson & Co. (Dominion) v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 F.C. 590, (1987), 46 D.L.R. (4th) 582, 37 C.C.C. (3d) 193 (T.D.).

AUTHORS CITED

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.
Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2006-241, C. Gaz. 2006.II.1495.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Gray (in re) (1918), 57 R.C.S. 150; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Bayer Inc. c. Canada (Procureur général), 1999 CanLII 8099 (C.A.F.), confirmant [1999] 1 C.F. 553 (1^{re} inst.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2000] 1 R.C.S. vi.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée et autre; *Procureur général du Canada c. Compagnie de Transport Canadien Pacifique Ltée et autre*, [1983] 2 R.C.S. 206; *General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533; *R. v. J.P.*, 2003 CanLII 17492, 67 O.R. (3d) 321 (C.A.); *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783.

DÉCISIONS CITÉES :

Barreau du Haut-Canada c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2006 CF 1489, [2007] 4 R.C.F. 132; *Canada (Attorney General) v. Giacomelli*, 2010 ONSC 985 (CanLII), 317 D.L.R. (4th) 528; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Standard Sausage Co. v. Lee* (1933), 47 B.C.R. 411, [1933] 4 D.L.R. 501, [1934] 1 W.W.R. 81 (C.A. C.-B.); *R. c. Wetmore et autres*, [1983] 2 R.C.S. 284; *C.E. Jamieson & Co. (Dominion) c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 C.F. 590 (1^{re} inst.).

DOCTRINE CITÉE

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. supplémentée. Toronto : Thomson/Carswell, 2007.
Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2006-241, Gaz. C. 2006.II.1495.

APPEALS from a Federal Court decision (2009 FC 725, 77 C.P.R. (4th) 407, 348 F.T.R. 29) dismissing judicial review applications seeking a declaration that subsection 30(3) of the *Food and Drugs Act* and section C.08.004.1, the Data Protection Regulation, of the *Food and Drug Regulations* were *ultra vires* and without legal force and effect. Appeals dismissed.

APPELS de la décision (2009 CF 725) par laquelle la Cour fédérale a rejeté les demandes de contrôle judiciaire visant à obtenir un jugement déclarant invalides et sans effet juridique le paragraphe 30(3) de la *Loi sur les aliments et drogues* et l'article C.08.004.1, le Règlement sur la protection des données, du *Règlement sur les aliments et drogues*. Appels rejetés.

APPEARANCES

Harry B. Radomski for appellant in A-352-09.

Edward Hore and *Geoffrey Langen* for appellant in A-360-09.

Frederick B. Woyiwada for respondents Minister of Health and Attorney General of Canada in A-352-09 and A-360-09.

Richard G. Dearden and *Wendy J. Wagner* for respondent Eli Lilly Canada Inc. in A-352-09.

Martin W. Mason and *Graham Ragan* for respondent Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies in A-360-09.

ONT COMPARU

Harry B. Radomski pour l'appelante dans le dossier A-352-09.

Edward Hore et *Geoffrey Langen* pour l'appelante dans le dossier A-360-09.

Frederick B. Woyiwada pour les intimés, le ministre de la Santé et le procureur général du Canada, dans les dossiers A-352-09 et A-360-09.

Richard G. Dearden et *Wendy J. Wagner* pour l'intimée, Eli Lilly Canada Inc., dans le dossier A-352-09.

Martin W. Mason et *Graham Ragan* pour l'intimée, les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada, dans le dossier A-360-09.

SOLICITORS OF RECORD

Goodmans LLP, Toronto, for appellant in A-352-09.

Hazzard & Hore, Toronto, for appellant in A-360-09.

Deputy Attorney General of Canada for respondents Minister of Health and Attorney General of Canada in A-352-09 and A-360-09.

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondents Eli Lilly Canada Inc. and Canada's Research-Based Pharmaceutical Companies in A-352-09 and A-360-09.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] NADON J.A.: These are appeals from a decision of Mandamin J. (the Judge) of the Federal Court, 2009 FC 725, 77 C.P.R. (4th) 407, dated July 17, 2009, which dismissed the judicial review applications of the appellants, Apotex Inc. (Apotex), appellant in Court

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Goodmans LLP, Toronto, pour l'appelante dans le dossier A-352-09.

Hazzard & Hore, Toronto, pour l'appelante dans le dossier A-360-09.

Le sous-procureur général du Canada pour les intimés, le ministre de la Santé et le procureur général du Canada, dans les dossiers A-352-09 et A-360-09.

Gowling Lafleur Henderson S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour les intimées, Eli Lilly Canada Inc. et les compagnies de recherche pharmaceutique du Canada, dans les dossiers A-352-09 et A-360-09.

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

[1] LE JUGE NADON, J.C.A. : La Cour est saisie de deux appels de la décision de la Cour fédérale, 2009 CF 725, en date du 17 juillet 2009, par laquelle le juge Mandamin (le juge) a rejeté les demandes de contrôle judiciaire formées par les appelantes, soit Apotex Inc. (Apotex),

file A-352-09, and the Canadian Generic Pharmaceutical Association (the CGPA), appellant in Court file A-360-09, seeking a declaration that subsection 30(3) [as am. by S.C. 1994, c. 47, s. 117] of the *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27 (the Act) and section C.08.004.1 [as enacted by SOR/95-411, s. 6; 2006-241, s. 1]—the Data Protection Regulation (the DPR) of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870 (the Regulations)—were *ultra vires* and without legal force and effect.

[2] In dismissing the applications, the Judge declared the DPR *intra vires* the federal Parliament. More particularly, he found the DPR to be *intra vires* Parliament's power to make laws respecting trade and commerce under subsection 91(2) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]] (Constitution Act). He further found the provision valid because it is both rationally connected to its enabling provision, subsection 30(3) of the Act, and a permissible sub-delegation.

[3] On November 13, 2009, a notice of constitutional question was filed by the CGPA. It reads as follows:

The Appellant, the Canadian Generic Pharmaceutical Association, intends to question the constitutional validity, applicability or effect of the *Food and Drugs Act* ("FDA"), R.S.C. 1985, c. F-27, ss. 30(3), and regulations purportedly enacted thereunder, namely the *Regulations Amending the Food and Drug Regulations (Data Protection)* (hereinafter referred to as the "2005 DP Regulations"), published October 18, 2006, in the *Canada Gazette Part II*, Vol. 140, No. 21, SOR/DORS/2006-241 at pages 1493-1494, purportedly amending the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.004.1....

[4] Subsection 30(3) of the Act and the DPR are at the heart of these appeals and they read as follows:

appelante au dossier de la Cour A-352-09, et l'Association canadienne du médicament générique (l'ACMG), appelante au dossier de la Cour A-360-09, en vue d'obtenir un jugement déclarant invalides et sans effet juridique le paragraphe 30(3) [mod. par L.C. 1994, ch. 47, art. 117] de la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27 (la Loi), et l'article C.08.004.1 [édicte par DORS/95-411, art. 6; 2006-241, art. 1] — le Règlement sur la protection des données (le RPD) — du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870 (le Règlement).

[2] Le juge a rejeté ces demandes, déclarant que le RPD s'inscrit dans les limites de la compétence du Parlement fédéral. Plus précisément, il a conclu que le RPD entre dans le champ du pouvoir de légiférer sur les échanges et le commerce conféré au Parlement fédéral par le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 11 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 3 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] (la Loi constitutionnelle). Il a aussi conclu que le RPD est valide au double motif qu'il a un lien rationnel avec sa disposition habilitante, le paragraphe 30(3) de la Loi, et qu'il a été pris en vertu d'une sous-délégation admissible.

[3] L'ACMG a déposé le 13 novembre 2009 un avis de question constitutionnelle, rédigé comme suit :

[TRADUCTION] L'appelante, l'Association canadienne du médicament générique, a l'intention de contester la constitutionnalité, l'applicabilité ou l'effet du paragraphe 30(3) de la *Loi sur les aliments et drogues* (la LAD), L.R.C. 1985, ch. F-27, et d'un règlement supposé avoir été pris sous son régime, soit le *Règlement modifiant le Règlement sur les aliments et drogues (protection des données)*, ci-après désigné « Règlement sur la PD de 2005 », publié le 18 octobre 2006 à la Partie II de la *Gazette du Canada*, vol. 140, n° 21, DORS/SOR/2006-241, aux pages 1493 et 1494, et présenté comme modifiant l'article C.08.004.1 du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870 [...]

[4] Les deux textes sur lesquels portent essentiellement les présents appels, soit le paragraphe 30(3) de la Loi et le RPD, sont libellés comme suit :

The Act

30. ...

Regulations
re the North
American
Free Trade
Agreement
and WTO
Agreement

(3) Without limiting or restricting the authority conferred by any other provisions of this Act or any Part thereof for carrying into effect the purposes and provisions of this Act or any Part thereof, the Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council deems necessary for the purpose of implementing, in relation to drugs, Article 1711 of the North American Free Trade Agreement or paragraph 3 of Article 39 of the Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights set out in Annex 1C to the WTO Agreement.

Data Protection Regulation (DPR)

C.08.004.1 (1) The following definitions apply in this section.

...

“innovative drug” means a drug that contains a medicinal ingredient not previously approved in a drug by the Minister and that is not a variation of a previously approved medicinal ingredient such as a salt, ester, enantiomer, solvate or polymorph.

...

“pediatric populations” means the following groups: premature babies born before the 37th week of gestation; full-term babies from 0 to 27 days of age; and all children from 28 days to 2 years of age, 2 years plus 1 day to 11 years of age and 11 years plus 1 day to 18 years of age.

(2) This section applies to the implementation of Article 1711 of the *North American Free Trade Agreement*, as defined in the definition “Agreement” in subsection 2(1) of the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, and of paragraph 3 of Article 39 of the Agreement on *Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights* set out in Annex 1C to the World Trade Organization Agreement, as defined in the definition “Agreement” in subsection 2(1) of the *World Trade Organization Agreement Implementation Act*.

(3) If a manufacturer seeks a notice of compliance for a new drug on the basis of a direct or indirect comparison between the new drug and an innovative drug,

La Loi

30. [...]

(3) Sans que soit limité le pouvoir conféré par toute autre disposition de la présente loi de prendre des règlements d’application de la présente loi ou d’une partie de celle-ci, le gouverneur en conseil peut prendre, concernant les drogues, les règlements qu’il estime nécessaires pour la mise en œuvre de l’article 1711 de l’Accord de libre-échange nord-américain ou du paragraphe 3 de l’article 39 de l’Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce figurant à l’annexe 1C de l’Accord sur l’OMC.

Règlements
relatifs à
l’Accord
de libre-
échange
nord-
américain et
à l’Accord
sur l’OMC

Règlement sur la protection des données (RPD)

C.08.004.1 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent au présent article.

« drogue innovante » S’entend de toute drogue qui contient un ingrédient médicinal non déjà approuvé dans une drogue par le ministre et qui ne constitue pas une variante d’un ingrédient médicinal déjà approuvé tel un changement de sel, d’ester, d’énantiomère, de solvate ou de polymorphe.

« population pédiatrique » S’entend de chacun des groupes suivants : les bébés prématurés nés avant la 37^e semaine de gestation, les bébés menés à terme et âgés de 0 à 27 jours, tous les enfants âgés de 28 jours à deux ans, ceux âgés de deux ans et un jour à 11 ans et ceux âgés de 11 ans et un jour à 18 ans.

[...]

(2) Le présent article s’applique à la mise en œuvre de l’article 1711 de l’Accord de libre-échange nord-américain, au sens du terme « Accord » au paragraphe 2(1) de la *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange nord-américain*, et du paragraphe 3 de l’article 39 de l’Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce figurant à l’annexe 1C de l’Accord sur l’Organisation mondiale du commerce, au sens du terme « Accord » au paragraphe 2(1) de la *Loi de mise en œuvre de l’Accord sur l’Organisation mondiale du commerce*.

(3) Lorsque le fabricant demande la délivrance d’un avis de conformité pour une drogue nouvelle sur la base d’une comparaison directe ou indirecte entre celle-ci et la drogue innovante :

- (a) the manufacturer may not file a new drug submission, a supplement to a new drug submission, an abbreviated new drug submission or a supplement to an abbreviated new drug submission in respect of the new drug before the end of a period of six years after the day on which the first notice of compliance was issued to the innovator in respect of the innovative drug; and
- (b) the Minister shall not approve that submission or supplement and shall not issue a notice of compliance in respect of the new drug before the end of a period of eight years after the day on which the first notice of compliance was issued to the innovator in respect of the innovative drug.
- (4) The period specified in paragraph (3)(b) is lengthened to eight years and six months if
- (a) the innovator provides the Minister with the description and results of clinical trials relating to the use of the innovative drug in relevant pediatric populations in its first new drug submission for the innovative drug or in any supplement to that submission that is filed within five years after the issuance of the first notice of compliance for that innovative drug; and
- (b) before the end of a period of six years after the day on which the first notice of compliance was issued to the innovator in respect of the innovative drug, the Minister determines that the clinical trials were designed and conducted for the purpose of increasing knowledge of the use of the innovative drug in those pediatric populations and this knowledge would thereby provide a health benefit to members of those populations.
- (5) Subsection (3) does not apply if the innovative drug is not being marketed in Canada.
- (6) Paragraph (3)(a) does not apply to a subsequent manufacturer if the innovator consents to the filing of a new drug submission, a supplement to a new drug submission, an abbreviated new drug submission or a supplement to an abbreviated new drug submission by the subsequent manufacturer before the end of the period of six years specified in that paragraph.
- (7) Paragraph (3)(a) does not apply to a subsequent manufacturer if the manufacturer files an application for authorization to sell its new drug under section C.07.003.
- (8) Paragraph (3)(b) does not apply to a subsequent manufacturer if the innovator consents to the issuance of a notice of compliance to the subsequent manufacturer before the end of
- a) le fabricant ne peut déposer pour cette drogue nouvelle de présentation de drogue nouvelle, de présentation abrégée de drogue nouvelle ou de supplément à l'une de ces présentations avant l'expiration d'un délai de six ans suivant la date à laquelle le premier avis de conformité a été délivré à l'innovateur pour la drogue innovante;
- b) le ministre ne peut approuver une telle présentation ou un tel supplément et ne peut délivrer d'avis de conformité pour cette nouvelle drogue avant l'expiration d'un délai de huit ans suivant la date à laquelle le premier avis de conformité a été délivré à l'innovateur pour la drogue innovante.
- (4) Le délai prévu à l'alinéa (3)b) est porté à huit ans et six mois si, à la fois :
- a) l'innovateur fournit au ministre la description et les résultats des essais cliniques concernant l'utilisation de la drogue innovante dans les populations pédiatriques concernées dans sa première présentation de drogue nouvelle à l'égard de la drogue innovante ou dans tout supplément à une telle présentation déposé au cours des cinq années suivant la délivrance du premier avis de conformité à l'égard de cette drogue innovante;
- b) le ministre conclut, avant l'expiration du délai de six ans qui suit la date à laquelle le premier avis de conformité a été délivré à l'innovateur pour la drogue innovante, que les essais cliniques ont été conçus et menés en vue d'élargir les connaissances sur l'utilisation de cette drogue dans les populations pédiatriques visées et que ces connaissances se traduiraient par des avantages pour la santé des membres de celles-ci.
- (5) Le paragraphe (3) ne s'applique pas si la drogue innovante n'est pas commercialisée au Canada.
- (6) L'alinéa (3)a) ne s'applique pas au fabricant ultérieur dans le cas où l'innovateur consent à ce qu'il dépose une présentation de drogue nouvelle, une présentation abrégée de drogue nouvelle ou un supplément à l'une de ces présentations avant l'expiration du délai de six ans prévu à cet alinéa.
- (7) L'alinéa (3)a) ne s'applique pas au fabricant ultérieur s'il dépose une demande d'autorisation pour vendre cette drogue nouvelle aux termes de l'article C.07.003.
- (8) L'alinéa (3)b) ne s'applique pas au fabricant ultérieur dans le cas où l'innovateur consent à ce que lui soit délivré un avis de conformité avant l'expiration du délai de huit ans

the period of eight years specified in that paragraph or of eight years and six months specified in subsection (4).

(9) The Minister shall maintain a register of innovative drugs that includes information relating to the matters specified in subsections (3) and (4). [Emphasis added.]

[5] Subsection 30(3) of the Act grants the Governor in Council authority to enact regulations, as he deems necessary, for the purpose of implementing specified data protection provisions of the North American Free Trade Agreement [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2] (NAFTA) and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) as set out in Annex 1C to the WTO Agreement [*Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization*, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1869 U.N.T.S. 299].

[6] The DPR introduces a period of market exclusivity for manufacturers of “innovative drug[s]” by imposing an eight-year moratorium on the approval of the marketing of generic copies of previously approved new drugs. More particularly, paragraph 3(a) thereof prohibits a generic manufacturer, seeking a notice of compliance (NOC) for a new drug “on the basis of a direct or indirect comparison between the new drug and an innovative drug”, from filing a new drug submission (NDS) “before the end of a period of six years after the day on which the first notice of compliance was issued to the innovator in respect of the innovative drug”. In addition, paragraph 3(b) of the DPR prohibits the Minister of Health (the Minister) from issuing a NOC to a generic drug manufacturer “before the end of a period of eight years after the day on which the first notice of compliance was issued to the innovator in respect of the innovative drug.” The Regulatory Impact Analysis Statement [SOR/2006-241, *C. Gaz.* 2006.II.1495] (the RIAS), issued with the DPR, sets out the purpose thereof as follows [at page 1495]:

prévu à cet alinéa ou de huit ans et six mois prévu au paragraphe (4).

(9) Le ministre tient un registre des drogues innovantes, lequel contient les renseignements relatifs à l’application des paragraphes (3) et (4). [Non souligné dans l’original.]

[5] Le paragraphe 30(3) de la Loi confère au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre les règlements qu’il estime nécessaires pour la mise en œuvre des dispositions relatives à la protection des données de l’Accord de libre-échange nord-américain [*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2] (l’ALENA), ainsi que de l’Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (l’Accord sur les ADPIC), qui constitue l’Annexe 1C de l’Accord sur l’OMC [*Accord de Marrakech instituant l’Organisation mondiale du commerce*, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 299].

[6] Le RPD établit une période d’exclusivité de marché pour les fabricants de « drogue[s] innovante[s] » en suspendant pour une durée de huit ans l’approbation de la commercialisation des copies génériques de drogues nouvelles déjà approuvées. Plus précisément, son alinéa 3a) interdit au fabricant de drogues génériques (le génériqueur) qui demande la délivrance d’un avis de conformité (ADC) pour une drogue nouvelle « sur la base d’une comparaison directe ou indirecte entre celle-ci et la drogue innovante » de déposer une présentation de drogue nouvelle (PDN) « avant l’expiration d’un délai de six ans suivant la date à laquelle le premier avis de conformité a été délivré à l’innovateur pour la drogue innovante ». En outre, l’alinéa 3b) du RPD interdit au ministre de la Santé (le ministre) de délivrer un ADC au génériqueur « avant l’expiration d’un délai de huit ans suivant la date à laquelle le premier avis de conformité a été délivré à l’innovateur pour la drogue innovante ». Le Résumé de l’étude d’impact de la réglementation [DORS/2006-241, *Gaz. C.* 2006.II.1495] (le REIR) publié avec le RPD expose l’objet de ce dernier dans les termes suivants [à la page 1495] :

Description

The amendments to section C.08.004.1 of the *Food and Drug Regulations* (“Regulations”) are intended to provide new drugs with an internationally competitive, guaranteed minimum period of market exclusivity of eight years. An additional six months period of data protection is available for innovative drugs that have been the subject of clinical trials designed and conducted for the purpose of increasing the knowledge of the behaviour of the drug in pediatric populations.

[7] Prior to the enactment of the DPR, the only impediment to a generic drug manufacturer’s ability to obtain approval of the right to market a generic drug was the existence of an unexpired patent. Since the enactment of the DPR, generic drug manufacturers cannot obtain approval for their generic drug until the period of market exclusivity of the innovative drug has expired, even where there is no patent protection for that drug.

[8] A brief review of the regulatory scheme enacted by Parliament with respect to the marketing of drugs in Canada and of the relevant provisions of NAFTA and TRIPS will help to facilitate an understanding of the issues raised by these appeals.

REGULATORY SCHEME

[9] It is a criminal offence in Canada to market a new drug unless the manufacturer thereof has received a NOC, i.e. the Minister’s confirmation that the manufacturer has complied with the Regulations, which seek to ensure the safety and effectiveness of new drugs.

[10] The Regulations prescribe the manner in which the safety and effectiveness of the drug may be shown and they set out a process allowing manufacturers to qualify for exemption from criminality. They also set out in detail the information which a manufacturer must provide to the Minister in order to obtain a NOC. Thus, a manufacturer must obtain a NOC pursuant to Part C, Division 8 [ss. C.08.001 to C.08.018] of the Regulations,

Description

L’objet des modifications à l’article C.08.004.1 du *Règlement sur les aliments et drogues* (le « règlement ») consiste à accorder aux drogues nouvelles une position concurrentielle sur les marchés internationaux et une période d’exclusivité de marché garantie d’une durée de huit ans. Une période de six mois supplémentaires de protection des données est possible dans le cas des drogues ayant fait l’objet d’essais cliniques conçus et menés dans le but d’accroître les connaissances sur le comportement du médicament chez les populations pédiatriques.

[7] Avant la promulgation du RPD, seule l’existence d’un brevet non expiré pouvait empêcher un génériqueur d’obtenir le droit de commercialiser un médicament générique. Depuis cette promulgation, le génériqueur ne peut obtenir l’approbation de son médicament générique avant l’expiration de la période d’exclusivité de marché de la drogue innovante, même si celle-ci n’est pas protégée par un brevet.

[8] Un bref examen du système de réglementation promulgué par le Parlement relativement à la commercialisation des drogues au Canada, ainsi que des dispositions applicables de l’ALENA et de l’Accord sur les ADPIC, nous aidera à mieux comprendre les questions que soulèvent les présents appels.

LE SYSTÈME DE RÉGLEMENTATION

[9] La commercialisation d’une drogue nouvelle constitue une infraction criminelle au Canada, à moins que son fabricant n’ait reçu un ADC, c’est-à-dire la confirmation par le ministre qu’il s’est conformé au Règlement, qui vise à assurer l’innocuité et l’efficacité des drogues nouvelles.

[10] Le Règlement prescrit la manière dont peuvent être établies l’innocuité et l’efficacité de la drogue et prévoit une procédure permettant au fabricant d’obtenir l’exemption de la responsabilité pénale. Il détaille en outre les renseignements que le fabricant doit fournir au ministre pour se faire délivrer un ADC. Le fabricant doit donc obtenir un ADC sous le régime du titre 8 [art. C.08.001 à C.08.018] de la partie C du Règlement, faute

failing which the selling or advertising of the drug in Canada will be subject to criminal prosecution.

[11] In order to obtain a NOC, a manufacturer must either file a new drug submission (NDS) or an abbreviated new drug submission (ANDS) as required by subsection C.08.002(1) [as am. by SOR/95-411, s. 4] of the Regulations. Generally speaking, an NDS is filed by innovator drug companies (innovator(s)). The information provided by innovators in an NDS serves to establish that their drug meets the regulatory requirements with regard to the safety, efficacy and quality of the drug. More particularly, the NDS data will identify the drug, its benefits, adverse reactions, manufacturing process and the results of clinical trials on healthy volunteers and on patients.

[12] An NDS is comprised of various sections, including pre-clinical, clinical, chemistry and manufacturing sections. The pre-clinical portions thereof will consist of all the information pertaining to the experiments that the innovator has conducted in a laboratory so as to test the action and toxicity of the drug. The clinical portions of an NDS provide information with regard to clinical trials with volunteer subjects and/or patients to test the safety and efficacy of the new drug. Further information may be required by the Minister. The content, size and cost of an NDS will vary, but it can be safely said that an NDS for a new active drug, in the words of the Judge, is “a significant undertaking by the innovator drug company and can contain as many as one to three hundred volumes of data” (Judge’s reasons, paragraph 15).

[13] Once satisfied by the information provided by the innovator, the Minister may issue a NOC. The drug will then be listed as a Canada reference product and will be issued a drug identification number (DIN).

[14] An ANDS is available to generic drug manufacturers who wish to copy a marketed drug without

de quoi la vente ou l’annonce de la drogue au Canada donnera lieu à des poursuites pénales.

[11] Le paragraphe C.08.002(1) [mod. par DORS/95-411, art. 4] du Règlement dispose que, pour obtenir un ADC, le fabricant doit déposer soit une présentation de drogue nouvelle (PDN), soit une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN). En règle générale, c’est une société pharmaceutique innovatrice (un innovateur) qui dépose une PDN. Les renseignements que fournit l’innovateur dans sa PDN servent à établir que sa drogue remplit les conditions réglementaires en ce qui concerne son innocuité, son efficacité et sa qualité. Plus précisément, les données de la PDN définissent la drogue, recensent ses avantages et ses effets indésirables, en décrivent le procédé de fabrication, et rendent compte des résultats des essais cliniques effectués sur des sujets volontaires, sains et malades.

[12] La PDN comprend diverses sections, qui portent notamment sur les études précliniques, les études cliniques, la composition chimique et la fabrication. La partie sur les études précliniques réunit tous les renseignements concernant les expériences que l’innovateur a effectuées en laboratoire pour tester l’action et la toxicité de la drogue. La partie sur les études cliniques comprend les renseignements relatifs aux essais cliniques effectués sur des sujets volontaires sains et/ou malades pour tester l’innocuité et l’efficacité de la nouvelle drogue. Il peut arriver que le ministre exige des renseignements supplémentaires. Le contenu, la taille et le coût d’une PDN varient, mais on peut dire sans risque d’erreur que les renseignements exigés dans une PDN relative à une drogue active nouvelle, pour reprendre les termes du juge, « représentent un engagement important pour la société pharmaceutique innovatrice et peuvent compter de cent jusqu’à trois cents volumes de données » (motifs du juge, paragraphe 15).

[13] Une fois satisfait par les renseignements que lui a fournis l’innovateur, le ministre peut délivrer un ADC. La drogue sera alors inscrite comme produit de référence canadien et recevra un numéro d’identification (DIN).

[14] Le génériqueur qui souhaite copier une drogue commercialisée sans avoir à produire des rapports

having to provide the detailed reports and substantial data clinically demonstrating the safety and effectiveness of their drug. An ANDS will provide the Minister with information pertaining to the composition and manufacture of the drug, as well as studies demonstrating that the generic drug contains the identical amount of the same medicinal ingredient in comparable dosage as the Canadian reference product, that it is pharmacologically equivalent and that it has the same bio-availability as the Canadian reference product.

[15] Thus, rather than making a direct assessment of the clinical safety or efficacy of its drug on the basis of clinical studies, a generic manufacturer uses the Canadian reference product to demonstrate the latter's bio-equivalence to its own product. A typical ANDS will contain fewer volumes of data in comparison to the volumes of data filed in an NDS, ranging from a dozen to two dozen volumes.

[16] Once satisfied, the Minister will issue a NOC to the generic manufacturer. The generic drug will also be listed as a Canada reference product and issued a DIN.

[17] I now turn to a brief review of the relevant provisions of NAFTA and TRIPS. As I indicated earlier, the purpose of subsection 30(3) of the Act is to allow the Governor in Council to enact regulations so as to implement specified data protection provisions of both NAFTA and TRIPS. More particularly, the Governor in Council is authorized to make regulations that are deemed necessary for the purpose of implementing Article 1711 of NAFTA or paragraph 3 of Article 39 of TRIPS.

[18] Article 1711 of NAFTA (which was signed on December 17, 1992) provides as follows:

Article 1711: Trade Secrets

1. Each Party shall provide the legal means for any person to prevent trade secrets from being disclosed to, acquired by, or

détaillés et une quantité considérable de données pour démontrer cliniquement l'innocuité et l'efficacité de sa drogue peut déposer ce qu'on appelle une présentation abrégée de drogue nouvelle. La PADN fournit au ministre des renseignements sur la composition et la fabrication du médicament générique, ainsi que sur les études établissant qu'il contient le même ingrédient médicinal, en quantité identique sous une forme posologique comparable, que le produit de référence canadien, qu'il est un équivalent pharmaceutique de celui-ci et qu'il a la même biodisponibilité que lui.

[15] Donc, plutôt que d'opérer une évaluation directe de l'innocuité ou de l'efficacité de sa drogue au moyen d'études cliniques, le génériqueur utilise le produit de référence canadien pour en démontrer la bioéquivalence à son propre produit. En général, une PADN contient moins de données qu'une PDN, soit de une à deux douzaines de volumes.

[16] Une fois qu'il estime les conditions remplies, le ministre délivre un ADC au génériqueur. Le médicament générique ainsi déclaré conforme sera aussi inscrit comme produit de référence canadien et se verra aussi attribuer un DIN.

[17] Je propose maintenant un bref examen des dispositions applicables de l'ALENA et de l'Accord sur les ADPIC. Comme je le disais précédemment, le paragraphe 30(3) de la Loi a pour objet d'autoriser le gouverneur en conseil à prendre des règlements pour mettre en œuvre des dispositions déterminées, relatives à la protection des données, de l'ALENA aussi bien que de l'Accord sur les ADPIC. Plus précisément, le gouverneur en conseil est autorisé à prendre les règlements qu'il estime nécessaires pour la mise en œuvre de l'article 1711 de l'ALENA ou du paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC.

[18] L'article 1711 de l'ALENA (signé le 17 décembre 1992) est libellé comme suit :

Article 1711 : Secrets commerciaux

1. Chacune des Parties assurera à toute personne les moyens juridiques d'empêcher que des secrets commerciaux ne soient

used by others without the consent of the person lawfully in control of the information in a manner contrary to honest commercial practices, in so far as:

(a) the information is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons that normally deal with the kind of information in question;

(b) the information has actual or potential commercial value because it is secret; and

(c) the person lawfully in control of the information has taken reasonable steps under the circumstances to keep it secret.

2. A Party may require that to qualify for protection a trade secret must be evidenced in documents, electronic or magnetic means, optical discs, microfilms, films or other similar instruments.

3. No Party may limit the duration of protection for trade secrets, so long as the conditions in paragraph 1 exist.

4. No Party may discourage or impede the voluntary licensing of trade secrets by imposing excessive or discriminatory conditions on such licenses or conditions that dilute the value of the trade secrets.

5. If a Party requires, as a condition for approving the marketing of pharmaceutical or agricultural chemical products that utilize new chemical entities, the submission of undisclosed tests or other data necessary to determine whether the use of such products is safe and effective, the Party shall protect against disclosure of the data of persons making such submissions, where the origination of such data involves considerable effort, except where the disclosure is necessary to protect the public or unless steps are taken to ensure that the data is protected against unfair commercial use.

6. Each Party shall provide that for data subject to paragraph 5 that are submitted to the Party after the date of entry into force of this Agreement, no person other than the person that submitted them may, without the latter's permission, rely on such data in support of an application for

divulgués à des tiers, acquis ou utilisés par eux, sans le consentement de la personne licitement en possession de ces renseignements et d'une manière contraire aux pratiques commerciales honnêtes, dans la mesure où :

a) les renseignements sont secrets, en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;

b) les renseignements ont une valeur commerciale, réelle ou potentielle, du fait qu'ils sont secrets; et

c) la personne licitement en possession de ces renseignements a pris des dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, en vue de les garder secrets.

2. Une Partie pourra exiger que, pour faire l'objet d'une protection, un secret commercial soit établi par des documents, des médias électroniques ou magnétiques, des disques optiques, des microfilms, des films ou autres supports analogues.

3. Aucune des Parties ne pourra restreindre la durée de protection des secrets commerciaux tant que subsistent les conditions énoncées au paragraphe 1.

4. Aucune des Parties ne pourra entraver ou empêcher l'octroi de licences volontaires à l'égard de secrets commerciaux en imposant des conditions excessives ou discriminatoires à l'octroi de ces licences ou des conditions qui réduisent la valeur des secrets commerciaux.

5. Lorsqu'une Partie subordonne l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l'agriculture qui comportent des éléments chimiques nouveaux, à la communication de données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées nécessaires pour déterminer si l'utilisation de ces produits est sans danger et efficace, cette Partie protégera ces données contre toute divulgation, lorsque l'établissement de ces données demande un effort considérable, sauf si la divulgation est nécessaire pour protéger le public, ou à moins que des mesures ne soient prises pour s'assurer que les données sont protégées contre toute exploitation déloyale dans le commerce.

6. Chacune des Parties prévoira, en ce qui concerne les données visées au paragraphe 5 qui lui sont communiquées après la date d'entrée en vigueur du présent accord, que seule la personne qui les a communiquées peut, sans autorisation de cette dernière à autrui, utiliser ces données à l'appui d'une

product approval during a reasonable period of time after their submission. For this purpose, a reasonable period shall normally mean not less than five years from the date on which the Party granted approval to the person that produced the data for approval to market its product, taking account of the nature of the data and the person's efforts and expenditures in producing them. Subject to this provision, there shall be no limitation on any Party to implement abbreviated approval procedures for such products on the basis of bioequivalence and bio-availability studies.

7. Where a Party relies on a marketing approval granted by another Party, the reasonable period of exclusive use of the data submitted in connection with obtaining the approval relied on shall begin with the date of the first marketing approval relied on. [Emphasis added.]

[19] After the signing of NAFTA, an earlier version of subsection 30(3) of the Act was brought into effect on January 1, 1994, and an earlier version of the Regulations—section C.08.004.1 (the first DPR)—was enacted (published in the *Canada Gazette* on September 6, 1995).

[20] TRIPS was signed on April 15, 1994. This was approximately one year prior to the enactment of the first DPR. However, the earlier version of subsection 30(3) of the Act which delegated this power to the Governor in Council came into effect on January 1, 1994 and thus, made no mention of TRIPS until subsection 30(3) was amended, coming into force on January 1, 1996.

[21] Article 39 of TRIPS reads as follows:

Article 39

1. In the course of ensuring effective protection against unfair competition as provided in Article 10*bis* of the Paris Convention (1967), Members shall protect undisclosed information in accordance with paragraph 2 and data submitted to governments or governmental agencies in accordance with paragraph 3.

2. Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their

demande d'approbation de produit au cours d'une période de temps raisonnable suivant la date de leur communication. On entend généralement par période de temps raisonnable, une période d'au moins cinq années à compter de la date à laquelle la Partie en cause a donné son autorisation à la personne ayant produit les données destinées à faire approuver la commercialisation de son produit, compte tenu de la nature des données, ainsi que des efforts et des frais consentis par cette personne pour les produire. Sous réserve de cette disposition, rien n'empêchera une Partie d'adopter à l'égard de ces produits des procédures d'homologation abrégées fondées sur des études de bioéquivalence et de biodisponibilité.

7. Lorsqu'une Partie se fie à une approbation de commercialisation accordée par une autre Partie, la période raisonnable d'utilisation exclusive des données présentées en vue d'obtenir l'approbation en question commencera à la date de la première approbation de commercialisation. [Non souligné dans l'original.]

[19] Après la signature de l'ALENA, une version antérieure du paragraphe 30(3) de la Loi est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994, et l'on a promulgué une version antérieure de l'article C.08.004.1 du Règlement (le premier RPD), dont la publication à la *Gazette du Canada* date du 6 septembre 1995.

[20] L'Accord sur les ADPIC a été signé le 15 avril 1994, soit environ un an avant la promulgation du premier RPD. Cependant, la version antérieure du paragraphe 30(3) de la Loi qui délégait le pouvoir en question au gouverneur en conseil est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1994; ce paragraphe ne faisait donc pas mention de l'Accord sur les ADPIC jusqu'à sa modification, qui a pris effet le 1^{er} janvier 1996.

[21] L'article 39 de l'Accord sur les ADPIC est ainsi libellé :

Article 39

1. En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements non divulgués conformément au paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes conformément au paragraphe 3.

2. Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés

consent in a manner contrary to honest commercial practices so long as such information:

- (a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;
- (b) has commercial value because it is secret; and
- (c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret.

3. Members, when requiring, as a condition of approving the marketing of pharmaceutical or of agricultural chemical products which utilize new chemical entities, the submission of undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort, shall protect such data against unfair commercial use. In addition, Members shall protect such data against disclosure, except where necessary to protect the public, or unless steps are taken to ensure that the data are protected against unfair commercial use. [Emphasis added; footnote omitted.]

[22] The RIAS, under the heading “Background” [at page 1495], explains the obligations which signatories to NAFTA and TRIPS have agreed to:

Background

The amendments to section C.08.004.1 of the *Food and Drug Regulations* are intended to clarify and effectively implement Canada’s *North American Free Trade Agreement* (“NAFTA”) and the *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (“TRIPS”) obligations with respect to the protection of undisclosed test or other data necessary to determine the safety and effectiveness of a pharmaceutical or agricultural product which utilizes a new chemical entity. The obligations in TRIPS require that signatories provide protection against the unfair commercial use of the data, whereas NAFTA requires that signatories provide a reasonable period of time during which a subsequent manufacturer is prohibited from relying on the originator’s data for product

par eux sans leur consentement et d’une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements:

- a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l’assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s’occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles;
- b) aient une valeur commerciale parce qu’ils sont secrets; et
- c) aient fait l’objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets.

3. Lorsqu’ils subordonnent l’approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques ou de produits chimiques pour l’agriculture qui comportent des entités chimiques nouvelles à la communication de données non divulguées résultant d’essais ou d’autres données non divulguées, dont l’établissement demande un effort considérable, les Membres protégeront ces données contre l’exploitation déloyale dans le commerce. En outre, les Membres protégeront ces données contre la divulgation, sauf si cela est nécessaire pour protéger le public, ou à moins que des mesures ne soient prises pour s’assurer que les données sont protégées contre l’exploitation déloyale dans le commerce. [Non souligné dans l’original; note en bas de page omise.]

[22] Le REIR, sous le titre « Contexte » [à la page 1495], explique dans les termes suivants les obligations contractées par les signataires de l’ALENA et de l’Accord sur les ADPIC :

Contexte

Les modifications à l’article C.08.004.1 le règlement visent à clarifier et à mettre en œuvre, de façon efficace, les engagements du Canada en vertu de l’*Accord de libre-échange nord-américain* (ALÉNA) et les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) en matière de protection des données de tests non divulgués ou d’autres données nécessaires afin de déterminer l’innocuité et l’efficacité d’un produit pharmaceutique ou agricole qui comporte une nouvelle entité chimique. Les obligations prévues aux ADPIC exigent que les signataires fournissent une protection contre l’exploitation déloyale dans le commerce des données, alors que l’ALÉNA exige que les signataires prévoient une période raisonnable pendant laquelle aucun

approval. The reasonable period of time is specified as normally not being less than five years from the date on which regulatory approval was granted to the originator of the data. In keeping with the provisions, the government has decided to provide this protection by allowing the innovator, or the originator of the data submitted for regulatory approval, to protect investments made in the development of the product by providing a period of market exclusivity.

[23] The first DPR was amended in 2006 to the version at issue in these proceedings (coming into force on October 5, 2006 with publication in the *Canada Gazette* on October 18, 2006).

[24] Before turning to the Judge's decision, it will be useful to say a few words concerning the decisions rendered by the Federal Court and this Court in *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1999] 1 F.C. 553 (T.D.), affirmed 1999 CanLII 8099, 87 C.P.R. (3d) 293 (F.C.A.), leave to appeal refused [2000] S.C.R. vi (S.C.C. June 15, 2000) (*Bayer*), upon which the appellants rely in regard to one of the questions raised by the appeals.

[25] In *Bayer*, the innovator brought a motion for a declaration that the first DPR provided a five-year protection period for innovators in respect of new drugs for which a NOC had been issued. The first DPR, under consideration in *Bayer*, read as follows:

C.08.004.1. (1) Where a manufacturer files a new drug submission, an abbreviated new drug submission, a supplement to a new drug submission or a supplement to an abbreviated new drug submission for the purpose of establishing the safety and effectiveness of the new drug for which the submission or supplement is filed, and the Minister examines any information or material filed with the Minister, in a new drug submission, by the innovator of a drug that contains a chemical or biological substance not previously approved for sale in Canada as a drug, and the Minister, in support of the manufacturer's submission or supplement, relies on data contained in the information or material filed by the innovator, the Minister shall not issue a notice of compliance in respect of that submission or supplement earlier than five years after the

fabricant ultérieur n'est autorisé à se fonder sur les données du premier auteur pour obtenir l'approbation du produit. La période raisonnable est précisée et ne doit normalement pas être inférieure à cinq ans à partir de la date à laquelle la première approbation réglementaire a été accordée à l'auteur des données. Dans l'esprit de ces dispositions, le gouvernement a décidé d'accorder cette protection en permettant à l'innovateur ou au premier auteur des données soumises à l'approbation réglementaire de protéger l'investissement fait dans le développement du produit en prévoyant une période d'exclusivité du marché.

[23] Le premier RPD a été modifié en 2006 pour faire place à la version qui est en litige en l'espèce (celle-ci est entrée en vigueur le 5 octobre 2006 et a été publiée dans la *Gazette du Canada* le 18 du même mois).

[24] Avant d'examiner la décision du juge, il paraît utile de dire quelques mots sur les décisions ci-après collectivement désignées *Bayer* de la Cour fédérale et de notre Cour — soit *Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1999] 1 C.F. 553 (1^{re} inst.), confirmée par 1999 CanLII 8099 (C.A.F.), autorisation de pourvoi refusée, [2000] 1 R.C.S. vi (C.S.C., 15 juin 2000) —, que les appelantes invoquent relativement à l'une des questions soulevées par les présents appels.

[25] Dans la décision *Bayer*, l'innovateur avait formé une requête en vue d'obtenir un jugement déclarant que le premier RPD prévoyait une période de protection de cinq ans pour les innovateurs à l'égard des drogues nouvelles pour lesquelles un ADC avait été délivré. Le texte du premier RPD, examiné dans cette affaire, était libellé comme suit :

C.08.004.1. (1) Lorsque le fabricant dépose une présentation de drogue nouvelle, une présentation abrégée de drogue nouvelle ou un supplément à l'une de ces présentations en vue de faire déterminer l'innocuité et l'efficacité de la drogue nouvelle qui en est l'objet, et que le ministre examine les renseignements et le matériel présentés, dans une présentation de drogue nouvelle, par l'innovateur d'une drogue contenant une substance chimique ou biologique dont la vente comme drogue n'a pas été préalablement approuvée au Canada et s'appuie sur les données y figurant pour étayer la présentation ou le supplément du fabricant, il ne peut délivrer un avis de conformité à l'égard de cette présentation ou de ce supplément avant l'expiration du délai de cinq ans suivant la date à laquelle est délivré à l'innovateur l'avis de conformité ou l'approbation de

date of issuance to the innovator of the notice of compliance or approval to market that drug, as the case may be, issued on the basis of the information or material filed by the innovator for that drug.

