



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2021, Vol. 2, Part 3

2021, Vol. 2, 3^e fascicule

Cited as [2021] 1 F.C.R., {
499–701
D17–D22
i–lxxxiii

Renvoi [2021] 1 R.C.F., {
499–701
F21–F27
i–lxxxiii

EDITOR'S NOTE

Please note that an erratum was published in [2021] Volume 3, Part 2. On the cover of the present volume ([2021], Volume 2, Part 3 (book No. 210)) "Cited as [2021] 1" was changed to "Cited as [2021] 2".

The correction has been made to the cover of the present document.

NOTE DE L'ARRÊTISTE

Veillez noter qu'un erratum a été publié dans [2021] Volume 3, 2^e fascicule. Sur la page couverture du présent volume ([2021] Volume 2, 3^e fascicule (livre n° 210)), « Renvoi [2021] 1 » a été remplacé par « Renvoi [2021] 2 ».

La correction a été apportée à la page couverture du présent document.

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r.

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager
LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
NATHAN GAGNIER

Production Coordinator

EMMA KALY

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, MARC A. GIROUX, Commissioner.

© His Majesty the King in Right of Canada, 2022.

Print	Online
Cat. No. JU1-2-1	Cat. No. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-3713	ISSN 1714-373X

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

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY
NATHAN GAGNIER

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiiste 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 MARC A. GIROUX.

© Sa Majesté le Roi du Chef du Canada, 2022.

Imprimé	En ligne
N° de cat. JU1-2-1	N° de cat. JU1-2-1-PDF
ISSN 1714-3713	ISSN 1714-373X

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'arrêtiiste 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.

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: Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-992-2934.

The Federal Courts Reports may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://reports.fja-cmf.gc.ca/eng/>

CONTENTS

Appeals noted	I
Judgments	499–701
Digests.	D17–D22
Title page.	i
List of Judges	iii
Appeals noted in this volume	xv
Table of cases reported in this volume	xvii
Contents of the volume	xxi
Table of cases digested in this volume	xxix
Cases cited	xxxvii
Statutes and regulations cited	lxi
Treaties and other instruments cited	lxxiii
Authors cited	lxxvii

Canada v. Tk'emlúps Te Secwépemc First Nation (F.C.A.) 499

Practice — Discovery — Litigation privilege — Appeal from Federal Court decision made in case management of complex class action involving individuals who attended Indian residential schools located across Canada between 1920–1997 — Appellant arguing that assistance which Federal Court ordering infringing its litigation privilege — Both parties using digital tools to assist in dealing with huge mass of documents involved but several issues arising — Appellant entering mass of documents into document management software, which is database where documents identified, described — Respondents (plaintiffs in case) seeking access to appellant's database to examine documents but discussions with appellant unfruitful

Continued on next page

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 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 : Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2934.

Le Recueil des décisions des Cours fédérales peut être consulté sur Internet au site Web suivant : <http://reports.cmf-fja.gc.ca/fra/>

SOMMAIRE

Appels notés	I
Jugements	499–701
Fiches analytiques.	F21–F27
Page titre	i
Liste des juges.	ix
Appels notés dans ce volume	xv
Table des décisions publiées dans ce volume	xix
Table des matières du volume.	xxv
Table des fiches analytiques publiées dans ce volume	xxxiii
Jurisprudence citée	xlx
Lois et règlements cités.	lxvii
Traités et autres instruments cités	lxxv
Doctrine citée	lxxxi

Canada c. Première Nation Tk'emlúps Te Secwépemc (C.A.F.) 499

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Privilège relatif au litige — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rendue dans le contexte de la gestion d'instance d'un recours collectif complexe concernant des personnes ayant fréquenté des pensionnats indiens situés dans tout le Canada entre 1920 et 1997 — L'appelante a affirmé que l'aide que la Cour fédérale a ordonnée a porté atteinte à son privilège relatif au litige — Les deux parties utilisaient des outils numériques pour les aider à traiter une masse de documents, mais plusieurs difficultés se sont posées — L'appelante a introduits cette masse de documents dans un logiciel de gestion de documents, qui