(2) Subsection (1) does not apply where the manufacturer of a new drug for which a notice of compliance was issued pursuant to section C.08.004 gives written permission to another manufacturer to rely on the test or other data filed in respect of that new drug.

(3) Subsection (1) does not apply where the data relied upon by the Minister was contained in information or material filed by the innovator before January 1, 1994. [Emphasis added.]

[26] The version of subsection 30(3) of the Act at the time of *Bayer*, read as follows:

30. ...

Regulations
re North
American
Free Trade
Agreement

(3) Without limiting or restricting the authority conferred by any other provisions of this Act or any Part thereof for carrying into effect the purposes and provisions of this Act or any Part thereof, the Governor in Council may, for the purposes of implementing Article 1711 of the North American Free Trade Agreement, make regulations respecting the extent to which, if any, a person may, in seeking to establish the safety and effectiveness of a new drug for the purposes of any regulations made under subsection (1) or (2), rely on test or other data submitted by any other person to the Minister in accordance with such regulations. [Emphasis added.]

[27] Thus, the first DPR prohibited the Minister from issuing a NOC to a generic manufacturer for a period of “five years after the date of issuance to the innovator of the notice of compliance or approval to market” its new drug. However, this prohibition only applied in those instances where the Minister, in determining whether to issue a NOC to a generic manufacturer following the filing of an ANDS, examined “any information or material filed” with him in an NDS by an innovator of a drug and relied on the data contained in that information or material.

commercialiser cette drogue, selon le cas, d’après les renseignements ou le matériel présentés par lui pour cette drogue.

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas lorsque le fabricant d’une drogue nouvelle pour laquelle un avis de conformité a été délivré aux termes de l’article C.08.004 autorise par écrit un autre fabricant à se fonder sur les résultats d’essais ou d’autres données présentés au sujet de la drogue nouvelle.

(3) Le paragraphe (1) ne s’applique pas lorsque les données sur lesquelles le ministre s’appuie étaient contenues dans les renseignements et le matériel présentés par l’innovateur avant le 1^{er} janvier 1994. [Non souligné dans l’original.]

[26] Quant à la version du paragraphe 30(3) de la Loi en vigueur à l’époque de la décision *Bayer*, elle était rédigée dans les termes suivants :

30. [...]

(3) Sans que soit limité le pouvoir conféré par toute autre disposition de la présente loi de prendre des règlements d’application de la présente loi ou d’une partie de celle-ci, le gouverneur en conseil peut, pour la mise en œuvre de l’article 1711 de l’Accord de libre-échange nord-américain, prendre des règlements prévoyant dans quelle mesure, s’il y a lieu, une personne peut, lorsqu’elle tente de déterminer la sûreté ou l’efficacité d’une drogue nouvelle, pour l’application des règlements pris en vertu des paragraphes (1) ou (2), se fonder sur des essais ou d’autres données présentés au ministre, conformément à ces règlements, par une autre personne. [Non souligné dans l’original.]

Règlements
relatifs à
l’Accord
de libre-
échange
nord-
américain

[27] On voit donc que le premier RPD interdisait au ministre de délivrer un ADC au génériqueur avant l’expiration d’un délai de « cinq ans suivant la date à laquelle [avait été] délivré à l’innovateur l’avis de conformité ou l’approbation de commercialiser » sa drogue nouvelle. Cependant, cette interdiction ne s’appliquait qu’aux cas où le ministre, aux fins d’établir s’il y avait lieu de délivrer un ADC au génériqueur à la suite du dépôt d’une PADN, examinait « les renseignements et le matériel [qui lui sont] présentés » dans une PDN par l’innovateur d’une drogue et s’appuyait sur les données figurant dans ces renseignements et ce matériel.

[28] The main issue before both the Federal Court (Evans J., as he then was) and this Court in *Bayer* was whether the Minister, in examining an ANDS submitted by a generic manufacturer seeking approval of the safety and effectiveness of its new drug by comparing it to that of an innovator, examined and relied on the confidential detailed safety report and evidence of clinical effectiveness filed by the innovator with its NDS. Evans J. and this Court answered the question in the negative. Rothstein J.A. (as he then was) wrote the reasons of this Court. He made the following remarks at paragraphs 15 and 18 [paragraphs 12 and 15 on CanLII]:

The NAFTA provisions are intended to protect trade secrets. If the generic manufacturer exercises the option of having the Minister examine the confidential information filed by the innovator in support of its application for a Notice of Compliance, it is, in effect, relying on that information within the meaning of section 6 of Article 1711. It is apparent that if confidential data is not relied upon, the trade secrets provisions of the NAFTA are not applicable. Specifically, if a generic manufacturer is able to establish the safety and effectiveness of its product on the basis of bioequivalence or bioavailability studies without the Minister having to examine and rely upon confidential data filed by the innovator, there is no reason or justification for the minimum five-year protection from competition. This interpretation of subsection C.08.004.01(1) is consonant with section 5 and 6 of Article 1711 of the NAFTA.

...

Subsection C.08.004.1(1) and sections 5 and 6 of Article 1711 of NAFTA are responsive to the requirement on innovators of pharmaceutical products of having to disclose confidential proprietary information to the government. They provide for the use of that confidential or trade secret information by the government on behalf of the generic manufacturer and when that occurs, the minimum five-year protection from competition for the innovator applies. Where the government does not use that confidential or trade secret information on behalf of the generic manufacturer, the provision is not applicable. [Emphasis added.]

[28] La principale question soumise dans la décision *Bayer* au juge Evans, alors juge de la Cour fédérale, et ensuite portée devant notre Cour, était celle de savoir si le ministre, dans le cadre de l'étude d'une PADN déposée par un génériqueur souhaitant obtenir la confirmation de l'innocuité et de l'efficacité de sa drogue nouvelle au moyen d'une comparaison avec celle d'un innovateur, avait examiné et utilisé le rapport confidentiel détaillé sur l'innocuité et les preuves confidentielles de l'efficacité clinique déposés par cet innovateur avec sa PDN. Le juge Evans et notre Cour ont répondu à cette question par la négative. C'est le juge Rothstein, alors juge de notre Cour, qui a rédigé les motifs de cette dernière. Il a formulé les observations suivantes aux paragraphes 15 et 18 [paragraphes 12 et 15 sur CanLII] :

Les dispositions de l'ALENA visent à protéger les secrets commerciaux. Si le fabricant de produits génériques choisit l'option consistant pour le ministre à examiner les renseignements confidentiels fournis par l'innovateur à l'appui de sa demande d'avis de conformité, alors le fabricant se fonde en réalité sur ces renseignements, selon ce que prévoit le paragraphe 6 de l'article 1711. Il est manifeste que, si les données confidentielles ne sont pas utilisées, alors les dispositions de l'ALENA relatives aux secrets commerciaux ne sont pas applicables. Plus précisément, si un fabricant de produits génériques est en mesure d'établir l'innocuité et l'efficacité de son produit sur la foi d'études de bioéquivalence et de biodisponibilité, sans que le ministre n'ait à examiner et à utiliser les données confidentielles fournies par l'innovateur, alors la protection minimale de cinq ans contre la concurrence n'est aucunement justifiée. Cette interprétation du paragraphe C.08.004.01(1) s'accorde avec les paragraphes 5 et 6 de l'article 1711 de l'ALENA.

[...]

Le paragraphe C.08.004.1(1) et les paragraphes 5 et 6 de l'article 1711 de l'ALENA tiennent compte de l'obligation pour les innovateurs de produits pharmaceutiques de divulguer au gouvernement des renseignements confidentiels qui leur appartiennent. Les deux textes prévoient que le gouvernement peut utiliser, au nom du fabricant de produits génériques, ces renseignements confidentiels ou renseignements portant sur des secrets commerciaux, et, lorsque cela se produit, l'innovateur est protégé pendant un minimum de cinq ans contre la concurrence. Lorsque le gouvernement n'utilise pas, au nom du fabricant de produits génériques, lesdits renseignements confidentiels ou renseignements se rapportant à des secrets commerciaux, la disposition n'est pas applicable. [Non souligné dans l'original.]

[29] I now turn to the Judge's decision.

THE FEDERAL COURT DECISION

[30] The Judge concluded that the DPR was *intra vires* a valid exercise of the federal constitutional power respecting trade and commerce under subsection 91(2) of the Constitution Act. He also concluded that the DPR was rationally connected to subsection 30(3) of the Act and that it came within the regulatory authority given to the Governor in Council by Parliament.

[31] In coming to this conclusion, the Judge reviewed the process by which manufacturers of drugs gain approval to market their drugs in Canada and the legislative history of the DPR and subsection 30(3) of the Act, including the international agreements which underlay that provision. In the course of this review, the Judge also summarized the jurisprudence pertaining to the interpretation of these provisions.

[32] The Judge summarized the evidence adduced by the parties and made the following findings at paragraph 46 of his reasons:

1. NDS require extensive research and clinical data on the safety and efficacy of the new drug which is compiled by innovative drug companies through considerable effort, time and cost;
2. ANDS for generic copies also require significant pharmacological and clinical information to prove safety and efficacy by comparison to a proven safe drug that which generic drug companies compile at significant but comparatively less development time and cost;
3. generic drugs are available to the public at less cost than newly approved drugs to some degree as a consequence of lower development costs;
4. the protection of data required by governments for the approval of new drugs is the subject of international

[29] J'examinerai maintenant la décision frappée d'appel.

LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[30] Le juge a conclu que le RPD constitue un exercice valide de la compétence sur les échanges et le commerce conférée à l'État fédéral par le paragraphe 91(2) de la Loi constitutionnelle. Il a aussi conclu que le RPD a un lien rationnel avec le paragraphe 30(3) de la Loi et qu'il entre dans le champ du pouvoir réglementaire octroyé au gouverneur en conseil par le Parlement.

[31] Le juge a fait précéder ces conclusions d'un examen de la procédure que doivent suivre les fabricants de drogues pour obtenir l'approbation de la commercialisation de leurs produits au Canada ainsi que du contexte législatif du RPD et du paragraphe 30(3) de la Loi, y compris des accords internationaux visés par cette dernière disposition. Dans le cadre de cet examen, il a aussi passé en revue la jurisprudence relative à l'interprétation des dispositions en question.

[32] Après avoir récapitulé la preuve produite par les parties, le juge en a tiré les conclusions suivantes au paragraphe 46 de ses motifs :

1. La PDN exige la compilation d'un gros volume de données de recherche et cliniques sur l'innocuité et l'efficacité d'une drogue nouvelle, à laquelle les sociétés pharmaceutiques innovatrices doivent consacrer beaucoup d'effort, de temps et d'argent.
2. La PADN relative aux copies génériques demande aussi des renseignements pharmacologiques et cliniques importants pour établir l'innocuité et l'efficacité par comparaison avec une drogue à l'innocuité démontrée. La compilation de ces renseignements requiert des fabricants de médicaments génériques un temps et un coût de développement importants, mais moindres par comparaison avec la PDN.
3. Les médicaments génériques sont disponibles au public à un coût moindre que celui des drogues récemment approuvées, ce qui, dans une certaine mesure, résulte de leurs frais de développement inférieurs.
4. La protection des données exigées par les gouvernements pour l'approbation des drogues nouvelles fait l'objet

agreements, NAFTA and TRIPS, to which Canada is signatory; and

5. Canada is not seen as being in compliance to the same degree with the NAFTA and TRIPS data protection requirements as other countries, notably the United States and the European Union.

[33] The Judge then turned to the question of whether the DPR was *intra vires* the federal criminal law power under subsection 91(27) of the Constitution Act.

[34] First, he proceeded to determine the pith and substance of the DPR. In order to make that determination, he carefully examined the DPR, its stated purpose, its legal and economic effects and the language of NAFTA and TRIPS. He concluded that the purpose of the DPR was to implement specific provisions of NAFTA and TRIPS and that the DPR's legal effect was the protection of information submitted by innovators in their NDS. In his view, the intended effect of the DPR was the balancing of the commercial interests of both innovators and generic manufacturers, in that the DPR sought to protect the research and development costs of innovators while achieving lower drug costs by allowing the entry into the market of generic drugs.

[35] These determinations led him to conclude, at paragraph 79 of his reasons:

I conclude that the pith and substance of the *Data Protection Regulation* is the balancing of commercial considerations between the protection of an innovator drug manufacturer's investments in preparing the NDS information in order to obtain a NOC for a new drug and the eventual NOC approval of generic drug manufacturer's ANDS for a lower cost generic version of the new drug.

[36] Following that conclusion, the Judge indicated that he could not agree with the respondent's position that the DPR was an integral part of the overall scheme pertaining to the marketing of drugs in Canada, the

d'accords internationaux, l'ALENA et l'Accord sur les ADPIC, dont le Canada est signataire.

5. Le Canada est perçu comme ne se conformant pas au même degré que d'autres pays, notamment les États-Unis et l'Union européenne, aux prescriptions de l'ALENA et de l'Accord sur les ADPIC en matière de protection des données.

[33] Le juge s'est ensuite attaqué à la question de savoir si le RPD entre dans le champ de la compétence fédérale en matière de droit criminel prévue au paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle.

[34] Il a d'abord entrepris d'établir le caractère véritable du RPD. À cette fin, il a examiné attentivement le texte de ce règlement, son objet déclaré, ses effets juridiques et économiques, ainsi que le libellé des dispositions applicables de l'ALENA et de l'Accord sur les ADPIC. Il a conclu que le RPD a pour objet de mettre en œuvre des dispositions déterminées de l'ALENA et de l'Accord sur les ADPIC, et que son effet juridique est la protection des renseignements communiqués par les innovateurs dans leurs PDN. À son avis, l'effet visé par le RPD est l'établissement d'un équilibre entre les intérêts commerciaux respectifs des innovateurs et des génériqueurs, en ce que ce règlement veut à la fois protéger les investissements des innovateurs dans la recherche et le développement et faire baisser les prix des médicaments en permettant l'entrée sur le marché de produits génériques.

[35] Ce raisonnement l'a amené à formuler la conclusion suivante au paragraphe 79 de ses motifs :

Je conclus que le caractère véritable du *Règlement sur la protection des données* est la recherche d'un équilibre de considérations commerciales entre la protection des investissements des fabricants innovateurs pour rassembler l'information de la PDN visant l'obtention d'un avis de conformité à l'égard d'une drogue nouvelle et l'approbation éventuelle par un avis de conformité de la PADN d'un fabricant de génériques à l'égard d'une version générique moins chère de la drogue nouvelle.

[36] Le juge a ensuite déclaré qu'il ne pouvait souscrire à la thèse des intimés selon laquelle le RPD ferait partie intégrante du système global de réglementation de la commercialisation des drogues au Canada, dont

essence of which is the protection of public health and safety by prohibiting all drugs except those that had been proven to be safe and effective, thus making the scheme a matter of federal legislative jurisdiction under Parliament's criminal law power found in subsection 91(27) of the Constitution Act.

[37] More particularly, the Judge found that the balancing of commercial considerations in respect of innovators and those in respect of generic drugs manufacturers did not form part of the scheme to protect the health and safety of the public. Thus, in his view, it could not be said that the DPR was an integral part of the Regulations. Rather, the relationship between the DPR and the scheme was an adjunct one. At paragraph 84 of his reasons, he made the following remarks:

The *Data Protection Regulation* is not a public safety provision so as to come within the federal criminal law powers pursuant to subsection 91(27) of the *Constitution Act, 1867* notwithstanding that the overall drug regulation scheme does. Nor is the regulation integral in that public health and safety is not enhanced without the data protection provision.

[38] The Judge thus concluded that the DPR was not *intra vires* the federal criminal law powers pursuant to subsection 91(27) of the Constitution Act.

[39] The Judge then went on to consider whether the Regulations might be *intra vires* by reason of another head of federal legislative jurisdiction. He looked at subsection 91(2) (the regulation of trade and commerce power) and the national concern aspect of the residual peace, order and good government power (POGG).

[40] He first considered the question of whether the DPR could fall under the general regulation of trade and commerce branch of subsection 91(2) and began this inquiry by canvassing the relevant jurisprudence. In particular, he referred to the Supreme Court of Canada's decision in *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd. et al.*; *Attorney General*

l'essence consisterait à protéger la santé et la sécurité publiques en interdisant toutes les drogues sauf celles dont l'innocuité et l'efficacité ont été prouvées, de sorte que ce système relèverait de la compétence législative fédérale au titre du pouvoir relatif au droit criminel que le paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle confère au Parlement.

[37] Plus précisément, le juge a conclu que la recherche d'un équilibre des considérations commerciales relatives aux innovateurs et aux génériqueurs ne fait pas partie du système visant à protéger la santé et la sécurité publiques. Par conséquent, à son avis, on ne peut dire que le RPD fasse partie intégrante du Règlement : la relation du RPD avec le système de réglementation serait plutôt celle d'une partie accessoire. Il formule ainsi les observations suivantes au paragraphe 84 de ses motifs :

Le *Règlement sur la protection des données* ne constitue pas un texte visant la sécurité du public qui relèverait de la compétence fédérale en matière de droit criminel en vertu du paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, contrairement au système global de réglementation des médicaments. Le règlement visé n'en fait pas partie intégrante dans la mesure où il ne renforce pas la protection de la santé et la sécurité du public sans la disposition relative à la protection des données.

[38] Le juge a donc conclu que le RPD outrepassé la compétence fédérale en matière de droit criminel que prévoit le paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle.

[39] Le juge a ensuite examiné le point de savoir si le Règlement pourrait être *intra vires* au titre d'un autre chef de compétence législative fédérale. Il s'est ainsi demandé s'il relèverait de la compétence législative fédérale selon le paragraphe 91(2) (la réglementation des échanges et du commerce) ou selon le volet de l'intérêt national de la compétence résiduelle en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement.

[40] Il a d'abord étudié la question de savoir si le RPD pourrait relever du volet de la réglementation générale des échanges et du commerce de la compétence prévue au paragraphe 91(2) et a commencé son analyse par une récapitulation approfondie de la jurisprudence pertinente. Il s'est notamment référé à l'arrêt *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada*,

of *Canada v. Canadian Pacific Transport Co. Ltd. et al.*, [1983] 2 S.C.R. 206 (*Canadian National Transportation*), where the Supreme Court enunciated the criteria pursuant to which courts can distinguish between federal trade and commerce matters and provincial local matters. At paragraph 97, the Judge summarized the Court's pronouncement as follows:

In *Canada (A.G.) v. Canadian National Transportation*, [1983] 2 S.C.R. 206 (*Canadian National Transportation*), Justice Dickson, writing separate reasons, built upon Chief Justice Laskin's suggested criteria for validity under the second branch of the trade and commerce power. In addition to: (1) the provision was part of a general regulatory scheme; (2) the scheme was monitored by an overseeing agency; and (3) the legislation was concerned with trade as a whole rather than a particular industry, Justice Dickson included: (4) that the provinces jointly or severally would be constitutionally incapable of passing such an enactment; and (5) the failure of one or more provinces would jeopardize the successful operation in other parts of the country.

[41] The Judge then reviewed the Supreme Court's decision in *General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing*, [1989] 1 S.C.R. 641 (*General Motors*), where Dickson C.J. indicated that the principles enunciated in *Canadian National Transportation*, "represented a principled way to distinguish between federal trade and commerce matters and provincial local matters" (Judge's reasons, paragraph 100).

[42] With those principles in mind, the Judge made a number of findings.

[43] First, he found that the Regulations established a valid regulatory drug scheme for the approval of new drugs and generic drugs, overseen by the Minister. In his view, the presence of this scheme satisfied the first two criteria of *Canadian National Transportation*.

Ltée et autre; Procureur général du Canada c. Compagnie de Transport Canadien Pacifique Ltée et autre, [1983] 2 R.C.S. 206 (*Transports Nationaux du Canada*), où la Cour suprême du Canada a formulé les critères au moyen desquels les tribunaux judiciaires peuvent distinguer les matières qui relèvent de la compétence fédérale sur les échanges et le commerce des matières locales provinciales. Le juge a résumé comme suit, au paragraphe 97, les conclusions de la Cour suprême sur ce point :

Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Transports nationaux du Canada*, [1983] 2 R.C.S. 206 (*Transports nationaux du Canada*), le juge Dickson, dans des motifs séparés, a ajouté un complément aux critères de validité selon le second volet de la compétence en matière d'échanges et de commerce formulés par le juge en chef Laskin. Outre 1) le fait que la disposition fasse partie d'un système général de réglementation, 2) le fait que le système soit contrôlé par un organisme de surveillance et 3) le fait que la législation porte sur le commerce dans son ensemble plutôt que sur une industrie particulière, le juge Dickson a ajouté 4) le fait que les provinces ne pourraient pas, conjointement ou séparément, adopter une telle loi et 5) le fait que l'omission d'inclure une seule ou plusieurs provinces compromettrait l'application de cette loi dans d'autres parties du pays.

[41] Le juge a ensuite examiné l'arrêt de la Cour suprême du Canada *General Motors of Canada c. City National Leasing*, [1989] 1 R.C.S. 641 (*General Motors*), où le juge en chef Dickson écrivait que les principes formulés dans l'arrêt *Transports Nationaux du Canada* « constituent une façon ordonnée de distinguer les matières qui relèvent de la compétence fédérale concernant les échanges et le commerce et les matières locales provinciales » (motifs du juge, paragraphe 100).

[42] S'appuyant sur ces principes, le juge a formulé un certain nombre de conclusions.

[43] Tout d'abord, il a conclu que le Règlement établit un système valide de réglementation relative à l'approbation des drogues nouvelles et des médicaments génériques, dont l'application est surveillée par le ministre. Selon le juge, l'existence de ce système remplit les deux premiers critères de l'arrêt *Transports Nationaux du Canada*.

[44] He then found that the DPR, although an adjunct rather than an integral part of the regulatory scheme, rounded out a valid regulatory drug scheme established for the marketing of drugs in Canada. He said that the DPR dealt with the manufacturing and marketing of drugs which, in his view, was a local matter in a single industry. Still, he added, it “has implications of a national dimension” (Judge’s reasons, paragraph 104) in that it was enacted to comply with international treaties, NAFTA and TRIPS. Canada’s implementation or failure to implement these agreements “has a national dimension that relates to Canada’s ability to participate in world trade” and that the DPR deals with a “genuine national economic concern of the kind considered by Justice Dickson in *Canadian National Transportation*” (Judge’s reasons, paragraph 105).

[45] Lastly, at paragraph 106 of his reasons, the Judge then dealt with the last criterion enunciated in *Canadian National Transportation*:

The *Data Protection Regulation* deals with the approval of the marketing of new drugs. Provincial legislatures cannot enact legislation that delays the approval of generic drugs since provincial approvals of drugs for the market place would seriously interfere with the federal s. 91(27) criminal law power to prohibit the marketing of drugs but for exceptions where drugs are proven safe and effective. Given the inability of provincial governments to enact legislation to stage approval of generic drugs, the fifth criteria enunciated by Chief Justice Dickson, the failure of one or more provinces jeopardizing the successful operation in other parts of the country, does not arise.

[46] As a result of the above analysis, the Judge concluded that the DPR was a constitutionally valid exercise of the federal legislative power under subsection 91(2) of the Constitution Act.

[47] He then turned to the question of whether subsection 30(3) of the Act and the DPR were *intra vires* the

[44] Il a ensuite conclu que le RPD, bien qu’il y soit accessoire plutôt que d’en faire partie intégrante, constitue un complément du système valide de réglementation établi pour la commercialisation des médicaments au Canada. Le RPD, constate-t-il, porte sur la fabrication et la commercialisation des médicaments, c’est-à-dire, selon lui, sur une matière locale afférente à un seul secteur d’activité. Toutefois, ajoute-t-il, le RPD « a une incidence de dimension nationale » (motifs du juge, paragraphe 104), puisqu’il a été pris en application de traités internationaux, soit l’ALENA et l’Accord sur les ADPIC. La mise en œuvre ou le défaut de mise en œuvre de ces accords par le Canada « a une dimension nationale en ce qui concerne la capacité du Canada de participer aux échanges mondiaux », fait-il observer; « [d]ans ce sens, le [RPD] porte sur une véritable question économique d’intérêt national du type envisagé par le juge Dickson dans l’arrêt *Transports nationaux du Canada* » (motifs du juge, paragraphe 105).

[45] Enfin, au paragraphe 106 de ses motifs, le juge a examiné le dernier critère formulé dans l’arrêt *Transports Nationaux du Canada* :

Le *Règlement sur la protection des données* porte sur l’autorisation de la commercialisation de médicaments nouveaux. Les législatures provinciales ne peuvent adopter de loi qui retarde l’approbation des médicaments génériques parce que l’approbation par les provinces de médicaments en vue de la commercialisation entrerait en conflit de façon caractérisée avec la compétence fédérale en matière de droit criminel, prévue au paragraphe 91(27), permettant d’interdire la commercialisation de drogues, sauf celles dont l’innocuité et l’efficacité ont été établies. Vu l’incapacité des gouvernements provinciaux d’adopter une loi en vue de l’approbation par stades des médicaments génériques, le cinquième critère énoncé par le juge en chef Dickson, soit le défaut d’une ou plusieurs provinces compromettant l’application du système dans d’autres parties du pays, est sans application.

[46] De l’analyse résumée ci-dessus, le juge a conclu que le RPD est un exercice valide sur le plan constitutionnel de la compétence législative fédérale en matière d’échanges et de commerce que prévoit le paragraphe 91(2) de la Loi constitutionnelle.

[47] Il est ensuite passé à la question de savoir si le paragraphe 30(3) de la Loi et le RPD relèvent du

federal legislative power under the POGG. He did not reach any conclusion on this question because he found it unnecessary to do so.

[48] The Judge then addressed the question of whether the DPR fell outside the regulatory authority of the Governor in Council for not being rationally connected to the grant of authority pertaining to trade secrets and confidential information in subsection 30(3) of the Act.

[49] The Judge began by summarizing the appellants' arguments at paragraphs 111 to 117 of his reasons. He then reviewed the relevant provisions of NAFTA and TRIPS, which led him to say that the information protected by these provisions was "not necessarily 'secret' information but rather includes data that was gathered at considerable cost which is not otherwise publicly available in that assembled form" (Judge's reasons, paragraph 120).

[50] Next, he determined that the information and material found in innovators' NDS was data that met the relevant definitions of both NAFTA and TRIPS. Although, in his view, that information may not be secret in all respects, it was, in its compilation, "unique to the innovator drug manufacturer and has value" (Judge's reasons, paragraph 123). As a result, he concluded that the data found in the NDS came within the scope of the DPR.

[51] He then referred to paragraph 5 of Article 1711 of NAFTA and to TRIPS, noting that while NAFTA identified a mechanism of market exclusivity protection, TRIPS did not outline what measures were to be taken by signatories. The content of these provisions led the Judge to state that the federal government had recognized that the first DPR was insufficient to meet its obligations under NAFTA and TRIPS. He so opined, *inter alia*, because of the comment found in the RIAS issued with the DPR. In particular, he had in mind that part of the RIAS which made reference to this Court's

Parlement fédéral au titre de sa compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, mais il n'a formulé aucune conclusion à ce sujet, estimant que ce n'était pas nécessaire.

[48] Le juge a ensuite examiné le point de savoir si le RPD excède la compétence réglementaire du gouverneur en conseil en raison d'un défaut de lien rationnel avec le pouvoir relatif aux secrets commerciaux et aux renseignements confidentiels conféré par le paragraphe 30(3) de la Loi.

[49] Après avoir récapitulé les moyens des appelantes aux paragraphes 111 à 117 de ses motifs, le juge a examiné les dispositions applicables de l'ALENA et de l'Accord sur les ADPIC, examen dont il a conclu que les renseignements protégés par ces dispositions « ne sont pas nécessairement "secrets", mais comprennent aussi des données recueillies moyennant un coût considérable et qui ne sont pas autrement accessibles au public assemblées sous cette forme » (motifs du juge, paragraphe 120).

[50] Il a ensuite exprimé l'avis que les renseignements et documents que contiennent les PDN des innovateurs constituent des données qui répondent aux définitions applicables de l'ALENA aussi bien que de l'Accord sur les ADPIC. Ces renseignements ne sont peut-être pas secrets à tous égards, fait-il observer, mais sous la forme où ils sont rassemblés, « ils sont propres au fabricant de médicaments innovateur et ont de la valeur » (motifs du juge, paragraphe 123). Il en a conclu que les données contenues dans la PDN entrent dans le champ d'application du RPD.

[51] Dirigeant ensuite son attention vers le paragraphe 5 de l'article 1711 de l'ALENA et vers l'Accord sur les ADPIC, le juge a noté que si l'ALENA définit un mécanisme de protection par l'exclusivité de marché, l'Accord sur les ADPIC ne précise pas les mesures à prendre par ses signataires. De l'examen du contenu de ces dispositions, il a déduit que l'État fédéral s'était rendu compte que le premier RPD ne suffisait pas à remplir les obligations découlant pour lui de l'ALENA et de l'Accord sur les ADPIC. C'est entre autres le REIR publié avec le RPD qui l'a amené à cette conclusion,

decision in *Bayer*. At paragraphs 126 and 127 of his reasons, the Judge made the following comments:

The federal government recognized that the previous regulation did not satisfy its obligations under NAFTA and TRIPS as was indicated by its reference in RIAS to the Court's findings in *Bayer FC*. In enacting the current version of the *Data Protection Regulation*, the federal government is providing protection for a drug manufacturer's investment in compiling the extensive research and clinical data needed in order to obtain an NOC for a new drug by a market exclusivity mechanism. The regulation provides the innovator drug manufacturer the opportunity to recoup and profit by its costly investment for a period of time before others may also benefit by making generic copies of a that drug.

The making of a generic copy of an approved drug circumvents the need to generate the research and clinical data. The ANDS process indirectly takes advantage of the innovator drug manufacturer's production of the necessary NDS information. The result is a second stage or subsequent reliance on the innovator's work in securing an ANDS approval. In *Bristol-Myers*, Justice Binnie explained how the generic manufacturer 'relies' on the innovator drug manufacturer's approved new drug.

21 The NOC Regulations do not use the term "generic manufacturer", but a manufacturer that obtains a NOC on the basis of pharmaceutical equivalence to a "Canadian reference product" can conveniently be called by that name.

22 Generally speaking, the "second person" intends to manufacture and distribute a "copy-cat" version of the active medicinal ingredient. If it copies the approved product, it can rely on the safety and efficacy data and the clinical studies submitted by the "innovator" first person. Such reliance reduces the amount of required supporting data and the approval time, and the shortened submission is therefore known as an Abbreviated NDS (ANDS). [Emphasis in original.]

[52] On the basis of the Supreme Court's decision in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533 (*Bristol-Myers*), the

plus précisément le passage de ce document concernant l'arrêt *Bayer* de notre Cour. Rappelons à ce sujet les observations formulées par le juge aux paragraphes 126 et 127 de ses motifs :

Le gouvernement fédéral a reconnu que le règlement antérieur ne satisfaisait pas à ses obligations découlant de l'ALENA et de l'Accord sur les ADPIC comme il l'a indiqué en renvoyant dans le REIR aux conclusions de la Cour dans l'arrêt *Bayer CF*. En édictant la version actuelle du *Règlement sur la protection des données*, le gouvernement fédéral assure, au moyen d'un mécanisme d'exclusivité de marché, la protection de l'investissement effectué par le fabricant de médicaments pour compiler les études de recherche et les données cliniques étendues nécessaires pour obtenir un ADC portant sur un nouveau médicament. Le règlement prévoit la possibilité pour le fabricant de médicaments innovateur de rentrer dans son investissement coûteux et d'en tirer profit pendant une certaine période avant que d'autres ne puissent aussi en profiter en faisant des copies génériques de ce médicament.

En fabriquant une copie générique d'un médicament approuvé, on échappe au besoin de produire les études de recherche et les données cliniques. Le processus de la PADN tire profit indirectement des renseignements de la PDN qu'a dû élaborer le fabricant de médicaments innovateur. Il en résulte une utilisation de deuxième stade ou ultérieure des travaux effectués par l'innovateur pour obtenir l'approbation de la PADN. Dans l'arrêt *Bristol-Meyers*, le juge Binnie a expliqué comment le fabricant de médicaments génériques « s'appuie » sur le nouveau médicament approuvé du fabricant de médicaments innovateur.

21 Le *Règlement ADC* n'emploie pas l'expression « fabricant de produits génériques », mais il est possible de désigner ainsi, par souci de simplicité, le fabricant qui obtient un ADC en raison d'une équivalence pharmaceutique avec un « produit de référence canadien ».

22 De façon générale, la « deuxième personne » entend fabriquer et distribuer une « copie » du médicament actif. Si elle copie le produit approuvé, elle peut s'appuyer sur les données relatives à son innocuité et à son efficacité et sur les études cliniques soumises par la première personne « innovante ». Ces emprunts réduisent la quantité de données justificatives nécessaires et le délai d'approbation, d'où le fait que la demande écourtée est connue sous le nom de Présentation abrégée de drogue nouvelle (« PADN »). [Souligné dans l'original.]

[52] Se fondant sur l'arrêt de la Cour suprême *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533 (*Bristol-Myers*),

Judge said at paragraph 130 that “[t]he proof of the safety and efficacy of a generic drug by comparison to a previously approved [innovative drug] necessarily relies on the earlier NDS information”, adding that he was satisfied that the DPR provided protection to innovators which was consistent with both NAFTA and TRIPS. Thus, in his view, by providing a period of market exclusivity for innovators, the DPR provided “an alternative to [*sic*] protection against disclosure in a manner contemplated in the two international agreements” (Judge’s reasons, paragraph 131).

[53] The Judge then turned to the last issue before him, namely, whether subsection 30(3) of the Act constituted an impermissible sub-delegation by Parliament of its international treaty implementation responsibilities. The appellant argued that Parliament’s delegation to the Governor in Council, pursuant to subsection 30(3), was contrary to parliamentary supremacy and oversight of legislation. The subsection allowed the Governor in Council to exercise sweeping peace time powers, without parliamentary review, to determine the scope of Canada’s international obligations, to undertake indeterminate obligations on Canada’s behalf and to revise its regulations with new developments in international law which would be both uncertain and outside of Parliament’s control. The Judge concluded that these arguments were without merit.

[54] In his view, Parliament had granted the Governor in Council “the authority to enact regulations in a narrow area specified by the boundaries of the NAFTA and TRIPS provisions” (Judge’s reasons, paragraph 134). He added that it could not be said that Parliament had left the scope of the Governor in Council’s regulatory power indeterminate, in that the reference to Article 1711 of NAFTA and to paragraph 3 of Article 39 of TRIPS served to constrain subsection 30(3) of the Act. At paragraph 135 of his reasons, the Judge wrote:

le juge a noté au paragraphe 130 de ses motifs que « [l]a preuve de l’innocuité et de l’efficacité d’un médicament générique par comparaison avec un médicament approuvé antérieurement [c’est-à-dire une drogue innovante] s’appuie nécessairement sur les renseignements fournis dans la PDN antérieure », ajoutant qu’il était convaincu que le RPD prévoit pour les innovateurs une protection conforme aussi bien à l’ALENA qu’à l’Accord sur les ADPIC. Il en concluait que le RPD, en établissant une période d’exclusivité de marché, « prévoit une autre forme de protection contre la divulgation d’une manière envisagée dans les deux accords internationaux » (motifs du juge, paragraphe 131).

[53] Le juge s’est ensuite attaqué à la dernière question portée devant lui, soit celle de savoir si le paragraphe 30(3) de la Loi constitue une sous-délégation inadmissible par le Parlement de ses responsabilités de mise en œuvre des traités internationaux. L’appelante soutenait que la délégation de pouvoirs du Parlement au gouverneur en conseil opérée par le paragraphe 30(3) est contraire aux principes de la suprématie du Parlement et du contrôle de la législation. Ce paragraphe, faisait valoir l’appelante, permet au gouverneur en conseil d’exercer des pouvoirs considérables en temps de paix sans être contrôlé par le Parlement, de définir la portée des obligations internationales du Canada, d’assumer des obligations indéterminées au nom du Canada, ainsi que de réviser ses règlements en fonction de modifications du droit international qui, d’une part, sont incertaines et, d’autre part, échappent au contrôle du Parlement. Le juge a conclu à l’absence de bien-fondé de ces arguments.

[54] Selon lui, le Parlement a conféré au gouverneur en conseil « le pouvoir de prendre des règlements dans un domaine restreint délimité par les bornes des dispositions de l’ALENA et de l’Accord sur les ADPIC » (motifs du juge, paragraphe 134). On ne peut dire, ajoutait-il, que le Parlement avait laissé indéfinie la portée du pouvoir réglementaire du gouverneur en conseil, puisque le renvoi à l’article 1711 de l’ALENA et au paragraphe 3 de l’article 39 de l’Accord sur les ADPIC délimite le champ d’application du paragraphe 30(3) de la Loi. Il a poursuivi son raisonnement dans les termes suivants, au paragraphe 135 de ses motifs :

The scope of the NAFTA and TRIPS drug provisions are limited. The subject matter may only deal with:

1. the timing of approval for proposed generic drug formulations;
2. situations where the initial new drug was proven safe by the assembly of data gathered with considerable effort;
3. the subsequent generic drug was proved safe by reliance on the prior proven safety of the innovative new drug; and
4. minimum time delay for generic copies for five years.

THE ISSUES

[55] There are two issues for determination in these appeals:

1. Was the DPR properly delegated by Parliament to the Governor in Council, pursuant to the permissible sub-delegation of treaty implementation responsibilities and, if so, whether the DPR is *intra vires* the authority of the Governor in Council, pursuant to subsection 30(3) of the Act (the delegation issue)?
2. Is the DPR *intra vires* federal legislative competence, pursuant to subsections 91(2), (27) or the residual POGG power of the Constitution Act (the constitutional issue)?

[56] I will first deal with the delegation issue and then with the constitutional issue. I should indicate that, not surprisingly, all parties are agreed that the standard of review for both issues is that of correctness. I see no reason to disagree with that point of view.

I. THE DELEGATION ISSUE

La portée des dispositions de l'ALENA et de l'Accord sur les ADPIC relatives aux médicaments est limitée. L'objet des règlements ne peut comprendre que les éléments suivants :

1. le moment de l'approbation des formulations proposées de médicaments génériques;
2. les situations où l'innocuité du nouveau médicament initial a été prouvée par l'assemblage de données recueillies au prix d'un effort considérable;
3. l'innocuité du médicament générique postérieur [a] été prouvée par référence à l'innocuité antérieurement établie du nouveau médicament innovant;
4. le délai minimal avant les copies génériques est de cinq ans.

LES QUESTIONS EN LITIGE

[55] Il y a deux questions à trancher dans les présents appels :

1. Le pouvoir de prendre le RPD a-t-il été valablement délégué par le Parlement au gouverneur en conseil, conformément à une sous-délégation admissible des responsabilités de mise en œuvre des traités, et, dans l'affirmative, ce règlement entre-t-il dans le champ du pouvoir conféré au gouverneur en conseil par le paragraphe 30(3) de la Loi (la question de la délégation)?
2. Le RPD s'inscrit-il dans les limites de la compétence législative fédérale, au titre des paragraphes 91(2) ou (27) de la Loi constitutionnelle, ou des pouvoirs résiduels en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement que cette loi confère à l'État fédéral (la question constitutionnelle)?

[56] J'examinerai d'abord la question de la délégation, puis la question constitutionnelle. Je note d'entrée de jeu que — on ne s'en étonnera pas — toutes les parties sont d'accord pour dire que la norme de contrôle applicable aux deux questions est celle de la décision correcte. Je ne vois aucune raison de ne pas souscrire à ce point de vue.

I. LA QUESTION DE LA DÉLÉGATION

[57] I will first address the question of whether the DPR was properly delegated by Parliament to the Governor in Council, since, if the sub-delegation is impermissible, it is irrelevant whether the DPR as enacted is *intra vires* the regulatory authority of the Governor in Council.

[58] The appellants argue that the scope of Parliament's power to authorize the Governor in Council to make regulations was addressed by the Supreme Court in *Gray (in re)* (1918), 57 S.C.R. 150 (*Re Gray*), "a case that is now almost 100 years old, in the context of war measures". In that light, the appellants say that it is time for the courts to determine those powers "in the modern globalized era in light of Canada's position in the international community" (Apotex' memorandum of fact and law, paragraph 74).

[59] In *Re Gray*, the Supreme Court dealt with section 6 of *The War Measures Act, 1914*, S.C. 1914 (2nd Sess.), c. 2, a provision which delegated broad powers to the Governor in Council. The majority of the Court upheld the constitutional validity of section 6 even though the grant of power to the Governor in Council to make regulations was couched in very broad terms and allowed for the amending or repealing of other legislation. At pages 166–167, Duff J. referred to the provision at issue in the following terms:

The words ... are comprehensive enough to confer authority, for the duration of the war, to "make orders and regulations" concerning any subject falling within the legislative jurisdiction of Parliament—subject only to the condition that the Governor-in-council shall deem such "orders and regulations" to be by reason of the existence of real or apprehended war, etc., advisable.

[60] He then went on to make the following remarks, at page 170:

There is no attempt to substitute the executive for parliament in the sense of disturbing the existing balance of constitutional authority by aggrandizing the prerogative at the expense of the legislature. The powers granted could at any time be revoked and anything done under them nullified

[57] Je traiterai d'abord la question de savoir si le pouvoir de prendre le RPD a été valablement délégué par le Parlement au gouverneur au conseil, puisque, si cette sous-délégation est inadmissible, il n'y a pas lieu de se demander si ledit RPD, tel qu'il est promulgué, entre dans le champ des pouvoirs réglementaires du gouverneur en conseil.

[58] Les appelantes font valoir que la Cour suprême a examiné l'étendue du pouvoir du Parlement d'autoriser le gouverneur en conseil à prendre des règlements dans l'arrêt *Gray (in re)* (1918), 57 R.C.S. 150 (*Re Gray*), [TRADUCTION] « arrêt maintenant presque centenaire, rendu dans le contexte de mesures de guerre ». Il serait donc temps, selon elles, que les tribunaux déterminent l'étendue de ce pouvoir [TRADUCTION] « à notre époque de mondialisation, en fonction de la position actuelle du Canada dans la communauté internationale » (exposé des faits et du droit d'Apotex, paragraphe 74).

[59] Dans l'arrêt *Re Gray*, la Cour suprême examinait l'article 6 de la *Loi des mesures de guerre, 1914*, S.C. 1914 (2^e sess.), ch. 2, qui déléguait des pouvoirs étendus au gouverneur en conseil. La majorité de la Cour a confirmé la validité constitutionnelle de cet article, en dépit des termes très larges dans lesquels il conférerait au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements et du fait qu'il prévoyait la possibilité de modifier ou d'abroger d'autres textes de loi. Le juge Duff a décrit la disposition en question comme suit, aux pages 166 et 167 de cet arrêt :

[TRADUCTION] Les termes [...] sont d'une portée suffisante pour conférer au gouverneur en conseil, pour la durée de la guerre, le pouvoir de prendre des « décrets et règlements » sur tout objet relevant de la compétence législative du Parlement, à la seule condition que ledit gouverneur en conseil juge ces « décrets et règlements » opportuns du fait de l'existence réelle ou appréhendée, entre autres, de l'état de guerre.

[60] Il a ensuite formulé les observations suivantes, à la page 170 :

[TRADUCTION] On n'essaie pas ici de substituer l'exécutif au Parlement au sens où l'on porterait atteinte à l'équilibre existant des pouvoirs constitutionnels en augmentant le poids de la prérogative aux dépens du corps législatif. Le Parlement pourrait à tout moment révoquer les pouvoirs conférés et

by parliament, which parliament did not, and for that matter could not, abandon any of its own legislative jurisdiction. The true view of the effect of this type of legislation is that the subordinate body in which the law-making authority is vested by it is intended to act as the agent or organ of the legislature and that the acts of the agent take effect by virtue of the antecedent legislative declaration (express or implied) that they shall have the force of law. . . . [Emphasis added.]

[61] Anglin J., with whom Davies J. concurred, couched Parliament's power to delegate in very broad terms, at page 176:

A complete abdication by Parliament of its legislative functions is something so inconceivable that the constitutionality of an attempt to do anything of the kind need not be considered. Short of such an abdication, any limited delegation would seem to be within the ambit of a legislative jurisdiction. . . .

[62] He went further and said, at page 182:

At all events all we, as a court of justice, are concerned with is to satisfy ourselves what powers Parliament intended to confer and that it possessed the legislative jurisdiction required to confer them.

[63] I have not been persuaded that there is any basis to depart from the principle enunciated by the Supreme Court in *Re Gray*, that Parliament has a broad power to delegate by way of regulations, subject to the scope of the enabling legislation. With respect, I decline the appellants' invitation to take a fresh look at Parliament's authority to delegate to the Governor in Council the power to make regulations. Recent decisions of the Federal Court and the Ontario Superior Court of Justice have relied on the principle enunciated in *Re Gray* (see *Law Society of Upper Canada v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 1489, [2007] 4 F.C.R. 132, and *Canada (Attorney General) v. Giacomelli*, 2010 ONSC 985 (CanLII), 317 D.L.R. (4th) 528). In particular, the Ontario Court of Appeal in *R. v. J.P.*, 2003 CanLII 17492, 67 O.R. (3d) 321, at paragraphs 20 to 23, cited *Re Gray* with approval and the Court expressly referred to the above passages from the judgments of Duff and Anglin JJ.

annuler tout acte accompli en vertu de ceux-ci : il n'a pas abandonné, et en fait ne pouvait pas abandonner, la moindre parcelle de sa propre compétence législative. Le juste point de vue sur l'effet de ce type de législation est que le corps subordonné auquel le Parlement a attribué le pouvoir de légiférer est supposé agir en tant que son mandataire ou son organe et que les dispositions promulguées par ce mandataire prennent effet en vertu de la décision législative antérieure (formelle ou implicite) selon laquelle elles auront force de loi [. . .] [Non souligné dans l'original.]

[61] Le juge Anglin, avec qui le juge Davis a exprimé son accord, a défini le pouvoir de délégation du Parlement en termes très larges à la page 176 du même arrêt :

[TRADUCTION] L'idée que le Parlement pourrait renoncer complètement à ses fonctions législatives est si peu concevable qu'il n'y a même pas lieu d'examiner la constitutionnalité d'une quelconque entreprise de cette nature. Un tel renoncement mis à part, toute délégation limitée paraît s'inscrire dans le champ de la compétence législative [. . .]

[62] Il va même plus loin, à la page 182 :

[TRADUCTION] Quoi qu'il en soit, tout ce qu'il nous appartient de faire en tant que cour de justice est d'établir quels sont les pouvoirs que le Parlement entendait conférer et s'il possédait la compétence législative nécessaire à cette fin.

[63] On ne m'a pas convaincu qu'il y a de bonnes raisons de s'écarter du principe formulé par la Cour suprême dans l'arrêt *Re Gray*, à savoir que le Parlement dispose d'un large pouvoir de délégation par la voie de l'habilitation à prendre des règlements, sous réserve de la portée des dispositions habilitantes. Avec tout le respect que je leur dois, je dois refuser l'invitation des appelantes à réexaminer la compétence du Parlement pour déléguer au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements. La Cour fédérale et la Cour supérieure de justice de l'Ontario se sont appuyées dans des décisions récentes sur le principe de *Re Gray*; voir *Barreau du Haut-Canada c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 1489, [2007] 4 R.C.F. 132; et *Canada (Attorney General) v. Giacomelli*, 2010 ONSC 985 (CanLII), 317 D.L.R. (4th) 528. De même, la Cour d'appel de l'Ontario a cité l'arrêt *Re Gray* avec approbation aux paragraphes 20 à 23 de l'arrêt *R. v. J.P.*, 2003 CanLII 17492, 67 O.R. (3d) 321, se référant aux passages reproduits ci-dessus des motifs des juges Duff et Anglin.

[64] In the present instance, subsection 30(3) of the Act grants the Governor in Council authority to “make such regulations as the Governor in Council deems necessary” so as to implement, in relation to drugs, Article 1711 of NAFTA or paragraph 3 of Article 39 of TRIPS. No evidence was adduced nor was any compelling argument made that subsection 30(3) negates Parliament’s ability to revoke or nullify the authority given to the Governor in Council or to do the same as regards the DPR enacted pursuant to the enabling legislation.

[65] I now turn to the question of whether the DPR is *intra vires* the authority of the Governor in Council pursuant to subsection 30(3) of the Act.

[66] In summary, the appellants make the following arguments. First, they say that the DPR was enacted to implement specific provisions of NAFTA and TRIPS; second, these provisions seek to protect trade secrets and confidential information; third, the DPR seeks to provide protection to innovators without regard to whether the information disclosed in the NDS is secret or confidential. In other words, the appellants say that there is no rational connection between data submitted by innovators in their NDS and the type of data which the relevant provisions of NAFTA and TRIPS seek to protect.

[67] The appellants further say that the Judge erred in concluding that the generic manufacturers relied on the “secret” NDS information, since they do not rely on such information in seeking approval for their generic drugs. The appellants go further and say that they do not “indirectly” rely on the data found in an innovator’s NDS, adding once again that generic manufacturers do not use or rely on any of the secret or confidential information found in innovators’ NDS, nor does the Minister.

[64] Pour revenir à la présente espèce, le paragraphe 30(3) de la Loi confère au gouverneur en conseil le pouvoir de « prendre [...] les règlements qu’il estime nécessaires » pour la mise en œuvre, concernant les drogues, de l’article 1711 de l’ALENA ou du paragraphe 3 de l’article 39 de l’Accord sur les ADPIC. Il n’a pas été produit de preuve ni présenté d’arguments probants qui établiraient que le paragraphe 30(3) empêche le Parlement de révoquer ou d’annuler le pouvoir conféré au gouverneur en conseil ou le RPD promulgué en vertu de la loi habilitante.

[65] Je passe maintenant à la question de savoir si le RPD s’inscrit dans les limites du pouvoir conféré au gouverneur en conseil par le paragraphe 30(3) de la Loi.

[66] Les arguments des appelantes sont en résumé les suivants. Premièrement, elles font valoir que le RPD a été promulgué pour la mise en œuvre de dispositions déterminées de l’ALENA et de l’Accord sur les ADPIC; deuxièmement, ces dispositions ont pour fin de protéger les secrets commerciaux et les renseignements confidentiels; troisièmement, le RPD vise à protéger les innovateurs sans égard à la question de savoir si les renseignements communiqués dans la PDN sont secrets ou confidentiels. Autrement dit, les appelantes soutiennent l’absence de lien rationnel entre les données communiquées par les innovateurs dans leurs PDN et le type de données que les dispositions applicables de l’ALENA et de l’Accord sur les ADPIC visent à protéger.

[67] Les appelantes affirment en outre que le juge a commis une erreur en concluant que les génériqueurs s’appuient sur les renseignements « secrets » des PDN, puisqu’ils ne s’appuient pas en fait sur de tels renseignements lorsqu’ils demandent l’approbation de leurs médicaments génériques. Les appelantes vont plus loin, soutenant que les génériqueurs ne s’appuient pas même « indirectement » sur les données contenues dans les PDN des innovateurs; selon elles, les génériqueurs n’utilisent aucunement les renseignements secrets ou confidentiels contenus dans les PDN des innovateurs ni ne s’appuient sur ces renseignements, pas plus que le ministre.

[68] Invoking this Court's decision in *Bayer*, the appellants say that if the Minister does not examine the confidential data found in an innovator's NDS nor rely on it in the course of approving a generic manufacturer's ANDS, the trade secrets provisions of NAFTA are not at issue. At paragraph 60 of its memorandum of fact and law, Apotex says that "[i]n so holding, this Honourable Court [in *Bayer*] determined that indirect reliance, even if it is established, is not relevant to protections sought to be established by these international treaty obligations".

[69] Finally, the appellants say that the Judge was wrong to conclude that the first DPR did not allow Canada to meet its obligations under NAFTA and TRIPS. In their view, the first DPR was in conformity with Canada's international treaty obligations and, as a result, there was no necessity for the enactment of the DPR.

[70] As indicated above, *Re Gray*, stands for the principle that Parliament has a broad power to delegate by way of regulation, subject to the scope of the enabling legislation. Subsection 30(3) allows the Governor in Council to make such regulations deemed necessary for the purpose of implementing Article 1711 of NAFTA and paragraph 3 of Article 39 of TRIPS.

[71] Paragraph 3 of Article 39 of TRIPS is specific. It imposes a duty on Members, who require the submission of "undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort" as a condition of approving pharmaceutical products using new chemical entities, to "protect such data against unfair commercial use." The provision also requires Members to "protect such data against disclosure . . . unless steps are taken to ensure that the data are protected against unfair commercial use." The provision does not specify how Members are to provide protection for the data or what steps they should take to ensure protection "against unfair commercial use."

[68] Invoquant l'arrêt *Bayer* de notre Cour, les appelantes soutiennent que si le ministre n'examine pas les données confidentielles contenues dans la PDN d'un innovateur ni ne s'appuie sur elles au cours de la procédure d'étude de la PADN d'un génériqueur, les dispositions relatives aux secrets commerciaux de l'ALENA n'entrent pas en ligne de compte. Apotex écrit ainsi au paragraphe 60 de son exposé des faits et du droit : [TRADUCTION] « En concluant de la sorte, cette honorable Cour a posé [dans l'arrêt *Bayer*] que l'utilisation indirecte, même si elle est établie, n'est pas pertinente pour la protection que visent ces obligations découlant de traités internationaux ».

[69] Enfin, selon les appelantes, le juge a commis une erreur en concluant que le premier RPD ne permettait pas au Canada de remplir les obligations résultant pour lui de l'ALENA et de l'Accord sur les ADPIC. À leur avis, le premier RPD était conforme aux obligations internationales contractées par le Canada, de sorte que la promulgation du RPD n'était pas nécessaire.

[70] Comme je le disais plus haut, l'arrêt *Re Gray* pose en principe que le Parlement dispose d'un large pouvoir de délégation par la voie de l'habilitation à prendre des règlements, sous réserve de la portée des dispositions habilitantes. Or, le paragraphe 30(3) autorise le gouverneur en conseil à prendre les règlements qu'il estime nécessaires pour la mise en œuvre de l'article 1711 de l'ALENA et du paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC.

[71] Le paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC impose explicitement aux Membres de l'OMC qui subordonnent l'approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques comportant des entités chimiques nouvelles à la communication de « données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées, dont l'établissement demande un effort considérable », l'obligation de protéger « ces données contre l'exploitation déloyale dans le commerce ». Ce paragraphe prescrit aussi aux Membres de protéger « ces données contre la divulgation [...] à moins que des mesures ne soient prises pour s'assurer que les données sont protégées contre l'exploitation déloyale dans le commerce ». Mais il ne précise pas la

[72] While the entirety of Article 1711 of NAFTA is referred to in subsection 30(3) of the Act, only paragraphs 5, 6 and 7 thereof appear to have inspired the DPR. These paragraphs, like paragraph 3 of Article 39 of TRIPS, deal with a Member's obligations in regard to the protection of data provided to governmental authorities as a condition of approving the marketing of pharmaceutical products. Paragraph 5 of Article 1711 of NAFTA obliges Members to provide protection similar to that required under paragraph 3 of Article 39 of TRIPS. Paragraph 6 of Article 1711 provides that Members are to take steps to prevent generic manufacturers from relying on NDS data "in support of an application for product approval during a reasonable period of time after their submission." The provision goes on to say that a reasonable period "shall normally mean not less than five years" from the time when a NOC is granted to an innovator for its innovative drug.

[73] The above provisions of NAFTA and TRIPS do not, in my respectful view, pertain to the protection of trade secrets. The provisions which do pertain to the protection of trade secrets are paragraphs 1, 2 and 3 of Article 1711 of NAFTA and paragraph 2 of Article 39 of TRIPS. In that regard, paragraph 1 of Article 39 of TRIPS makes a clear distinction between "trade secrets" and "data protection", which is the subject of paragraph 3 of Article 39:

Article 39

1. In the course of ensuring effective protection against unfair competition as provided in Article 10*bis* of the Paris Convention (1967), Members shall protect undisclosed information [i.e. trade secrets] in accordance with paragraph 2

manière dont les Membres doivent protéger les données ni les mesures qu'ils doivent prendre pour en assurer la protection « contre l'exploitation déloyale dans le commerce ».

[72] Le paragraphe 30(3) de la Loi renvoie à l'article 1711 de l'ALENA dans sa totalité, mais seuls les paragraphes 5, 6 et 7 de cet article paraissent avoir inspiré le RPD. Ces trois paragraphes, tout comme le paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC, portent sur les obligations des signataires concernant la protection des données à la communication desquelles les pouvoirs publics subordonnent l'approbation de la commercialisation des produits pharmaceutiques. Le paragraphe 5 de l'article 1711 de l'ALENA oblige les Parties à assurer une protection analogue à celle qu'exige le paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC. Le paragraphe 6 de l'article 1711 stipule que les Parties doivent prendre des mesures propres à empêcher les génériqueurs d'utiliser les données contenues dans une PDN « à l'appui d'une demande d'approbation de produit au cours d'une période de temps raisonnable suivant la date de leur communication ». Ce paragraphe précise qu'« [o]n entend généralement par période de temps raisonnable, une période d'au moins cinq années » à compter de la date à laquelle la Partie en cause a délivré un ADC à un innovateur pour sa drogue innovante.

[73] Les dispositions de l'ALENA et de l'Accord sur les ADPIC que je viens d'examiner ne se rapportent pas, à mon humble avis, à la protection des secrets commerciaux. Les dispositions qui se rapportent effectivement à la protection des secrets commerciaux sont les paragraphes 1, 2 et 3 de l'article 1711 de l'ALENA, et le paragraphe 2 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC. On remarquera à ce propos que le paragraphe 1 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC établit une distinction nette entre les « secrets commerciaux » et la « protection des données », qui fait l'objet du paragraphe 3 du même article :

Article 39

1. En assurant une protection effective contre la concurrence déloyale conformément à l'article 10*bis* de la Convention de Paris (1967), les Membres protégeront les renseignements non divulgués [c.-à-d. les secrets commerciaux] conformément au

and data submitted to governments or governmental agencies [i.e. data protection] in accordance with paragraph 3. [Emphasis added.]

[74] The same can be said with regard to Article 1711 of NAFTA, where paragraphs 1 to 4 clearly address the subject of “trade secrets”, whereas paragraphs 5 to 7 pertain to the protection, in respect of the marketing of pharmaceutical products that utilize new chemical entities, “of undisclosed tests or other data necessary to determine whether the use of such products is safe and effective”. In other words, these provisions clearly seek to constrain the use by generic manufacturers of information created by innovators in relation to the approval of their “innovative drugs”.

[75] The DPR, at paragraph 2 thereof, states that it applies to the implementation of Article 1711 of NAFTA and to paragraph 3 of Article 39 of TRIPS. It then states, at paragraph 3, that where a manufacturer, i.e. a generic manufacturer, seeks to obtain a NOC for a new drug “on the basis of a direct or indirect comparison between the new drug and an innovative drug”, the generic manufacturer may not file its ANDS prior to the expiry of six years after a NOC has been issued to the innovator in respect of its innovative drug. It further states that the Minister may not issue a NOC to the generic manufacturer before the expiry of eight years after the issuance of a NOC to the innovator.

[76] In my view, the DPR is in clear accord with the enabling provision. It is a regulation, the purpose of which is to implement, in relation to drugs, Article 1711 of NAFTA and paragraph 3 of Article 39 of TRIPS. Market exclusivity, conferred by the DPR on an innovator, is the means chosen by the Governor in Council to give effect to the relevant provisions of NAFTA and TRIPS. More particularly, the DPR is, in my view, a step taken by the Governor in Council “to ensure that the data are protected against unfair commercial use.”

paragraphe 2 et les données communiquées aux pouvoirs publics ou à leurs organismes [c.-à-d. la protection des données] conformément au paragraphe 3. [Non souligné dans l’original.]

[74] Il en va de même pour l’article 1711 de l’ALENA, dont les paragraphes 1 à 4 portent clairement sur les « secrets commerciaux », alors que ses paragraphes 5 à 7 s’appliquent à la protection, pour ce qui concerne l’approbation de la commercialisation de produits pharmaceutiques qui comportent des éléments chimiques nouveaux, des « données non divulguées résultant d’essais ou d’autres données non divulguées nécessaires pour déterminer si l’utilisation de ces produits est sans danger et efficace ». Autrement dit, ces dispositions visent manifestement à limiter l’utilisation par les génériqueurs des données établies par les innovateurs dans le but de faire approuver leurs « drogues innovantes ».

[75] Le RPD, à son paragraphe 2, indique qu’il s’applique à la mise en œuvre de l’article 1711 de l’ALENA et du paragraphe 3 de l’article 39 de l’Accord sur les ADPIC. Il dispose ensuite, au paragraphe 3, que lorsqu’un fabricant, c’est-à-dire un génériqueur, demande la délivrance d’un ADC pour une drogue nouvelle « sur la base d’une comparaison directe ou indirecte entre celle-ci et la drogue innovante », il ne peut déposer de PADN avant l’expiration d’un délai de six ans suivant la date à laquelle un ADC a été délivré à l’innovateur pour sa drogue innovante. Le même paragraphe porte en outre que le ministre ne peut délivrer d’ADC au génériqueur avant l’expiration d’un délai de huit ans suivant la date à laquelle un ADC a été délivré à l’innovateur.

[76] À mon avis, le RPD est clairement conforme à la disposition habilitante. Il s’agit d’un règlement ayant pour objet de mettre en œuvre, concernant les drogues, l’article 1711 de l’ALENA et le paragraphe 3 de l’article 39 de l’Accord sur les ADPIC. L’exclusivité de marché, conférée par le RPD à l’innovateur, est le moyen qu’a choisi le gouverneur en conseil pour donner effet aux dispositions applicables de l’ALENA et de l’Accord sur les ADPIC. Plus précisément, le RPD me paraît être une mesure prise par le gouverneur en conseil « pour s’assurer que les données sont protégées contre toute exploitation déloyale dans le commerce ».

[77] I therefore must reject the appellants' argument that there is no rational connection between the data found in an innovator's NDS and the type of data which the relevant provisions of NAFTA and TRIPS seek to protect. It is clear that the data which Article 1711 of NAFTA and paragraph 3 of Article 39 of TRIPS seek to protect is precisely the type of data in regard to which the DPR offers market protection, i.e. the data found in an innovator's NDS for an innovative drug. Consequently, I can detect no error in the findings made by the Judge, at paragraphs 120 and 123 of his reasons, where he states:

It is evident from the wording of paragraphs 1 and 5 of Article 1711 of NAFTA and paragraph 3 of Article 39 of TRIPS that the information is not necessarily "secret" but rather includes data that was gathered at considerable cost which is not otherwise publicly available in that assembled form.

...

In my view, the innovator drug manufacturers' NDS data meets the definitions in both NAFTA and TRIPS. The information may not be secret in all respects, but in its compilation, it is unique to the innovator drug manufacturer and has value. I find it is information that comes within the scope of the *Data Protection Regulation*.

[78] The appellants, in making their argument that the Judge erred in regard to the type of data which Article 1711 of NAFTA and paragraph 3 of Article 39 of TRIPS seek to protect, say that that issue was decided by this Court in *Bayer*, where Rothstein, J.A., at paragraph 15 of his reasons, concluded that Article 1711 was meant to protect "confidential data" and that its purpose was the protection of "trade secrets".

[79] In my view, the Court in *Bayer*, did not make a determination which binds us. First, none of the issues raised by the appeal in *Bayer* pertained to the question of whether the data which Article 1711 of NAFTA sought to protect was "confidential data" or "trade

[77] Force m'est donc de rejeter le moyen des appelantes selon lequel il n'existerait pas de lien rationnel entre les données contenues dans la PDN d'un innovateur et le type de données que les dispositions applicables de l'ALENA et de l'Accord sur les ADPIC visent à protéger. Il est en effet manifeste que les données qu'ont pour fin de protéger l'article 1711 de l'ALENA et le paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC sont précisément les données à l'égard desquelles le RPD confère l'exclusivité de marché, c'est-à-dire les données contenues dans la PDN d'un innovateur pour une drogue innovante. Par conséquent, je ne vois aucune erreur dans les conclusions suivantes du juge consignées aux paragraphes 120 et 123 de ses motifs :

D'après la formulation des paragraphes 1 et 5 de l'article 1711 de l'ALENA et du paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC, il est évident que les renseignements ne sont pas nécessairement « secrets », mais comprennent aussi des données recueillies moyennant un coût considérable et qui ne sont pas autrement accessibles au public assemblées sous cette forme.

[...]

À mon avis, les données de la PDN des fabricants de médicaments innovateurs répondent aux définitions tant de l'ALENA que de l'Accord sur les ADPIC. Les renseignements ne sont peut-être pas secrets à tous égards, mais sous la forme où ils sont compilés, ils sont propres au fabricant de médicaments innovateur et ont de la valeur. Je conclus que ce sont des renseignements qui tombent dans la portée du *Règlement sur la protection des données*.

[78] Les appelantes, à l'appui de leur thèse que le juge a commis une erreur concernant le type de données que visent à protéger l'article 1711 de l'ALENA et le paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC, font valoir que notre Cour a tranché cette question dans l'arrêt *Bayer*, où le juge Rothstein a conclu, au paragraphe 15 de ses motifs, que l'article 1711 est conçu pour protéger les « données confidentielles » et que son objet est la protection des « secrets commerciaux ».

[79] À mon sens, la conclusion formulée par notre Cour dans l'arrêt *Bayer* ne nous lie pas. Premièrement, aucune des questions mises en litige dans cet appel ne se rapportait au point de savoir si les données que vise à protéger l'article 1711 de l'ALENA sont les « données

secrets”. Rather, as I indicated earlier, the case focused on the question of whether the Minister examined or relied upon the innovator’s NDS data in approving an ANDS. Second, because the issue now before us was not raised, the Court in *Bayer*, appears to have simply taken for granted that the type of data which gave rise to the dispute was either “confidential information” or “trade secrets”. It should also be noted that paragraph 3 of Article 39 of TRIPS was not before the Court in *Bayer* and that, it goes without saying, both subsection 30(3) of the Act and the DPR were worded differently than the provisions which are at issue in these appeals.

[80] I therefore conclude that, contrary to the appellants’ assertion, the Judge’s findings, at paragraphs 120 and 123 are not “directly contradictory to this Honorable Court’s interpretation of the same provisions in *Bayer*”.

[81] I now turn to the appellants’ submission that the Judge erred in concluding that the market exclusivity period granted to innovators by the DPR was an appropriate mechanism to facilitate the protection found in both NAFTA and TRIPS. The appellants say “such a conclusion was in error since the application judge failed to appreciate that there is no reliance by a generic manufacturer on the purportedly ‘secret’ information contained in an NDS and thus there is no rational connection between a market exclusivity period and the enabling treaty provisions”.

[82] More particularly, the appellants challenge the Judge’s finding, at paragraph 127 of his reasons, where he states that generic manufacturers, by way of the ANDS process, “indirectly takes advantage of the innovator drug manufacturer’s production of the necessary NDS information” and that the result “is a second stage or subsequent reliance on the innovator’s work in securing an ANDS approval.” In my view, the appellants’

confidentielles » ou les « secrets commerciaux ». Cette affaire, comme je le disais précédemment, portait plutôt sur le point de savoir si le ministre, dans le cadre de l’étude d’une PADN, est réputé avoir examiné ou utilisé les données contenues dans la PDN de l’innovateur. Deuxièmement, comme la question dont nous sommes ici saisis n’avait pas été mise en litige dans l’arrêt *Bayer*, la Cour semble avoir tout simplement considéré comme allant de soi que la catégorie de données qui faisait l’objet du différend était celle des « renseignements confidentiels » ou des « secrets commerciaux ». Il est aussi à noter que le paragraphe 3 de l’article 39 de l’Accord sur les ADPIC n’avait pas été porté devant la Cour dans l’arrêt *Bayer*, et il va sans dire que le paragraphe 30(3) de la Loi aussi bien que le RPD étaient alors libellés différemment.

[80] Je conclus donc que, contrairement à l’affirmation des appelantes, les conclusions formulées par le juge aux paragraphes 120 et 123 de ses motifs ne sont pas [TRADUCTION] « en contradiction directe avec l’interprétation que cette honorable Cour a donnée des mêmes dispositions dans *Bayer* ».

[81] J’examinerai maintenant la thèse des appelantes selon laquelle le juge aurait commis une erreur en concluant que la période d’exclusivité de marché que le RPD octroie aux innovateurs constitue un mécanisme approprié pour assurer la protection qu’exigent l’ALENA et l’Accord sur les ADPIC. Selon les appelantes, [TRADUCTION] « cette conclusion est erronée, puisque le juge de première instance n’a pas tenu compte du fait que le génériqueur ne s’appuie pas sur les renseignements supposés “secrets” que contient la PDN et qu’il n’y a donc pas de lien rationnel entre une période d’exclusivité de marché et les dispositions habilitantes des traités ».

[82] Les appelantes contestent notamment la conclusion formulée par le juge au paragraphe 127 de ses motifs, selon laquelle les génériqueurs, au moyen de la procédure de la PADN, « tire[nt] profit indirectement des renseignements de la PDN qu’a dû élaborer le fabricant de médicaments innovateur » et qu’il en résulte « une utilisation de deuxième stade ou ultérieure des travaux effectués par l’innovateur pour obtenir

argument is based on a misunderstanding of subsection 30(3) of the Act and of the DPR. I say this because of my view that the appellants' position fails to recognize that both subsection 30(3) of the Act and the DPR have been amended since this Court rendered its decision in *Bayer*.

[83] It is true that paragraph 6 of Article 1711 of NAFTA requires Members to take steps to prevent, in respect of the data falling within the scope of paragraph 5 thereof, i.e. "undisclosed test or other data necessary to determine whether the use of such products [innovative drugs] is safe and effective", persons other than persons that submitted the data from relying "on such data in support of an application for product approval during a reasonable time after their submission." Thus, the provision seeks to prevent generic manufacturers from making use of the protected data in support of their ANDS.

[84] As to paragraph 3 of Article 39 of TRIPS, it simply provides that Members shall protect such data "against unfair commercial use."

[85] Subsection 30(3) of the Act, as I have already indicated, allows the Governor in Council to make regulations which are deemed necessary to implement the relevant provisions of NAFTA and TRIPS. Thus, Parliament has left it to the Governor in Council to determine the manner in which innovators' data will be protected "against unfair commercial use." There can be no doubt that the terms of subsection 30(3) give very broad latitude to the Governor in Council to devise the means by which the treaty provisions will be implemented. The previous version of subsection 30(3) was not as broad as the present one, in that it authorized the Governor in Council, for purposes of implementation of Article 1711 of NAFTA, to "make regulations respecting the extent to which, if any, a person may ... rely on test or other data" submitted by innovators.

l'approbation de la PADN ». À mon avis, cet argument des appelantes est fondé sur une interprétation erronée du RPD et du paragraphe 30(3) de la Loi. En effet, les appelantes, en raisonnant ainsi, me paraissent oublier que le RPD aussi bien que le paragraphe 30(3) de la Loi ont été modifiés depuis l'arrêt *Bayer* de notre Cour.

[83] Il est vrai que le paragraphe 6 de l'article 1711 de l'ALENA oblige les Parties à prendre des mesures pour empêcher, en ce qui concerne les données visées au paragraphe 5 du même article, c'est-à-dire les « données non divulguées résultant d'essais ou d'autres données non divulguées nécessaires pour déterminer si l'utilisation de ces produits [les drogues innovantes] est sans danger et efficace », les personnes autres que celles qui les ont communiquées d'« utiliser ces données à l'appui d'une demande d'approbation de produit au cours d'une période de temps raisonnable suivant la date de leur communication ». Donc, cette disposition vise à empêcher les génériqueurs de faire usage des données protégées à l'appui de leurs PADN.

[84] Quant au paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC, il dispose simplement que les Membres de l'OMC doivent protéger les données de la nature sus-dite « contre l'exploitation déloyale dans le commerce ».

[85] Le paragraphe 30(3) de la Loi, comme je le disais précédemment, habilite le gouverneur en conseil à prendre les règlements qu'il estime nécessaires pour mettre en œuvre les dispositions applicables de l'ALENA et de l'Accord sur les ADPIC. Le Parlement a donc laissé au gouverneur en conseil le soin de décider la manière dont il protégerait les données des innovateurs « contre l'exploitation déloyale dans le commerce ». Il ne fait aucun doute que le libellé du paragraphe 30(3) donne au gouverneur en conseil une très grande marge de liberté dans la définition des moyens par lesquels il mettra en œuvre les dispositions des traités. La version précédente du paragraphe 30(3) n'était pas formulée de manière aussi large que l'actuelle : elle autorisait simplement le gouverneur en conseil à prendre, aux fins de la mise en œuvre de l'article 1711 de l'ALENA, « des règlements prévoyant dans quelle mesure, s'il y [avait] lieu, une personne [pouvait] [...] se fonder sur des essais

[86] Consequently, under the authority of subsection 30(3) of the Act, the Governor in Council enacted the DPR and provided that protection would be afforded to innovators by way of market exclusivity for a determined period when a generic manufacturer sought a NOC for a new drug “on the basis of a direct or indirect comparison between the new drug and an innovative drug”. Thus, in my view, the debate which our Court addressed in *Bayer*, is not relevant for the purposes of these appeals. This is made clear by the following extract from the RIAS issued with the DPR [at pages 1495–1496]:

Background

...

Under the current Regulations [the first DPR], the data protection exclusivity period arises when the Minister of Health examines and relies on an innovator’s undisclosed data in order to grant a notice of compliance to a generic manufacturer. However, to receive a notice of compliance in Canada, a generic manufacturer need only demonstrate bioequivalence by comparing its generic product to the innovator’s product. Therefore, in actual practice, the Minister typically does not examine the data contained in the innovator’s submission in order to grant a notice of compliance for a generic product. As a result, data protection does not arise where bioequivalence forms the basis of a generic submission, as affirmed by the Federal Court in *Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)*, 87 C.P.R. (3d) 293.

While the comparison necessary to demonstrate bioequivalence rarely involves an examination of the innovator’s data, it does involve reliance on the innovator’s product. Therefore, these amendments are being introduced to clarify that the aforementioned reliance will give rise to an exclusivity period. [Emphasis added.]

[87] As is pointed out in the RIAS, the DPR, unlike the first DPR considered in *Bayer*, does not make the granting of market exclusivity conditional on the Minister having examined or relied on innovators’ data. The DPR simply provides that generic manufacturers

ou d’autres données » présentés au ministre par un innovateur.

[86] Par conséquent, en vertu du paragraphe 30(3) de la Loi, le gouverneur en conseil a promulgué le RPD et disposé que les innovateurs seraient protégés par le moyen d’une période déterminée d’exclusivité de marché lorsqu’un génériqueur demanderait la délivrance d’un ADC pour une drogue nouvelle « sur la base d’une comparaison directe ou indirecte entre celle-ci et la drogue innovante ». J’estime en conséquence que le débat dont notre Cour était saisie dans l’arrêt *Bayer* n’est pas pertinent pour les présents appels. La chose devient évidente à la lecture du passage suivant du REIR publié avec le RPD [aux pages 1495 et 1496] :

Contexte

[...]

En vertu du règlement en vigueur [le premier RPD], la période de protection de l’exclusivité des données survient lorsque le ministre de la Santé examine les données non divulguées d’un innovateur et s’y fie afin de délivrer un avis de conformité au fabricant de produit générique. Cependant, pour recevoir un avis de conformité au Canada, un fabricant de produit générique doit uniquement faire la preuve de sa bioéquivalence avec le produit de l’innovateur, en comparant le produit générique à celui de l’innovateur. Par conséquent, en réalité, le ministre n’examine généralement pas les données que comporte la présentation de l’innovateur pour délivrer un avis de conformité pour un produit générique. Ainsi, la protection des données ne s’applique pas lorsque la bioéquivalence est à la base de la présentation, comme l’a confirmé la Cour fédérale d’appel dans l’affaire *Bayer Inc c. Canada (Procureur général)*, 87 C.P.R. (3d) 293.

Bien que la comparaison nécessaire pour démontrer la bioéquivalence soit rarement établie à l’aide d’un examen des données de l’innovateur, elle demande néanmoins que l’on puisse se fier à son produit. Par conséquent, ces modifications sont présentées dans le but de préciser le fait qu’une telle confiance entraîne la période d’exclusivité. [Non souligné dans l’original.]

[87] Comme le fait observer le REIR, le RPD, contrairement au premier RPD, examiné dans la décision *Bayer*, ne subordonne pas l’octroi de l’exclusivité de marché à la condition que le ministre ait examiné ou utilisé les données de l’innovateur. Le RPD dispose simplement

may not seek a NOC for a new drug before the expiry of a period of six years after a NOC was issued to an innovator for an “innovative drug”, nor will the Minister grant a NOC before the end of a period of eight years after the granting of a NOC to an innovator where a generic manufacturer seeks its NOC “on the basis of a direct or indirect comparison” between its new drug and an innovative drug.

[88] In other words, the test is not reliance on an innovator’s data, either by the Minister or by the generic manufacturer, but rather whether there has been a comparison, direct or indirect, between the generic manufacturer’s new drug and an innovative drug. The RIAS puts it in different terms when it says that “[w]hile the comparison necessary to demonstrate bio-equivalence rarely involves an examination of the innovator’s data, it does involve reliance on the innovator’s product.”

[89] At paragraph 130 of his reasons, the Judge concluded that the test found at paragraph 3 of the DPR was met. He put it as follows:

Bristol-Myers answered the question of the use of NDS information in the ANDS process. The proof of the safety and efficacy of a generic drug by comparison to a previously approved [*sic*] necessarily relies on the earlier NDS information.

[90] Those remarks should be read with the statement found at paragraph 127 of his reasons, where he indicated that the obtaining of a NOC by a generic manufacturer, following the filing of an ANDS, “circumvents the need to generate the research and clinical data.” Thus, in his view, the ANDS process took advantage of “the innovator drug manufacturer’s production of the necessary NDS information.” For that proposition, he relied on the following words of Binnie J., at paragraphs 21 and 22 of his reasons in *Bristol-Myers*:

The *NOC Regulations* do not use the term “generic manufacturer”, but a manufacturer that obtains a NOC on the basis

que le génériqueur ne peut demander la délivrance d’un ADC pour une drogue nouvelle avant l’expiration d’un délai de six ans suivant la délivrance d’un ADC à un innovateur pour une « drogue innovante », et que le ministre ne peut délivrer d’ADC au génériqueur avant l’expiration d’un délai de huit ans à compter de la délivrance d’un ADC à un innovateur, dans le cas où le génériqueur demande la délivrance de son ADC « sur la base d’une comparaison directe ou indirecte » entre sa nouvelle drogue et une drogue innovante.

[88] Autrement dit, le critère est le point de savoir, non pas si le ministre ou le génériqueur s’appuie sur les données de l’innovateur, mais s’il y a eu comparaison, directe ou indirecte, entre la drogue nouvelle du génériqueur et une drogue innovante. Le REIR formule ce principe dans ses propres termes lorsqu’il dit : « Bien que la comparaison nécessaire pour démontrer la bio-équivalence soit rarement établie à l’aide d’un examen des données de l’innovateur, elle demande néanmoins que l’on puisse se fier à son produit. »

[89] Le juge a conclu dans les termes suivants, au paragraphe 130 de ses motifs, qu’était rempli le critère énoncé au paragraphe 3 du RPD :

Bristol-Meyers a répondu à la question de l’utilisation des renseignements de la PDN dans le processus de la PADN. La preuve de l’innocuité et de l’efficacité d’un médicament générique par comparaison avec un médicament approuvé antérieurement s’appuie nécessairement sur les renseignements fournis dans la PDN antérieure.

[90] Ces observations doivent être lues dans le contexte du paragraphe 127 des mêmes motifs, où le juge fait remarquer que le génériqueur, en obtenant un ADC par suite du dépôt d’une PADN, « échappe au besoin de produire les études de recherche et les données cliniques ». En conséquence, selon lui, le processus de la PADN « tire profit [...] des renseignements de la PDN qu’a dû élaborer le fabricant de médicaments innovateur ». Il étaye ce point de vue des remarques suivantes formulées par le juge Binnie, aux paragraphes 21 et 22 de l’arrêt *Bristol-Myers* :

Le *Règlement ADC* n’emploie pas l’expression « fabricant de produits génériques », mais il est possible de désigner ainsi,

of pharmaceutical equivalence to a “Canadian reference product” can conveniently be called by that name.

Generally speaking, the “second person” intends to manufacture and distribute a “copy-cat” version of the active medicinal ingredient. If it copies the approved product, it can rely on the safety and efficacy data and the clinical studies submitted by the “innovator” first person. Such reliance reduces the amount of required supporting data and the approval time, and the shortened submission is therefore known as an Abbreviated New Drug Submission (“ANDS”).

[91] The appellants say that the Judge was wrong to rely on *Bristol-Myers*. I disagree. While it is true that the Minister does not usually examine the information provided by innovators in granting a NOC to a generic manufacturer following the filing of an ANDS on the basis of bio-equivalence, there cannot be much doubt that the ANDS process involves, at the very least, indirect reliance on the safety and efficacy information derived from innovators’ NDS. In other words, a generic manufacturer relies on the information found in an innovator’s NDS in that: (i) that information provides the actual knowledge about the safety and efficacy of the drug and its conditions of use; (ii) without that knowledge, it would not be possible for a generic manufacturer to produce its new drug without conducting extensive non-clinical and clinical studies (see the affidavit of Ann Elizabeth Bowes, appeal book, Vol. II, page 472). It is in that sense that a generic manufacturer relies upon the data provided by an innovator in its NDS. The following extract from the RIAS [at page 1497] is apposite and I reproduce it:

Triggering mechanism

The triggering mechanism is intended to capture generic and second entrant manufacturers that are seeking to rely on direct or indirect comparison between their drug and the innovative drug. As was observed by the Supreme Court of Canada in *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 26, such direct or indirect comparisons would exclude submissions in which the submission sponsor does not rely on another manufacturer’s safety and efficacy data in seeking approval under the *Food and Drug Regulations*. This is consistent with Article 1711 of NAFTA and paragraph

pas souci de simplicité, le fabricant qui obtient un ADC en raison d’une équivalence pharmaceutique avec un « produit de référence canadien ».

De façon générale, la « deuxième personne » entend fabriquer et distribuer une « copie » du médicament actif. Si elle copie le produit approuvé, elle peut s’appuyer sur les données relatives à son innocuité et à son efficacité et sur les études cliniques soumises par la première personne « innovatrice ». Ces emprunts réduisent la quantité de données justificatives nécessaires et le délai d’approbation, d’où le fait que la demande écourtée est connue sous le nom de Présentation abrégée de drogue nouvelle (« PADN »).

[91] Les appelantes soutiennent que le juge a tort d’invoquer à cet égard l’arrêt *Bristol-Myers*. Je ne peux les suivre en cela. S’il est vrai que le ministre n’examine pas habituellement les renseignements communiqués par l’innovateur aux fins d’établir s’il y a lieu de délivrer un ADC au génériqueur à la suite du dépôt d’une PADN sur la base de la bioéquivalence, on ne saurait guère douter que la procédure de la PADN met en jeu, à tout le moins, une utilisation indirecte des renseignements sur l’innocuité et l’efficacité tirés de la PDN de l’innovateur. Autrement dit, le génériqueur s’appuie sur les renseignements contenus dans la PDN de l’innovateur en ce que : i) ces renseignements sont la source des connaissances réelles sur l’innocuité et l’efficacité de la drogue et sur les conditions de son utilisation; ii) sans ces connaissances, il ne serait pas possible au génériqueur de produire sa drogue nouvelle sans effectuer de considérables études non cliniques et cliniques (voir l’affidavit de M^{me} Ann Elizabeth Bowes, cahier d’appel, vol. II, page 472). C’est en ce sens que le génériqueur s’appuie sur les données communiquées par l’innovateur dans sa PDN. Le passage suivant du REIR [à la page 1497] se révèle pertinent à cet égard :

Mécanisme déclencheur

Le mécanisme déclencheur vise à assujettir les fabricants de médicaments génériques et les deuxièmes fabricants qui tentent de se fonder sur la comparaison directe ou indirecte entre leur drogue et une drogue innovante. Comme l’a mentionné la Cour suprême du Canada, dans l’affaire *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 26, de telles comparaisons directes ou indirectes excluraient les présentations dans lesquelles le parrain de la présentation ne se fie pas aux données d’innocuité et d’efficacité d’un autre fabricant afin d’obtenir une approbation en vertu du règlement. Cela est

3, Article 39 of TRIPS, since there would be no unfair commercial use of data or the reliance on such data for the approval of the product. The mechanism is intended to capture both submissions that fall under the abbreviated new drug submission provisions and submissions that are filed under the new drug submission provisions, so long as there is a direct or indirect comparison with the innovative drug. [Emphasis added.]