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

— Thus, respondents approaching Federal Court for assistance — Federal Court ordering appellant to disclose to respondents all field names used in organization, management of its documents; rules appellant utilizing to populate fields with content — Further ordering that appellant disclose any content in its confidential affidavits pertaining to creation, organization, collection, management of its evidence database but excluding privileged content — Appellant appealing from Federal Court's order on ground infringing its litigation privilege in that orders compelling it to disclose matters which came into existence for purpose of defending this claim flowing from operation of residential schools — Whether appellant's document management database protected by litigation privilege; if privileged, whether Federal Court nonetheless could sever portions of documents after engaging in balancing exercise to order partial disclosure notwithstanding appellant's litigation privilege — *Federal Courts Rules*, r. 228 setting out obligation to produce relevant documents for inspection, etc.; however, specifically excluding privileged documents from its scope — Database assembled, stored on computer is document within meaning of rule 222; must be disclosed, produced unless excluded — Non-compellability of privileged documents not consequence of rule 228 but of law as to solicitor-client/litigation privilege — Party attempting to defeat litigation privilege must identify exceptions thereto — Exceptions to solicitor-client privilege, i.e. legal advice privilege, also applying to litigation privilege — Once Federal Court determined that appellant's document management database protected by litigation privilege, onus on respondents to establish existence of exception to privilege applied to whole of document database — This was not done nor could it have been since, on facts of case, none of exceptions to litigation privilege arising herein — Thus, appellant's document management database privileged document whose disclosure could not be compelled since not coming within any exceptions — Therefore, Federal Court could not have ordered its disclosure, production in entirety — Legal privilege rule of substantive law, which cannot be modified by rules of procedure — Here, Federal Court's order subordinating appellant's substantive right to litigation privilege to procedural rules, practice principles, which was error — Rule 4 allowing Federal Courts to deal with gap in Rules — However, given that litigation privilege question of substantive law, rule 4 of no assistance in this case since questions of litigation privilege not procedural matters — Therefore, Federal Court erring in law in ordering production of portions of document that was covered by litigation privilege in absence of legal justification for doing so — Appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

consiste en une base de données dans laquelle les documents sont dotés d'un identifiant et sont décrits — Les intimés (demandeurs dans l'affaire) ont demandé l'accès à la base de données de l'appelante afin d'examiner les documents, mais les discussions avec l'appelante n'ont pas été fructueuses — Les intimés ont donc demandé l'aide de la Cour fédérale — La Cour fédérale a ordonné que l'appelante divulgue aux intimés tous les noms de champs qu'elle avait utilisés dans l'organisation et la gestion de ses documents et les règles que l'appelante avait utilisées pour remplir ces champs avec du contenu — Elle a ordonné en outre à l'appelante de divulguer tout contenu de ses affidavits confidentiels qui avait trait à la création, à l'organisation, à la collecte et à la gestion de sa base de données relatives à la preuve, mais excluant le contenu protégé — L'appelante a interjeté appel de l'ordonnance de la Cour fédérale au motif qu'elle portait atteinte à son privilège relatif au litige en ce que les ordonnances l'obligeaient à divulguer des éléments qui ont été créés dans le but de défendre sa cause découlant de l'exploitation des pensionnats — Il s'agissait de savoir si la base de données de gestion des documents de l'appelante était protégée par le privilège relatif au litige et, si elle était privilégiée, si la Cour fédérale pouvait néanmoins expurger certaines parties des documents après avoir procédé à un exercice de pondération dans le but d'ordonner sa communication partielle malgré le privilège de l'appelante relatif au litige — La règle 228 des *Règles des Cours fédérales* énonce l'obligation de produire les documents pertinents pour inspection, etc., mais elle exclut expressément les documents privilégiés de son champ d'application — Une base de données assemblée et stockée dans un ordinateur est un document au sens de la règle 222 et, sauf exclusion, doit être divulguée et produite — Le fait que l'on ne puisse exiger la production des documents privilégiés n'est pas une conséquence de la règle 228, mais du droit régissant le secret professionnel liant l'avocat à son client ou le privilège relatif au litige — Une partie qui tente de faire échec au privilège relatif au litige doit soulever une exception à celui-ci — Les exceptions au secret professionnel de l'avocat, c'est-à-dire le privilège de la consultation juridique, s'appliquent également au privilège relatif au litige — Une fois que la Cour fédérale a constaté que la base de données de gestion des documents de l'appelante était protégée par le privilège relatif au litige, il incombait aux intimés d'établir l'existence d'une exception au privilège appliqué à l'ensemble de la base de données de documents — Cela n'a pas été fait et n'aurait pas pu l'être puisque, compte tenu des faits de l'espèce, aucune des exceptions au privilège relatif au litige n'existait — Par conséquent, la base de données de gestion des documents de l'appelante était un document privilégié dont la divulgation ne pouvait être imposée, puisqu'il ne relevait d'aucune