[92] Finally, I need not deal with the appellants' argument that the Judge was wrong to conclude that the first DPR did not allow Canada to meet its obligations under NAFTA and TRIPS. Whether the appellants are right or wrong on this point is of no relevance to the issues raised in these appeals. However, what this argument clearly shows is that the appellants do not approve of the means chosen by the Governor in Council to implement the relevant provisions of NAFTA and TRIPS.

[93] In my respectful view, that position is untenable. Parliament, by way of subsection 30(3) of the Act, gave the Governor in Council the power to implement the treaty obligations "as the Governor in Council deems necessary". Consequently, the Governor in Council is the sole judge as to the means necessary to implement the treaty obligations. In these circumstances, unless bad faith is established—which it is not—this Court cannot and will not question the means found advisable by the Governor in Council to implement the treaty obligations.

[94] I therefore conclude that the DPR was properly delegated by Parliament to the Governor in Council and that it is *intra vires* the authority of the Governor in Council.

II. THE CONSTITUTIONAL ISSUE

[95] The first step in a constitutional challenge such as the one now before us is to determine the "pith and substance" or essential character of the impugned law. In other words, we must identify the law's dominant or

conforme à l'article 1711 de l'ALÉNA ainsi qu'au paragraphe 3 de l'article 39 des ADPIC, du fait qu'il n'y aurait pas d'utilisation déloyale de données ou de fondement sur ces données pour obtenir l'approbation du produit. Le mécanisme cherche à englober les présentations assujetties aux dispositions qui s'appliquent aux présentations abrégées de drogues nouvelles et à celles qui sont soumises en vertu des dispositions visant les drogues nouvelles, dans la mesure où l'on a établi une comparaison, qu'elle soit directe ou indirecte, avec la drogue innovante. [Non souligné dans l'original.]

[92] Enfin, je n'ai pas à me prononcer sur l'argument des appelantes selon lequel le juge a eu tort de conclure que le premier RPD ne permettait pas au Canada de remplir les obligations découlant pour lui de l'ALÉNA et de l'Accord sur les ADPIC. Le point de savoir si cette affirmation est ou non fondée n'est pas pertinent pour les questions en litige dans les présents appels. Cependant, ce que cet argument montre clairement, c'est que les appelantes n'approuvent pas le moyen choisi par le gouverneur en conseil pour mettre en œuvre les dispositions applicables de ces deux accords.

[93] À mon humble avis, cette position est intenable. Le Parlement, par le moyen du paragraphe 30(3) de la Loi, a conféré au gouverneur en conseil le pouvoir de « prendre [...] les règlements qu'il estime nécessaires » pour remplir les obligations découlant des traités en question. Par conséquent, le gouverneur en conseil est seul à même de décider des moyens nécessaires pour satisfaire à ces obligations. Cela étant, à moins qu'on n'établisse la mauvaise foi — ce qu'on n'a pas fait —, notre Cour ne peut mettre ni ne mettra en question les moyens que le gouverneur en conseil a estimés indiqués pour remplir les obligations découlant des traités.

[94] En conséquence, je conclus que le RPD a été pris en vertu d'une délégation valable du Parlement au gouverneur en conseil et qu'il s'inscrit dans les limites des pouvoirs de ce dernier.

II. LA QUESTION CONSTITUTIONNELLE

[95] La première étape de l'examen d'une contestation constitutionnelle telle que celle dont notre Cour est saisie consiste à déterminer le « caractère véritable » ou essentiel du texte attaqué. En d'autres termes, il nous

most important characteristics. Courts will also consider the effects of the impugned law—how it changes the rights and liabilities of those who are subject to it. Peter W. Hogg, in *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented (Toronto: Thomson/Carswell, 2007), updated in 2009, explains the process in which a Court must engage at Vol. I, page 15-13:

The process of characterization is not a technical, formalistic exercise, confined to the strict legal operation of the impugned law . . . the fact that a provincial law levies a tax (for example) is not decisive of its classification as a taxing measure. The Court will look beyond the direct legal effects to inquire into the social or economic purposes which the statute was enacted to achieve. If the Court concludes that the purpose of the ostensible tax is to regulate or destroy the banks, then the law will be characterized as being in relation to banking and will be held to be invalid. [Footnote omitted.]

[96] Once the pith and substance of the law has been determined, the next step is to classify it by reference to the heads of power under the Constitution Act. If the pith and substance falls within federal legislative authority, incidental effects on provincial jurisdiction will be allowed (see: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at paragraphs 22–34).

[97] I now turn to the pith and substance of the DPR.

[98] The appellants argue that the pith and substance concerns commercial considerations, not public safety. They claim that the DPR is *ultra vires* the trade and commerce power and is not validly enacted under any other head of federal power. To the contrary, they submit that the protection of trade secrets and confidential information is a matter of property and civil rights under provincial jurisdiction (subsection 92(10) of the Constitution Act).

faut définir les caractéristiques dominantes ou les plus importantes de ce texte. Le tribunal saisi d'une telle question doit aussi prendre en considération les effets du texte contesté, c'est-à-dire la manière dont il change les droits et les responsabilités de ceux qui y sont assujettis. Peter W. Hogg explique la marche à suivre par le tribunal à cet égard à la page 15-13 du vol. I de *Constitutional Law of Canada*, 5^e éd. supplémentée, Toronto : Thomson/Carswell, 2007, mise à jour en 2009 :

[TRADUCTION] La détermination du caractère véritable n'est pas un processus de nature purement technique ou formelle, qui se limiterait au seul fonctionnement juridique de la loi attaquée [...] le fait, par exemple, qu'une loi provinciale prévoit la perception d'une taxe ne suffit pas à la faire classer comme loi fiscale. Le tribunal ne tient pas compte seulement des effets juridiques directs mais aussi des objets sociaux ou économiques que la loi vise à réaliser. Si le tribunal conclut que l'objet de ce qui est présenté comme une simple taxe est de réglementer ou de détruire les banques, il définira la loi comme se rapportant au système bancaire et la déclarera invalide. [Note en bas de page omise.]

[96] Une fois qu'on a déterminé le caractère véritable de la loi, il faut la classer en fonction des chefs de compétence que prévoit la Loi constitutionnelle. Si ce caractère véritable se rattache à une matière relevant de la compétence législative fédérale, les empiètements accessoires sur la compétence provinciale seront permis (voir *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, aux paragraphes 22 à 34).

[97] Passons maintenant à l'examen du caractère véritable du RPD.

[98] Les appelantes soutiennent que le caractère véritable du RPD est à chercher du côté des facteurs commerciaux et non de la sécurité publique. Selon elles, le RPD outrepassé la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce et n'est valablement promulgué sous aucun autre chef de compétence fédérale. Au contraire, font-elles valoir, la protection des secrets commerciaux et des renseignements confidentiels concerne la propriété et les droits civils, et relève à ce titre de la compétence provinciale (paragraphe 92(10) de la Loi constitutionnelle).

[99] The respondents claim that the pith and substance is directed towards public health and safety and does not intrude upon any provincial head of power. The Crown maintains that the DPR is a scheme falling under criminal law power. The other respondents agree, but contend that it is also valid under the regulation of trade and commerce and the POGG powers.

[100] The Judge found the pith and substance of the DPR to be “the balancing of considerations between the protection of an innovator drug manufacturer’s investments in preparing the NDS information in order to obtain a NOC for a new drug and the eventual NOC approval of a generic drug manufacturer’s ANDS for lower cost generic version of the new drug” (Judge’s reasons, paragraph 79).

[101] Following that determination, the Judge went on to classify the DPR’s pith and substance by way of reference to a head of power in the Constitution Act. He concluded that the DPR did not fall within the federal legislative criminal law power, but rather under the trade and commerce power.

[102] I respectfully disagree with the Judge’s conclusion that the DPR is, in its pith and substance, an exercise of the trade and commerce power. In my view, it is wrong in principle to determine the pith and substance of the DPR by referring to the language of the regulation itself and its enabling legislation, without situating the DPR within the overall scheme of which it became a part. My reasons for reaching this conclusion are explained in more detail below. At this point, it suffices to say that it is important to note that Parliament chose not to enact subsection 30(3) of the Act as a stand-alone statute, but as an amendment to the Act, an existing statute that has long been accepted as constitutionally valid. Thus, the critical question was whether subsection 30(3), and thus the DPR, was a valid exercise of the constitutional authority for the Act.

[99] Les intimés soutiennent quant à eux que le caractère véritable se rapporte à la santé et à la sécurité publiques et n’empiète sur aucun chef de compétence provinciale. Selon la Couronne, le RPD relève de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Les autres intimés souscrivent à cette thèse, mais affirment qu’il est également valide au titre du pouvoir de réglementation des échanges et du commerce, ainsi que de la compétence en matière de paix, d’ordre et de bon gouvernement.

[100] Le juge a conclu (au paragraphe 79 de ses motifs) que le caractère véritable du RPD « est la recherche d’un équilibre de considérations commerciales entre la protection des investissements des fabricants innovateurs pour rassembler l’information de la PDN visant l’obtention d’un avis de conformité à l’égard d’une drogue nouvelle et l’approbation éventuelle par un avis de conformité de la PADN d’un fabricant de génériques à l’égard d’une version générique moins chère de la drogue nouvelle ».

[101] Après avoir tiré cette conclusion, le juge a examiné le point de savoir à quel chef de compétence de la Loi constitutionnelle rattacher le caractère véritable du RPD. Il a conclu que le RPD relève non pas de la compétence législative de l’État fédéral en matière de droit criminel, mais de son pouvoir de réglementation des échanges et du commerce.

[102] En toute déférence, je ne puis souscrire à la conclusion du juge selon laquelle le RPD, par son caractère véritable, relèverait de la compétence en matière d’échanges et de commerce. À mon sens, il est par principe erroné d’essayer de déterminer le caractère véritable du RPD en se référant au libellé de ce règlement même et de sa loi habilitante, sans le situer dans l’ensemble du système dont il est devenu partie. J’exposerai de manière plus détaillée ci-dessous les motifs qui sous-tendent ma conclusion. Qu’il me suffise pour l’instant de dire qu’il est important de noter que le Parlement a choisi de promulguer le paragraphe 30(3) de la Loi non pas sous la forme d’une loi indépendante, mais plutôt sous celle d’une modification d’une loi déjà existante et depuis longtemps reconnue comme constitutionnelle. Donc, la question cruciale était de savoir si le paragraphe 30(3),

[103] I have already briefly described the regulatory scheme prescribed by the Regulations. That scheme provides that it is a criminal offence for a person to market a new drug unless that drug has been found by the Minister to be safe and effective. If the drug is safe and effective, the Minister will issue a NOC to the manufacturer of the drug, confirming that the Regulations have been complied with.

[104] In order to obtain a NOC for a new drug and thus be exempt from the prohibition that new drugs not be put on the market, a manufacturer must comply with the many terms and conditions set out in the Regulations. In particular, the Regulations require that those seeking to obtain a NOC for their new drug file either an NDS or an ANDS.

[105] It cannot be disputed that a prohibition without any exceptions would certainly protect the public from unsafe drugs. However, that effort would be self-defeating in that no new drug would ever enter the market. Hence, public health and safety would suffer because efforts to discover and market new drugs would not materialize. Consequently, an exception was created so as to counter the negative effects of a total ban on new drugs. Under the exception, drug manufacturers are permitted to demonstrate to the Minister that their new drug is safe and effective by submitting an NDS or an ANDS. In other words, the Government has attempted to balance its duty to protect Canadians from unsafe drugs and its duty to provide Canadians with safe and effective new drugs.

[106] Until recently, the Regulations were primarily concerned with “innovators” who invest considerable sums of money into research to discover new, safe and effective drugs. I have already explained the NDS process pursuant to which innovators seek a NOC for

et par conséquent le RPD, constitue un exercice valide du pouvoir constitutionnel en vertu duquel la Loi a été promulguée.

[103] J’ai déjà brièvement décrit le système de réglementation que le Règlement met en place. Ce système constitue en infraction criminelle la commercialisation d’une drogue nouvelle, à moins que le ministre n’ait conclu à son innocuité et à son efficacité. Si la drogue en question est sans danger et efficace, le ministre délivre à son fabricant un avis qui en atteste la conformité au Règlement (c’est-à-dire un avis de conformité ou ADC).

[104] Pour obtenir un ADC à l’égard d’une drogue nouvelle et être ainsi exempté de l’interdiction de la commercialisation de drogues nouvelles, le fabricant doit remplir les nombreuses conditions auxquelles le Règlement subordonne la délivrance d’un tel ADC, notamment celle du dépôt d’une PDN ou d’une PADN.

[105] Il ne fait aucun doute qu’une interdiction sans exceptions protégerait le public contre les drogues dangereuses. Cependant, elle irait à l’encontre du but recherché, puisque alors aucune drogue nouvelle ne serait jamais mise sur le marché. La santé et la sécurité publiques en souffriraient donc, étant donné qu’on n’essaierait pas de découvrir et de commercialiser des drogues nouvelles. Par conséquent, l’État a prévu une exception pour éviter les effets indésirables d’une interdiction totale de la commercialisation de drogues nouvelles. Cette exception permet au fabricant de démontrer au ministre que sa drogue nouvelle est sans danger et efficace en lui présentant une PDN ou une PADN. Autrement dit, l’État a essayé de trouver un équilibre entre son obligation de protéger les Canadiens contre les drogues dangereuses et son obligation de leur donner accès à des drogues nouvelles à la fois sans danger et efficaces.

[106] Jusqu’à une date récente, le Règlement se préoccupait principalement des « innovateurs » qui investissent des sommes considérables dans la recherche de drogues nouvelles, sans danger et efficaces. J’ai déjà exposé la procédure de la PDN, par laquelle l’innovateur

their new drug. As found by the Judge at paragraph 46 of his reasons, it is a very costly and time-consuming process.

[107] More recently, the Regulations were amended to allow generic manufacturers to qualify for exemption from the prohibition. Through the ANDS process, they may demonstrate that their new drug is safe and effective. This process, as the Judge found at paragraph 46 of his reasons, also requires considerable effort in time and investment, but not to the same extent as for innovators. The difference in effort exists because generic manufacturers can obtain a NOC for their new drug by demonstrating that it is pharmaceutically equivalent, i.e., that their generic drug contains the identical amount of the identical medicinal ingredient as the Canadian reference product of an innovator, in comparable dosage form.

[108] As a result, generic manufacturers are not required to make a direct assessment of the clinical safety and efficacy of their drug on the basis of clinical studies. Rather, they use the innovators' new drug to demonstrate its bioequivalence to their own. In that sense, generic manufacturers, as I have already explained, are in effect relying, at least indirectly, on the information and data provided by innovators in their NDS.

[109] The ANDS process, by allowing generic manufacturers to market their new drugs, permits the entry of more new drugs on the Canadian market at, generally, prices lower than those of "innovative drugs". However, the entry of generic new drugs at lower prices may constitute a disincentive for innovators with regard to their efforts to discover new "innovative drugs" for Canadians. More particularly, unless innovators are able to recover their expenses and make a reasonable profit on the sale of their new drugs, they will have no incentive to pursue research to find new drugs.

essaie d'obtenir un ADC pour sa nouvelle drogue. Comme l'a constaté le juge au paragraphe 46 de ses motifs, cette procédure coûte très cher et prend beaucoup de temps.

[107] Le Règlement a été récemment modifié de manière à permettre aux génériqueurs de bénéficier de l'exemption de l'interdiction. Le génériqueur peut maintenant démontrer par la procédure de la PADN l'innocuité et l'efficacité de sa drogue nouvelle. Cette procédure, ainsi que le juge le fait observer au paragraphe 46 de ses motifs, exige aussi beaucoup de temps et d'argent, mais pas autant que la procédure à laquelle sont soumis les innovateurs. Cette différence s'explique par le fait que le génériqueur peut obtenir un ADC pour sa drogue nouvelle en établissant qu'elle est l'équivalent pharmaceutique du produit de référence canadien (créé par un innovateur), c'est-à-dire qu'elle contient le même ingrédient médicinal que lui, en quantité identique sous une forme posologique comparable.

[108] Ainsi, le génériqueur n'a pas à évaluer directement l'innocuité et l'efficacité cliniques de sa drogue sur la base d'études cliniques. Il utilise plutôt la drogue nouvelle d'un innovateur pour en démontrer la bioéquivalence avec la sienne. En ce sens, comme je l'ai déjà expliqué, le génériqueur s'appuie en fait, au moins indirectement, sur les renseignements et données que l'innovateur a communiqués dans sa PDN.

[109] La procédure de la PADN, en permettant aux génériqueurs de commercialiser leurs produits, rend possible l'entrée sur le marché canadien d'un plus grand nombre de drogues nouvelles, ainsi que la baisse de leurs prix, les médicaments génériques se vendant en général moins cher que les « drogues innovantes ». Cependant, l'entrée de drogues nouvelles génériques moins chères que leurs produits peut avoir pour effet de décourager les innovateurs de découvrir d'autres « drogues innovantes » pour les Canadiens. Plus précisément, à moins de pouvoir rentrer dans leurs dépenses et tirer un bénéfice raisonnable de la vente de leurs drogues nouvelles, les innovateurs n'auront pas d'incitation à faire des recherches pour trouver de telles drogues.

[110] With that concern in mind, the DPR was introduced to implement Article 1711 of NAFTA and paragraph 3 of Article 39 of TRIPS, which seek to provide protection to innovators in respect of “undisclosed test or other data” that they must provide to government entities in order to obtain approval for their new drugs.

[111] It is with that context in mind that I now turn to the pith and substance of the DPR.

[112] As the RIAS makes clear, the Government intended, in enacting the DPR, to “achieve a greater balance between the need for innovative drugs and the need for competition in the marketplace in order to facilitate the accessibility of those drugs” (emphasis added). To find the source of this proposition, one must examine the DPR in the context of the comprehensive scheme of law found in the Regulations.

[113] In my view, what the entire context reveals is that the DPR is a mechanism deemed necessary to balance the effects of the regulatory scheme set forth in the Regulations, the purpose of which is to protect public health and safety. In particular, the DPR plays an important role with regard to the ANDS process by counteracting, or reducing, the negative aspects thereof. More particularly, by granting innovators a period of market protection for eight years, the DPR puts in place a regime which provides incentives for innovators to continue their search for “innovative drugs”. Ultimately, the DPR exists to encourage the development of new drugs which, there cannot be much dispute, constitutes a valid public health and safety purpose.

[114] Although it is true, as the Judge found, at paragraph 79 of his reasons, that the DPR seeks to balance “commercial considerations between the protection of an innovator drug manufacturer’s investments . . . and the eventual NOC approval of generic drug manufacturer’s ANDS”, the Judge erred, in my respectful view,

[110] C’est en fonction de cette préoccupation qu’on a promulgué le RPD afin de mettre en œuvre l’article 1711 de l’ALENA et le paragraphe 3 de l’article 39 de l’Accord sur les ADPIC, qui visent à protéger les innovateurs à l’égard des « données non divulguées résultant d’essais ou d’autres données non divulguées » qu’ils doivent communiquer aux organismes d’État compétents pour obtenir l’approbation de leurs drogues nouvelles.

[111] J’essaierai maintenant d’établir le caractère véritable du RPD à la lumière de ce contexte.

[112] Comme le REIR l’explique sans ambiguïté, l’État visait, par la promulgation du RPD, à créer « un meilleur équilibre entre la nécessité de disposer de drogues nouvelles et celle de préserver l’aspect concurrentiel du marché afin de faciliter l’accès à ces drogues » (non souligné dans l’original). Pour trouver la source de cette proposition, il faut examiner le RPD dans le contexte de l’ensemble du système de réglementation qu’établit le Règlement.

[113] À mon avis, l’examen de ce contexte intégral révèle que le RPD est un mécanisme jugé nécessaire pour équilibrer les effets du système de réglementation établi par le Règlement, dont l’objet est de protéger la santé et la sécurité publiques. On remarque notamment que le RPD joue un rôle important relativement à la procédure de la PADN, en neutralisant ou réduisant les effets défavorables qu’elle pourrait entraîner. Plus précisément, le RPD, en octroyant aux innovateurs une période d’exclusivité de marché de huit ans, met en place un régime propre à les inciter à poursuivre leur recherche de « drogues innovantes ». En dernière analyse, le RPD a pour raison d’être d’encourager la création et le développement de drogues nouvelles, ce qui, on ne saurait guère le contester, constitue un objectif valable de santé et de sécurité publiques.

[114] S’il est vrai, comme le juge l’a conclu au paragraphe 79 de ses motifs, que le RPD vise « un équilibre de considérations commerciales entre la protection des investissements des fabricants innovateurs [...] et l’approbation éventuelle par un avis de conformité de la PADN d’un fabricant de génériques », il s’est trompé, à

in failing to consider the entire context in which the DPR finds itself. The true purpose of the DPR is not to balance the commercial interests of innovators and generic drug manufacturers, but rather to ensure that Canadians have reasonable access, at reasonable prices, to new, safe and effective drugs. In other words, the Regulations as a whole encourage the research and development of new medicines that save lives, prevent diseases, heal and cure and improve the health of Canadians, who can only benefit from the discovery and development of new medicines after the information and data generated in extensive pre-clinical and clinical trials demonstrate the “innovative drug’s” safety and efficacy to the satisfaction of the Minister. The DPR plays an important part in this regulatory scheme.

[115] At paragraph 76 of his reasons, the Judge questioned the statement found in the RIAS that the DPR was enacted to encourage innovators and/or to allow them to recover their investments, thus fostering the development of new drugs. In his view, “the evidence on this point is more of a logical assertion than a clear demonstration that innovators are not or will not bring forward new drugs for approval without the provision.” In my respectful view, that statement is mistaken in that in determining the pith and substance of a law, courts are not to be concerned with the efficacy of the law or whether it does, in fact, achieve the intended goal. In his dissenting reasons in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, La Forest J., at paragraph 44, explained this proposition in the following terms:

Once it is conceded, as I believe it must be, that tobacco consumption has detrimental health effects and that Parliament’s intent in enacting this legislation was to combat these effects, then the wisdom of Parliament’s choice of method cannot be determinative with respect to Parliament’s power to legislate. The goal in a pith and substance analysis is to determine Parliament’s underlying purpose in enacting a particular piece of legislation; it is not to determine whether Parliament has chosen that purpose wisely or whether Parliament would

mon humble avis, en omettant de prendre en considération l’intégralité du contexte de ce règlement. L’objet véritable du RPD n’est pas d’établir un équilibre entre les intérêts commerciaux des innovateurs et des génériques, mais plutôt de faire en sorte que les Canadiens aient suffisamment accès à des drogues nouvelles, sans danger et efficaces, à des prix raisonnables. Autrement dit, le Règlement considéré dans son ensemble encourage la recherche et le développement de nouveaux médicaments propres à sauver des vies, à prévenir et guérir des maladies, et à améliorer en général la santé des Canadiens, qui ne peuvent profiter de la découverte et du développement de tels médicaments qu’après que les données et l’information produites par des essais précliniques et cliniques approfondis ont démontré l’innocuité et l’efficacité de ces « drogues innovantes » de manière à convaincre le ministre. Le RPD joue un rôle important dans ce système de réglementation.

[115] Au paragraphe 76 de ses motifs, le juge met en question le passage du REIR selon lequel le RPD a été promulgué pour encourager les innovateurs et/ou leur permettre de récupérer leurs investissements, et ainsi favoriser le développement de drogues nouvelles. Selon lui, « la preuve sur ce point est davantage une affirmation logique qu’une démonstration claire que, en l’absence de cette disposition, les innovateurs ne présentent ou ne présenteront pas de médicaments nouveaux en vue d’en obtenir l’approbation ». À mon humble avis, le juge se trompe sur ce point, en ce que les tribunaux ayant à déterminer le caractère véritable d’une loi ne doivent pas se préoccuper de son efficacité, c’est-à-dire de savoir si elle atteint en fait le but dans lequel on l’a promulguée. Le juge La Forest a expliqué ce principe dans ses motifs dissidents, au paragraphe 44 de l’arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 :

Lorsqu’il est admis, comme cela doit l’être à mon avis, que l’usage du tabac a des effets nocifs sur la santé et que, lors de l’adoption de la loi en question, le Parlement souhaitait lutter contre ces effets, alors la sagesse de la méthode qu’il a choisie ne peut être déterminante relativement à sa compétence de légiférer. L’analyse du caractère véritable d’une loi a pour but de déterminer l’objet sous-jacent que visait le Parlement au moment de l’adoption de cette loi; il ne s’agit pas de déterminer s’il a choisi cet objet judicieusement ou s’il l’aurait

have achieved that purpose more effectively by legislating in other ways; ... [Emphasis added.]

[116] This statement was reiterated by a unanimous Supreme Court in *Reference re Firearms Act (Can.)*, 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, at paragraph 18:

Determining the legal effects of a law involves considering how the law will operate and how it will affect Canadians. The Attorney General of Alberta states that the law will not actually achieve its purpose. Where the legislative scheme is relevant to a criminal law purpose, he says, it will be ineffective (e.g., criminals will not register their guns); where it is effective it will not advance the fight against crime (e.g., burdening rural farmers with pointless red tape). These are concerns that were properly directed to and considered by Parliament. Within its constitutional sphere, Parliament is the judge of whether a measure is likely to achieve its intended purposes; efficaciousness is not relevant to the Court's division of powers analysis: ... [Emphasis added.]

[117] I therefore conclude that the pith and substance of the DPR is to implement Article 1711 of NAFTA and paragraph 3 of Article 39 of TRIPS so as to encourage the development of new drugs, a valid public health and safety purpose.

[118] I now turn to the question of whether the pith and substance of the DPR falls within federal legislative authority under the Constitution Act. In my view, the DPR constitutes a valid exercise of the federal criminal law power under subsection 91(27) of the Constitution Act.

[119] In *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, the Supreme Court, in emphasizing the absolute nature of the federal legislative criminal law power under subsection 91(27) of the Constitution Act, circumscribed that power at paragraph 32, where La Forest J. (although dissenting on the result, his view on this point was supported by a majority) wrote:

atteint plus efficacement en légiférant autrement; [...] [Non souligné dans l'original.]

[116] La Cour suprême a répété unanimement ce principe au paragraphe 18 du *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)*, 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783 :

Les effets juridiques d'une loi sont déterminés par l'examen de son application et de ses effets sur les Canadiens. Le procureur général de l'Alberta dit que la loi ne réussira pas à atteindre son but. Selon lui, pour ce qui a trait à un objet de droit criminel, le régime législatif sera inefficace (p. ex. les criminels n'enregistreront pas leurs armes); là où elle aura un effet, la loi ne contribuera pas à la lutte contre le crime (p. ex. en imposant aux agriculteurs de la paperasserie inutile). Ces préoccupations ont été adressées, comme il se doit, au Parlement qui les a examinées. Dans le cadre de ses compétences constitutionnelles, c'est au Parlement qu'il appartient de juger s'il est probable qu'une mesure atteindra le but poursuivi; l'efficacité n'est pas pertinente dans le cadre de l'analyse du partage des pouvoirs par notre Cour : [...] [Non souligné dans l'original.]

[117] Je conclus donc que le caractère véritable du RPD est la mise en œuvre de l'article 1711 de l'ALENA et du paragraphe 3 de l'article 39 de l'Accord sur les ADPIC, aux fins de favoriser le développement de drogues nouvelles, lequel constitue un objectif valable de santé et de sécurité publiques.

[118] Je passe maintenant à la question de savoir si le caractère véritable du RPD relève de la compétence législative que la Loi constitutionnelle attribue à l'État fédéral. À mon sens, le RPD constitue un exercice valide de la compétence fédérale en matière de droit criminel que prévoit le paragraphe 91(27) de ladite Loi constitutionnelle.

[119] La Cour suprême, soulignant la nature absolue de la compétence en matière de droit criminel que le paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle confère à l'État fédéral, a délimité cette compétence au paragraphe 32 de l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, où l'on peut lire ce qui suit sous la plume du juge La Forest (dissident quant au résultat, mais cautionné par la majorité sur ce point) :

Given the “amorphous” nature of health as a constitutional matter, and the resulting fact that Parliament and the provincial legislatures may both validly legislate in this area, it is important to emphasize once again the plenary nature of the criminal law power. In the *Margarine Reference*, *supra*, at pp. 49-50, Rand J. made it clear that the protection of “health” is one of the “ordinary ends” served by the criminal law, and that the criminal law power may validly be used to safeguard the public from any “injurious or undesirable effect”. The scope of the federal power to create criminal legislation with respect to health matters is broad, and is circumscribed only by the requirements that the legislation must contain a prohibition accompanied by a penal sanction and must be directed at a legitimate public health evil. If a given piece of federal legislation contains these features, and if that legislation is not otherwise a “colourable” intrusion upon provincial jurisdiction, then it is valid as criminal law; see *Scowby*, *supra*, at pp. 237-38. [Emphasis added.]

[120] In my view, the test enunciated by the Supreme Court in *RJR-MacDonald*, is met. First, with regard to a prohibition, section C.08.002 [as am. by SOR/93-202, s. 24; 95-411, s. 4] of the Regulations provides that no person shall sell or advertise a new drug unless the conditions set out therein are met, i.e. *inter alia*, the filing of an NDS and the issuance of a NOC. Second, with respect to a requirement that there be a penal sanction, section 31 [as am. by S.C. 1997, c. 6, s. 91] of the Act provides a penalty in the following terms:

Contra-
vention of Act
or
regulations

31. Subject to section 31.1, every person who contravenes any of the provisions of this Act or of the regulations made under this Part is guilty of an offence and liable

(a) on summary conviction for a first offence to a fine not exceeding five hundred dollars or to imprisonment for a term not exceeding three months or to both and, for a subsequent offence, to a fine not exceeding one thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding six months or to both; and

Vu que la santé comme matière constitutionnelle présente un caractère « informe » et qu’il s’ensuit que tant le Parlement que les législatures provinciales peuvent valablement légiférer dans ce domaine, il importe de faire ressortir de nouveau la nature plénière de la compétence en matière de droit criminel. Dans le *Renvoi sur la margarine*, précité, aux pp. 49 et 50, le juge Rand établit clairement que la protection de la « santé » constitue un des « buts habituels » du droit criminel, et que la compétence en matière de droit criminel peut valablement être exercée pour protéger le public contre un « effet nuisible ou indésirable ». Le fédéral possède une vaste compétence pour ce qui est de l’adoption de lois en matière criminelle relativement à des questions de santé, et cette compétence n’est circonscrite que par les exigences voulant qu’elles comportent une interdiction accompagnée d’une sanction pénale, et qu’elles visent un mal légitime pour la santé publique. Si une loi fédérale donnée possède ces caractéristiques et ne constitue pas par ailleurs un empiétement « spécieux » sur la compétence provinciale, c’est alors une loi valide en matière criminelle; voir *Scowby*, précité, aux pp. 237 et 238. [Non souligné dans l’original.]

[120] À mon sens, le critère que la Cour suprême a formulé dans l’arrêt *RJR-MacDonald* se trouve rempli dans la présente espèce. Premièrement, pour ce qui concerne l’interdiction, l’article C.08.002 [mod. par DORS/93-202, art. 24; 95-411, art. 4] du Règlement dispose qu’il est interdit de vendre ou d’annoncer une drogue nouvelle à moins que ne soient réunies les conditions qu’il énonce, qui sont entre autres le dépôt d’une PDN et la délivrance d’un ADC. Deuxièmement, en ce qui a trait à la nécessité d’une sanction pénale, l’article 31 [mod. par L.C. 1997, ch. 6, art. 91] de la Loi, libellé comme suit, prévoit bien des sanctions de cette nature :

31. Sous réserve de l’article 31.1, quiconque contrevient à la présente loi ou aux règlements pris sous le régime de la présente partie commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité :

Contra-
vention à la
Loi ou aux
règlements

a) par procédure sommaire, pour une première infraction, une amende maximale de cinq cents dollars et un emprisonnement maximal de trois mois, ou l’une de ces peines et, en cas de récidive, une amende maximale de mille dollars et un emprisonnement maximal de six mois, ou l’une de ces peines;

(b) on conviction on indictment to a fine not exceeding five thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding three years or to both.

[121] There remains to be addressed the third requirement of the test enunciated by La Forest J. that the law be directed at a legitimate public health evil. In my view, that requirement is met in the present circumstances.

[122] There cannot be any dispute, in my view, that the legislative scheme found in the Regulations contributes to the protection of public health and safety, one of the “ordinary ends” of the criminal law (see: *Standard Sausage Co. v. Lee* (1933), 47 B.C.R. 411 (B.C.C.A.); *R. v. Wetmore et al.*, [1983] 2 S.C.R. 284). In other words, the Regulations exist to protect the public from the sale of unsafe and/or ineffective drugs while, at the same time, making sure that the public has access to safe and effective drugs.

[123] As the Judge states, at paragraph 81 of his reasons, there is no dispute between the parties that the protection of public health and safety is a matter clearly falling within the federal legislative criminal law power and that the Act and Regulations constitute a valid scheme for regulating public health and safety. What is at issue, however, is whether the DPR, in the Judge’s words, “is integral to a valid statutory scheme”.

[124] It is important to remember that the Judge held that the DPR was not an integral part of the Regulations, but rather an adjunct part (Judge’s reasons, paragraph 83). However, at paragraph 102 of his reasons, he indicated that the DPR, “although adjunct rather than integral, can be said to ‘round out’ the valid federal regulatory drug scheme established for marketing drugs in Canada”.

[125] In my view, the DPR is clearly not separable from the overall scheme of criminal law found in the Regulations to which, as I have already explained, it contributes. The Judge, as I have also explained, erred

b) par mise en accusation, une amende maximale de cinq mille dollars et un emprisonnement maximal de trois ans, ou l’une de ces peines.

[121] Il reste à établir si se trouve rempli dans la présente espèce le troisième volet du critère formulé par le juge La Forest, à savoir que la loi considérée doit viser « un mal légitime pour la santé publique ». Il faut à mon sens répondre à cette question par l’affirmative.

[122] On ne saurait mettre en doute, à mon avis, que le régime établi par le Règlement contribue à la protection de la santé et de la sécurité publiques, l’un des « buts habituels » du droit criminel; voir *Standard Sausage Co. v. Lee* (1933), 47 B.C.R. 411 (C.A.C.-B.); et *R. c. Wetmore et autres*, [1983] 2 R.C.S. 284. Autrement dit, le Règlement a pour raison d’être de protéger le public contre la vente de médicaments dangereux et/ou inefficaces tout en faisant en sorte de lui donner accès à des médicaments sans danger et efficaces.

[123] Comme le juge le fait observer au paragraphe 81 de ses motifs, aucune des parties ne conteste que la protection de la santé et de la sécurité publiques relève sans ambiguïté de la compétence législative fédérale en matière de droit criminel, et que la Loi et le Règlement constituent un système valide de réglementation de la santé et de la sécurité publiques. Ce qui est contesté, c’est le point de savoir si le RPD, pour reprendre les termes du juge, « fait partie intégrante d’un système légal valide ».

[124] Il est important de se rappeler que le juge a conclu que le RPD ne fait pas partie intégrante du Règlement, mais qu’il en constitue plutôt une partie accessoire (motifs du juge, paragraphe 83). Cependant, il explique au paragraphe 102 de ses motifs que le RPD, « bien qu’il soit accessoire à ce système, plutôt que partie intégrante de celui-ci, constitue un “complément” du système fédéral valide de réglementation établi pour la commercialisation des médicaments au Canada ».

[125] À mon avis, le RPD n’est manifestement pas séparable du système global de droit criminel qu’établit le Règlement, système auquel, comme je l’ai déjà expliqué, il contribue. Le juge, comme je l’ai aussi expliqué

in confining his determination of the pith and substance to the language only of the DPR and its enabling legislation, without regard to the overall scheme. As a result, he was unable to appreciate that the DPR contributes to and, thus, forms an integral part of the overall scheme to protect public health and safety.

[126] Other than the prohibition preventing the marketing of new drugs under subsection C.08.002(1) of the Regulations and the exception provided for those who satisfy the Minister of the safety and efficacy of their new drug and are issued a NOC, the remainder of the legislative scheme, which includes the DPR, pertains to the terms and conditions of the exemption from criminal prosecution. In my view, there cannot be a serious debate in regard to the proposition that an exemption from a criminal law prohibition, which necessarily includes all the terms and conditions of the exemption, constitutes an exercise of the criminal law power, in the same way that the prohibition itself constitutes an exercise of that power (see: *Reference re Firearms Act*, at paragraphs 38–40).

[127] Thus, to the extent that the exemption from the prohibition can be linked to the criminal law ends of the legislation, the exemption constitutes an exercise of the criminal law power. Here, the criminal law ends of the legislation is ensuring that only safe drugs are made available to Canadians (see: *C.E. Jamieson & Co. (Dominion) v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 F.C. 590 (T.D.)).

[128] To put the matter in full context, subsection C.08.002(1) of the Regulations prescribes the prohibition against the marketing of new drugs and sets out the exemption thereto, i.e. the filing of an NDS resulting in the issuance of a NOC. Subsections C.08.002(2) and (3) provide the specifics surrounding the filing of an NDS and, more particularly, the information that must be provided to demonstrate the safety and effectiveness of the new drug. Section C.08.002.1 [as enacted by SOR/95-411, s. 5], in turn, provides the specifics with regard to an ANDS and sets out the information required in order to satisfy the Minister of the new drug's safety and effectiveness. Section C.08.003.1 [as enacted by

plu haut, a commis une erreur en limitant sa détermination du caractère véritable au libellé du RPD et de sa loi habilitante, sans prendre en considération l'ensemble du système. Par conséquent, il lui a échappé que le RPD contribue au système global visant à protéger la santé et la sécurité publiques et en fait ainsi partie intégrante.

[126] Mis à part l'interdiction de commercialiser des drogues nouvelles que formule le paragraphe C.08.002(1) du Règlement et l'exception prévue pour ceux qui convainquent le ministre de l'innocuité et de l'efficacité de leur drogue nouvelle et se voient en conséquence délivrer un ADC, le régime législatif, qui comprend le RPD, se rapporte aux conditions auxquelles est subordonnée l'exemption de poursuites pénales. À mon sens, on ne peut contester sérieusement que l'exemption d'une interdiction de droit criminel, exemption qui englobe nécessairement toutes les conditions dont elle dépend, constitue de la même façon que l'interdiction elle-même un exercice de la compétence en matière de droit criminel (voir le *Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu*, aux paragraphes 38 à 40).

[127] Donc, dans la mesure où elle peut être rattachée aux objectifs de droit criminel de la législation, l'exemption de l'interdiction constitue un exercice de la compétence en matière de droit criminel. En l'occurrence, l'objectif de droit criminel de la législation est de faire en sorte que seules des drogues sans danger soient mises à la disposition des Canadiens; voir *C.E. Jamieson & Co. (Dominion) c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 C.F. 590 (1^{re} inst.).

[128] Récapitulons l'ensemble du contexte. Le paragraphe C.08.002(1) du Règlement formule l'interdiction de commercialiser des drogues nouvelles et prévoit l'exemption de cette interdiction, subordonnée au dépôt d'une PDN suivi de la délivrance d'un ADC. Les paragraphes C.08.002(2) et (3) précisent les modalités du dépôt de la PDN, notamment les renseignements qui doivent être communiqués pour démontrer l'innocuité et l'efficacité de la drogue nouvelle. L'article C.08.002.1 [édicte par DORS/95-411, art. 5] énumère les conditions précises auxquelles on peut déposer une PADN et les renseignements qu'il faut fournir pour convaincre le ministre de l'innocuité et de l'efficacité de la drogue

SOR/2001-203, s. 5] sets out certain information that the Minister may examine, although not provided by the manufacturer in his NDS or ANDS submission, in determining whether the drug's safety and effectiveness have been demonstrated. Section C.08.004 [as am. by SOR/95-411, s. 6] sets out the duty of the Minister to either issue a NOC or advise the manufacturer otherwise following a review of an NDS or an ANDS submission. Finally, the DPR sets out further conditions that must be met in connection with the filing of an ANDS and the issuance of a NOC in regard thereto. Together, these provisions define the exemption from criminal prosecution for the marketing of a new drug.

[129] I am satisfied that the DPR meets the requirements of the tripartite test set out by the Supreme Court in *RJR-MacDonald*.

[130] I should also say that I am satisfied that the DPR in no way encroaches on matters of provincial jurisdiction, since provinces have no role whatsoever to play with respect to the approval of the safety and effectiveness of new drugs. Further, the DPR does not interfere with provincial jurisdiction to authorize generic manufacturers to commercially market their drugs. At paragraph 106 of his reasons, the Judge states:

The *Data Protection Regulation* deals with the approval of the marketing of new drugs. Provincial legislatures cannot enact legislation that delays the approval of generic drugs since provincial approvals of drugs for the market place would seriously interfere with the federal s. 91(27) criminal law power to prohibit the marketing of drugs but for exceptions where drugs are proven safe and effective.

[131] Thus, the conditions imposed by the DPR on generic manufacturers and the Minister in regard to the filing of an ANDS and the issuance of a NOC in regard thereto do not encroach on provincial jurisdiction, in the constitutional sense.

nouvelle qui en fait l'objet. L'article C.08.003.1 [édicte par DORS/2001-203, art. 5] autorise le ministre à examiner certaines catégories de renseignements non communiqués par le fabricant dans sa PDN ou sa PADN, aux fins d'établir si l'innocuité et l'efficacité de la drogue ont été démontrées. L'article C.08.004 [mod. par DORS/95-411, art. 6] dispose que le ministre, après avoir examiné la PDN ou la PADN, doit soit délivrer un ADC au fabricant, soit l'informer de la non-conformité de sa présentation. Enfin, le RPD énonce d'autres conditions qui doivent être remplies relativement au dépôt d'une PADN et à la délivrance de l'ADC y afférent. Prises ensemble, ces dispositions définissent l'exemption de poursuites pénales pour ce qui concerne la commercialisation d'une drogue nouvelle.

[129] J'estime que le RPD remplit les trois volets du critère formulé par la Cour suprême dans l'arrêt *RJR-MacDonald*.

[130] J'estime également que le RPD n'empiète nullement sur les matières relevant de la compétence provinciale, puisque les provinces n'ont absolument aucun rôle à jouer dans l'approbation des drogues nouvelles sur les bases de l'innocuité et de l'efficacité. En outre, le RPD n'empiète pas non plus sur la compétence provinciale pour autoriser les génériqueurs à commercialiser leurs drogues. Le juge formule à ce sujet l'observation suivante au paragraphe 106 de ses motifs :

Le *Règlement sur la protection des données* porte sur l'autorisation de la commercialisation de médicaments nouveaux. Les législatures provinciales ne peuvent adopter de loi qui retarde l'approbation des médicaments génériques parce que l'approbation par les provinces de médicaments en vue de la commercialisation entrerait en conflit de façon caractérisée avec la compétence fédérale en matière de droit criminel, prévue au paragraphe 91(27), permettant d'interdire la commercialisation de drogues, sauf celles dont l'innocuité et l'efficacité ont été établies.

[131] On voit donc que les conditions fixées par le RPD aux génériqueurs et au ministre en ce qui a trait au dépôt de la PADN et à la délivrance de l'ADC y afférent n'empiètent pas sur la compétence provinciale au sens constitutionnel.

[132] In conclusion, the DPR is, in my opinion, rationally and functionally connected to the federal legislative scheme for new drug approval and clearly contributes to balancing the effects of a process established by the Government to protect public health and safety through its jurisdiction to legislate in respect of the criminal law. In view of this conclusion, I need not address the question of whether the DPR falls under another head of federal legislative jurisdiction such as subsection 91(2) of the Constitution Act or the POGG.

DISPOSITION

[133] I would dismiss the appeals with one set of costs in favour of the respondents.

SHARLOW J.A.: I agree.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

[132] Pour conclure, le RPD me paraît avoir un lien rationnel et fonctionnel avec le régime législatif fédéral qui détermine l'approbation des drogues nouvelles, et contribuer manifestement à l'équilibrage des effets d'une procédure établie par l'État fédéral pour protéger la santé et la sécurité publiques en vertu de sa compétence législative en matière de droit criminel. Étant donné cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir si le RPD relève d'un autre chef de compétence législative fédérale, tel que celui du paragraphe 91(2) de la Loi constitutionnelle ou celui de la paix, de l'ordre et du bon gouvernement.

DÉCISION

[133] Je rejetterais les appels avec un seul mémoire de dépens en faveur des intimés.

LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

STATUS IN CANADA

Convention Refugees and Persons in Need of Protection

Judicial review of decision by Refugee Protection Division of Immigration and Refugee Board (Board) rejecting applicant's refugee claim—Applicant, citizen of St. Vincent and the Grenadines, entering Canada as visitor, in Canada without status—While without status, diagnosed with benign tumor affecting brain, pituitary gland—Evidence applicant requiring daily doses of certain medicines for rest of life, requiring occasional testing to determine whether tumor recurring—Applicant filing refugee claim alleging risk to life should he return to St. Vincent because of inability to access adequate medical treatment there—One year later, applicant filing application for permanent residence on humanitarian and compassionate (H&C) grounds on basis unable to afford life sustaining medication should he be returned to St. Vincent—Application remaining outstanding—According to *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 97(1)(b)(iv), person cannot be considered person in need of protection from risk to life or cruel, unusual treatment or punishment if threat or risk caused by inability of person's home country to provide adequate health or medical care—Applicant arguing Act, s. 97(1)(b)(iv) unconstitutional having regard to *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(1)—According to applicant, s. 97(1)(b)(iv) applying only to people with medical conditions treatable in Canada, but not country of origin—Thus, s. 97(1)(b)(iv) imposing, according to applicant, differential treatment solely on basis of person's individual disability, individual country of origin—Board's finding that applicant not denied medical treatment or discriminated against in St. Vincent reasonable—Applicant's assertion that at risk of receiving inadequate medical treatment resulting in possible death if removed to be assessed according to Act, s. 97(1)(b)(iv); namely, whether risk to life—However, in H&C application, test different—Respondent to instead consider hardships affecting foreign national pursuant to Act, ss. 25(1), (1.3)—Question herein thus primarily whether s. 97(1)(b)(iv) discriminatory on ground different criteria from those under ss. 25(1), (1.3) in respect of same assertion of risk to life provided—In light of *Covarrubias v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 365, [2007] 3 F.C.R. 169, s. 97(1)(b)(iv) not discriminatory or violating Charter, s. 15—Applicant suffering no discrimination while in Canada—Regarding whether applicant deprived of right to life contrary to Charter, s. 7, section not imposing positive obligation on Board to adjourn hearing until determination of H&C application—Application dismissed.

L Aidlow v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-3383-11, 2012 FC 144, Hughes J., judgment dated February 3, 2012, 19 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of umpire's decision dismissing applicant's appeal on ground Board of Referees not erring in fact, law—After introduction of application for judicial review, parties filing joint motion for consent judgment on whether respondent unemployed, thus ensuring Board of Referees reconsider file following new hearing, receive directions regarding test at *Employment Insurance*

EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

Regulations, SOR/96-332, s. 30(2)—Principal issue in proceeding whether, in context of application for judicial review, Court to set aside decision of umpire on mere consent of parties to proceeding—Under *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, s. 118, decision of umpire final, not subject to appeal—Decision not to be set aside by mere consent—Quashing such decision by mere consent contrary to Parliament’s intention, principle of finality, stability of judgments established by Parliament—Judgment on merits, however, to be rendered in summary way in application for judicial review, on joint motion, when special circumstances warranting it—However, such application allowed only if parties demonstrating error on part of umpire justifying such conclusion—In present case, Board of Referees not taking into account approach, principles set out in *Martens v. Canada (Attorney General)*, 2008 FCA 240—Board not asking whether extent of respondent’s engagement in business during benefit period, determined according to Regulations, s. 30(3), was such that respondent could not rely on it as principal means of livelihood—Board of Referees merely stating findings of fact in light of factors enumerated in Regulations, s. 30(3), without drawing explicit conclusions on use of test at s. 30(2)—Decision set aside on whether unemployed, matter referred back for redetermination with directions—Application allowed in part.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. GOULET (A-352-11, 2012 FCA 62, Mainville J.A., judgment dated February 24, 2012, 11 pp.)

EMPLOYMENT LAW

Judicial review of intervener’s (Canada Industrial Relations Board) decision refusing to grant extension of time, dismissing applicants’ complaint made against respondents under *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 37—Applicants failing to ask intervener to exercise its reconsideration power under Code, s. 18 before filing present application—As preliminary issue, respondents arguing Court had to exercise discretion to refuse to entertain application, or refuse to grant remedy to applicants, because applicants failing to pursue adequate alternative remedy provided for by Code—Whether Federal Court of Appeal having to exercise discretion to refuse to entertain application, or deny applicants remedy sought, because applicants failing to pursue adequate alternative remedy—Federal Court of Appeal having discretion to refuse to grant remedy to applicant who has failed to pursue adequate alternative remedy—In determining whether statutory process constituting adequate alternative remedy, one important factor manner in which power likely exercised given burden of initial decision—Intervener’s case law showing consistent adherence to general principle that intervener’s decisions final and exercise of intervener’s reconsideration power requiring restraint—Difference between appeal process, power of reconsideration evident from *Ellis-Don Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, 2001 SCC 4, [2001] 1 S.C.R. 221—*Ellis-Don Ltd.* establishing when Federal Court of Appeal considering whether to exercise discretion, failure to seek reconsideration not barring application for judicial review, although possibly constituting relevant factor in determining whether to grant remedy—In present case, intervener’s case law suggesting intervener unlikely to reconsider decision to refuse extension of time—Federal Court of Appeal therefore having to consider application, but application having to be dismissed because refusal to extend time limit reasonable—Application dismissed.

BUENAVENTURA V. TELECOMMUNICATIONS WORKERS UNION (A-268-10, 2012 FCA 69, Sharlow J.A., judgment dated March 1, 2012, 20 pp.)

EXTRADITION

Motion to dismiss application by Wilson for judicial review of authority to proceed (ATP) issued by Minister of Justice pursuant to *Extradition Act*, S.C. 1999, c. 18, s. 15—Minister arguing remedies sought available in ongoing extradition proceedings in British Columbia provincial courts—Test to be met on motion to strike judicial review application whether application bereft of any possibility of success—In extradition procedures, test met where Federal Court concluding adequate remedies available in provincial courts—Act giving provincial courts jurisdiction over judicial functions—Legislator recognizing experience, expertise of provincial courts in criminal law—Federal Court having to be sensitive to legislator’s wish to convey to provincial courts control of extradition procedures—As noted in *Froom v. Canada (Minister of Justice)*, 2004 FCA 352, [2005] 2 F.C.R. 195, Federal Court can exercise its discretion, decline to assume jurisdiction if applicant having alternative judicial forum which can consider adequate remedies— Issue herein whether provincial courts having adequate alternative remedies available to deal with matters brought up by Wilson—Impossible to predict whether adequate remedies available in British Columbia courts under present circumstances—Alternative remedies available in provincial courts appearing to be adequate to render justice—However, ATP only reviewable by Federal Court—Such avenue may eventually be only one capable of rendering justice—Federal

EXTRADITION—Concluded

Court concurring with joint undertaking recognizing possibility for Wilson to reapply to Federal Court if no adequate remedy available in provincial courts in relation to validity of ATP—Motion granted without prejudice to rights of applicant to bring new application.

WILSON V. CANADA (JUSTICE) (T-240-12, 2012 FC 280, Noël J., judgment dated February 29, 2012, 12 pp.)

PATENTS

Appeal from Federal Court decision (2010 FC 1264) dismissing appellant's statement of claim to obtain compensation from respondents under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 8 owing to loss sustained following statutory stay applied for by respondent under s. 6(1)—Appeal raising three issues—Issues (1) whether claim for compensation governed by 1993 version of s. 8 or its 1998 version (1998 Regulations); (2) whether appellant establishing entitlement to compensation under applicable version of s. 8(1); (3) whether Federal Court of Appeal having to determine basis for calculating compensation, and available defences, or whether appellant having to refer matter back to Federal Court—Respondents' application for prohibition "pending" on date 1998 Regulations coming into force, and 1998 Regulations therefore applying—Respondents liable for loss sustained because of Minister's delay in issuing notice of compliance to appellant—Not role of Federal Court of Appeal to decide on amount of compensation, matter referred back to Federal Court—Appeal allowed.

APOTEX INC. V. MERCK & CO., INC. (A-10-11, 2011 FCA 364, Evans J.A., judgment dated December 19, 2011, 14 pp.)

TRADE-MARKS

REGISTRATION

Appeal from Federal Court decision (2011 FC 58) dismissing appellant's appeal from Registrar of Trade-marks decision determining that trade-mark TEACHERS' not registrable because clearly descriptive of character of appellant's services—Appeal of Registrar's decision dismissed on basis Registrar not erring in concluding that proposed trade-mark not registrable—Whether Federal Court erring in concluding that trade-mark clearly descriptive pursuant to *Trade-marks Act*, R.S.C, 1985, c. T-13, s. 12(1)(b)—Proper test for determination one of first impression in mind of normal or reasonable person—Word "clearly" in s. 12(1)(b) conveying idea that it must be self-evident, plain or manifest, that trade-mark descriptive of wares or services—Word "character" at s. 12(1)(b) defined by case law to mean feature, trait or characteristic belonging to wares or services—Normal or reasonable person readily understanding that appellant administering pension plan for teachers, providing them with management, investment services in regard to pension fund—Only possible meaning of word TEACHERS', when used in association with appellant's services, one that is plain, self-evident or manifest—Word TEACHERS' clearly describing those whose pension plan appellant administering, in whose benefit management, investment services of pension fund rendered, describing highly prominent feature, trait or characteristic belonging to appellant's services—Word TEACHERS' thus clearly describing inherent or intrinsic character or quality of appellant's wares—Appeal dismissed.

ONTARIO TEACHERS' PENSION PLAN BOARD V. CANADA (A-75-11, 2012 FCA 60, Nadon J.A., judgment dated February 21, 2012, 21 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 de l'ordonnance ou du jugement originaux.

ASSURANCE-EMPLOI

Contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre rejetant l'appel du demandeur au motif que le conseil arbitral n'avait pas erré en fait et en droit—Après que la présente demande de contrôle judiciaire fut initiée, les parties ont soumis à la Cour une requête conjointe afin d'obtenir un jugement sur consentement portant sur la question de l'état de chômage du défendeur, assurant ainsi qu'un conseil arbitral décide à nouveau du dossier après une nouvelle audience, et que ce conseil reçoive des instructions à l'égard du test de l'art. 30(2) du *Règlement sur l'assurance-emploi*, DORS/96-332—La principale question qui se posait en l'espèce était celle de savoir si, dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour peut annuler la décision d'un juge-arbitre sur simple consentement des parties à l'instance—En vertu de l'art. 118 de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, la décision d'un juge-arbitre est définitive et sans appel—Elle ne peut être annulée sur simple consentement—Casser une telle décision de cette façon serait contraire à l'intention du Parlement et au principe de finalité et de stabilité des jugements énoncé par le Parlement—Un jugement sur le fond peut cependant être rendu de façon sommaire dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, sur requête conjointe, lorsque des circonstances spéciales le justifient—Cependant, une telle demande ne saurait être accordée à moins que les parties démontrent une erreur de la part du juge-arbitre justifiant une telle conclusion—En l'espèce, le conseil arbitral n'a pas tenu compte de l'approche et des principes énoncés dans *Martens c. Canada (Procureur général)*, 2008 CAF 240—Il ne s'est pas posé la question de savoir si la mesure de participation du défendeur dans son entreprise pendant la période de prestation, déterminée à la lumière de l'art. 30(3) du *Règlement*, était telle qu'elle n'aurait pu constituer son principal moyen de subsistance—Le conseil arbitral s'est contenté d'énoncer ses conclusions quant aux faits liés aux facteurs énumérés à l'art. 30(3) du *Règlement* sans tirer de conclusion explicite quant à l'utilisation du test de l'art. 30(2)—La décision devait donc être annulée en ce qui a trait à l'état de chômage et l'affaire devait être renvoyée pour réexamen avec directives—Demande accueillie en partie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. GOULET (A-352-11, 2012 CAF 62, juge Mainville, J.C.A., jugement en date du 24 février 2012, 11 p.)

BREVETS

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2010 CF 1264) rejetant la déclaration de l'appelante visant à obtenir une indemnité de la part des intimées en vertu de l'art. 8 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 en raison d'une perte subie par suite d'un sursis réglementaire demandé par l'intimée en vertu de l'art. 6(1)—L'appel soulevait trois questions litigieuses—Il était question de savoir : 1) si c'était la version de 1993 de l'art. 8 ou celle de 1998 (*Règlement de 1998*) qui s'appliquait à la demande d'indemnité; 2) si l'appelante avait démontré avoir droit à une indemnité en vertu de la version applicable de l'art. 8(1); 3) si la Cour d'appel fédérale devait préciser sur quelle base l'indemnité devait être calculée, ainsi que les moyens de défense, ou si elle devait renvoyer l'affaire à la Cour fédérale—La demande d'interdiction des intimées était pendante à la date d'entrée en vigueur du *Règlement de 1998*, de sorte que c'est ce dernier qui s'appliquait—Les intimées étaient responsables de la perte subie à cause du report de la délivrance, par le ministre, d'un avis de conformité à l'appelante—Il

BREVETS—Fin

n'appartenait pas à la Cour d'appel fédérale de se prononcer sur le montant de l'indemnité et elle devait renvoyer l'affaire à la Cour fédérale—Appel accueilli.

APOTEX INC. C. MERCK & CO., INC. (A-10-11, 2011 CAF 364, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 19 décembre 2011, 14 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger

Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de protection des réfugiés de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) rejetant la demande d'asile du demandeur—Le demandeur, un citoyen de Saint-Vincent-et-les-Grenadines, est entré au Canada comme visiteur et se trouve maintenant au Canada sans statut—Alors qu'il était sans statut, on lui a diagnostiqué une tumeur bénigne affectant son cerveau et son hypophyse—Selon la preuve, il aura besoin de doses quotidiennes de certains médicaments jusqu'à la fin de ses jours et devra subir périodiquement des examens pour déterminer si la tumeur est réapparue—Le demandeur a déposé une demande d'asile alléguant que sa vie serait menacée s'il devait retourner à Saint-Vincent, parce qu'il ne pourrait pas y avoir accès à un traitement médical adéquat—Un an plus tard, le demandeur a déposé une demande de résidence permanente fondée sur des motifs d'ordre humanitaire en alléguant qu'il serait incapable de se payer des médicaments essentiels à son maintien en vie s'il était renvoyé à Saint-Vincent—Cette demande est toujours en instance—Selon l'art. 97(1)b)(iv) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, une personne ne peut pas être considérée comme ayant qualité de personne à protéger contre une menace à sa vie ou contre le risque de traitements ou peines cruels et inusités si cette menace ou ce risque résultent de l'incapacité du pays d'origine de cette personne à fournir des soins médicaux ou des soins de santé adéquats—Le demandeur a soutenu que l'art. 97(1)b)(iv) de la Loi est inconstitutionnel compte tenu des art. 7 et 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]—Selon le demandeur, les seules personnes visées à l'art. 97(1)b)(iv) sont celles qui ont une condition médicale qui est traitable au Canada, mais non dans leur pays d'origine—L'art.97(1)b)(iv) impose donc, d'après le demandeur, une différence de traitement sur le seul fondement de l'invalidité particulière et du pays d'origine d'une personne—La conclusion de la Commission selon laquelle le demandeur ne se verrait pas refuser des traitements médicaux ni ne ferait l'objet de discrimination à Saint-Vincent était raisonnable—L'affirmation du demandeur selon laquelle il risquerait de recevoir des traitements médicaux inadéquats pouvant entraîner sa mort s'il était renvoyé devait s'apprécier en fonction de l'art. 97(1)b)(iv) de la Loi; à savoir qu'il y a, entre autres, une menace à la vie—Toutefois, dans le cadre d'une demande fondée sur des motifs d'ordre humanitaire, le critère est différent—Le défendeur doit plutôt tenir compte des difficultés auxquelles l'étranger fait face selon les art. 25(1) et (1.3) de la Loi—La question en l'espèce était donc de savoir, entre autres, si l'art. 97(1)b)(iv) est discriminatoire, au motif qu'il prévoit des critères différents de ceux prévus aux art. 25(1) et (1.3) à l'égard de la même affirmation de menace à la vie—L'art. 97(1)b)(iv), à la lumière de l'arrêt *Covarrubias c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 365, [2007] 3 R.C.F. 169, n'est pas discriminatoire et ne viole pas l'art. 15 de la Charte—Tant que le demandeur est au Canada, il ne subit aucune discrimination—Quant à la question de savoir si le demandeur a été privé du droit à la vie contrairement à l'art. 7 de la Charte, cet article n'impose pas d'obligation positive à la Commission d'ajourner son audience jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande fondées sur des motifs d'ordre humanitaire—Demande rejetée.

LAILOW C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-3383-11, 2012 CF 144, juge Hughes, jugement en date du 3 février 2012, 19 p.)

DROIT DE L'EMPLOI

Contrôle judiciaire d'une décision de l'intervenant (Conseil canadien des relations industrielles) refusant une prorogation de délai et rejetant la plainte des demandeurs présentée contre les défendeurs en vertu de l'art. 37 du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2—Les demandeurs n'ont pas demandé à l'intervenant d'exercer le pouvoir de réexamen qui lui est conféré en vertu de l'art. 18 du Code avant de présenter la présente demande—En guise de moyen préliminaire, les défendeurs ont fait

DROIT DE L'EMPLOI—Fin

valoir que la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'entendre la demande, ou refuser d'accorder aux plaignants une mesure de redressement, parce qu'ils n'avaient pas exercé un autre recours approprié prévu par le Code—Il était question de savoir si la Cour d'appel fédérale devait exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser d'entendre la demande, ou refuser la mesure de redressement recherchée au motif que les demandeurs n'avaient pas exercé un autre recours approprié—La Cour d'appel fédérale a le pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder une mesure de redressement à un demandeur qui ne s'est pas prévalu d'un autre recours approprié—Pour déterminer si un processus établi par la loi représente un autre recours approprié, un des facteurs importants à prendre en compte est la manière dont le pouvoir est susceptible d'être exercé compte tenu du poids de la décision initiale—La jurisprudence de l'intervenant se conforme au principe suivant lequel ses décisions sont définitives et que son pouvoir de réexamen doit être exercé avec retenue—Il y a une différence entre un processus d'appel et un pouvoir de réexamen compte tenu de l'affaire *Ellis-Don Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, 2001 CSC 4, [2001] 1 R.C.S. 221—Il ressort de l'affaire *Ellis-Don Ltd.* que lorsque la Cour d'appel fédérale se demande s'il convient d'exercer son pouvoir discrétionnaire, l'omission de demander le réexamen ne constitue pas un obstacle à une demande de contrôle judiciaire, bien que cela puisse être un facteur pertinent pour décider d'accorder ou non un redressement—En l'espèce, la jurisprudence de l'intervenant indiquait qu'il était peu probable que celui-ci réexamine la décision de refuser de proroger le délai—La Cour d'appel fédérale devait donc examiner la demande, mais celle-ci devait être rejetée parce que le refus de proroger le délai était raisonnable—Demande rejetée.

BUENAVENTURA C. SYNDICAT DES TRAVAILLEURS(EUSES) EN TÉLÉCOMMUNICATIONS (A-268-10, 2012 CAF 69, juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 1^{er} mars 2012, 20 p.)

EXTRADITION

Requête visant le rejet de la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Wilson à l'égard de l'arrêté introductif d'instance (AII) pris par le ministre de la Justice, en vertu de la *Loi sur l'extradition*, L.C. 1999, c. 18, art. 15—Le ministre prétendait que les mesures de redressement demandées peuvent l'être dans le cadre des procédures d'extradition en cours devant les tribunaux provinciaux de la Colombie-Britannique—Le critère pour accueillir une requête en radiation de la demande de contrôle judiciaire est de savoir si la demande n'a aucune chance d'être accueillie—Dans le contexte de procédures d'extradition, le critère est rempli lorsque la Cour fédérale conclut qu'il existe des recours appropriés devant les tribunaux provinciaux—La Loi donne compétence aux tribunaux provinciaux en ce qui a trait aux fonctions judiciaires—Le législateur reconnaît l'expérience et l'expertise des tribunaux provinciaux en matière de droit criminel—La Cour fédérale doit être sensible à la volonté du législateur de conférer le contrôle des procédures d'extradition aux tribunaux provinciaux—Comme il était mentionné dans l'arrêt *Froom c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2004 CAF 352, [2005] 2 R.C.F. 195, la Cour fédérale peut exercer son pouvoir discrétionnaire de refuser d'exercer sa compétence lorsque le demandeur dispose d'un recours approprié devant un autre tribunal—La question en litige en l'espèce est de savoir si des recours subsidiaires adéquats peuvent être exercés devant les tribunaux provinciaux pour trancher les questions présentées par M. Wilson—Il est impossible de prédire si des recours adéquats peuvent être introduits devant les tribunaux de la Colombie-Britannique dans les circonstances de l'espèce—Les recours subsidiaires pouvant être exercés devant les tribunaux provinciaux semblent être appropriés pour rendre justice—Cependant, l'AII n'est susceptible de contrôle que par la Cour fédérale—Il se pourrait que ce soit le seul moyen possible de rendre justice—La Cour fédérale accepte un engagement conjoint des parties, par lequel celles-ci reconnaissent la possibilité que M. Wilson puisse présenter une nouvelle demande à la Cour fédérale dans l'éventualité où il n'existerait pas de recours approprié devant les tribunaux provinciaux à l'égard de la validité de l'AII—Requête accueillie, sans préjudice au droit du demandeur de présenter une nouvelle demande.

WILSON C. CANADA (JUSTICE) (T-240-12, 2012 FC 280, juge Noël, jugement en date du 29 février 2012, 12 p.)

MARQUES DE COMMERCE

ENREGISTREMENT

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2011 CF 58) rejetant l'appel interjeté par l'appelant d'une décision par laquelle le registraire des marques de commerce a conclu que la marque de commerce TEACHERS n'était pas enregistrable parce qu'elle donnait une description claire de la nature des services de l'appelant—L'appel de la décision de la registraire a été rejeté parce qu'il a été jugé qu'elle n'avait pas commis d'erreur en concluant que la marque de commerce n'était pas enregistrable—Il s'agit

MARQUES DE COMMERCE—Fin

de déterminer si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que la marque de commerce donne une description claire au sens de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 12(1)*b*—Le critère applicable est celui de la première impression créée dans l'esprit de la personne normale ou raisonnable—Le mot « claire » figurant à l'art. 12(1)*b* sert à véhiculer l'idée qu'il doit être évident, clair ou manifeste que la marque de commerce donne une description des marchandises ou des services—Le mot « nature » figurant à l'art. 12(1)*b* a été défini par la jurisprudence comme devant s'entendre d'une caractéristique, d'une particularité ou d'un trait inhérent aux marchandises ou aux services—Une personne normale ou raisonnable comprendrait aisément que l'appelant administre un régime de retraite pour les enseignants et qu'il offre des services de gestion et de placement en ce qui concerne leur caisse de retraite—La seule signification possible du mot TEACHERS' lorsqu'il est employé en liaison avec les services de l'appelant est une signification claire, évidente ou manifeste—Le mot TEACHERS' qui permet de savoir clairement quelles sont les personnes dont l'appelant administre le régime de retraite et au profit desquelles sont rendus les services de gestion du fonds de retraite et de placement décrit une caractéristique, une particularité ou un trait notable des services de l'appelant—Le mot TEACHERS' donne donc une description claire de la nature ou d'une qualité inhérente ou intrinsèque des marchandises de l'appelant—Appel rejeté.

ONTARIO TEACHERS' PENSION PLAN BOARD C. CANADA (A-75-11, 2012 CAF 60, juge Nadon, jugement en date du 21 février 2012, 21 p.)



2012 Volume 2

Federal Courts Reports

Recueil des décisions des Cours fédérales

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOIVIN, B.Soc.Sc., LL.B./B.Sc.Soc., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r., Heenan Blaikie LLP/S.E.N.C.R.L., SRL

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., B.F.A., LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

NADIA MONETTE, B.Sc., BFA, LL.B.

CHARLES NEZAN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Production Coordinator

CATHERINE BRIDEAU

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

Coordonnatrice, production

CATHERINE BRIDEAU

The *Federal Courts Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Courts Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, WILLIAM A. BROOKS, Commissioner.

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 Commissariat à la magistrature fédérale Canada, dont le commissaire est WILLIAM A. BROOKS.

JUDGES OF THE FEDERAL COURTS

FEDERAL COURT OF APPEAL CHIEF JUSTICE

The Honourable PIERRE BLAIS, P.C.

*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) June 23, 1998;
Appointed Judge of the Federal Court of Appeal February 20, 2008;
Appointed September 9, 2009)*

FEDERAL COURT OF APPEAL JUDGES

The Honourable GILLES LÉTOURNEAU

*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Appeal Division (now the Federal Court of Appeal) May 13, 1992;
Supernumerary December 13, 2008)*

The Honourable MARC NOËL

*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) June 24, 1992;
Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Appeal Division (now the Federal Court of Appeal) June 23, 1998)*

The Honourable MARC NADON

*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) June 10, 1993;
Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Appeal Division (now the Federal Court of Appeal) December 14, 2001;
Supernumerary July 25, 2011)*

The Honourable JOHN MAXWELL EVANS

*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) June 26, 1998;
Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Appeal Division (now the Federal Court of Appeal) December 8, 1999)*

The Honourable KAREN SHARLOW

*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) January 21, 1999;
Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Appeal Division (now the Federal Court of Appeal) November 4, 1999)*

The Honourable J. D. DENIS PELLETIER
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) February 16, 1999;
Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Appeal Division (now the Federal Court of Appeal) December 14, 2001)*

The Honourable ELEANOR R. DAWSON
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) December 8, 1999;
Appointed December 28, 2009)*

The Honourable JOHANNE GAUTHIER
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) December 11, 2002;
Appointed October 20, 2011)*

The Honourable JOHANNE TRUDEL
(Appointed April 26, 2007)

The Honourable ROBERT M. MAINVILLE
*(Appointed Judge of the Federal Court June 19, 2009;
Appointed June 18, 2010)*

The Honourable DAVID W. STRATAS
(Appointed December 11, 2009)

**FEDERAL COURT
CHIEF JUSTICE**

The Honourable PAUL S. CRAMPTON
*(Appointed Judge of the Federal Court November 26, 2009;
Appointed December 15, 2011)*

FEDERAL COURT JUDGES

The Honourable YVON PINARD, P.C.
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) June 29, 1984;
Supernumerary October 10, 2005)*

The Honourable SANDRA J. SIMPSON

*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) June 10, 1993;
Supernumerary June 10, 2012)*

The Honourable DANIELE TREMBLAY-LAMER

*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) June 16, 1993;
Supernumerary February 23, 2010)*

The Honourable DOUGLAS R. CAMPBELL

*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) December 8, 1995;
Supernumerary January 1, 2011)*

The Honourable FRANÇOIS LEMIEUX

*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) January 21, 1999;
Supernumerary January 21, 2009)*

The Honourable JOHN A. O'KEEFE

*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) June 30, 1999)*

The Honourable ELIZABETH HENEGHAN

*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) November 15, 1999)*

The Honourable DOLORES HANSEN

*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) December 8, 1999)*

The Honourable EDMOND P. BLANCHARD

*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) October 5, 2000)*

The Honourable MICHEL BEAUDRY

*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) January 25, 2002;
Supernumerary January 25, 2012)*

The Honourable LUC MARTINEAU
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) January 25, 2002)*

The Honourable SIMON NOËL
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) August 8, 2002)*

The Honourable JUDITH A. SNIDER
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) October 10, 2002)*

The Honourable JAMES RUSSELL
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) December 11, 2002)*

The Honourable JAMES O'REILLY
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) December 12, 2002)*

The Honourable SEAN J. HARRINGTON
(Appointed September 16, 2003)

The Honourable RICHARD G. MOSLEY
(Appointed November 4, 2003)

The Honourable MICHEL M.J. SHORE
(Appointed November 4, 2003)

The Honourable MICHAEL L. PHELAN
(Appointed November 19, 2003)

The Honourable ANNE L. MACTAVISH
(Appointed November 19, 2003)

The Honourable YVES de MONTIGNY
(Appointed November 19, 2004)

The Honourable ROGER T. HUGHES
(Appointed June 1, 2005)

The Honourable ROBERT L. BARNES
(Appointed November 22, 2005)

The Honourable LEONARD S. MANDAMIN
(Appointed April 27, 2007)

The Honourable RUSSEL W. ZINN
(Appointed February 20, 2008)

The Honourable DAVID G. NEAR
(Appointed June 19, 2009)

The Honourable RICHARD BOIVIN
(Appointed June 19, 2009)

The Honourable MARIE-JOSÉE BÉDARD
(Appointed May 14, 2010)

The Honourable ANDRÉ F.J. SCOTT
(Appointed September 30, 2010)

The Honourable DONALD J. RENNIE
(Appointed September 30, 2010)

The Honourable MARY J.L. GLEASON
(Appointed December 15, 2011)

The Honourable JOCELYNE GAGNÉ
(Appointed May 31, 2012)

The Honourable CATHERINE M. KANE
(Appointed June 21, 2012)

DEPUTY JUDGES

None at present

PROTHONOTARIES

RICHARD MORNEAU

(Appointed November 28, 1995)

ROZA ARONOVITCH

(Appointed March 15, 1999)

ROGER LAFRENIÈRE

(Appointed April 1, 1999)

MIREILLE TABIB

(Appointed April 22, 2003)

MARTHA MILCZYNSKI

(Appointed September 25, 2003)

KEVIN R. AALTO

(Appointed May 7, 2007)

JUGES DES COURS FÉDÉRALES

LE JUGE EN CHEF COUR D'APPEL FÉDÉRALE

L'honorable PIERRE BLAIS, C.P.

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 23 juin 1998; nommé juge à la Cour d'appel fédérale
le 20 février 2008; nommé le 9 septembre 2009)*

LES JUGES DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

L'honorable GILLES LÉTOURNEAU

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section d'appel (maintenant la Cour d'appel fédérale)
le 13 mai 1992; surnuméraire le 13 décembre 2008)*

L'honorable MARC NOËL

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 24 juin 1992; nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section d'appel (maintenant la Cour d'appel fédérale) le 23 juin 1998)*

L'honorable MARC NADON

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 10 juin 1993; nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section d'appel (maintenant la Cour d'appel fédérale)
le 14 décembre 2001; surnuméraire le 25 juillet 2011)*

L'honorable JOHN MAXWELL EVANS

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 26 juin 1998; nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section d'appel (maintenant la Cour d'appel fédérale)
le 8 décembre 1999)*

L'honorable KAREN SHARLOW

*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 21 janvier 1999; nommée juge à la Cour fédérale du Canada,
Section d'appel (maintenant la Cour d'appel fédérale)
le 4 novembre 1999)*

L'honorable J. D. DENIS PELLETIER

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 16 février 1999; nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section d'appel (maintenant la Cour d'appel fédérale)
le 14 décembre 2001)*

L'honorable ELEANOR R. DAWSON

*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 8 décembre 1999; nommée le 28 décembre 2009)*

L'honorable JOHANNE GAUTHIER

*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 11 décembre 2002; nommée le 20 octobre 2011)*

L'honorable JOHANNE TRUDEL

(nommée le 26 avril 2007)

L'honorable ROBERT M. MAINVILLE

(nommé juge à la Cour fédérale le 19 juin 2009; nommé le 18 juin 2010)

L'honorable DAVID W. STRATAS

(nommé le 11 décembre 2009)

**LE JUGE EN CHEF
COUR FÉDÉRALE**

L'honorable PAUL S. CRAMPTON

*(nommé juge à la Cour fédérale le 26 novembre 2009;
nommé le 15 décembre 2011)*

LES JUGES DE LA COUR FÉDÉRALE

L'honorable YVON PINARD, C.P.

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 29 juin 1984; surnuméraire le 10 octobre 2005)*

L'honorable SANDRA J. SIMPSON

*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 10 juin 1993; surnuméraire le 10 juin 2012)*

L'honorable DANIELE TREMBLAY-LAMER

*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 16 juin 1993; surnuméraire le 23 février 2010)*

L'honorable DOUGLAS R. CAMPBELL

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 8 décembre 1995; surnuméraire le 1^{er} janvier 2011)*

L'honorable FRANÇOIS LEMIEUX

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 21 janvier 1999; surnuméraire le 21 janvier 2009)*

L'honorable JOHN A. O'KEEFE

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 30 juin 1999)*

L'honorable ELIZABETH HENEGHAN

*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 15 novembre 1999)*

L'honorable DOLORES HANSEN

*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 8 décembre 1999)*

L'honorable EDMOND P. BLANCHARD

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 5 octobre 2000)*

L'honorable MICHEL BEAUDRY

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 25 janvier 2002; surnuméraire le 25 janvier 2012)*

L'honorable LUC MARTINEAU

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 25 janvier 2002)*

L'honorable SIMON NOËL

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 8 août 2002)*

L'honorable JUDITH A. SNIDER

*(nommée juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 10 octobre 2002)*

L'honorable JAMES RUSSELL

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 11 décembre 2002)*

L'honorable JAMES O'REILLY

*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 12 décembre 2002)*

L'honorable SEAN J. HARRINGTON

(nommé le 16 septembre 2003)

L'honorable RICHARD G. MOSLEY

(nommé le 4 novembre 2003)

L'honorable MICHEL M.J. SHORE

(nommé le 4 novembre 2003)

L'honorable MICHAEL L. PHELAN
(nommé le 19 novembre 2003)

L'honorable ANNE L. MACTAVISH
(nommée le 19 novembre 2003)

L'honorable YVES de MONTIGNY
(nommé le 19 novembre 2004)

L'honorable ROGER T. HUGHES
(nommé le 1^{er} juin 2005)

L'honorable ROBERT L. BARNES
(nommé le 22 novembre 2005)

L'honorable LEONARD S. MANDAMIN
(nommé le 27 avril 2007)

L'honorable RUSSEL W. ZINN
(nommé le 20 février 2008)

L'honorable DAVID G. NEAR
(nommé le 19 juin 2009)

L'honorable RICHARD BOIVIN
(nommé le 19 juin 2009)

L'honorable MARIE-JOSÉE BÉDARD
(nommée le 14 mai 2010)

L'honorable ANDRÉ F.J. SCOTT
(nommé le 30 septembre 2010)

L'honorable DONALD J. RENNIE
(nommé le 30 septembre 2010)

L'honorable MARY J.L. GLEASON
(nommée le 15 décembre 2011)

L'honorable JOCELYNE GAGNÉ
(nommée le 31 mai 2012)

L'honorable CATHERINE M. KANE
(nommée le 21 juin 2012)

JUGES SUPPLÉANTS

Aucun en ce moment

PROTONOTAIRES

RICHARD MORNEAU
(nommé le 28 novembre 1995)

ROZA ARONOVITCH
(nommée le 15 mars 1999)

ROGER LAFRENIÈRE
(nommé le 1^{er} avril 1999)

MIREILLE TABIB
(nommée le 22 avril 2003)

MARTHA MILCZYNSKI
(nommée le 25 septembre 2003)

KEVIN R. AALTO
(nommé le 7 mai 2007)

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Harkat (Re), 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370, has been reversed on appeal (A-76-11, 2012 FCA 122). The reasons for judgment, handed down April 25, 2012, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Harkat (Re), DES-5-08, 2010 FC 1241, has been reversed on appeal (A-76-11, 2012 FCA 122), reasons for judgment handed down April 25, 2012. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

Harkat (Re), DES-5-08, 2010 FC 1242, has been affirmed on appeal (A-76-11, 2012 FCA 122), reasons for judgment handed down April 25, 2012. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

Harkat (Re), DES-5-08, 2010 FC 1243, has been reversed on appeal (A-76-11, 2012 FCA 122). The reasons for judgment, handed down April 25, 2012, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Jodhan v. Canada (Attorney General), 2010 FC 1197, [2011] 2 F.C.R. 355, has been reversed in part on appeal (A-478-10, 2012 FCA 161). The reasons for judgment, handed down May 30, 2012, will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Alberta (Education) v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright), 2010 FCA 198, [2011] 3 F.C.R. 223, has been reversed on appeal (2012 SCC 37). The reasons for judgment, handed down July 12, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Calgary (City) v. Canada, A-250-09, 2010 FCA 127, has been affirmed on appeal (2012 SCC 20). The reasons for judgment, handed down April 26, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Craig v. Canada, 2011 FCA 22, [2011] 2 F.C.R. 436, has been affirmed on appeal (2012 SCC 43). The reasons for judgment, handed down August 1, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Harkat (Re)*, 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 370, a été infirmée en appel (A-76-11, 2012 CAF 122). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 25 avril 2012, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Harkat (Re)*, DES-5-08, 2010 CF 1241, a été infirmée en appel (A-76-11, 2012 CAF 122), les motifs du jugement ayant été prononcés le 25 avril 2012. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Harkat (Re)*, DES-5-08, 2010 CF 1242, a été confirmée en appel (A-76-11, 2012 CAF 122), les motifs du jugement ayant été prononcés le 25 avril 2012. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Harkat (Re)*, DES-5-08, 2010 CF 1243, a été infirmée en appel (A-76-11, 2012 CAF 122). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 25 avril 2012, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Jodhan c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 1197, [2011] 2 R.C.F. 355, a été infirmée en partie en appel (A-478-10, 2012 CAF 161). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 30 mai 2012, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Alberta (Éducation) c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2010 CAF 198, [2011] 3 R.C.F. 223, a été infirmé en appel (2012 CSC 37). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 12 juillet 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Calgary (Ville) c. Canada*, A-250-09, 2010 CAF 127, a été confirmé en appel (2012 CSC 20). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 26 avril 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Craig c. Canada*, 2011 CAF 22, [2011] 2 R.C.F. 436, a été confirmé en appel (2012 CSC 43). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 1^{er} août 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, A-521-07, 2010 FCA 221, has been reversed on appeal (2012 SCC 34). The reasons for judgment, handed down July 12, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Halifax (Regional Municipality) v. Canada (Public Works and Government Services), 2010 FCA 196, [2012] 1 F.C.R. 304, has been reversed on appeal (2012 SCC 29). The reasons for judgment, handed down June 15, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Re:Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada, A-433-09, 2011 FCA 70, has been affirmed on appeal (2012 SCC 38). The reasons for judgment, handed down July 12, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Shaw Cablesystems G.P. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2010 FCA 220, [2012] 2 F.C.R. 154, has been reversed in part on appeal (2012 SCC 35). The reasons for judgment, handed down July 12, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports (sub nom Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada)*.

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada, A-514-07, 2010 FCA 123, has been affirmed on appeal (2012 SCC 36). The reasons for judgment, handed down July 12, 2012, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Apotex Inc. v. Eli Lilly Canada Inc., A-172-11, A-173-11, 2011 FCA 358, Noël J.A., judgment dated December 16, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused May 17, 2012.

Apotex Inc. v. Merck & Co., Inc., A-154-10, 2011 FCA 329, Stratas J.A., judgment dated November 25, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused May 17, 2012.

Apotex Inc. v. Merck & Co., Inc., A-10-11, 2011 FCA 364, Evans J.A., judgment dated December 19, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused June 14, 2012.

Baines v. Canada (Human Resources and Skills Development), A-71-10, 2011 FCA 158, Dawson J.A., judgment dated May 9, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused April 26, 2012.

L'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, A-521-07, 2010 CAF 221, a été infirmé en appel (2012 CSC 34). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 12 juillet 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Halifax (Municipalité régionale) c. Canada (Travaux publics et Services gouvernementaux)*, 2010 CAF 196, [2012] 1 R.C.F. 304, a été infirmé en appel (2012 CSC 29). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 15 juin 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Re:Sound c. Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada*, A-433-09, 2011 CAF 70, a été confirmé en appel (2012 CSC 38). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 12 juillet 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

L'arrêt *Shaw Cablesystems G.P. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2010 CAF 220, [2012] 2 R.C.F. 154, a été infirmé en partie en appel (2012 CSC 35). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 12 juillet 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême (sub nom Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique)*.

L'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada*, A-514-07, 2010 CAF 123, a été confirmé en appel (2012 CSC 36). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 12 juillet 2012, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Apotex Inc. c. Eli Lilly Canada Inc., A-172-11, A-173-11, 2011 CAF 358, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 16 décembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 mai 2012.

Apotex Inc. c. Merck & Co., Inc., A-154-10, 2011 CAF 329, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 25 novembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 mai 2012.

Apotex Inc. c. Merck & Co., Inc., A-10-11, 2011 CAF 364, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 19 décembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 juin 2012.

Baines c. Canada (Ressources humaines et Développement des compétences), A-71-10, 2011 CAF 158, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 9 mai 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 26 avril 2012.

Canada (Citizenship and Immigration) v. Huntley, A-482-10, 2011 FCA 273, Evans J.A., judgment dated October 3, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused April 26, 2012.