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Toor v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) 521

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) decision denying applicants' request for adjournment of their admissibility hearing before ID until criminal charges against them determined — Applicants, Indian citizens, husband, wife — Charged with certain offences under *Controlled Drugs and Substances Act* (CDSA) when entering Canada from United States — Also facing allegations of inadmissibility pursuant to *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA), s. 37(1)(b) for engaging in transnational crime — During admissibility proceedings, applicants filed separate motions seeking to adjourn their hearing — Applicants submitted in particular that ID's decision unreasonable because violated their right to fair hearing, right against self-incrimination under *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 13 — Contended that ID failed to apply *Immigration Division Rules*, r. 43(2), unreasonably faulted them for not disclosing evidence they feared would not be protected in criminal proceedings — Whether Court should exercise its discretion to intervene before final decision rendered; whether ID's refusal to adjourn admissibility proceedings reasonable — Present matter one of rare situations where necessary to exercise discretion, intervene before final decision rendered — Right against self-incrimination one of fundamental principles of criminal law; constitutionally entrenched by Charter, ss. 11(c), 13; it enjoys residual protection under Charter, ss. 7, 24 — Use immunity, derivative use immunity constituting procedural safeguards against testimonial self-incrimination created by case law — In present case, applicants not previously testifying, not compelled to testify — If their testimony before ID gave rise to incriminating derivative

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

exception — Ainsi, la Cour fédérale n'aurait pas pu ordonner sa divulgation et sa production dans son intégralité — Le privilège juridique est une règle de fond qui ne peut être modifiée par les règles de procédure — En l'espèce, l'ordonnance de la Cour fédérale a subordonné le droit fondamental de l'appelante au privilège relatif au litige aux règles de procédure et aux principes de pratique, et il s'agissait d'une erreur — La règle 4 permet à la Cour fédérale de combler une lacune des Règles — Toutefois, étant donné que le privilège relatif au litige est une question de droit substantiel, la règle 4 n'était d'aucune utilité en l'espèce, puisque les questions de privilège relatif au litige ne sont pas des questions de procédure — Par conséquent, la Cour fédérale a commis une erreur de droit en ordonnant la production de parties d'un document qui était couvert par le privilège relatif au litige en l'absence de justification juridique — Appel accueilli.

Toor c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.) 521

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a rejeté la demande de report de l'enquête sur l'interdiction de territoire des demandeurs devant la SI jusqu'à ce que les accusations criminelles qui pesait contre eux soient tranchées — Les demandeurs, des citoyens Indiens, sont mariés — Ils ont été accusés relativement à certaines infractions aux termes de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* lorsqu'ils sont entrés au Canada à partir des États-Unis — Ils ont fait aussi l'objet d'allégations d'interdiction de territoire pour criminalité transnationale au sens de l'art. 37(1)(b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* — Dans le cadre de leur enquête, les demandeurs ont présenté des requêtes séparées demandant le report de leur audience — Ils ont soutenu notamment que la décision de la SI était déraisonnable parce qu'elle portait atteinte à leur droit à une audience équitable et à leur droit à la protection contre l'auto-incrimination aux termes des art. 7 et 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* — Ils ont affirmé que la SI avait omis d'appliquer le paragraphe 43(2) des *Règles de la Section de l'immigration* et avait eu tort de leur reprocher de ne pas avoir communiqué les éléments de preuve qui ne seraient pas protégés, craignaient-ils, lors du procès criminel — Il était question de savoir si la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'intervenir avant qu'une décision finale ne soit rendue; si le refus de la SI de reporter l'enquête était raisonnable — Il s'agissait de l'une de ces rares situations dans lesquelles la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'intervenir avant qu'une décision finale ne soit rendue — Le droit de ne pas s'incriminer est l'un des