Chamberlain v. Canada (Attorney General), A-23-11, 2012 FCA 44, Evans J.A., judgment dated February 8, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused August 9, 2012.

Crouse v. Commissionaires Nova Scotia, A-63-11, 2012 FCA 4, Dawson J.A., judgment dated January 10, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused June 14, 2012.

Davitt v. Canada (National Revenue), A-494-10, 2012 FCA 27, Layden-Stevenson J.A., judgment dated January 24, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused June 28, 2012.

Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), A-425-09, 2011 FCA 39, Nadon and Mainville J.J.A., judgment dated February 3, 2011, leave to appeal to S.C.C. granted May 24, 2012.

Doig v. Canada, A-169-11, 2012 FCA 28, Trudel J.A., judgment dated January 25, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused June 14, 2012.

Elbilja v. Air Canada, A-70-09, 2011 FCA 356, Trudel J.A., judgment dated December 16, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused June 14, 2012 (*sub nom Elbilja v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada (CAW- Canada), Local 2002*).

Envision Credit Union v. Canada, A-479-10, 2011 FCA 321, Evans J.A., judgment dated November 21, 2011, leave to appeal to S.C.C. granted June 21, 2012.

Ezokola v. Canada (Citizenship and Immigration), 2011 FCA 224, [2011] 3 F.C.R. 417, Noël J.A., judgment dated July 15, 2011, leave to appeal to S.C.C. granted April 26, 2012.

Hahn v. Canada, A-111-11, 2011 FCA 282, Sharlow J.A., judgment dated October 13, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused May 17, 2012.

Imperial Tobacco Canada Limited v. Canada, A-35-11, 2011 FCA 308, Sharlow J.A., judgment dated November 10, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused May 24, 2012.

Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Huntley, A-482-10, 2011 CAF 273, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 3 octobre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 26 avril 2012.

Chamberlain c. Canada (Procureur général), A-23-11, 2012 CAF 44, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 8 février 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 août 2012.

Crouse c. Commissionaires Nova Scotia, A-63-11, 2012 CAF 4, la juge Dawson, J.C.A., jugement en date du 10 janvier 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 juin 2012.

Davitt c. Canada (Revenu national), A-494-10, 2012 CAF 27, la juge Layden-Stevenson, J.C.A., jugement en date du 24 janvier 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 28 juin 2012.

Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), A-425-09, 2011 CAF 39, les juges Nadon et Mainville, J.C.A., jugement en date du 3 février 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 24 mai 2012.

Doig c. Canada, A-169-11, 2012 CAF 28, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 25 janvier 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 juin 2012.

Elbilja c. Air Canada, A-70-09, 2011 CAF 356, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 16 décembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 juin 2012 (*sub nom Elbilja c. Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada), section locale 2002*).

Envision Credit Union c. Canada, A-479-10, 2011 CAF 321, le juge Evans, J.C.A., jugement en date du 21 novembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 21 juin 2012.

Ezokola c. Canada (Citoyenneté et Immigration), 2011 CAF 224, [2011] 3 R.C.F. 417, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 15 juillet 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée le 26 avril 2012.

Hahn c. Canada, A-111-11, 2011 CAF 282, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 13 octobre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 17 mai 2012.

Imperial Tobacco Canada Limitée c. Canada, A-35-11, 2011 CAF 308, la juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 10 novembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 mai 2012.

Lavigne v. Canada (Canadian Human Rights Commission), A-469-10, A-470-10, 2011 FCA 333, Trudel J.A., judgment dated November 29, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused May 31, 2012 (*sub nom Lavigne v. Canada Post Corp.*).

Lee v. Canada (Citizenship and Immigration), A-213-11, 2012 FCA 54, Stratas J.A., judgment dated February 15, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused August 9, 2012.

Merck & Co. Inc. v. Apotex Inc., A-9-11, A-11-11, 2011 FCA 363, Gauthier J.A., judgment dated December 19, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused July 12, 2012.

Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General), 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, Sexton J.A., judgment dated June 8, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused April 26, 2012.

Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Apotex Inc., A-386-09, A-387-09, A-389-09, A-390-09, 2011 FCA 300, Layden-Stevenson J.A., judgment dated November 2, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused July 12, 2012 (*sub nom Schering Corp. v. Apotex Inc.*).

Tajdin v. Aga Khan, A-59-11, A-60-11, 2012 FCA 12, Gauthier J.A., judgment dated January 16, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused June 28, 2012.

Tibilla v. Canada (Attorney General), A-77-11, Evans, Pelletier and Stratas J.J.A., judgment dated December 19, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused July 12, 2012.

Twinn v. Poitras, A-280-10, 2012 FCA 47, Stratas J.A., judgment dated February 8, 2012, leave to appeal to S.C.C. refused July 19, 2012.

Warman v. Tremaine, A-468-10, 2011 FCA 297, Noël and Pelletier J.J.A., judgment dated October 26, 2011, leave to appeal to S.C.C. refused April 26, 2012.

Lavigne c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), A-469-10, A-470-10, 2011 CAF 333, la juge Trudel, J.C.A., jugement en date du 29 novembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 31 mai 2012 (*sub nom Lavigne c. Société canadienne des postes*).

Lee c. Canada (Citoyenneté et Immigration), A-213-11, 2012 CAF 54, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 15 février 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 9 août 2012.

Merck & Co. Inc. c. Apotex Inc., A-9-11, A-11-11, 2011 CAF 363, la juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 19 décembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 12 juillet 2012.

Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général), 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, le juge Sexton, J.C.A., jugement en date du 8 juin 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 26 avril 2012.

Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Apotex Inc., A-386-09, A-387-09, A-389-09, A-390-09, 2011 CAF 300, la juge Layden-Stevenson, J.C.A., jugement en date du 2 novembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 12 juillet 2012 (*sub nom Schering Corp. c. Apotex Inc.*).

Tajdin c. Aga Khan, A-59-11, A-60-11, 2012 CAF 12, la juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 16 janvier 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 28 juin 2012.

Tibilla c. Canada (Procureur général), A-77-11, les juges Evans, Pelletier et Stratas, J.C.A., jugement en date du 19 décembre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 12 juillet 2012.

Twinn c. Poitras, A-280-10, 2012 CAF 47, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 8 février 2012, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 19 juillet 2012.

Warman c. Tremaine, A-468-10, 2011 CAF 297, les juges Noël et Pelletier, J.C.A., jugement en date du 26 octobre 2011, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 26 avril 2012.

**TABLE
OF CASES REPORTED
IN THIS VOLUME**

	PAGE
A	
Almalki (F.C.), Canada (Attorney General) v.	508
Almalki (F.C.A.), Canada (Attorney General) v.	594
Amazon.com, Inc. v. Canada (Attorney General) (F.C.A.)	459
B	
B479 (F.C.), Canada (Citizenship and Immigration) v.	491
C	
Canada (Attorney General) (F.C.), Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada v.	23
Canada (Attorney General) v. Almalki (F.C.)	508
Canada (Attorney General) v. Almalki (F.C.A.)	594
Canada (Attorney General) v. Quadrini (F.C.A.)	3
Canada (Attorney General) (F.C.A.), Amazon.com, Inc. v.	459
Canada (Citizenship and Immigration) v. B479 (F.C.)	491
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Kenne v.	291
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Memari v.	350
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Zare v.	48
Canada (F.C.A.), Fundy Settlement v.	374
Canada (F.C.A.), League for Human Rights of B'nai Brith Canada v.	312
Canada (Health) (F.C.A.), Canadian Generic Pharmaceutical Association v.	618
Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.), Sellathurai v.	218
Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.), Shpati v.	108
Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.), Sellathurai v.	243
Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.), Shpati v.	133
Canadian Broadcasting Corporation (F.C.A.), Statham v.	421
Canadian Generic Pharmaceutical Association v. Canada (Health) (F.C.A.)	618
F	
Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada v. Canada (Attorney General) (F.C.)	23
Fundy Settlement v. Canada (F.C.A.)	374

	PAGE
J	
Jaballah (Re) (F.C.)	179
K	
Kenne v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	291
L	
League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada (F.C.A.)	312
M	
Memari v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	350
N	
Novopharm Limited (F.C.A.), Pfizer Canada Inc. v.	69
P	
Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Limited (F.C.A.)	69
Q	
Quadrini (F.C.A.), Canada (Attorney General) v.	3
S	
Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.)	218
Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.)	243
Shaw Cablesystems G.P. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (F.C.A.)	154
Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.)	108
Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.)	133
Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (F.C.A.), Shaw Cablesystems G.P. v.	154
Statham v. Canadian Broadcasting Corporation (F.C.A.)	421
Z	
Zare v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	48

**TABLE
DES DÉCISIONS PUBLIÉES
DANS CE VOLUME**

	PAGE
A	
Almalki (C.A.F.), Canada (Procureur général) c.	594
Almalki (C.F.), Canada (Procureur général) c.	508
Amazon.com, Inc. c. Canada (Procureur général) (C.A.F.)	459
Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé) (C.A.F.)	618
B	
B479 (C.F.), Canada (Citoyenneté et Immigration) c.	491
C	
Canada (C.A.F.), Fundy Settlement c.	374
Canada (C.A.F.), Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c.	312
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. B479 (C.F.)	491
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Kenne c.	291
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Memari c.	350
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Zare c.	48
Canada (Procureur général) c. Almalki (C.A.F.)	594
Canada (Procureur général) c. Almalki (C.F.)	508
Canada (Procureur général) c. Quadrini (C.A.F.)	3
Canada (Procureur général) (C.A.F.), Amazon.com, Inc. c.	459
Canada (Procureur général) (C.F.), Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada c.	23
Canada (Santé) (C.A.F.), Association canadienne du médicament générique c.	618
Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.A.F.), Sellathurai c.	243
Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.A.F.), Shpati c.	133
Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.), Sellathurai c.	218
Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.), Shpati c.	108
F	
Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada c. Canada (Procureur général) (C.F.)	23
Fundy Settlement c. Canada (C.A.F.)	374

	PAGE
J	
Jaballah (Re) (C.F.)	179
K	
Kenne c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	291
L	
Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada (C.A.F.)	312
M	
Memari c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	350
N	
Novopharm Limited (C.A.F.), Pfizer Canada Inc. c.	69
P	
Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Limited (C.A.F.)	69
Q	
Quadrini (C.A.F.), Canada (Procureur général) c.	3
S	
Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.A.F.)	243
Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.)	218
Shaw Cablesystems G.P. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (C.A.F.)	154
Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.A.F.)	133
Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.)	108
Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (C.A.F.), Shaw Cablesystems G.P. c.	154
Société Radio-Canada (C.A.F.), Statham c.	421
Statham c. Société Radio-Canada (C.A.F.)	421
Z	
Zare c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	48

CONTENTS OF THE VOLUME

	PAGE
ABORIGINAL PEOPLES	
<i>See: Crown, D-6</i>	
ACCESS TO INFORMATION ACT	
Statham v. Canadian Broadcasting Corporation (A-458-09, 2010 FCA 315)	421
ADMINISTRATIVE LAW	
<i>See also: Citizenship and Immigration, 312, 350; Construction of Statutes, 312; Extradition, D-12; Labour Relations, D-8; Practice, 312</i>	
Judicial Review	
Canada (Attorney General) v. Quadrini (A-384-09, 2010 FCA 246)	3
BARRISTERS AND SOLICITORS	
<i>See: Citizenship and Immigration, 350</i>	
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION	
Exclusion and Removal	
<i>Inadmissible Persons</i>	
Canada (Citizenship and Immigration) v. B479 (IMM-6660-10, 2010 FC 1227)	491
Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (IMM-152-09, 2010 FC 1082)	218
Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (A-431-10, 2011 FCA 223)	243
Security Certificate	
Jaballah (Re) (DES-6-08, 2010 FC 1084)	179
<i>Removal of Permanent Residents</i>	
Mugesera v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-9680-11, 2012 FC 32)	D-5

	PAGE
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded	
<i>Removal of Refugees</i>	
Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (IMM-1396-10, IMM-6518-09, IMM-6522-09, 2010 FC 1046)	108
Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (A-451-10, 2011 FCA 286)	133
Immigration Practice	
Kenne v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-1251-10, 2010 FC 1079)	291
Status in Canada	
<i>Citizens</i>	
Adejumo v. Canada (Citizenship and Immigration) (T-955-11, 2011 FC 1485)	D-5
League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada (A-365-09, A-366-09, 2010 FCA 307)	312
<i>Convention Refugees and Persons in Need of Protection</i>	
Laidlow v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-3383-11, 2012 FC 144)	D-11
Memari v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-1091-10, 2010 FC 1196)	350
<i>Permanent Residents</i>	
Mehmi v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-6206-10, 2011 FC 1246)	D-1
Zare v. Canada (Citizenship and Immigration) (IMM-5285-09, 2010 FC 1024)	48
CONSTITUTIONAL LAW	
Charter of Rights	
<i>Fundamental Freedoms</i>	
Bennett v. Canada (Attorney General) (T-1073-09, 2011 FC 1310)	D-1
<i>Life, Liberty and Security</i>	
Jaballah (Re) (DES-6-08, 2010 FC 1084)	179
Distribution of Powers	
Canadian Generic Pharmaceutical Association v. Canada (Health) (A-352-09, A-360-09, 2010 FCA 334)	618

CONSTRUCTION OF STATUTES

See also: Citizenship and Immigration, 133, 218, D-5; Customs and Excise, D-6; Evidence, 218, 508; Federal Court Jurisdiction, 508; Food and Drugs, D-2; Income Tax, D-7; Maritime Law, D-8; Security Intelligence, 508; Veterans, D-9

Fundy Settlement v. Canada (A-419-09, A-420-09, 2010 FCA 309)	374
League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada (A-365-09, A-366-09, 2010 FCA 307)	312
Statham v. Canadian Broadcasting Corporation (A-458-09, 2010 FCA 315)	421

COPYRIGHT**Infringement**

Shaw Cablesystems G.P. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (A-519-07, A-520-07, 2010 FCA 220)	154
---	-----

CORPORATIONS

See also: Construction of Statutes, 374; Income Tax, 374

Teva Canada Limited v. Wyeth LLC (T-1844-07, 2011 FC 1169)	D-6
--	-----

CROWN**Practice**

Attawapiskat First Nation v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development) (T-2037-11, 2012 FC 146)	D-6
--	-----

CUSTOMS AND EXCISE**Excise Tax Act**

Barrett v. Canada (A-308-10, 2012 FCA 33)	D-6
---	-----

EMPLOYMENT INSURANCE

Canada (Attorney General) v. Goulet (A-352-11, 2012 FCA 62)	D-11
---	------

EMPLOYMENT LAW

Buenaventura v. Telecommunications Workers Union (A-268-10, 2012 FCA 69)	D-12
--	------

EVIDENCE

Canada (Attorney General) v. Almalki (DES-1-10, 2010 FC 1106)	508
Canada (Attorney General) v. Almalki (A-428-10, 2011 FCA 199)	594
Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (IMM-152-09, 2010 FC 1082)	218

	PAGE
EVIDENCE—Concluded	
Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (A-431-10, 2011 FCA 223)	243
EXTRADITION	
Wilson v. Canada (Justice) (T-240-12, 2012 FC 280)	D-12
FEDERAL COURT JURISDICTION	
<i>See also:</i> Citizenship and Immigration, 218; Evidence, 218; Extradition, D-12	
Canada (Attorney General) v. Almalki (DES-1-10, 2010 FC 1106)	508
Sellathurai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (A-431-10, 2011 FCA 223)	243
Statham v. Canadian Broadcasting Corporation (A-458-09, 2010 FCA 315)	421
FOOD AND DRUGS	
<i>See also:</i> Constitutional Law, D-1	
Canadian Generic Pharmaceutical Association v. Canada (Health) (A-352-09, A-360-09, 2010 FCA 334)	618
Takeda Canada Inc. v. Canada (Health) (T-2044-10, 2011 FC 1444)	D-2
HUMAN RIGHTS	
Canada (Attorney General) v. Mohawks of the Bay of Quinte (T-8-11, 2012 FC 105)	D-7
Patterson v. Canada (Revenue Agency) (T-569-11, 2011 FC 1398)	D-2
INCOME TAX	
Fundy Settlement v. Canada (A-419-09, A-420-09, 2010 FCA 309)	374
Corporations	
Envision Credit Union v. Canada (A-479-10, 2011 FCA 321)	D-7
Income Calculation	
TransAlta Corporation v. Canada (A-350-10, 2012 FCA 20)	D-8
	<i>Capital Gains and Losses</i>
<i>See:</i> Construction of Statutes, 374; Income Tax, 374	
LABOUR RELATIONS	
Canadian Union of Postal Workers v. Canada Post Corporation (T-1344-11, 2012 FC 110)	D-8

MARITIME LAW

Torts

Buhlman v. Buckley (A-82-11, 2012 FCA 9) D-8

OFFICIAL LANGUAGES

See also: Practice, D-3

Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada v.
Canada (Attorney General) (T-1220-10, 2010 FC 999) 23

PATENTS

See also: Constitutional Law, 618; Corporations, D-6; Food and Drugs, 618;
Practice, D-4

Amazon.com, Inc. v. Canada (Attorney General) (A-435-10, 2011 FCA
328) 459
Apotex Inc. v. Merck & Co., Inc. D-13

Infringement

Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Limited (A-292-09, 2010 FCA 242) ... 69

PENITENTIARIES

Tangorra v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)
(T-1520-10, 2011 FC 1433) D-2

PENSIONS

Canada (National Revenue) v. Ontario (A-72-11, A-73-11, 2011 FCA
314) D-3

POSTAL SERVICES

See: Labour Relations, D-8

PRATICE

See also: Corporations, D-6; Crown, D-6; Labour Relations, D-8

Judgments and Orders

Stay of Execution

Thibodeau v. Air Canada (A-358-11, 2011 FCA 343) D-3

Parties

Intervention

Canada (Attorney General) v. Quadrini (A-384-09, 2010 FCA 246) 3

	PAGE
PRACTICE—Concluded	
<i>Standing</i>	
League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada (A-365-09, A-366-09, 2010 FCA 307)	312
Privilege	
Jaballah (Re) (DES-6-08, 2010 FC 1084)	179
Stay of Proceedings	
AstraZeneca Canada, Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC (A-344-11, 2011 FCA 312)	D-4
PUBLIC SERVICE	
Labour Relations	
Canada (Attorney General) v. Quadrini (A-384-09, 2010 FCA 246)	3
SECURITY INTELLIGENCE	
Canada (Attorney General) v. Almalki (DES-1-10, 2010 FC 1106)	508
Canada (Attorney General) v. Almalki (A-428-10, 2011 FCA 199)	594
TELECOMMUNICATIONS	
<i>See: Copyright, 154</i>	
TRADE-MARKS	
Registration	
Ontario Teachers' Pension Plan Board v. Canada (A-75-11, 2012 FCA 60)	D-13
VETERANS	
Hall v. Canada (Attorney General) (T-926-11, 2011 FC 1431)	D-9

TABLE DES MATIÈRES DU VOLUME

	PAGE
ACCÈS À L'INFORMATION	
Statham c. Société Radio-Canada (A-458-09, 2010 CAF 315)	421
ALIMENTS ET DROGUES	
<i>Voir aussi</i> : Droit constitutionnel, F-2	
Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé) (A-352-09, A-360-09, 2010 CAF 334)	618
Takeda Canada Inc. c. Canada (Santé) (T-2044-10, 2011 CF 1444)	F-1
ANCIENS COMBATTANTS	
Hall c. Canada (Procureur général) (T-926-11, 2011 CF 1431)	F-5
ASSURANCE-EMPLOI	
Canada (Procureur général) c. Goulet (A-352-11, 2012 CAF 62)	F-11
AVOCATS	
<i>Voir</i> : Citoyenneté et Immigration, 350	
BREVETS	
<i>Voir aussi</i> : Aliments et drogues, 618; Droit constitutionnel, 618; Pratique, F-4; Sociétés, F-10	
Amazon.com, Inc. c. Canada (Procureur général) (A-435-10, 2011 CAF 328)	459
Apotex Inc. c. Merck & Co., Inc. (A-10-11, 2011 CAF 364)	F-11
Contrefaçon	
Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Limited (A-292-09, 2010 CAF 242) . . .	69
CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION	
Exclusion et renvoi	
<i>Personnes interdites de territoire</i>	
Canada (Citoyenneté et Immigration) c. B479 (IMM-6660-10, 2010 CF 1227)	491
Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (IMM-152-09, 2010 CF 1082)	218

	PAGE
CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin	
Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (A-431-10, 2011 CAF 223)	243
Certificat de sécurité	
Jaballah (Re) (DES-6-08, 2010 CF 1084)	179
<i>Renvoi de réfugiés</i>	
Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (IMM-1396-10, IMM-6518-09, IMM-6522-09, 2010 CF 1046)	108
Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (A-451-10, 2011 CAF 286)	133
<i>Renvoi de résidents permanents</i>	
Mugesera c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-9680-11, 2012 CF 32)	F-5
Pratique en matière d'immigration	
Kenne c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-1251-10, 2010 CF 1079)	291
Statut au Canada	
<i>Citoyens</i>	
Adejumo c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (T-955-11, 2011 CF 1485)	F-6
Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada (A-365-09, A-366-09, 2010 CAF 307)	312
<i>Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger</i>	
Laidlow c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-3383-11, 2012 CF 144)	F-12
Memari c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-1091-10, 2010 CF 1196)	350
<i>Résidents permanents</i>	
Mehmi c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-6206-10, 2011 CF 1246)	F-1
Zare c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (IMM-5285-09, 2010 CF 1024)	48
COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE	
<i>Voir aussi</i> : Citoyenneté et Immigration, 218; Extradition, F-13; Preuve, 218	
Canada (Procureur général) c. Almalki (DES-1-10, 2010 CF 1106)	508

COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE—Fin

Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (A-431-10, 2011 CAF 223)	243
Statham c. Société Radio-Canada (A-458-09, 2010 CAF 315)	421

COURONNE**Pratique**

Première nation d'Attawapiskat c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord) (T-2037-11, 2012 CF 146)	F-6
---	-----

DOUANES ET ACCISE**Loi sur la taxe d'accise**

Barrett c. Canada (A-308-10, 2012 CAF 33)	F-7
---	-----

DROIT ADMINISTRATIF

Voir aussi : Citoyenneté et Immigration, 312, 350; Extradition, F-13; Interprétation des lois, 312; Pratique, 312; Relations du travail, F-9

Contrôle judiciaire

Canada (Procureur général) c. Quadrini (A-384-09, 2010 CAF 246)	3
---	---

DROIT CONSTITUTIONNEL**Charte des droits***Libertés fondamentales*

Bennett c. Canada (Procureur général) (T-1073-09, 2011 CF 1310)	F-2
---	-----

Vie, liberté et sécurité

Jaballah (Re) (DES-6-08, 2010 CF 1084)	179
--	-----

Partage des pouvoirs

Association canadienne du médicament générique c. Canada (Santé) (A-352-09, A-360-09, 2010 CAF 334)	618
---	-----

DROIT D'AUTEUR**Violation**

Shaw Cablesystems G.P. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (A-519-07, A-520-07, 2010 CAF 220) . . .	154
--	-----

	PAGE
DROIT DE L'EMPLOI	
Buenaventura c. Syndicat des travailleurs(euses) en télécommunications (A-268-10, 2012 CAF 69)	F-12
DROIT MARITIME	
Responsabilité délictuelle	
Buhlman c. Buckley (A-82-11, 2012 CAF 9)	F-7
DROITS DE LA PERSONNE	
Canada (Procureur général) c. Mohawks de la Baie de Quinte (T-8-11, 2012 CF 105)	F-8
Patterson c. Canada (Agence du revenu) (T-569-11, 2011 CF 1398)	F-2
EXTRADITION	
Wilson c. Canada (Justice) (T-240-12, 2012 CF 280)	F-13
FONCTION PUBLIQUE	
Relations du travail	
Canada (Procureur général) c. Quadrini (A-384-09, 2010 CAF 246)	3
IMPÔT SUR LE REVENU	
Fundy Settlement c. Canada (A-419-09, A-420-09, 2010 CAF 309)	374
Calcul du revenu	
TransAlta Corporation c. Canada (A-350-10, 2012 CAF 20)	F-8
<i>Gains et pertes en capital</i>	
<i>Voir</i> : Impôt sur le revenu, 374; Interprétation des lois, 374	
Sociétés	
Envision Credit Union c. Canada (A-479-10, 2011 CAF 321)	F-9
INTERPRÉTATION DES LOIS	
<i>Voir aussi</i> : Aliments et Drogues, F-1; Anciens combattants, F-5; Citoyenneté et Immigration, 133, 218, F-6; Compétence de la Cour fédérale, 508; Douanes et accise, F-7; Droit maritime, F-7; Impôt sur le revenu, F-9; Preuve, 218, 508; Renseignement de sécurité, 508	
Fundy Settlement c. Canada (A-419-09, A-420-09, 2010 CAF 309)	374
Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada (A-365-09, A-366-09, 2010 CAF 307)	312
Statham c. Société Radio-Canada (A-458-09, 2010 CAF 315)	421

LANGUES OFFICIELLES*Voir aussi* : Pratique, F-4

Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada c. Canada (Procureur général) (T-1220-10, 2010 CF 999)	23
---	----

MARQUES DE COMMERCE**Enregistrement**

Ontario Teachers' Pension Plan Board c. Canada (A-75-11, 2012 CAF 60)	F-13
---	------

PÉNITENCIERS

Tangorra c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (T-1520-10, 2011 CF 1433)	F-3
---	-----

PENSIONS

Canada (Revenu national) c. Ontario (A-72-11, A-73-11, 2011 CAF 314)	F-3
--	-----

PEUPLES AUTOCHTONES*Voir* : Couronne, F-6**POSTES***Voir* : Relations du travail, F-9**PRATIQUE***Voir aussi* : Couronne, F-6; Relations du travail, F-9; Sociétés, F-10**Communications privilégiées**

Jaballah (Re) (DES-6-08, 2010 CF 1084)	179
--	-----

Jugements et ordonnances*Sursis d'exécution*

Thibodeau c. Air Canada (A-358-11, 2011 CAF 343)	F-4
--	-----

Parties*Intervention*

Canada (Procureur général) c. Quadrini (A-384-09, 2010 CAF 246)	3
---	---

Qualité pour agir

Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada (A-365-09, A-366-09, 2010 CAF 307)	312
--	-----

	PAGE
PRATIQUE—Fin	
Suspension d’instance	
AstraZeneca Canada, Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC (A-344-11, 2011 CAF 312)	F-4
PREUVE	
Canada (Procureur général) c. Almalki (DES-1-10, 2010 CF 1106)	508
Canada (procureur général) c. Almalki (A-428-10, 2011 CAF 199)	594
Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (IMM-152-09, 2010 CF 1082)	218
Sellathurai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (A-431-10, 2011 CAF 223)	243
RELATIONS DU TRAVAIL	
Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes c. Société canadienne des postes (T-1344-11, 2012 CF 110)	F-9
RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ	
Canada (Procureur général) c. Almalki (DES-1-10, 2010 CF 1106)	508
Canada (procureur général) c. Almalki (A-428-10, 2011 CAF 199)	594
SOCIÉTÉS	
<i>Voir aussi</i> : Impôt sur le revenu, 374; Interprétation des lois, 374	
Teva Canada Limited c. Wyeth LLC (T-1844-07, 2011 CF 1169)	F-10
TÉLÉCOMMUNICATIONS	
<i>Voir</i> : Droit d’auteur, 154	

**TABLE
OF CASES DIGESTED
IN THIS VOLUME**

	PAGE
A	
Adejumo v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	D-5
Air Canada (F.C.A.), Thibodeau v.	D-3
Apotex Inc. v. Merck & Co., Inc. (F.C.A.)	D-13
AstraZeneca Canada, Inc. v. Mylan Pharmaceuticals ULC (F.C.A.)	D-4
Attawapiskat First Nation v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development) (F.C.)	D-6
B	
Barrett v. Canada (F.C.A.)	D-6
Bennett v. Canada (Attorney General) (F.C.)	D-1
Buckley (F.C.A.), Buhlman v.	D-8
Buenaventura v. Telecommunications Workers Union (F.C.A.)	D-12
Buhlman v. Buckley (F.C.A.)	D-8
C	
Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development) (F.C.), Attawapiskat First Nation v.	D-6
Canada (Attorney General) v. Goulet (F.C.A.)	D-11
Canada (Attorney General) v. Mohawks of the Bay of Quinte (F.C.)	D-7
Canada (Attorney General) (F.C.), Bennett v.	D-1
Canada (Attorney General) (F.C.), Hall v.	D-9
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Adejumo v.	D-5
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Laidlow v.	D-11
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Mehmi v.	D-1
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Mugesera v.	D-5
Canada (F.C.A.), Barrett v.	D-6
Canada (F.C.A.), Envision Credit Union v.	D-7
Canada (F.C.A.), Ontario Teachers' Pension Plan Board v.	D-13
Canada (F.C.A.), TransAlta Corporation v.	D-8
Canada (Health) (F.C.), Takeda Canada Inc. v.	D-2
Canada (Justice) (F.C.), Wilson v.	D-12
Canada (National Revenue) v. Ontario (F.C.A.)	D-3
Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.), Tangorra v.	D-2

	PAGE
Canada (Revenue Agency) (F.C.), Patterson v.	D-2
Canada Post Corporation (F.C.), Canadian Union of Postal Workers v.	D-8
Canadian Union of Postal Workers v. Canada Post Corporation (F.C.)	D-8
E	
Envision Credit Union v. Canada (F.C.A.)	D-7
G	
Goulet (F.C.A.), Canada (Attorney General) v.	D-11
H	
Hall v. Canada (Attorney General) (F.C.)	D-9
L	
Laidlow v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	D-11
M	
Mehmi v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	D-1
Merck & Co., Inc. (F.C.A.), Apotex Inc. v.	D-13
Mohawks of the Bay of Quinte (F.C.), Canada (Attorney General) v.	D-7
Mugesera v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	D-5
Mylan Pharmaceuticals ULC (F.C.A.), AstraZeneca Canada, Inc. v.	D-4
O	
Ontario (F.C.A.), Canada (National Revenue) v.	D-3
Ontario Teachers' Pension Plan Board v. Canada (F.C.A.)	D-13
P	
Patterson v. Canada (Revenue Agency) (F.C.)	D-2
T	
Takeda Canada Inc. v. Canada (Health) (F.C.)	D-2
Tangorra v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.)	D-2
Telecommunications Workers Union (F.C.A.), Buenaventura v.	D-12
Teva Canada Limited v. Wyeth LLC (F.C.)	D-6
Thibodeau v. Air Canada (F.C.A.)	D-3
TransAlta Corporation v. Canada (F.C.A.)	D-8
W	
Wilson v. Canada (Justice) (F.C.)	D-12
Wyeth LLC (F.C.), Teva Canada Limited v.	D-6

TABLE
DES FICHES ANALYTIQUES PUBLIÉES
DANS CE VOLUME

	PAGE
A	
Adejumo c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	F-6
Air Canada (C.A.F.), Thibodeau c.	F-4
Apotex Inc. c. Merck & Co., Inc. (C.A.F.)	F-11
AstraZeneca Canada, Inc. c. Mylan Pharmaceuticals ULC (C.A.F.)	F-4
B	
Barrett c. Canada (C.A.F.)	F-7
Bennett c. Canada (Procureur général) (C.F.)	F-2
Buckley (C.A.F.), Buhlman c.	F-7
Buenaventura c. Syndicat des travailleurs(euses) en télécommunications (C.A.F.)	F-12
Buhlman c. Buckley (C.A.F.)	F-7
C	
Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord) (C.F.), Première nation d'Attawapiskat c.	F-6
Canada (Agence du revenu) (C.F.), Patterson c.	F-2
Canada (C.A.F.), Barrett c.	F-7
Canada (C.A.F.), Envision Credit Union c.	F-9
Canada (C.A.F.), Ontario Teachers' Pension Plan Board c.	F-13
Canada (C.A.F.), TransAlta Corporation c.	F-8
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Adejumo c.	F-6
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Laidlow c.	F-12
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Mehmi c.	F-1
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Mugesera c.	F-5
Canada (Justice) (C.F.), Wilson c.	F-13
Canada (Procureur général) c. Goulet (C.A.F.)	F-11
Canada (Procureur général) c. Mohawks de la Baie de Quinte (C.F.)	F-8
Canada (Procureur général) (C.F.), Bennett c.	F-2
Canada (Procureur général) (C.F.), Hall c.	F-5
Canada (Revenu national) c. Ontario (C.A.F.)	F-3
Canada (Santé) (C.F.), Takeda Canada Inc. c.	F-1
Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.), Tangorra c.	F-3

	PAGE
E	
Envision Credit Union c. Canada (C.A.F.)	F-9
G	
Goulet (C.A.F.), Canada (Procureur général) c.	F-11
H	
Hall c. Canada (Procureur général) (C.F.)	F-5
L	
Laidlow c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	F-12
M	
Mehmi c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	F-1
Merck & Co., Inc. (C.A.F.), Apotex Inc. c.	F-11
Mohawks de la Baie de Quinte (C.F.), Canada (Procureur général) c.	F-8
Mugesera c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	F-5
Mylan Pharmaceuticals ULC (C.A.F.), AstraZeneca Canada, Inc. c.	F-4
O	
Ontario (C.A.F.), Canada (Revenu national) c.	F-3
Ontario Teachers' Pension Plan Board c. Canada (C.A.F.)	F-13
P	
Patterson c. Canada (Agence du revenu) (C.F.)	F-2
Première nation d'Attawapiskat c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord) (C.F.)	F-6
S	
Société canadienne des postes (C.F.), Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes c.	F-9
Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes c. Société canadienne des postes (C.F.)	F-9
Syndicat des travailleurs(euses) en télécommunications (C.A.F.), Buenaventura c.	F-12
T	
Takeda Canada Inc. c. Canada (Santé) (C.F.)	F-1
Tangorra c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.)	F-3
Teva Canada Limited c. Wyeth LLC (C.F.)	F-10
Thibodeau c. Air Canada (C.A.F.)	F-4
TransAlta Corporation c. Canada (C.A.F.)	F-8

W

Wilson c. Canada (Justice) (C.F.)	F-13
Wyeth LLC (C.F.), Teva Canada Limited c.	F-10

CASES CITED

	PAGE
<i>Abboud v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2010 FC 876	48
<i>Abdelrazik v. Canada (Minister of Foreign Affairs)</i> , 2009 FC 580, [2010] 1 F.C.R. 267, 95 Admin. L.R. (4th) 25, 194 C.R.R. (2d) 255	508
<i>Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)</i> , 2010 ONSC 2055 (CanLII), 101 O.R. (3d) 424, 318 D.L.R. (4th) 459, 255 C.C.C. (3d) 177	218, 508
<i>Air Canada v. Canada (Canadian Transportation Agency)</i> , 2008 FCA 168, 82 Admin. L.R. (4th) 225, 378 N.R. 217	3
<i>Al Rawi & Ors v. Security Service & Ors</i> , [2010] EWCA Civ 482, [2010] 3 W.L.R. 1069, [2010] 4 All E.R. 559	508
<i>Alavi v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2010 FC 969, 92 Imm. L.R. (3d) 170	48
<i>Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 FCA 54, [2005] 3 F.C.R. 142, 251, D.L.R. (4th) 13, 45 Imm. L.R. (3d) 167	218
<i>Al-Sweady & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Defence</i> , [2009] EWHC 1687 (Admin)	508
<i>Apotex Inc. v. Canada</i> , 2005 FCA 217, 41 C.P.R. (4th) 97, 337 N.R. 225	508
<i>Apotex Inc. v. Canada (Governor in Council)</i> , 2007 FCA 374, 76 Admin. L.R. (4th) 20, 63 C.P.R. (4th) 151, 370 N.R. 336	243
<i>Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.</i> , 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265, 198 D.L.R. (4th) 385, 69 C.P.R. (4th) 251	69
<i>Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.</i> , 1998 CanLII 7610, 79 C.P.R. (3d) 193, 145 F.T.R. 161 (F.C.T.D.)	69
<i>Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.</i> , 2002 SCC 77, [2002] 4 S.C.R. 153, 219 D.L.R. (4th) 660, 21 C.P.R. (4th) 499	69
<i>Arar v. Ashcroft</i> , 585 F.3d 559 (2nd Cir. 2009), <i>certiorari</i> denied 130 S. Ct. 3409 (2010)	508
<i>Atlantic Engraving Ltd. v. Rosenstein</i> , 2002 FCA 503, 23 C.P.R. (4th) 5, 299 N.R. 244	23
<i>Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd. et al.</i> ; <i>Attorney General of Canada v. Canadian Pacific Transport Co. Ltd. et al.</i> , [1983] 2 S.C.R. 206, (1983), 49 A.R. 39, 3 D.L.R. (4th) 16	618
<i>Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.</i> , [1980] 2 S.C.R. 735, (1980), 115 D.L.R. (3d) 1, 33 N.R. 304	312
<i>Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.</i> , 2005 FC 1283, 43 C.P.R. (4th) 161, 278 F.T.R. 1	69
<i>B.C.G.E.U. v. Indust. Rel. Council</i> , 1988 CanLII 2812, 26 B.C.L.R. (2d) 145, 32 Admin. L.R. 78 (C.A.)	3
<i>Babcock v. Canada (Attorney General)</i> , 2002 SCC 57, [2002] 3 S.C.R. 3, 214 D.L.R. (4th) 193, [2002] 8 W.W.R. 585	218, 243, 508
<i>Bains v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1990), 47 Admin. L.R. 317, 109 N.R. 239 (F.C.A.)	108

	PAGE
<i>Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173	108
<i>Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311, 309 D.L.R. (4th) 411, 79 Imm. L.R. (3d) 157	108, 133, 491
<i>Bayer Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , 1999 CanLII 8099, 87 C.P.R. (3d) 293, 243 N.R. 170 (F.C.A.), affg [1999] 1 F.C. 553, (1998), 84 C.P.R. (3d) 129, 155 F.T.R. 184 (T.D.), leave to appeal to S.C.C. refused [2000] 1 S.C.R. vi	618
<i>Bell Canada v. Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada</i> , 1998 CanLII 8275 (F.C.A.)	3
<i>Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex</i> , 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, 212 D.L.R. (4th) 1, [2002] 5 W.W.R. 1	3, 312
<i>Benatta v. Canada (Attorney General)</i> , 2009 CanLII 70999 (Ont. Sup. Ct.)	508
<i>Bisailon v. Keable</i> , [1983] 2 S.C.R. 60, (1983), 2 D.L.R. (4th) 193, 4 Admin. L.R. 205	594
<i>Blank v. Canada (Minister of Justice)</i> , 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319, 270 D.L.R. (4th) 257, 47 Admin. L.R. (4th) 84	179
<i>Boehringer Sohn, C.H. v. Bell-Craig Ltd.</i> , [1962] Ex. C.R. 201, (1962), 39 C.P.R. 201, affd [1963] S.C.R. 410, (1963), 41 D.L.R. (2d) 611, 41 C.P.R. 1	69
<i>Borowski v. Canada (Attorney General)</i> , [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231, [1989] 3 W.W.R. 97	133
<i>Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)</i> , 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533, 253 D.L.R. (4th) 1, 39 C.P.R. (4th) 449	618
<i>CAIMAW v. Paccar of Canada Ltd.</i> , [1989] 2 S.C.R. 983, (1989), 62 D.L.R. (4th) 437, [1989] 6 W.W.R. 673	3
<i>CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada</i> , 2004 SCC 13, [2004] 1 S.C.R. 339, 236 D.L.R. (4th) 395, 30 C.P.R. (4th) 1, affg 2002 FCA 187, [2002] 4 F.C. 213, 212 D.L.R. (4th) 385, 18 C.P.R. (4th) 161, affg [2000] 2 F.C. 451, (1999), 179 D.L.R. (4th) 609, 2 C.P.R. (4th) 129 (T.D.)	154
<i>C.E. Jamieson & Co. (Dominion) v. Canada (Attorney General)</i> , [1988] 1 F.C. 590, (1987), 46 D.L.R. (4th) 582, 37 C.C.C. (3d) 193 (T.D.)	618
<i>CTV Television Network Ltd. v. Canada (Copyright Board)</i> , [1993] 2 F.C. 115, (1993), 99 D.L.R. (4th) 216, 46 C.P.R. (3d) 343 (C.A.)	154
<i>Canada v. Furukawa</i> , 2000 CanLII 16502, [2001] 1 C.T.C. 39, 2000 DTC 6669, 262 N.R. 262 (F.C.A.)	594
<i>Canada v. Kieboom</i> , [1992] 3 F.C. 488, [1992] 2 C.T.C. 59, (1992), 92 DTC 6382 (C.A.)	374
<i>Canada (Attorney General) v. Almalki</i> , 2010 FC 733, 372 F.T.R. 309	508
<i>Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar)</i> , 2007 FC 766, [2008] 3 F.C.R. 248, 72 Admin. L.R. (4th) 68, 316 F.T.R. 279	508
<i>Canada (Attorney General) v. Canada (Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar)</i> , 2009 FC 1317, [2011] 1 F.C.R. 105, 12 Admin. L.R. (5th) 126	508
<i>Canada (Attorney General) v. Canada (Human Rights Tribunal)</i> (1994), 19 Admin. L.R. (2d) 69, 76 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)	3