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

evidence that did not attract immunity at criminal trials, judicial review at end of proceedings would not provide effective remedy as testimony would have already been given — Given uncertainty in case law regarding application of derivative use immunity to applicants if they testified voluntarily at admissibility hearing, finding that judicial review could fail to provide effective remedy, threshold for early intervention met — ID not erring by not considering factors listed in *Immigration Division Rules*, r. 43(2) — Reasonable for ID to find that potential use of any derivative evidence was at that point highly speculative, conjectural — Applicants' request based on circumstances that were undefined, speculative — Given this determination, not necessary to determine whether applicants' voluntary testimony would attract protection of derivative use immunity — Furthermore, ID reasonably suggested that applicants request other protective measures that could address their concerns, allow admissibility hearings to proceed in timely manner — Applicants failed to demonstrate that specific procedural mechanisms would not address their concerns of fairness, confidentiality regarding potential use of derivative evidence that could result from their testimony if they chose to testify — Applications dismissed.

Bertrand v. Acho Dene Koe First Nation (F.C.) 544

Aboriginal Peoples — Elections — Judicial review challenging the validity of *First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases)* (Regulations), s. 4, respondent Acho Dene Koe First Nation Band council's decision to postpone elections — S. 4 stating council of First Nation chosen according to custom may extend term of office to prevent, mitigate or control spread of diseases on reserve — Acho Dene Koe First Nation council chosen according to custom — 2007 election code setting term of office

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

principes fondamentaux du droit criminel; il est reconnu par la Constitution aux art. 11c) et 13 de la Charte, et bénéficie d'une protection résiduelle aux art. 7 et 24 de la Charte — L'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée sont des garanties procédurales contre le témoignage incriminant qui ressortent de la jurisprudence — En l'espèce, les demandeurs n'avaient pas déjà témoigné et n'avaient pas été contraints de témoigner — Si leur témoignage devant la SI créerait une preuve dérivée incriminante à l'égard de laquelle l'immunité ne serait pas conférée dans les instances criminelles, le contrôle judiciaire à l'issue des procédures ne constituerait pas un recours efficace, puisque la déposition aurait déjà été faite — Compte tenu de l'incertitude dans la jurisprudence au regard de l'application de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée aux demandeurs si ces derniers témoignaient volontairement lors de l'enquête les concernant ainsi que de la conclusion voulant que le contrôle judiciaire à la fin de la procédure puisse ne pas offrir un recours efficace, le critère pour une intervention précoce a été rempli — La SI n'a pas commis d'erreur en ne prenant pas en compte les facteurs qui sont énumérés au paragraphe 43(2) des Règles de la SI — Il était raisonnable que la SI conclue que la possibilité que des éléments de preuve dérivée soient utilisés était à ce stade très hypothétique et conjecturale — La requête des demandeurs reposait sur un ensemble de circonstances imprécises et conjecturales — Étant donné cette décision, il n'était pas nécessaire d'établir à ce stade si, en témoignant volontairement, les demandeurs bénéficieraient de la protection contre l'utilisation de la preuve dérivée — De plus, la SI a de manière raisonnable proposé que les demandeurs demandent d'autres mesures de protection pour dissiper leurs préoccupations et permettre la tenue des enquêtes en temps opportun — Les demandeurs n'ont pas démontré que certains mécanismes procéduraux ne sauraient dissiper leurs préoccupations relativement à l'équité et à la confidentialité quant à l'utilisation possible d'éléments de preuve dérivée à la suite de leur témoignage s'ils décidaient de témoigner — Demandes rejetées.