<i>Canada (Attorney General) v. Canada (Information Commissioner)</i> , 2004 FC 431, [2004] 4 F.C.R. 181 (abridged), 15 Admin. L.R. (4th) 58, 32 C.P.R. (4th) 464, revd on other grounds 2005 FCA 199, [2005] 4 F.C.R. 673, 253 D.L.R. (4th) 590, 32 Admin. L.R. (4th) 8	421
<i>Canada (Attorney General) v. Georgian College of Applied Arts and Technology</i> , 2003 FCA 123	3
<i>Canada (Attorney General) v. Giacomelli</i> , 2010 ONSC 985 (CanLII), 317 D.L.R. (4th) 528	618
<i>Canada (Attorney General) v. Kempo</i> , 2004 FC 1678, 294 F.T.R. 1	508
<i>Canada (Attorney General) v. Khawaja</i> , 2007 FC 490, [2008] 1 F.C.R. 547, 219 C.C.C. (3d) 305, 47 C.R. (6th) 346, revd in part 2007 FCA 342, 228 C.C.C. (3d) 1, 53 C.R. (6th) 107, 370 N.R. 128	218, 508
<i>Canada (Attorney General) v. Ribic</i> , 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33, 185 C.C.C. (3d) 129, 320 N.R. 275, leave to appeal to S.C.C. denied October 22, 2003	594
<i>Canada (Attorney General) v. Viola</i> , [1991] F.C. 373, (1990), 123 N.R. 83 (C.A.)	23
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa</i> , 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1	291, 350
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. X</i> , 2010 FC 112, [2011] 1 F.C.R. 493, 2 Admin. L.R. (5th) 229	491
<i>Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net</i> , [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385, 6 Admin. L.R. (3d) 1	243
<i>Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)</i> , 1999 CanLII 7857, 240 N.R. 244 (F.C.A.), affg (1996), 120 F.T.R. 207 (F.C.T.D.)	421
<i>Canada (Justice) v. Khadr</i> , 2008 SCC 28, [2008] 2 S.C.R. 125, 293 D.L.R. (4th) 629, 72 Admin. L.R. (4th) 1	508
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Bogutin</i> , 1998 CanLII 7453, 144 F.T.R. 1, 42 Imm. L.R. (2d) 248 (F.C.T.D.)	312
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Katriuk</i> , 1999 CanLII 7466, 156 F.T.R. 161 (F.C.T.D.)	312
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Liyanagamage</i> (1994), 176 N.R. 4 (F.C.A.)	108
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Odynsky</i> , 2001 FCT 138, 196 F.T.R. 1, 14 Imm. L.R. (3d) 3	312
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini</i> , 2001 FCA 311, [2002] 1 F.C. 200, 206 D.L.R. (4th) 727, 19 Imm. L.R. (3d) 199	291
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. XXXX</i> , IMM-5368-10, IMM-5359-10, IMM-5360-10, IMM-5361-10, de Montigny J., order rendered September 17, 2010	491
<i>Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Chiarelli</i> , [1992] 1 S.C.R. 711, (1992), 90 D.L.R. (4th) 289, 2 Admin. L.R. (2d) 125	218
<i>Canada (Prime Minister) v. Khadr</i> , 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, 315 D.L.R. (4th) 1, 251 C.C.C. (3d) 435	508
<i>Canada (Privacy Commissioner) v. Blood Tribe Department of Health</i> , 2008 SCC 44, [2008] 2 S.C.R. 574, 294 D.L.R. (4th) 385, 74 Admin. L.R. (4th) 38	179

	PAGE
<i>Canada (Wheat Board) v. Canada (Attorney General)</i> , 2009 FCA 214, [2010] 3 F.C.R. 374, 392 N.R. 149	23
<i>Canada Post Corp. v. Canada (Minister of Public Works)</i> , [1995] 2 F.C. 110, (1995), 30 Admin. L.R. (2d) 242, 60 C.P.R. (3d) 441 (C.A.)	421
<i>Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)</i> (1991), 34 C.P.R. (3d) 521, 41 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)	154
<i>Canadian Cable Television Assn. v. Canada (Copyright Board)</i> , [1993] 2 F.C. 138, (1993), 46 C.P.R. (3d) 359, 151 N.R. 59 (C.A.)	154
<i>Canadian Council of Christian Charities v. Canada (Minister of Finance)</i> , [1999] 4 F.C. 245, [1999] 3 C.T.C. 123, 99 DTC 5337 (T.D.)	421
<i>Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1992] 1 S.C.R. 236, (1992), 88 D.L.R. (4th) 193, 2 Admin. L.R. (2d) 229	312
<i>Canadian Western Bank v. Alberta</i> , 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, 409 A.R. 207, 281 D.L.R. (4th) 125	618
<i>Canadian Wireless Telecommunications Assn. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada</i> , 2008 FCA 6, [2008] 3 F.C.R. 539, 290 D.L.R. (4th) 753, 64 C.P.R. (4th) 343	154
<i>Cardinal et al. v. Director of Kent Institution</i> , [1985] 2 S.C.R. 643, (1985), 24 D.L.R. (4th) 44, [1986] 1 W.W.R. 577	312
<i>Carey v. Ontario</i> , [1986] 2 S.C.R. 637, (1986), 35 D.L.R. (4th) 161, 22 Admin. L.R. 236, 30 C.C.C. (3d) 498	508
<i>Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works</i> , [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.)	508
<i>Celanese Canada Inc. v. Murray Demolition Corp.</i> , 2006 SCC 36, [2006] 2 S.C.R. 189, 269 D.L.R. (4th) 193, 30 C.P.C. (6th) 193	179
<i>Chandler v. Alberta Association of Architects</i> , [1989] 2 S.C.R. 848, (1989), 101 A.R. 321, 62 D.L.R. (4th) 577	3
<i>Chapelstone Developments Inc. v. Canada</i> , 2004 NBCA 96, 277 N.B.R. (2d) 350, 191 C.C.C. (3d) 152, [2004] G.S.T.C. 162	218
<i>Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, 276 D.L.R. (4th) 594, 54 Admin. L.R. (4th) 1	218
<i>Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2008 SCC 38, [2008] 2 S.C.R. 326, 294 D.L.R. (4th) 478, 58 C.R. (6th) 45	179
<i>Charkaoui (Re)</i> , 2004 FCA 421, [2005] 2 F.C.R. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 126 C.R.R. (2d) 298	179
<i>Charkaoui (Re)</i> , 2008 FC 61, [2009] 1 F.C.R. 507, 316 F.T.R. 236	508
<i>Charkaoui (Re)</i> , 2009 FC 342, [2010] 3 F.C.R. 67, 353 F.T.R. 165	508
<i>Charkaoui (Re)</i> , 2009 FC 476, 368 F.T.R. 156, 88 Imm. L.R. (3d) 195	508
<i>Children's Lawyer for Ontario v. Goodis</i> , 2005 CanLII 11786, 75 O.R. (3d) 309, 253 D.L.R. (4th) 489, 29 Admin. L.R. (4th) 86 (C.A.)	3
<i>Chrétien v. Canada (Attorney General)</i> , 2005 FC 591, 29 Admin. L.R. (4th) 195, 273 F.T.R. 219	3
<i>Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)</i> , [1997] 1 S.C.R. 12, (1997), 142 D.L.R. (4th) 193, 43 Admin. L.R. (2d) 1	508
<i>Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning</i> , [1964] S.C.R. 49, (1963), 41 C.P.R. 9	459
<i>Communities Economic Development Fund v. Canadian Pickles Corp.</i> , [1991] 3 S.C.R. 388, (1991), 85 D.L.R. (4th) 88, [1992] 1 W.W.R. 193	218

<i>Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd. et al.</i> , [1968] S.C.R. 676, (1968), 68 D.L.R. (2d) 98, 55 C.P.R. 132	154
<i>Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.</i> , [1981] 1 S.C.R. 504, (1981), 122 D.L.R. (3d) 203, 56 C.P.R. (2d) 145	69, 459
<i>Conway v. Rimmer</i> , [1968] UKHL 2, [1968] A.C. 910	508
<i>Crown Forest Industries Ltd. v. Canada</i> , [1995] 2 S.C.R. 802, (1995), 125 D.L.R. (4th) 485, [1995] 2 C.T.C. 64	374
<i>Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.</i> , [1994] 3 S.C.R. 835, (1994), 120 D.L.R. (4th) 12, 94 C.C.C. (3d) 289	179
<i>De Beers Consolidated Mines, Ltd. v. Howe</i> , [1906] A.C. 455 (H.L.)	374
<i>Descôteaux et al. v. Mierzwinski</i> , [1982] 1 S.C.R. 860, (1982), 141 D.L.R. (3d) 590, 70 C.C.C. (2d) 385	179
<i>DesRochers v. Canada (Industry)</i> , 2009 SCC 8, [2009] 1 S.C.R. 194, 302 D.L.R. (4th) 632, 384 N.R. 50	23
<i>Domestic Converters Corporation v. Arctic Steamship Line</i> , [1984] 1 F.C. 211, (1980), 46 N.R. 195 (C.A.)	108
<i>Dukuzumuremyi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2006 FC 278	350
<i>Dunsmuir v. New Brunswick</i> , 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577	3, 23, 48, 108, 154, 291, 312, 350
<i>El Ouardi v. Canada (Solicitor General)</i> , 2005 FCA 42, 48 Imm. L.R. (3d) 157, 332 N.R. 76	133
<i>Eli Lilly Canada Inc. v. Apotex Inc.</i> , 2009 FCA 97, 78 C.P.R. (4th) 388, 392 N.R. 243	69
<i>Éthier v. Canada (RCMP Commissioner)</i> , [1993] 2 F.C. 659, (1993), 151 N.R. 374 (C.A.)	508
<i>Farkhondehfall v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FC 1064, 2 Admin. L.R. (5th) 240	218
<i>Ferguson v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2008 FC 1067, 74 Imm. L.R. (3d) 306	108
<i>Ferguson Bus Lines Ltd. v. Amalgamated Transit Union, Local 1374</i> , [1990] 2 F.C. 586, (1990), 68 D.L.R. (4th) 699, 43 Admin. L.R. 18 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1990] 2 S.C.R. v	3
<i>Free World Trust v. Électro Santé Inc.</i> , 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024, 194 D.L.R. (4th) 232, 9 C.P.R. (4th) 168	459
<i>French's Complex Ore Reduction Co. of Canada v. Electrolytic Zinc Process Co.</i> , [1930] S.C.R. 462, [1930] D.L.R. 902	69
<i>General Motors of Canada Ltd. v. City National Leasing</i> , [1989] 1 S.C.R. 641, (1989), 58 D.L.R. (4th) 255, 43 B.L.R. 225	618
<i>Genex Communications v. Canada (Attorney General)</i> , 2005 FCA 283, [2006] 2 F.C.R. 199, 260 D.L.R. (4th) 45, 338 N.R. 268, leave to appeal to S.C.C. refused, [2007] 2 S.C.R. vi	3
<i>Globe and Mail v. Canada (Attorney General)</i> , 2010 SCC 41, [2010] 2 S.C.R. 592, 325 D.L.R. (4th) 193, 94 C.P.C. (6th) 1	508
<i>Goguen v. Gibson</i> , [1983] 2 F.C. 463, (1984), 7 D.L.R. (4th) 144, 3 Admin. L.R. 225 (C.A.)	508
<i>Gray (in re)</i> (1918), 57 S.C.R. 150, [1918] 3 W.W.R. 111, 42 D.L.R. 1	618

	PAGE
<i>Gulishvili v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2002 FCT 1200, 47 Admin. L.R. (3d) 87, 225 F.T.R. 248	350
<i>Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2006 FC 628, [2007] 1 F.C.R. 321, 270 D.L.R. (4th) 50, 278 F.T.R. 118	179
<i>Harkat (Re)</i> , 2005 FC 393, 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65	508
<i>Harkat (Re)</i> , 2009 FC 204, [2009] 4 F.C.R. 370, 306 D.L.R. (4th) 269, 339 F.T.R. 65, rev'd in part 2012 FCA 122	508, 594
<i>Harris v. Canada</i> , [2000] 4 F.C. 37, (2000), 187 D.L.R. (4th) 419, [2000] 3 C.T.C. 220 (C.A.)	312
<i>Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)</i> , 2002 SCC 76, [2002] 4 S.C.R. 45, 219 D.L.R. (4th) 577, 21 C.P.R. (4th) 417	459
<i>Henrie v. Canada (Security Intelligence Review Committee)</i> , [1989] 2 F.C. 229, (1988), 53 D.L.R. (4th) 568, 24 F.T.R. 24 (T.D.)	218, 508
<i>Hinton v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2008 FC 1007, 333 F.T.R. 288, 74 Imm. L.R. (3d) 249	108
<i>Hinzman v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2010 FCA 177, 321 D.L.R. (4th) 111, 10 Admin. L.R. (5th) 89, 405 N.R. 275	108
<i>Horne v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2010 FCA 337, 414 N.R. 97 ..	243
<i>Housen v. Nikolaisen</i> , 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, 211 D.L.R. (4th) 577, [2002] 7 W.W.R. 1	69, 243, 594
<i>Huynh v. Minister of Employment and Immigration</i> (1993), 65 F.T.R. 11, 21 Imm. L.R. (2d) 18 (F.C.T.D.)	350
<i>ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.</i> , [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 28 D.L.R. (4th) 641, 34 B.L.R. 251	108
<i>Ilahi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2006 FC 1399, 58 Imm. L.R. (3d) 52	48
<i>Irving Shipbuilding Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , 2009 FCA 116, [2010] 2 F.C.R. 488, 314 D.L.R. (4th) 340, 98 Admin. L.R. (4th) 51	312
<i>Jaballah v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2007 FC 379, 296 F.T.R. 1, 63 Imm. L.R. (3d) 60	179
<i>Jahazi v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2010 FC 242, [2011] 3 F.C.R. 85, 363 F.T.R. 278	218
<i>Jose Pereira E Hijos, S.A. v. Canada (Attorney General)</i> , 2002 FCA 470, 299 N.R. 154	508
<i>Kanyamibwa v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2010 FC 66, [2011] 1 F.C.R. 423, 360 F.T.R. 173, 87 Imm. L.R. (3d) 86	218, 243
<i>Kaur v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FC 935	48
<i>Kevork v. The Queen</i> , [1984] 2 F.C. 753, (1984), 17 C.C.C. (3d) 426 (T.D.)	508
<i>Khadr v. Canada (Attorney General)</i> , 2008 FC 46, [2008] 3 F.C.R. 306, 54 C.R. (6th) 76, 166 C.R.R. (2d) 134	243
<i>Khadr v. Canada (Attorney General)</i> , 2008 FC 549, 329 F.T.R. 80	218, 243, 508
<i>Khadr v. Canada (Attorney General)</i> , 2008 FC 807, 59 C.R. (6th) 284, 175 C.R.R. (2d) 345, 331 F.T.R. 1	508
<i>Khan v. Canada</i> , [1996] 2 F.C. 316, (1996), 110 F.T.R. 81 (T.D.)	508
<i>Kirin-Amgem Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd.</i> , [2004] UKHL 46, [2005] R.P.C. 9	69
<i>Kisimba v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2008 FC 252 ...	291

<i>Knight v. Indian Head School Division No. 19</i> , [1990] 1 S.C.R. 653, (1990), 69 D.L.R. (4th) 489, [1990] 3 W.W.R. 289	312
<i>Kremikovtzi Trade v. Swift Fortune (The)</i> , 2006 FCA 1, [2006] 3 F.C.R. 475, 345 N.R. 61, revd sub nom. <i>Phoenix Bulk Carriers Ltd. v. Kremikovtzi Trade</i> , 2007 SCC 13, [2007] 1 S.C.R. 588, 278 D.L.R. (4th) 628, 360 N.R. 171	108
<i>Laboratoires Servier v. Apotex Inc.</i> , 2009 FCA 222, 75 C.P.R. (4th) 443, 392 N.R. 96	69
<i>Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General); White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General); R. v. Fink</i> , 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, 312 A.R. 201, 216 D.L.R. (4th) 257	179
<i>Lavigne v. Canada (Office of the Commissioner of Official Languages)</i> , 2002 SCC 53, [2002] 2 S.C.R. 773, 214 D.L.R. (4th) 1, 289 N.R. 282	23
<i>Law Society of Upper Canada v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2006 FC 1489, [2007] 4 F.C.R. 132, 58 Admin. L.R. (4th) 293, 307 F.T.R. 141	618
<i>Lawson v. Commissioner of Patents</i> (1970), 62 C.P.R. 101 (Ex. Ct.)	459
<i>League for Human Rights of B'nai Brith Canada v. Canada</i> , 2008 FC 732, 334 F.T.R. 63, revg 2008 FC 146, 79 Admin. L.R. (4th) 161, 323 F.T.R. 174	312
<i>Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2004 FCA 267, 40 Imm. L.R. (3d) 161, 327 N.R. 253, leave to appeal to S.C.C. refused, [2005] 1 S.C.R. xi	3
<i>Li v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2008 FC 1284, 337 F.T.R. 100, 76 Imm. L.R. (3d) 265	48
<i>Lido Industrial Products Ltd. v. Teledyne Industries Inc. et al.</i> (1981), 57 C.P.R. (2d) 29, 39 N.R. 561 (F.C.A.)	69
<i>Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd.</i> , [2000] EWHC Patents 49, [2001] F.S.R. 16, affd [2002] EWCA Civ 1 (BAILII)	69
<i>Luitjens v. Canada (Secretary of State)</i> (1992), 9 C.R.R. (2d) 149, 142 N.R. 173 (F.C.A.)	312
<i>Lumonics Research Limited v. Gould</i> , [1983] 2 F.C. 360, (1983), 33 C.P.C. 230, 70 C.P.R. (2d) 11 (C.A.)	508
<i>MacDonald Estate v. Martin</i> , [1990] 3 S.C.R. 1235, (1990), 77 D.L.R. (4th) 249, [1991] 1 W.W.R. 705	179
<i>Mahjoub v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2007 FC 171, 309 F.T.R. 72, 61 Imm. L.R. (3d) 1	179
<i>Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.</i> , [1987] 1 S.C.R. 110, (1987), 38 D.L.R. (4th) 321, 46 Man. R. (2d) 241	108, 491
<i>Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board</i> , [1980] 1 S.C.R. 602, (1979), 106 D.L.R. (3d) 385, 50 C.C.C. (2d) 353	312
<i>Merck & Co., Inc. v. Apotex Inc.</i> , 2006 FCA 323, [2007] 3 F.C.R. 588, 276 D.L.R. (4th) 686, 55 C.P.R. (4th) 1, affg 2006 FC 524, 53 C.P.R. (4th) 1, 282 F.T.R. 161	69
<i>Miida Electronics, Inc. v. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.</i> , [1982] 1 F.C. 406, (1981), 124 D.L.R. (3d) 33, 37 N.R. 396 (C.A.)	108
<i>Miller v. Canada (Attorney General)</i> , 2009 FCA 370, 220 D.L.R. (4th) 149, 293 N.R. 391	108
<i>Mills v. The Queen</i> , [1986] 1 S.C.R. 863, (1986), 29 D.L.R. (4th) 161, 26 C.C.C. (3d) 481	508

	PAGE
<i>Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.</i> , [1947] Ex. C.R. 306, (1947), 12 C.P.R. 99	69
<i>MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)</i> , 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, 315 D.L.R. (4th) 434, 99 Admin. L.R. (4th) 1	3
<i>Minister of Employment and Immigration v. Widmont</i> , [1984] 2 F.C. 274, (1984), 56 N.R. 198 (C.A.)	108
<i>Minister of National Revenue v. Coopers and Lybrand</i> , [1979] 1 S.C.R. 495, (1978), 92 D.L.R. (3d) 1, [1978] CTC 829	312
<i>Mobil Oil Corp. v. Hercules Canada Inc.</i> (1994), 57 C.P.R. (3d) 488, 82 F.T.R. 211 (F.C.T.D.), revd on other grounds (1995), 63 C.P.R. (3d) 473, 98 F.T.R. 319, 188 N.R. 382 (F.C.A.)	69
<i>Mohamed v. Jeppesen Dataplan Inc.</i> , 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010)	508
<i>Mohamed, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs</i> , [2010] EWCA Civ 65, [2010] 4 All E.R. 91, [2011] Q.B. 218	508
<i>Mohammed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2006 FC 1310, [2007] 4 F.C.R. 300, 302 F.T.R. 184, 57 Imm. L.R. (3d) 105	218, 243
<i>Named Person v. Vancouver Sun</i> , 2007 SCC 43, [2007] 3 S.C.R. 253, 285 D.L.R. (4th) 193, [2008] 1 W.W.R. 223	508
<i>Narvey v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 1999 CanLII 7421, 235 N.R. 305 (F.C.A.)	243
<i>Nobel v. York University Foundation</i> , 2010 ONSC 399 (CanLII)	508
<i>Northwestern Utilities Ltd. et al. v. City of Edmonton</i> , [1979] 1 S.C.R. 684, (1978), 12 A.R. 449, 89 D.L.R. (3d) 161	3
<i>Oberlander v. Canada (Attorney General)</i> , 2003 FC 944, 238 F.T.R. 35, revd on other grounds 2004 FCA 213, [2005] 1 F.C.R. 3, 241 D.L.R. (4th) 146, 320 N.R. 366	312
<i>Oberlander v. Canada (Attorney General)</i> , 2009 FCA 330, [2010] 4 F.C.R. 395, 313 D.L.R. (4th) 378, 83 Imm. L.R. (3d) 1	312
<i>Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , 2004 FC 1052, 122 C.R.R. (2d) 359, 255 F.T.R. 173	508
<i>Ottawa Citizen Group Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , 2006 FC 1552, 306 F.T.R. 222	508
<i>Palka v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2008 FCA 165, 379 N.R. 239	133
<i>Paramount Enterprises International, Inc. v. An Xin Jiang (The)</i> , [2001] 2 F.C. 551, (2000), 198 D.L.R. (4th) 719, 265 N.R. 354 (C.A.)	108
<i>Parkin v. O'Sullivan</i> , [2009] FCA 1096 (AustLII), 260 A.L.R. 503	508
<i>Patel v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2011 FCA 187, 98 Imm. L.R. (3d) 175, 419 N.R. 321	133
<i>Perez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FCA 171, 82 Imm. L.R. (3d) 167, 393 N.R. 332	108, 133
<i>Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.</i> , 2007 FC 971, 61 C.P.R. (4th) 305, 319 F.T.R. 48, affd 2009 FCA 8, [2009] 4 F.C.R. 223, 72 C.P.R. (4th) 141, 385 N.R. 148	69
<i>Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)</i> , 2008 FCA 108, [2009] 1 F.C.R. 253, 67 C.P.R. (4th) 23, 377 N.R. 9	69

<i>Prairie Acid Rain Coalition v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)</i> , 2006 FCA 31, [2006] 3 F.C.R. 610, 265 D.L.R. (4th) 154, 55 Admin. L.R. (4th) 191	133
<i>Progressive Games, Inc. v. Canada (Commissioner of Patents)</i> , 1999 CanLII 8921, 3 C.P.R. (4th) 517, 177 F.T.R. 241 (F.C.T.D.), affd 2000 CanLII 16577, 9 C.P.R. (4th) 479, 265 N.R. 392 (F.C.A.)	459
<i>R. v. Ahmad</i> , 2009 CanLII 84788, 257 C.C.C. (3d) 155 (Ont. Sup. Ct.)	508
<i>R. v. Beaulac</i> , [1999] 1 S.C.R. 768, (1999), 173 D.L.R. (4th) 193, 134 C.C.C. (3d) 481	23
<i>R. v. Borden</i> , [1994] 3 S.C.R. 145, (1994), 92 C.C.C. (3d) 404, 33 C.R. (4th) 147	179
<i>R. v. Chaplin</i> , [1995] 1 S.C.R. 727, (1995), 162 A.R. 272, 27 Alta. L.R. (3d) 1 ..	508
<i>R. v. G.D.B.</i> , 2000 SCC 22, [2000] 1 S.C.R. 520, 261 A.R. 1, 185 D.L.R. (4th) 577	350
<i>R. v. Hape</i> , 2007 SCC 26, [2007] 2 S.C.R. 292, 280 D.L.R. (4th) 385, 220 C.C.C. (3d) 161	508
<i>R. v. Harrison</i> , [1977] 1 S.C.R. 238, (1976), 66 D.L.R. (3d) 660, [1976] 3 W.W.R. 536	508
<i>R. v. Leipert</i> , [1997] 1 S.C.R. 281, (1997), 143 D.L.R. (4th) 38, [1997] 3 W.W.R. 457	508, 594
<i>R. v. Mentuck</i> , 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442, 205 D.L.R. (4th) 512, [2002] 2 W.W.R. 409	508
<i>R. v. National Post</i> , 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, 318 D.L.R. (4th) 1, 254 C.C.C. (3d) 469	594
<i>R. v. J.P.</i> , 2003 CanLII 17492, 67 O.R. (3d) 321 (C.A.)	618
<i>R. v. Sheppard</i> , 2002 SCC 26, [2002] 1 S.C.R. 869, 211 Nfld. & P.E.I.R. 50, 210 D.L.R. (4th) 608	108
<i>R. v. Stinchcombe</i> , [1991] 3 S.C.R. 326, (1991), 120 A.R. 161, [1992] 1 W.W.R. 97	508
<i>R. v. Wetmore et al.</i> , [1983] 2 S.C.R. 284, (1983), 2 D.L.R. (4th) 577, [1984] 1 W.W.R. 577	618
<i>RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385, 54 C.P.R. (3d) 114	108, 491, 508
<i>RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , [1995] 3 S.C.R. 199, (1995), 127 D.L.R. (4th) 1, 100 C.C.C. (3d) 449	618
<i>Rahim v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2006 FC 1252, 58 Imm. L.R. (3d) 80	48
<i>Rajadurai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FC 119, 340 F.T.R. 179	218
<i>Ramada v. Canada (Solicitor General)</i> , 2005 FC 1112, 53 Imm. L.R. (3d) 74 ..	133
<i>Reference re Firearms Act (Can.)</i> , 2000 SCC 31, [2000] 1 S.C.R. 783, 261 A.R. 201, 185 D.L.R. (4th) 577	618
<i>Ribic v. Canada (Attorney General)</i> , 2003 FCT 10, 250 F.T.R. 161, affd 2003 FCA 246, [2005] 1 F.C.R. 33	508
<i>Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)</i> , [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193	312
<i>Rothmans of Pall Mall Canada Limited v. Minister of National Revenue (No. 1)</i> , [1976] 2 F.C. 500, (1976), 67 D.L.R. (3d) 505, [1976] C.T.C. 339 (C.A.) ...	312

	PAGE
<i>Ruby v. Canada (Solicitor General)</i> , [2000] 3 F.C. 589, (2000), 187 D.L.R. (4th) 675, 42 Admin. L.R. (3d) 214, rev'd on other grounds, 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, 219 D.L.R. (4th) 385, 49 Admin. L.R. (3d) 1	508
<i>Ruby v. Canada (Sollicitor General)</i> , 2002 SCC 75, [2002] 4 S.C.R. 3, 219 D.L.R. (4th) 385, 49 Admin. L.R. (3d) 1	218
<i>SOCAN – Tariff 22 (Transmission of Musical Works to Subscribers Via a Telecommunications Service not covered under Tariff Nos. 16 or 17)</i> (1999), 1 C.P.R. (4th) 417 (Copyright Board of Canada, available online at: < http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf >)	154
<i>Sanofi Aventis Canada Inc. v. Apotex Inc.</i> , 2009 FC 676, 77 C.P.R. (4th) 99, 350 F.T.R. 165	69
<i>Schlumberger Canada Ltd. v. Commissioner of Patents</i> , [1982] 1 F.C. 845, (1981), 56 C.P.R. (2d) 204, 38 N.R. 299 (C.A.)	459
<i>Secretary of State for the Home Department v. Rehman</i> , [2001] UKHL 47, [2002] All E.R. 122, [2001] 3 W.L.R. 877	508
<i>Segasayo v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2007 FC 585, 313 F.T.R. 106, 66 Imm. L.R. (3d) 111	218
<i>Sellathurai v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , IMM-152-09, Mosley J., order rendered December 7, 2009, F.C.	218
<i>Selliah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2004 FCA 261	108
<i>Shah v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2007 FC 207	48
<i>Shchelkanov v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1994), 76 F.T.R. 151 (F.C.T.D.)	108
<i>Shell Oil Co. v. Commissioner of Patents</i> , [1982] 2 S.C.R. 536, (1982), 142 D.L.R. (3d) 117, 67 C.P.R. (2d) 1	459
<i>Shirwa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1994] 2 F.C. 51, (1993), 71 F.T.R. 136, 22 Imm. L.R. (2d) 220 (T.D.)	350
<i>Shpati v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2007 FC 237	133
<i>Shpati v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2010 FC 367, 89 Imm. L.R. (3d) 25	108, 133
<i>Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)</i> , 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522, 211 D.L.R. (4th) 193, 40 Admin. L.R. (3d) 1	218
<i>Simoës v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2000 CanLII 15668, 187 F.T.R. 219, 7 Imm. L.R. (3d) 141 (F.C.T.D.)	133
<i>Sketchley v. Canada (Attorney General)</i> , 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, 263 D.L.R. (4th) 113, 44 Admin. L.R. (4th) 4	48, 291
<i>Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers</i> , 2004 SCC 45, [2004] 2 S.C.R. 427, 240 D.L.R. (4th) 193, 32 C.P.R. (4th) 1, rev'd in part 2002 FCA 166, [2002] 4 F.C. 3, 215 D.L.R. (4th) 118, 9 C.P.R. (4th) 289	154
<i>Solosky v. The Queen</i> , [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745, 50 C.C.C. (2d) 495	179
<i>Standard Sausage Co. v. Lee</i> (1933), 47 B.C.R. 411, [1933] 4 D.L.R. 501, [1934] 1 W.W.R. 81 (B.C.C.A.)	618
<i>Subhaschandran v. Canada (Solicitor General)</i> , 2005 FCA 27, [2005] 3 F.C.R. 255, 249 D.L.R. (4th) 269, 50 Imm. L.R. (3d) 119	243
<i>Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, 208 D.L.R. (4th) 1, 37 Admin. L.R. (3d) 159	179, 218, 508

<i>Telfer v. Canada (Revenue Agency)</i> , 2009 FCA 23, [2009] 4 C.T.C. 123, 2009 DTC 5046, 386 N.R. 212	133
<i>Telstra Corporation Ltd. v. Australasian Performing Right Association Ltd.</i> , [1997] HCA 41 (AustLII), (1997), 146 ALR 649, 191 CLR 140 (Aust. H.C.)	154
<i>Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385, 60 Admin. L.R. (4th) 247, 64 Imm. L.R. (3d) 226	312
<i>Thibodeau Family Trust v. The Queen</i> , [1978] C.T.C. 539, (1978), 3 E.T.R. 168, 78 DTC 6376 (F.C.T.D.)	374
<i>Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada</i> , 2007 FC 128, [2007] 4 F.C.R. 434, 278 D.L.R. (4th) 99, 151 C.R.R. (2d) 74	508
<i>Toronto Star Newspapers Ltd. v. Ontario</i> , 2005 SCC 41, [2005] 2 S.C.R. 188, 253 D.L.R. (4th) 577, 197 C.C.C. (3d) 1	508
<i>Ugbazghi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2008 FC 694, [2009] 1 F.C.R. 454, 73 Imm. L.R. (3d) 27	218
<i>Unit Construction Co., Ltd. v. Bullock (Inspector of Taxes)</i> , [1960] A.C. 351 (H.L.)	374
<i>United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd.</i> , 2002 NBCA 27 (CanLII), 249 N.B.R. (2d) 93, 39 Admin. L.R. (3d) 1, 80 C.L.R.B.R. (2d) 107 (C.A.)	3
<i>Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, 80 Imm. L.R. (3d) 1, 391 N.R. 366	108, 218
<i>Wai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2007 FC 364	291
<i>Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2001 FCT 148, [2001] 3 F.C. 682, 204 F.T.R. 5, 13 Imm. L.R. (3d) 289	108, 133, 491
<i>West Region Child and Family Services Inc. v. North</i> , 2007 FCA 96, 362 N.R. 83	108
<i>Whirlpool Corp. v. Camco Inc.</i> , 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067, 194 D.L.R. (4th) 193, 9 C.P.R. (4th) 129	459
<i>Williams v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2008 FC 655 ..	291
<i>X v. Canada (Minister of National Defence)</i> , [1991] 1 F.C. 670, (1991), 41 F.T.R. 73 (T.D.)	421
<i>Xiao v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FC 195, [2009] 4 F.C.R. 510, 341 F.T.R. 217, 79 Imm. L.R. (3d) 229	291
<i>Yang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2008 FC 124, 79 Admin. L.R. (4th) 195	48
<i>Yazdani v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2010 FC 885, 324 D.L.R. (4th) 552, 14 Admin. L.R. (5th) 74, 374 F.T.R. 149	48
<i>Zazai v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, 318 N.R. 365	108
<i>Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2010 FC 75, 362 F.T.R. 277 ..	48

JURISPRUDENCE CITÉE

	PAGE
<i>Abboud c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2010 CF 876	48
<i>Abdelrazik c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)</i> , 2009 CF 580, [2010] 1 R.C.F. 267	508
<i>Abou-Elmaati v. Canada (Attorney General)</i> , 2010 ONSC 2055 (CanLII), 101 O.R. (3d) 424, 318 D.L.R. (4th) 459, 255 C.C.C. (3d) 177	218, 508
<i>Air Canada c. Canada (Office des transports du Canada)</i> , 2008 CAF 168	3
<i>Al Rawi & Ors v. Security Service & Ors</i> , [2010] EWCA Civ 482, [2010] 3 W.L.R. 1069, [2010] 4 All E.R. 55	508
<i>Alavi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2010 CF 969	48
<i>Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CAF 54, [2005] 3 R.C.F. 142	218
<i>Al-Sweady & Ors, R (on the application of) v. Secretary of State for Defence</i> , [2009] EWHC 1687 (Admin)	508
<i>Apotex Inc. c. Canada</i> , 2005 CAF 217	508
<i>Apotex Inc. c. Canada (Gouverneur en Conseil)</i> , 2007 CAF 374	243
<i>Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.</i> , 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265	69
<i>Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.</i> , 1998 CanLII 7610 (C.F. 1 ^{re} inst.)	69
<i>Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.</i> , 2002 CSC 77, [2002] 4 R.C.S. 153	69
<i>Arar v. Ashcroft</i> , 585 F.3d 559 (2nd Cir. 2009), bref de <i>certiorari</i> refusé 130 S. Ct. 3409 (2010)	508
<i>Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)</i> , [1991] A.C.F. n° 24 (1 ^{re} inst.)	154
<i>Assoc. canadienne de télévision par câble c. Canada (Commission du droit d'auteur)</i> , [1993] 2 C.F. 138 (C.A.)	154
<i>Assoc. canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique</i> , 2008 CAF 6, [2008] 3 R.C.F. 539	154
<i>Assoc. canadienne du médicament générique c. Canada (Ministre de la Santé)</i> , 2009 CF 725	618
<i>Atlantic Engraving Ltd. c. Rosenstein</i> , 2002 CAF 503	23
<i>Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.</i> , 2005 CF 1283	69
<i>B.C.G.E.U. v. Indust. Rel. Council</i> , 1988 CanLII 2812, 26 B.C.L.R. (2d) 145, 32 Admin. L.R. 78 (C.A.)	3
<i>Babcock c. Canada (Procureur général)</i> , 2002 CSC 57, [2002] 3 R.C.S. 3	218, 243, 508
<i>Bains c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> (1990), 47 Admin. L.R. 317, 109 N.R. 239 (C.A.F.)	108
<i>Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [1999] 2 R.C.S. 817	108
<i>Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta</i> , 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3	618

	PAGE
<i>Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)</i> , 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311	108, 133, 491
<i>Barreau du Haut-Canada c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2006 CF 1489, [2007] 4 R.C.F. 132	618
<i>Bayer Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , 1999 CanLII 8099 (C.A.F.), confir- mant [1999] 1 C.F. 553 (1 ^{re} inst.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [2000] 1 R.C.S. vi	618
<i>Bell Canada c. Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier</i> , 1998 CanLII 8275 (C.A.F.)	3
<i>Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex</i> , 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559	3, 312
<i>Benatta v. Canada (Attorney General)</i> , 2009 CanLII 70999 (C.S. Ont.)	508
<i>Bisaillon c. Keable</i> , [1983] 2 R.C.S. 60	594
<i>Blank c. Canada (Ministre de la Justice)</i> , 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319 ..	179
<i>Boehringer Sohn, C.H. v. Bell-Craig Ltd.</i> , [1962] R.C.É. 201, conf. par [1963] R.C.S. 410	69
<i>Borowski c. Canada (Procureur général)</i> , [1989] 1 R.C.S. 342	133
<i>Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)</i> , 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533	618
<i>CAIMAW c. Paccar of Canada Ltd.</i> , [1989] 2 R.C.S. 983	3
<i>CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada</i> , 2004 CSC 13, [2004] 1 R.C.S. 339, confirmant 2002 CAF 187, [2002] 4 C.F. 213, confirmant [2000] 2 C.F. 451 (1 ^{re} inst.)	154
<i>C.E. Jamieson & Co. (Dominion) c. Canada (Procureur général)</i> , [1988] 1 C.F. 590 (1 ^{re} inst)	618
<i>Canada c. Furukawa</i> , 2000 CanLII 16502, [2000] A.C.F. n° 1830 (QL) (C.A.F.) ..	594
<i>Canada c. Kieboom</i> , [1992] 3 C.F. 488 (C.A.)	374
<i>Canada (Attorney General) v. Giacomelli</i> , 2010 ONSC 985 (CanLII), 317 D.L.R. (4th) 528	618
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa</i> , 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	291, 350
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. X</i> , 2010 CF 112, [2011] 1 R.C.F. 493 ..	491
<i>Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense nationale)</i> , 1999 CanLII 7857 (C.A.F.), confirmant [1996] A.C.F. n° 1265 (1 ^{re} inst.) (QL)	421
<i>Canada (Commissaire à la protection de la vie privée) c. Blood Tribe Department of Health</i> , 2008 CSC 44, [2008] 2 R.C.S. 574	179
<i>Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net</i> , [1998] 1 R.C.S. 626	243
<i>Canada (Commission du blé) c. Canada (Procureur général)</i> , 2009 CAF 214, [2010] 3 R.C.F. 374	23
<i>Canada (Justice) c. Khadr</i> , 2008 CSC 28, [2008] 2 R.C.S. 125	508
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Bogutin</i> , 1998 CanLII 7453 (C.F. 1 ^{re} inst.)	312
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Katriuk</i> , [1999] A.C.F. n° 90 (1 ^{re} inst.) (QL)	312
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Liyanagamage</i> , [1994] A.C.F. n° 1637 (C.A.) (QL)	108

<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Odynsky</i> , 2001 CFPI 138	312
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Saini</i> , 2001 CAF 311, [2002] 1 C.F. 200	291
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. XXXX</i> , IMM-5368-10, IMM-5359-10, IMM-5360-10, IMM-5361-10, juge de Montigny, ordonnance en date du 17 septembre 2010 (C.F.)	491
<i>Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli</i> , [1992] 1 R.C.S. 711	218
<i>Canada (Premier ministre) c. Khadr</i> , 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44	508
<i>Canada (Procureur général) c. Almalki</i> , 2010 CF 733	508
<i>Canada (Procureur général) c. Canada (Commissaire à l'information)</i> , 2004 CF 431, [2004] 4 R.C.F. 181 (abrégée), inf. pour d'autres motifs 2005 CAF 199, [2005] 4 R.C.F. 673	421
<i>Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)</i> , 2007 CF 766, [2008] 3 R.C.F. 248	508
<i>Canada (Procureur général) c. Canada (Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar)</i> , 2009 CF 1317, [2011] 1 R.C.F. 105	508
<i>Canada (Procureur général) c. Canada (Tribunal des droits de la personne)</i> , [1994] A.C.F. n° 300 (1 ^{re} inst.) (QL)	3
<i>Canada (Procureur général) c. Georgian College of Applied Arts and Technology</i> , 2003 CAF 123	3
<i>Canada (Procureur général) c. Kempo</i> , 2004 CF 1678	508
<i>Canada (Procureur général) c. Khawaja</i> , 2007 CF 490, [2008] 1 R.C.F. 547, inf. en partie, 2007 CAF 342	218, 508
<i>Canada (Procureur général) c. Ribic</i> , 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 22 octobre 2003	594
<i>Canada (Procureur général) c. Viola</i> , [1991] 1 C.F. 373 (C.A.)	23
<i>Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent</i> , [1985] 2 R.C.S. 643	312
<i>Carey c. Ontario</i> , [1986] 2 R.C.S. 637	508
<i>Carltona, Ltd. v. Commissioners of Works</i> , [1943] 2 All E.R. 560 (C.A.)	508
<i>Celanese Canada Inc. c. Murray Demolition Corp.</i> , 2006 CSC 36, [2006] 2 R.C.S. 189	179
<i>Chandler c. Alberta Association of Architects</i> , [1989] 2 R.C.S. 848	3
<i>Chapelstone Developments Inc. c. Canada</i> , 2004 NBCA 96, 277 R.N.-B. (2d) 350	218
<i>Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350	218
<i>Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2008 CSC 38, [2008] 2 R.C.S. 326	179
<i>Charkaoui (Re)</i> , 2004 CAF 421, [2005] 2 R.C.F. 299	179
<i>Charkaoui (Re)</i> , 2008 CF 61, [2009] 1 R.C.F. 507	508
<i>Charkaoui (Re)</i> , 2009 CF 342, [2010] 3 R.C.F. 67	508
<i>Charkaoui (Re)</i> , 2009 CF 476	508
<i>Children's Lawyer for Ontario v. Goodis</i> , 2005 CanLII 11786, 75 O.R. (3d) 309, 253 D.L.R. (4th) 489, 29 Admin. L.R. (4th) 86 (C.A.)	3

	PAGE
<i>Chrétien c. Canada (Procureur général)</i> , 2005 CF 591	3
<i>Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)</i> , [1997] 1 R.C.S. 12	508
<i>Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning</i> , [1964] R.C.S. 49, (1963), 41 C.P.R. 9	459
<i>Composers, Authors and Publishers Assoc. of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd. et al.</i> , [1968] R.C.S. 676	154
<i>Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1992] 1 R.C.S. 236	312
<i>Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes c. Canada (Ministre des Finances)</i> , [1999] 4 C.F. 245 (1 ^{re} inst.)	421
<i>Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.</i> , [1981] 1 R.C.S. 504	69, 459
<i>Conway v. Rimmer</i> , [1968] UKHL 2, [1968] A.C. 910	508
<i>Crown Forest Industries Ltd. c. Canada</i> , [1995] 2 R.C.S. 802	374
<i>Dagenais c. Société Radio-Canada</i> , [1994] 3 R.C.S. 835	179
<i>De Beers Consolidated Mines, Ltd. v. Howe</i> , [1906] A.C. 455 (H.L.)	374
<i>Descôteaux et autre c. Mierzwinski</i> , [1982] 1 R.C.S. 860	179
<i>DesRochers c. Canada (Industrie)</i> , 2009 CSC 8, [2009] 1 R.C.S. 194	23
<i>Domestic Converters Corporation c. Arctic Steamship Line</i> , [1984] 1 C.F. 211 (C.A.)	108
<i>Dukuzumuremyi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2006 CF 278	350
<i>Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick</i> , 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2 ^e) 1	3, 23, 48, 108, 154, 291, 312, 350
<i>El Ouardi c. Canada (Solliciteur général)</i> , 2005 CAF 42	133
<i>Eli Lilly Canada Inc. c. Apotex Inc.</i> , 2009 CAF 97	69
<i>Éthier c. Canada (Commissaire de la GRC)</i> , [1993] 2 C.F. 659 (C.A.)	508
<i>Farkhondehfall c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2009 CF 1064	218
<i>Ferguson c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2008 CF 1067	108
<i>Ferguson Bus Lines Ltd. c. Syndicat uni du transport, section locale 1374</i> , [1990] 2 C.F. 586 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1990] 2 R.C.S. v	3
<i>Fonds de développement économique local c. Canadian Pickles Corp.</i> , [1991] 3 R.C.S. 388	218
<i>Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 1386 c. Bransen Construction Ltd.</i> (2002), 249 R.N.-B. (2 ^e) 93 (C.A.)	3
<i>Free World Trust c. Électro Santé Inc.</i> , 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024 ...	459
<i>French's Complex Ore Reduction Co. of Canada v. Electrolytic Zinc Process Co.</i> , [1930] R.C.S. 462	69
<i>General Motors of Canada Ltd. c. City National Leasing</i> , [1989] 1 R.C.S. 641 ..	618
<i>Genex Communications c. Canada (Procureur général)</i> , 2005 CAF 283, [2006] 2 R.C.F. 199, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2007] 2 R.C.S. vi ..	3
<i>Globe and Mail c. Canada (Procureur général)</i> , 2010 CSC 41, [2010] 2 R.C.S. 592	508
<i>Goguen c. Gibson</i> , [1983] 2 C.F. 463 (C.A.)	508
<i>Gray (in re)</i> (1918), 57 R.C.S. 150	618

<i>Gulishvili c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2002 CFPI 1200	350
<i>Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2006 CF 628, [2007] 1 R.C.F. 321	179
<i>Harkat (Re)</i> , 2005 CF 393	508
<i>Harkat (Re)</i> , 2009 CF 204, [2009] 4 R.C.F. 270, inf. en partie, 2012 CAF 122	508, 594
<i>Harris c. Canada</i> , [2000] 4 C.F. 37 (C.A.)	312
<i>Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)</i> , 2002 CSC 76, [2002] 4 R.C.S. 45	459
<i>Henrie c. Canada (Comité de surveillance des activités de renseignements de sécurité)</i> , [1989] 2 C.F. 229 (1 ^{re} inst.)	218, 508
<i>Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2008 CF 1007	108
<i>Hinzman c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2010 CAF 177	108
<i>Horne c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2010 CAF 337	243
<i>Housen c. Nikolaisen</i> , 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235	69, 243, 594
<i>Huynh c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1993] A.C.F. n° 642 (1 ^{re} inst.) (QL)	350
<i>ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre</i> , [1986] 1 R.C.S. 752	108
<i>Ilahi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2006 CF 1399	48
<i>Irving Shipbuilding Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , 2009 CAF 116, [2010] 2 R.C.F. 488	312
<i>Jaballah c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2007 CF 379	179
<i>Jahazi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2010 CF 242, [2011] 3 R.C.F. 85	218
<i>Jose Pereira E Hijos, S.A. c. Canada (Procureur général)</i> , 2002 CAF 470	508
<i>Kanyamibwa c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2010 CF 66, [2011] 1 R.C.F. 423	218, 243
<i>Kaur c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2009 CF 935	48
<i>Kevork c. La Reine</i> , [1984] 2 C.F. 753 (1 ^{re} inst.)	508
<i>Khadr c. Canada (Procureur général)</i> , 2008 CF 46, [2008] 3 R.C.F. 306	243
<i>Khadr c. Canada (Procureur général)</i> , 2008 CF 549	218, 243, 508
<i>Khadr c. Canada (Procureur général)</i> , 2008 CF 807	508
<i>Khan c. Canada</i> , [1996] 2 C.F. 316 (1 ^{re} inst.)	508
<i>Kirin-Amgem Inc. v. Hoechst Marion Roussel Ltd.</i> , [2004] UKHL 46, [2005] R.P.C. 9	69
<i>Kisimba c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2008 CF 252	291
<i>Knight c. Indian Head School Division No. 19</i> , [1990] 1 R.C.S. 653	312
<i>Kremikovtzi Trade c. Swift Fortune (Le)</i> , 2006 CAF 1, [2006] 3 R.C.F. 475, inf. par sub nom. <i>Phoenix Bulk Carriers Ltd. c. Kremikovtzi Trade</i> , 2007 CSC 13, [2007] 1 R.C.S. 588	108
<i>La compagnie Rothmans de Pall Mall Canada Limitée c. Le ministre du Revenu national (N° 1)</i> , [1976] 2 C.F. 500 (C.A.)	312
<i>Laboratoires Servier c. Apotex Inc.</i> , 2009 CAF 222	69

	PAGE
<i>Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général); R. c. Fink</i> , 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209	179
<i>Lavigne c. Canada (Commissariat aux langues officielles)</i> , 2002 CSC 53, [2002] 2 R.C.S. 773	23
<i>Lawson v. Commissioner of Patents</i> (1970), 62 C.P.R. 101 (C. de l'É.)	459
<i>Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2004 CAF 267, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2005] 1 R.C.S. xi	3
<i>Li c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2008 CF 1284 ..	48
<i>Lido Industrial Products Ltd. c. Teledyne Industries Inc. et al.</i> [1981] A.C.F. n° 703 (C.A.) (QL)	69
<i>Ligue des droits de la personne de B'nai Brith Canada c. Canada</i> , 2008 CF 732, infirmant 2008 CF 146	312
<i>Lilly Icos Ltd. v. Pfizer Ltd.</i> , [2000] EWHC Patents 49, [2001] F.S.R. 16, conf. par [2002] EWCA Civ 1 (BAILII)	69
<i>Luitjens c. Canada (Secrétaire d'État)</i> , [1992] A.C.F. n° 319 (C.A.) (QL)	312
<i>Lumonics Research Limited c. Gould</i> , [1983] 2 C.F. 360 (C.A.)	508
<i>Mahjoub c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2007 CF 171	179
<i>Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.</i> , [1987] 1 R.C.S. 110	108, 491
<i>Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui</i> , [1980] 1 R.C.S. 602	312
<i>Merck & Co., Inc. c. Apotex Inc.</i> , 2006 CAF 323, [2007] 3 R.C.F. 588, confirmant 2006 CF 524	69
<i>Miida Electronics, Inc. c. Mitsui O.S.K. Lines Ltd.</i> , [1982] 1 C.F. 406 (C.A.) ...	108
<i>Miller c. Canada (Procureur général)</i> , 2002 CAF 370	108
<i>Mills c. La Reine</i> , [1986] 1 R.C.S. 863	508
<i>Minerals Separation North American Corporation v. Noranda Mines Ltd.</i> , [1947] R.C.É. 306	69
<i>Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)</i> , 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6	3
<i>Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Widmont</i> , [1984] 2 C.F. 274 (C.A.) ..	108
<i>Ministre du Revenu national c. Coopers and Lybrand</i> , [1979] 1 R.C.S. 495	312
<i>Mobil Oil Corp. c. Hercules Canada Inc.</i> , [1994] A.C.F. n° 1391 (1 ^{re} inst.) (QL), inf. pour d'autres motifs par [1995] A.C.F. n° 1243 (C.A.) (QL)	69
<i>Mohamed v. Jeppesen Dataplan Inc.</i> , 614 F.3d 1070 (9th Cir. 2010)	508
<i>Mohamed, R (on the application of) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs</i> , [2010] EWCA Civ 65, [2010] 4 All E.R. 91, [2011] Q.B. 218	508
<i>Mohammed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2006 CF 1310, [2007] 4 R.C.F. 300	218, 243
<i>Narvey c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 1999 CanLII 7421 (C.A.F.)	243
<i>Nobel v. York University Foundation</i> , 2010 ONSC 399 (CanLII)	508
<i>Northwestern Utilities Ltd. et autre c. Ville d'Edmonton</i> , [1979] 1 R.C.S. 684 ..	3
<i>Oberlander c. Canada (Procureur général)</i> , 2003 CF 944, inf. pour d'autres motifs par 2004 CAF 213, [2005] 1 R.C.F. 3	312

<i>Oberlander c. Canada (Procureur général)</i> , 2009 CAF 330, [2010] 4 R.C.F. 395	312
<i>Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , 2004 CF 1052	508
<i>Ottawa Citizen Group Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , 2006 CF 1552	508
<i>Palka c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)</i> , 2008 CAF 165	133
<i>Paramount Enterprises International, Inc. c. An Xin Jiang (Le)</i> , [2001] 2 C.F. 551 (C.A.)	108
<i>Parkin v. O’Sullivan</i> , [2009] FCA 1096 (AustLII), 260 A.L.R. 503	508
<i>Patel c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2011 CAF 187	133
<i>Perez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)</i> , 2009 CAF 171	108, 133
<i>Personne désignée c. Vancouver Sun</i> , 2007 CSC 43, [2007] 3 R.C.S. 253	508
<i>Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.</i> , 2007 CF 971, conf. par 2009 CAF 8, [2009] 4 R.C.F. 223	69
<i>Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)</i> , 2008 CAF 108, [2009] 1 R.C.F. 253	69
<i>Prairie Acid Rain Coalition c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)</i> , 2006 CAF 31, [2006] 3 R.C.F. 610	133
<i>Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et autre</i> , [1980] 2 R.C.S. 735	312
<i>Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée et autre; Procureur général du Canada c. Compagnie de Transport Canadien Pacifique Ltée et autre</i> , [1983] 2 R.C.S. 206	618
<i>Progressive Games, Inc. c. Canada (Commissaire aux brevets)</i> , 1999 CanLII 8921 (C.F. 1 ^{re} inst.), conf. par 2000 CanLII 16577 (C.A.F.)	459
<i>R. c. Beaulac</i> , [1999] 1 R.C.S. 768	23
<i>R. c. Borden</i> , [1994] 3 R.C.S. 145	179
<i>R. c. G.D.B.</i> , 2000 CSC 22, [2000] 1 R.C.S. 520	350
<i>R. c. Hape</i> , 2007 CSC 26, [2007] 2 R.C.S. 292	508
<i>R. c. Harrison</i> , [1977] 1 R.C.S. 238	508
<i>R. c. Leipert</i> , [1997] 1 R.C.S. 281	508, 594
<i>R. c. Mentuck</i> , 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442	508
<i>R. c. National Post</i> , 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477	594
<i>R. c. Sheppard</i> , 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869	108
<i>R. c. Stinchcombe</i> , [1991] 3 R.C.S. 326; <i>R. c. Chaplin</i> , [1995] 1 R.C.S. 727	508
<i>R. c. Wetmore et autres</i> , [1983] 2 R.C.S. 284	618
<i>R. v. Ahmad</i> , 2009 CanLII 84788, 257 C.C.C. (3d) 155 (C.S. Ont.)	508
<i>R. v. J.P.</i> , 2003 CanLII 17492, 67 O.R. (3d) 321 (C.A.)	618
<i>RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , [1994] 1 R.C.S. 311	108, 491, 508
<i>RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , [1995] 3 R.C.S. 199	618
<i>Rahim c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)</i> , 2006 CF 1252	48
<i>Rajadurai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)</i> , 2009 CF 119	218
<i>Ramada c. Canada (Solliciteur général)</i> , 2005 CF 1112	133

	PAGE
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les armes à feu (Can.)</i> , 2000 CSC 31, [2000] 1 R.C.S. 783	618
<i>Réseau de Télévision CTV Ltée c. Canada (Commission du droit d'auteur)</i> , [1993] 2 C.F. 115 (C.A.)	154
<i>Ribic c. Canada (Procureur général)</i> , 2003 CFPI 10, conf. par 2003 CAF 246, [2005] 1 R.C.F. 33	508
<i>Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)</i> , [1998] 1 R.C.S. 27	312
<i>Ruby c. Canada (Solliciteur général)</i> , [2000] 3 C.F. 589 (C.A.), inf. pour d'autres motifs par 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3	508
<i>Ruby c. Canada (Solliciteur général)</i> , 2002 CSC 75, [2002] 4 R.C.S. 3	218
<i>SOCAN – Tarif 22 (Transmission d'œuvres musicales à des abonnés d'un service de télécommunications non visé par le tarif 16 ou le tarif 17 (Commission du droit d'auteur du Canada, en ligne : <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/1999/19991027-m-b.pdf>)</i>	154
<i>Sanofi Aventis Canada Inc. c. Apotex Inc.</i> , 2009 CF 676	69
<i>Schlumberger Canada Ltd. c. Commissaire des brevets</i> , [1982] 1 C.F. 845 (C.A.)	459
<i>Secretary of State for the Home Department v. Rehman</i> , [2001] UKHL 47, [2002] All E.R. 122, [2001] 3 W.L.R. 877	508
<i>Segasayo c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)</i> , 2007 CF 585	218
<i>Sellathurai c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)</i> , IMM-152-09, juge Mosley, ordonnance rendue le 7 décembre 2009, C.F.	218
<i>Selliah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2004 CAF 261	108
<i>Shah c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2007 CF 207 ..	48
<i>Shchelkanov c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1994] A.C.F. n° 496 (1 ^{re} inst.) (QL)	108
<i>Shell Oil Co. c. Commissaire des brevets</i> , [1982] 2 R.C.S. 536	459
<i>Shirwa c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1994] 2 C.F. 51 (1 ^{re} inst.)	350
<i>Shpati c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2007 CF 237	133
<i>Shpati c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2010 CF 367	108, 133
<i>Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)</i> , 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522	218
<i>Simoès c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2000 CanLII 15668 (C.F. 1 ^{re} inst.)	133
<i>Sketchley c. Canada (Procureur général)</i> , 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392 ..	48, 291
<i>Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet</i> , 2004 CSC 45, [2004] 2 R.C.S. 427, infirmant en partie 2002 CAF 166, [2002] 4 C.F. 3	154
<i>Société canadienne des postes c. Canada (Ministre des Travaux publics)</i> , [1995] 2 C.F. 110 (C.A.)	421
<i>Solosky c. La Reine</i> , [1980] 1 R.C.S. 821	179
<i>Standard Sausage Co. v. Lee (1933)</i> , 47 B.C.R. 411, [1933] 4 D.L.R. 501, [1934] 1 W.W.R. 81 (C.A. C-B.)	618

<i>Subhaschandran c. Canada (Solliciteur général)</i> , 2005 CAF 27, [2005] 3 R.C.F. 255	243
<i>Succession MacDonald c. Martin</i> , [1990] 3 R.C.S. 1235	179
<i>Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3	179, 218, 508
<i>Telfer c. Canada (Agence du revenu)</i> , 2009 CAF 23	133
<i>Telstra Corporation Ltd. v. Australasian Performing Right Association Ltd.</i> , [1997] HCA 41 (AustLII), (1997), 146 ALR 649, 191 CLR 140 (Aust. H.C.)	154
<i>Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385	312
<i>Thibodeau (Fiducie de la famille) c. La Reine</i> , [1978] A.C.F. n° 607 (1 ^{re} inst.) (QL)	374
<i>Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada</i> , 2007 CF 128, [2007] 4 R.C.F. 434 ..	508
<i>Toronto Star Newspaper Ltd. c. Ontario</i> , 2005 CSC 41, [2005] 2 R.C.S. 188 ...	508
<i>Ugbazghi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2008 CF 694, [2009] 1 R.C.F. 454	218
<i>Unit Construction Co., Ltd. v. Bullock (Inspector of Taxes)</i> , [1960] A.C. 351 (H.L.)	374
<i>Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129	108, 218
<i>Wai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2007 CF 364 ..	291
<i>Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2001 CFPI 148, [2001] 3 C.F. 682	108, 133, 491
<i>West Region Child and Family Services Inc. c. North</i> , 2007 CAF 96	108
<i>Whirlpool Corp. c. Camco Inc.</i> , 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067	459
<i>Williams c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2008 CF 655	291
<i>X c. Canada (Ministre de la Défense nationale)</i> , [1991] 1 C.F. 670 (1 ^{re} inst.) ...	421
<i>Xiao c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2009 CF 195, [2009] 4 R.C.F. 510	291
<i>Yang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2008 CF 124 ..	48
<i>Yazdani c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2010 CF 885	48
<i>Zazai c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2004 CAF 89	108
<i>Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2010 CF 75	48

**STATUTES
AND
REGULATIONS
CITED**

**LOIS
ET
RÈGLEMENTS
CITÉS**

PAGE

**STATUTES
CANADA**

**LOIS
CANADA**

Access to Information Act,

Loi sur l'accès à l'information,

R.S.C., 1985, c. A-1

L.R.C. (1985), ch. A-1

s./art. 7	421
s./art. 9	421
s./art. 10	421
s./art. 13	508
s./art. 15	508
s./art. 30	421
s./art. 34	421
s./art. 36	421
s./art. 37	421
s./art. 41	421
s./art. 49	421
s./art. 50	421
s./art. 53	421

Anti-terrorism Act,

Loi antiterroriste,

S.C. 2001, c. 41

L.C. 2001, ch. 41

— — —	508
-------------	-----

**Canada-Barbados Income Tax Agreement Act,
1980,**

**Loi de 1980 sur l'Accord Canada-Barbade en
matière d'impôt sur le revenu,**

S.C. 1980-81-82-83, c. 44, Part IX

S.C. 1980-81-82-83, ch. 44, partie IX

— — —	374
-------------	-----

Canada Evidence Act,

Loi sur la preuve au Canada,

R.S.C. 1970, c. E-10

S.R.C. 1970, c. E-10

s./art. 36.2	508
--------------------	-----

Canada Evidence Act—Concluded**Loi sur la preuve au Canada—Fin**

R.S.C., 1985, c. C-5

L.R.C. (1985), ch. C-5

s./art. 37	508
s./art. 38–38.09	594
s./art. 38–38.16	218, 243, 508
s./art. 39	243, 508

**Canadian Charter of Rights and Freedoms, being
Part I of the Constitution Act, 1982,****Charte canadienne des droits et libertés, qui
constitue la partie I de la Loi consti-
tutionnelle de 1982,**Schedule B, Canada Act, 1982, 1982, c. 11
(U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]Annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982,
ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II,
n° 44]

s./art. 1	179
s./art. 2(b)	508
s./art. 3	312
s./art. 6	312
s./art. 7	179, 218, 508
s./art. 16	23
s./art. 17	23
s./art. 18	23
s./art. 19	23
s./art. 20	23
s./art. 23	23
s./art. 24(1)	508

Canadian Human Rights Act,**Loi canadienne sur les droits de la personne,**

R.S.C., 1985, c. H-6

L.R.C. (1985), ch. H-6

— — —	243
-------------	-----

Canadian Security Intelligence Service Act,**Loi sur le Service canadien du renseignement
de sécurité,**

R.S.C., 1985, c. C-23

L.R.C. (1985), ch. C-23

s./art. 18	508, 594
s./art. 19	594

Citizenship Act,**Loi sur la citoyenneté,**

R.S.C., 1985, c. C-29

L.R.C. (1985), ch. C-29

s./art. 10	312
s./art. 18	312

Constitution Act, 1867,**Loi constitutionnelle de 1867,**

30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]

30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1981, ch. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]

s./art. 11	312
s./art. 13	312
s./art. 91(2)	618
s./art. 91(27)	618
s./art. 92(10)	618
s./art. 96	508

Copyright Act,**Loi sur le droit d'auteur,**

R.S.C., 1985, c. C-42

L.R.C. (1985), ch. C-42

s./art. 2	154
s./art. 3(1)(f)	154

Crown Liability and Proceedings Act,**Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif,**

R.S.C., 1985, c. C-50

L.R.C. (1985), ch. C-50

s./art. 1	508
s./art. 23	508
s./art. 27	508
s./art. 34	508

Federal Courts Act,**Loi sur les Cours fédérales,**

R.S.C., 1985, c. F-7

L.R.C. (1985), ch. F-7

s./art. 1	23, 108, 133, 243, 312
s./art. 3	243
s./art. 4	243
s./art. 18	23, 243
s./art. 18.1	23, 108, 133, 243
s./art. 18.1(1)	312
s./art. 44	243

Food and Drugs Act,**Loi sur les aliments et drogues,**

R.S.C., 1985, c. F-27

L.R.C. (1985), ch. F-27

s./art. 30(3)	618
s./art. 31	618

Immigration Act,**Loi sur l'immigration,**

R.S.C., 1985, c. I-2

L.R.C. (1985), ch. I-2

s./art. 19(1)(f)(iii)(B)	243
--------------------------------	-----

Immigration Act—Concluded**Loi sur l'immigration—Fin**

s./art. 27 243

Immigration and Refugee Protection Act,**Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés,**

S.C. 2001, c. 27

L.C. 2001, ch. 27

s./art. 12(1)	291
s./art. 16	48
s./art. 25	108
s./art. 34	218
s./art. 34(2)	243
s./art. 48	108, 133
s./art. 58(1)(c)	491
s./art. 58(1)(d)	491
s./art. 72	108, 133
s./art. 72(1)	48, 243, 291
s./art. 72(2)(e)	243
s./art. 74	108
s./art. 74(d)	133, 243
s./art. 77	218
s./art. 77(1)	179
s./art. 78	218
s./art. 79	218
s./art. 80	218
s./art. 81	218
s./art. 82	218
s./art. 82.1	218
s./art. 82.2	218
s./art. 82.3	218
s./art. 82.4	218
s./art. 83	218
s./art. 83(1)(a)	179
s./art. 84	218
s./art. 85	218
s./art. 85.1	218
s./art. 85.2	218
s./art. 85.3	218
s./art. 85.4	218
s./art. 85.5	218
s./art. 85.6	218
s./art. 86	218
s./art. 87	218, 243
s./art. 87.1	218, 243
s./art. 96	108, 350
s./art. 97	108, 350
s./art. 113	108
s./art. 167(1)	350

Income Tax Act,**Loi de l'impôt sur le revenu,**

R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1

L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1

s./art. 2(1) 374

Income Tax Act—Concluded

Loi de l'impôt sur le revenu—Fin

s./art. 2(3)	374
s./art. 3	374
s./art. 85(1)	374
s./art. 94(1)	374
s./art. 104(1)	374
s./art. 104(2)	374
s./art. 110(1)(f)(i)	374
s./art. 115(1)	374
s./art. 116	374
s./art. 233.3	374
s./art. 233.4	374
s./art. 245	374
s./art. 248(1)	374

Interpretation Act,

Loi d'interprétation,

R.S.C., 1985, c. I-21	L.R.C. (1985), ch. I-21	
s./art. 24(2)		508
s./art. 31(2)		108
s./art. 35(1)		312

Official Languages Act,

Loi sur les langues officielles,

R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31	L.R.C. (1985) (4 ^e suppl.), ch. 31	
s./art. 41		23
s./art. 42		23
s./art. 43		23
s./art. 76		23
s./art. 77		23

Patent Act,

Loi sur les brevets,

R.S.C., 1985, c. P-4	L.R.C. (1985), ch. P-4	
s./art. 2		69, 459
s./art. 27(1)		459
s./art. 27(3)		69, 459
s./art. 27(4)		69, 459
s./art. 27(8)		459
s./art. 28.2		459
s./art. 28.3		459
s./art. 40		459
s./art. 41		459
s./art. 58		69

Privacy Act,

Loi sur la protection des renseignements personnels,

R.S.C., 1985, c. P-21	L.R.C. (1985), ch. P-21	
— — —		508

Public Service Labour Relations Act,	Loi sur les relations de travail dans la fonction publique,	
S.C. 2003, c. 22, s. 2	L.C. 2003, ch. 22, art. 2	
s./art. 51		3
Security of Information Act,	Loi sur la protection de l'information,	
R.S.C., 1985, c. O-5	L.R.C. (1985), ch. O-5	
— — —		243
Statistics Act,	Loi sur la statistique,	
R.S.C., 1985, c. S-19	L.R.C. (1985), ch. S-19	
s./art. 3		23
s./art. 7		23
s./art. 8		23
s./art. 19		23
s./art. 21		23
s./art. 22		23
War Measures Act, 1914 (The),	Loi des mesures de guerre, 1914,	
S.C. 1914 (2nd Sess.), c. 2	S.C. 1914 (2 ^e sess.), ch. 2	
s./art. 6		618
AUSTRALIA		
AUSTRALIE		
National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004,	National Security Information (Criminal and Civil Proceedings) Act 2004,	
— — —		508
BARBADOS		
BARBADE		
Financial Institutions Act,	Financial Institutions Act,	
L.R.O. 1997, c. 324A	L.R.O. 1997, ch. 324A	
— — —		374
Trustee Act,	Trustee Act,	
L.R.O. 1985, c. 250	L.R.O. 1985, ch. 250	
— — —		374

CAMEROON

CAMEROUN

Civil Code,

Code civil,

Art. 344	291
Art. 347	291
Art. 348	291
Art. 351	291
Art. 352	291
Art. 355	291
Art. 356	291
Art. 357	291
Art. 358	291
Art. 360	291
Art. 361	291
Art. 367	291
Art. 368	291
Art. 369	291
Art. 370	291

UNITED STATES

ÉTATS-UNIS

Classified Information Procedures Act,

Classified Information Procedures Act,

18 U.S.C. App. III (1980)	18 U.S.C. App. III (1980)	
s./art. 1-16		508

ORDERS AND REGULATIONS

ORDONNANCES ET RÈGLEMENTS

CANADA

CANADA

Crown Liability and Proceedings (Provincial Court) Regulations,

Règlement sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif (tribunaux provinciaux),

SOR/91-604	DORS/91-604	
s./art. 2		508
s./art. 7		508
s./art. 8		508

Food and Drug Regulations,

Règlement sur les aliments et drogues,

C.R.C., c. 870	C.R.C., ch. 870	
s./art. C08.002		618
s./art C.08.002.1		618
s./art C.08.003.1		618
s./art C.08.004		618
s./art C.08.004.1		618

Immigration and Refugee Protection Regulations,	Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés,	
SOR/2002-227	DORS/2002-227	
s./art. 3(2)		291
s./art. 117(2)		291
s./art. 117(3)		291
s./art. 167		108
s./art. 232		133
s./art. 233		108
Official Languages (Communications with and Services to the Public) Regulations,	Règlement sur les langues officielles — communications avec le public et prestation des services,	
SOR/92-48	DORS/92-48	
s./art. 2		23
s./art. 3		23
s./art. 4		23
Order in Council,	Décret,	
P.C. 2010-0792	C.P. 2010-0792	
— — —		23
Order in Council,	Décret,	
P.C. 2010-1077	C.P. 2010-1077	
— — —		23
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations,	Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité),	
SOR/93-133	DORS/93-133	
— — —		69
RULES	RÈGLES	
CANADA	CANADA	
Federal Courts Immigration and Refugee Protection Rules,	Règles des Cours fédérales en matière d'immigration et de protection des réfugiés,	
SOR/93-22	DORS/93-22	
— — —		108

Federal Courts Rules,

Règles des Cours fédérales,

SOR/98-106

DORS/98-106

r. 1	3, 23, 48, 218, 243, 421, 508
r. 3	218
r. 4	218, 243
r. 53	3
r. 56	243
r. 81	508
r. 83	48
r. 109	3
r. 222(2)	508
r. 312	23
r. 369	3, 23, 243
r. 400	421
r. 407	421
Tariff/tarif B	421
Column/colonne I	421
Column/colonne III	421
Column/colonne V	421

Immigration Appeal Division Rules,

Règles de la Section d'appel de l'immigration,

SOR/2002-230

DORS/2002-230

r. 25	291
-------------	-----

ONTARIO

ONTARIO

Rules of Civil Procedure,

Règles de procédure civile,

R.R.O. 1990, Reg. 194

R.R.O. 1990, Règl. 194

r. 30.02	508
r. 31.06(1)	508

**TREATIES
AND
OTHER
INSTRUMENTS
CITED**

**TRAITÉS
ET
AUTRES
INSTRUMENTS
CITÉS**

PAGE

AGREEMENTS

ACCORDS

Agreement between Canada and Barbados for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital,

Accord entre le Canada et la Barbade tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune,

S.C. 1980-81-82-83, c. 44, Sch. IX

S.C. 1980-81-82-83, ch. 44, ann. IX

Art. III	374
Art. IV	374
Art. XIV	374

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights,

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce,

Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco, 15 April 1994, 1869 U.N.T.S. 299

Annexe 1C de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce, signé à Marrakech, Maroc, le 15 avril 1994, 1869 R.T.N.U. 299

Art. 39	618
---------------	-----

TREATIES

TRAITÉS

Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment,

Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants,

December 10, 1984, [1987] Can. T.S. No. 36

10 décembre 1984, [1987] R.T. Can. n° 36

Art. 14(1)	508
------------------	-----

Convention between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital,

Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune,

S.C. 1984, Sch. I

S.C. 1984, ann. I

— — —	374
-------------	-----

<p>Convention on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry Adoption,</p> <p>May 29, 1993, [1997] Can. T.S. No. 12</p> <p>— — —</p>	<p>Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale,</p> <p>29 mai 1993, [1997] R.T. Can. n° 12</p> <p>.....</p>	<p>291</p>
<p>International Covenant on Civil and Political Rights,</p> <p>December 19, 1966, [1976] Can. T.S. No. 47</p> <p>Art. 19</p>	<p>Pacte international relatif aux droits civils et politiques,</p> <p>19 décembre 1966, [1976] R.T. Can. n° 47</p> <p>.....</p>	<p>508</p>
<p>Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, The,</p> <p>UN Doc. E/CN.4/1996/39, annex</p> <p>— — —</p>	<p>Principes de Johannesburg relatifs à la sécurité nationale, à la liberté d'expression et à l'accès à l'information, Les,</p> <p>Doc. NU E/CN.4/1996/39, annexe</p> <p>.....</p>	<p>508</p>
<p>North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America,</p> <p>December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2</p> <p>Art. 1711</p>	<p>Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et les États-Unis du Mexique,</p> <p>17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2</p> <p>.....</p>	<p>618</p>

AUTHORS CITED

	PAGE
Aldrich, Richard J. <i>GCHQ: The Uncensored Story of Britain's Most Secret Intelligence Agency</i> . London: Harper Press, 2010	508
Aldrich, Richard. "Allied code-breakers co-operate – but not always", <i>The Guardian</i> , June 24, 2010, online: < http://www.guardian.co.uk/world/2010/jun/24/intelligence-sharing-codebreakers-agreement-ukusa >	508
Association francophone des municipalités du Nouveau-Brunswick. <i>Strengthening Local Governance in New Brunswick</i> . Final report submitted to Infrastructure Canada, August 2008, online: < http://afmnb.org/images/rapport_final_gouvernance_locale.pdf >	23
Bingham, John. "Hillary Clinton made security help 'threat' to David Miliband over Binyam Mohamed case", <i>The Telegraph</i> , July 29, 2009, online: < http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/5934016/Hillary-Clinton-made-security-help-threat-to-David-Miliband-over-Binyam-Mohamed-case.html >	508
<i>Black's Law Dictionary</i> , 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999, "national defence"	508
Bryant, Alan W. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2009	218
Canada. Commission of Inquiry Concerning Certain Activities of the Royal Canadian Mounted Police (McDonald Commission). <i>First Report: Security and Information</i> , Ottawa: Supply and Services Canada, October 9, 1979, online: < http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/mcdonald1979-81-eng/mcdonald1979-81-report1/mcdonald1979-81-report1-eng.pdf >	508
Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. <i>Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations</i> , Ottawa: Minister of Public Works and Government Services, 2006, online: < http://www.pch.gc.ca/cs-kc/arar/Arar_e.pdf >	508
Canada. Commission of Inquiry into the Investigation of the Bombing of Air India Flight 182. <i>Air India Flight 182: A Canadian Tragedy</i> (Honourable John C. Major, Q.C., Commissioner), Ottawa: The Commission, 2010, online: < http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/air_india-ef/final_report-ef/en/reports/finalreport/default.htm >	508
Canada. <i>Internal Inquiry Into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin</i> (Honourable Frank Iacobucci, Q.C., Commissioner), Ottawa: Minister of Public Works and Government Services, 2008, online: < http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/iacobucci-e/final_report/final-report-copy-en.pdf >	508

Canada. <i>Internal Inquiry Into the Actions of Canadian Officials in Relation to Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati and Muayyed Nureddin: Supplement to Public Report</i> (Honourable Frank Iacobucci, Q.C., Commissioner), Ottawa: Minister of Public Works and Government Services, 2010, online: < http://dsp-psd.pwgsc.gc.ca/collection_2010/bcp-pco/CP32-90-1-2010-eng.pdf >	508
Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Public Safety and National Security. <i>Review of the Findings and Recommendations Arising from the Iacobucci and O'Connor Inquiries: Report of the Standing Committee on Public Safety and National Security</i> , June 2009, online: < http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4004074&Mode=1&Parl=40&Ses=2&Language=E >	508
Citizenship and Immigration Canada. <i>Protected Persons Manual (PP)</i> . Chapter PP3: Pre-removal Risk Assessment (PRRA), online: < http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/pp/pp03-eng.pdf >	108
Denning, Lord. <i>The Discipline of Law</i> . London: Butterworths, 1979	108
Forcese, Craig. "Canada's National Security 'Complex': Assessing the Secrecy Rules" (2009), 15 <i>IRPP Choices</i> 1, online: < http://www.irpp.org/choices/archive/vol15no5.pdf >	508
Forcese, Craig. <i>National Security Law: Canadian Practice in International Perspective</i> . Toronto: Irwin Law, 2008	508
Fox, Harold G. <i>The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 1969	69
French, Richard D. "The Privy Council Office: Support for Cabinet Decision Making" in Richard Schultz, Orest M. Kruhlak and John C. Terry, eds. <i>The Canadian Political Process</i> , 3rd ed. Toronto: Holt, Rinehart and Winston of Canada, 1979	312
Ghardam, Duncan. "Handing foreign intelligence to British courts to be made illegal", <i>The Telegraph</i> , July, 7, 2010, online: < http://www.telegraph.co.uk/news/politics/7875900/Handing-foreign-intelligence-to-British-courts-to-be-made-illegal.html >	508
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 3rd ed., Vol. 29, London: Butterworths, 1954	69
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5th ed. supplemented. Toronto: Thomson/Carswell, 2007	618
Hughes, Roger T. et al. <i>Hughes & Woodley on Patents</i> , 2nd ed., Vol. 1, loose-leaf. Markham, Ont.: LexisNexis, 2005	69
Jacobs, Laverne A. and Thomas S. Kuttner. "Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts" (2002), 81 <i>Can. Bar Rev.</i> 616	3
Johnson, Marc L. and Paule Doucet. <i>A Sharper View: Evaluating the Vitality of Official Language Minority Communities</i> . Ottawa: Office of the Commissioner of Official Languages, 2006, online: < http://www.ocol-clo.gc.ca/docs/f/vitality_vitalite_f.pdf >	23
Krishna, Vern. <i>The Fundamentals of Income Tax Law</i> . Toronto: Carswell, 2009 ..	374
MacDonald, Alistair. "U.K. Move Could Hinder U.S. Intelligence Sharing", <i>The Wall Street Journal</i> , February 11, 2010, online: < http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703455804575057550493911866.html >	508
Mullan, David J. <i>Administrative Law</i> . Toronto: Irwin Law, 2001	3, 312

Office of the Commissioner of Official Languages. “The Sudbury Francophone Community”, study conducted as part of the research project: <i>Vitality Indicators for Official Language Minority Communities 1: Francophones in Urban Settings</i> . Ottawa: Office of the Commissioner of Official Languages, 2007, online: < http://www.ocol-clo.gc.ca/docs/f/Vitalite1_SudburyFR.pdf >	23
Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2006-241, <i>C. Gaz.</i> 2006.II.1495 . . .	618
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes</i> , 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002	218
Veall, Michael R. “2B or Not 2B? What Should Have Happened with the Canadian Long Form Census? What Should Happen Now?” (2010), 36 <i>Canadian Public Policy – Analyse de politiques</i> 395, online: < http://utpjournals.metapress.com/content/lx1865n367339703/fulltext.pdf >	23
Ward, Norman. <i>Dawson’s The Government of Canada</i> , 6th ed. Toronto: University of Toronto Press, 1987	312
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , McNaughton Revision, Vol. 8, Boston: Little, Brown & Co., 1961	508

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Aldrich, Richard. « Allied code-breakers co-operate – but not always », <i>The Guardian</i> , 24 juin 2010, en ligne : < http://www.guardian.co.uk/world/2010/jun/24/intelligence-sharing-codebreakers-agreement-ukusa >	508
Aldrich, Richard J. <i>GCHQ: The Uncensored Story of Britain's Most Secret Intelligence Agency</i> . Londres : Harper Press, 2010	508
Association francophone des municipalités du Nouveau-Brunswick. <i>Scénarios de renforcement de la gouvernance locale au Nouveau-Brunswick</i> . Rapport final soumis à Infrastructure Canada, août 2008, en ligne : < http://afmnb.org/images/rapport_final_gouvernance_locale.pdf >	23
Bingham, John. « Hillary Clinton made security help “threat” to David Miliband over Binyam Mohamed case », <i>The Telegraph</i> , 29 juillet 2009, en ligne : < http://www.telegraph.co.uk/news/uknews/law-and-order/5934016/Hillary-Clinton-made-security-help-threat-to-David-Miliband-over-Binyam-Mohamed-case.html >	508
<i>Black's Law Dictionary</i> , 7 ^e éd. St. Paul, Minn. : West Group, 1999, « <i>national defence</i> »	508
Bryant, Alan W. <i>The Law of Evidence in Canada</i> , 3 ^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2009	218
Canada. Commission d'enquête relative aux mesures d'investigation prises à la suite de l'attentat à la bombe commis contre le vol 182 d'Air India. <i>Vol 182 d'Air India : Une tragédie canadienne</i> (l'honorable John C. Major, c.r., commissaire), Ottawa : La commission, 2010, en ligne : < http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/air_india-ef/final_report-ef/fr/reports/finalreport/index.asp >	508
Canada. Commission d'enquête sur certaines activités de la Gendarmerie royale du Canada (Commission McDonald). <i>Premier rapport : Sécurité et information</i> , Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 9 octobre 1979, en ligne : < http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pco-bcp/commissions-ef/mcdonald1979-81-fra/mcdonald1979-81-rapport1-fra/mcdonald1979-91-rapport1-fra.pdf >	508
Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. <i>Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations</i> , Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2006, en ligne : < http://www.sirc-csars.gc.ca/pdfs/cm_arar_rec-fra.pdf >	508
Canada. <i>Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin</i> (l'honorable Frank Iacobucci, c.r., commissaire), Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2008, en ligne : < http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/commissions/internal_inquiry/2010-03-09/www.iacobucciinquiry.ca/pdfs/documents/final-report-copy-fr.pdf >	508

Canada. <i>Enquête interne sur les actions des responsables canadiens relativement à Abdullah Almalki, Ahmad Abou-Elmaati et Muayyed Nureddin : Supplément au rapport public</i> (l'honorable Frank Iacobucci, c.r., commissaire), Ottawa : Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, 2010, en ligne : < http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/collection_2010/bcp-pco/CP32-90-1-2010-fra.pdf >	508
Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la sécurité publique et nationale. <i>Examen des constats et recommandation émanant des enquêtes Iacobucci et O'Connor : Rapport du Comité permanent de la sécurité publique et nationale</i> , juin 2009, en ligne : < http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=4004074&Mode=1&Parl=40&Ses=2&Language=F >	508
Citoyenneté et Immigration Canada. <i>Guide sur les personnes protégées (PP)</i> . Chapitre PP3 : Examen des risques avant renvoi (ERAR), en ligne : < http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/pp/pp03-fra.pdf >	108
Commissariat aux langues officielles. « La communauté francophone de Sudbury », étude produite dans le cadre du projet de recherche : <i>Les indicateurs de vitalité des communautés de langue officielle en situation minoritaire 1 : les francophones en milieu urbain</i> . Ottawa : Commissariat aux langues officielles, 2007, en ligne : < http://www.ocol-clo.gc.ca/docs/f/Vitalite1_SudburyFR.pdf >	23
Denning, Lord. <i>The Discipline of Law</i> . Londres : Butterworths, 1979	108
Forcese, Craig. « Canada's National Security "Complex": Assessing the Secrecy Rules » (2009), 15 <i>IRPP Choices</i> 1, en ligne : < http://www.irpp.org/choices/archive/vol15no5.pdf >	508
Forcese, Craig. <i>National Security Law: Canadian Practice in International Perspective</i> . Toronto : Irwin Law, 2008	508
Fox, Harold G. <i>The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions</i> , 4 ^e éd. Toronto : Carswell, 1969	69
French, Richard D. « The Privy Council Office: Support for Cabinet Decision Making » dans Richard Schultz, Orest M. Kruhlak and John C. Terry, dir. <i>The Canadian Political Process</i> , 3 ^e éd. Toronto : Holt, Rinehart and Winston of Canada, 1979	312
Ghardam, Duncan. « Handing foreign intelligence to British courts to be made illegal », <i>The Telegraph</i> , 7 juillet 2010, en ligne : < http://www.telegraph.co.uk/news/politics/7875900/Handing-foreign-intelligence-to-British-courts-to-be-made-illegal.html >	508
<i>Halsbury's Laws of England</i> , 3 ^e éd., vol. 29, Londres : Butterworths, 1954	69
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 5 ^e éd. supplémemtée. Toronto : Thomson/Carswell, 2007	618
Hughes, Roger T. <i>et al. Hughes & Woodley on Patents</i> , 2 ^e éd., vol. 1, feuilles mobiles. Markham, Ont. : LexisNexis, 2005	69
Jacobs, Laverne A. et Thomas S. Kuttner. « Discovering What Tribunals Do: Tribunal Standing Before the Courts » (2002), 81 <i>R. du B. can.</i> 616	3
Johnson, Marc L. et Paule Doucet. <i>Une vue plus claire : évaluer la vitalité des communautés de langue officielle en situation minoritaire</i> . Ottawa : Commissariat aux langues officielles, 2006, en ligne : < http://www.ocol-clo.gc.ca/docs/f/vitalite_vitalite_f.pdf >	23

Krishna, Vern. <i>The Fundamentals of Income Tax Law</i> . Toronto : Carswell, 2009.	374
MacDonald, Alistair. « U.K. Move Could Hinder U.S. Intelligence Sharing », <i>The Wall Street Journal</i> , 11 février 2010, en ligne : < http://online.wsj.com/article/SB10001424052748703455804575057550493911866.html >	508
Mullan, David J. <i>Administrative Law</i> . Toronto : Irwin Law, 2001	3, 312
Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, DORS/2006-241, <i>Gaz. C.</i> 2006.II.1495	618
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes</i> , 4 ^e éd. Markham, Ont. : Butterworths, 2002	218
Veall, Michael R. « 2B or Not 2B? What Should Have Happened with the Canadian Long Form Census? What Should Happen Now? » (2010), 36 <i>Canadian Public Policy – Analyse de politiques</i> 395, en ligne : < http://utpjournals.metapress.com/content/lx1865n367339703/fulltext.pdf >	23
Ward, Norman. <i>Dawson's The Government of Canada</i> , 6 ^e éd. Toronto : University of Toronto Press, 1987	312
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , McNaughton Revision, vol. 8, Boston : Little, Brown & Co., 1961	508