Bertrand c. Première Nation Acho Dene Koe (C.F.) 544

Peuples autochtones — Élections — Contrôle judiciaire contestant la validité de l'art. 4 du *Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations* (prévention de maladies) (le Règlement) et la décision du conseil de bande de la Première Nation Acho Dene Koe de reporter ses élections — L'art. 4 prescrit que le conseil d'une Première Nation dont le chef et les conseillers sont choisis selon la coutume de celle-ci peut proroger le mandat du chef et des conseillers si la prorogation est

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

of council at three years — Resolution purporting to adopt 2007 election code — Federal government making Regulations in response to concerns related to COVID-19 — Invoking Regulations, Acho Dene Koe council adopting resolution postponing elections, extending term of council — Also arguing 2007 election code acquiring force of custom, allowing it to extend term of office in “exigent circumstances” — Whether extension of council’s term of office, postponement of election valid — Whether Regulations, s. 4 valid — 2007 code not validly enacted or acquiring force of custom — Recognition of custom tied to consent of governed — 2007 draft code not enacted in manner attracting broad consensus of community — Council could not by way of resolution purport to “adopt” 2007 code — Cannot circumvent principle of consensus of community — Acho Dene Koe failing to demonstrate that power to extend its term of office firmly established, followed by majority of community — Power to extend difficult to reconcile with consistent practice of fixed-term elections — Self-government not translating into unlimited powers for First Nations councils — Where First Nations not having enacted positivistic laws, self-government manifesting itself through broad consensus of community — Council could not rely on custom to extend its term of office beyond usual term — Regulations, s. 4 *ultra vires*, invalid — English version of Indian Act, s. 73(1)(f) basis for respondent Attorney General’s suggestion that Parliament intending to delegate power circumscribed only by its purpose, namely, to prevent, mitigate, control spread of diseases — French version of s. 73(1)(f) focusing not only on aims of measures, but also on means — More precise, compatible with Parliament’s intent — Sufficient indications in *Indian Act* to conclude that Regulations *ultra vires* — Parliament cannot have intended that a regulatory power applying only to First Nation reserves would encompass governance issues, in particular elections — Regulations directly regulating basic parameter of democracy, i.e. length of term of elected officials — Parliament cannot have contemplated that such a crucial feature could be changed by incidental effect of regulations made for entirely different purpose — Tolerating invalid exercise of power because it was done for a good reason incompatible with rule of law — Fact Regulations desirable from policy perspective having no bearing on their validity — Declarations issued that council lacked power to extend its own term of office, that Regulations, s. 4 *ultra vires*, invalid.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

nécessaire pour la prophylaxie de maladies dans la réserve — Le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe a été choisi selon la coutume — Le code électoral de 2007 a fixé la durée du mandat du conseil à trois ans — Une résolution prétendait adopter le code électoral de 2007 — En réponse à certaines préoccupations liées à la COVID-19, le gouvernement fédéral a pris le Règlement — Se fondant sur ce règlement, la Première Nation Acho Dene Koe a reporté ses élections et prorogé le mandat de son conseil — Elle a affirmé également que le code électoral de 2007 avait acquis la force d’une coutume et lui permettait de proroger son propre mandat dans une « situation d’urgence » — Il s’agissait de savoir si la prorogation du mandat du conseil et le report de l’élection étaient valides — Il s’agissait également de savoir si l’art. 4 du Règlement est valide — Le code de 2007 n’a pas été valablement promulgué ou acquis la force d’une coutume — La reconnaissance de la coutume est liée au concept du consentement des gouvernés — Le projet de code de 2007 n’a pas été promulgué d’une manière qui a recueilli un large consensus au sein de la communauté — Le conseil ne pouvait pas, au moyen de sa résolution, prétendre « adopter » le code de 2007 — Il ne peut pas contourner le principe du consensus au sein de la communauté — La Première Nation Acho Dene Koe n’a pas réussi à démontrer que le pouvoir de proroger son mandat est fermement établi et suivi par une majorité de la communauté — Il est difficile de concilier un pouvoir de prorogation avec la pratique uniforme d’élections à durée déterminée — L’autonomie gouvernementale ne se traduit pas par des pouvoirs illimités pour les conseils des Premières Nations — Lorsqu’une Première Nation n’a pas adopté de lois positivistes, c’est par le large consensus de la communauté que s’exerce l’autonomie gouvernementale — Le conseil ne peut pas se fonder sur la coutume pour proroger son mandat au-delà de la durée habituelle — L’art. 4 du Règlement outrepassa le pouvoir conféré par sa loi habilitante et est invalide — La version anglaise de l’art. 73(1)(f) de la *Loi sur les Indiens* est le fondement de la prétention du procureur général, défendeur, selon laquelle le législateur avait l’intention de déléguer un pouvoir circonscrit uniquement par son objectif, à savoir « *to prevent, mitigate and control the spread of diseases* » (prévenir, atténuer et contrôler la propagation des maladies) — La version française de l’art. 73(1)(f) met l’accent non seulement sur les objectifs des mesures, mais aussi sur les moyens — Elle est plus précise et plus compatible avec l’intention du législateur — Il y a suffisamment d’indications dans la *Loi sur les Indiens* pour conclure que le Règlement outrepassa le pouvoir conféré par sa loi habilitante — Il n’est pas possible que le législateur ait voulu qu’un pouvoir réglementaire qui ne s’applique qu’aux réserves des Premières Nations englobe les questions de gouvernance, en

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. v. M-I L.L.C. (F.C.A.) 582

Patents — Infringement — Appeal from Federal Court decision finding that certain claims of respondent's Canadian Patent No. 2664173 ('173 patent) valid, infringed by appellants — '173 patent relating to shale shakers used in oil, gas industry; describing desire to improve rate, efficiency at which shakers remove liquid from cuttings or other solids — Issues: how should claim elements be construed; whether there was infringement; whether there was invalidity; whether there was breach of procedural fairness — Regarding claim construction, Federal Court not erring in its construction of patent claims at issue, not erring in weighing of evidence adduced — Respondent's motivation in amending claims not, by itself, telling in terms of claim construction or patent validity — Concerning infringement, text of Patent Act, s. 55(2) examined, not suggesting that pre-issuance infringer can avoid liability by discontinuing its activities prior to issuance of patent — No indication in Act, s. 55(2) that infringing activity must continue after issuance of patent — Inducing infringement merely form of patent infringement, not distinct tort; no reason to treat pre-issuance infringement by inducement differently from direct pre-issuance infringement — Federal Court not erring regarding finding of infringement — Also, no basis for liability for inducement to be avoided based on timing of instructions or any lack of evidence that customers induced by instructions given — Federal Court also not erring in consideration of Gillette defence appellants raising — Success of Gillette defence not depending on conclusion that claim in question invalid for anticipation or obviousness — In circumstances such as present case, where court construed claims in issue, determined which claims valid or not, found certain valid claims to be infringed, consideration of Gillette defence superfluous, unnecessary — As to anticipation, Federal Court not erring, not failing to consider anticipation on claim-by-claim basis — Federal Court finding that

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

particulier les élections — Le Règlement régleme directement l'un des paramètres fondamentaux de la démocratie, à savoir la durée du mandat des élus — Le législateur ne peut avoir envisagé qu'une caractéristique aussi essentielle puisse être modifiée par un effet accessoire d'un règlement pris dans un but entièrement différent — Tolérer l'exercice invalide d'un pouvoir parce qu'il y avait de bonnes raisons d'agir ainsi est incompatible avec la primauté du droit — Le fait que les règlements semblent être souhaitables d'un point de vue politique n'a aucune incidence sur leur validité — Il a été déclaré que le conseil n'avait pas le pouvoir de proroger son propre mandat et que l'art. 4 du Règlement outrepassa le pouvoir conféré par sa loi habilitante et est invalide.

Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. c. M-I L.L.C. (C.A.F.) 582

Brevets — Contrefaçon — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a conclu que certaines revendications de l'intimée concernant le brevet canadien n° 2664173 (le brevet '173) étaient valides et que les appelantes les avaient contrefaites — Le brevet '173 concerne des tamis vibrants qui sont utilisés dans l'industrie pétrolière et gazière; il décrit une volonté d'augmenter la vitesse du débit à laquelle les tamis séparent le fluide des déblais ou d'autres solides — Il s'agissait de savoir : comment interpréter les éléments de la revendication; s'il y a eu contrefaçon; s'il y a eu invalidité; et s'il y a eu manquement à l'équité procédurale — En ce qui concerne l'interprétation de la revendication, la Cour fédérale n'a pas mal interprété les revendications de brevet en litige et elle n'a pas mal compris la preuve produite — L'intention de l'intimée de modifier les revendications n'était pas, en soi, révélatrice pour ce qui est de l'interprétation des revendications ou de la validité du brevet — En ce qui concerne la contrefaçon, le libellé de l'art. 55(2) de la *Loi sur les brevets* a été examiné; il n'y a rien dans ce dernier indiquant qu'une personne, qui accomplit un acte de contrefaçon antérieur à la délivrance d'un brevet, peut se dégager de sa responsabilité en cessant ses activités avant la délivrance du brevet — Quant à la question de l'incitation à la contrefaçon, il s'agit simplement d'une forme de contrefaçon de brevet, et non d'un délit distinct; il n'y a pas lieu de faire une distinction entre une contrefaçon par incitation antérieure à la délivrance d'un brevet et une contrefaçon directe antérieure à la délivrance d'un brevet — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur en ce qui concerne la conclusion de contrefaçon — En outre, rien ne justifiait qu'une partie se dégage de sa responsabilité en se fondant sur la date à laquelle elle a donné ses instructions ou sur l'absence de preuve selon laquelle elle incitait ses clients à contrefaire au moyen des instructions — En ce qui concerne le moyen de défense fondé sur l'arrêt Gillette

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

some claims of '173 patent anticipated, others not — Clearly, Federal Court understood analysis of anticipation, performed its analysis as required — Concerning obviousness, Federal Court considering each of potential inventive concepts identified by expert evidence, indicating preference for one expert's view that claims in dispute valid — No indication that Federal Court's approach resulting in any reviewable error — Four-step test set out in *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, one way to assess obviousness but not mandatory — Only mandatory considerations those laid out in Act, s. 28.3, which concerns obviousness to person skilled in art or science to which invention pertaining — On the matter of insufficiency, Federal Court did not fail to consider any evidence — Committing no error in finding patent not insufficient — With respect to ambiguity, Federal Court's approach thereto not error of law — Nor did Federal Court err in law, misunderstand or fail to consider evidence or appellants' arguments on inutility — As to overbreadth, distinct ground of invalidity to be considered separately — Although appellants arguing that claims of '173 patent invalid on grounds of overbreadth, arguments rejected — Regarding addition of new subject matter as provided in Act, s. 38.2(2), provision not suggesting strict test, not providing explicitly for patent revocation unlike in U.K. — Act, s. 38.2(1) providing that subject to certain limitations, patent application may be amended — Federal Court not erring in ruling that surrounding circumstances not relevant to whether s. 38.2(2) respected — Also not erring in finding that feature of preventing stalling of slurry in present case at least reasonably inferable from original patent application — Since Federal Court not erring in invalidity findings, not necessary to address appellants' arguments on remedies — Finally, as to procedural fairness, parties' submission of expert reports constituted undertaking to Court to call those experts as witnesses at trial — Appellants' right to cross-examine constrained by their undertaking, which was voluntary — Procedural fairness not breached — Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

invoqué par les appelantes, la Cour fédérale n'a commis aucune erreur dans l'examen de celui-ci — Pour qu'un moyen de défense fondé sur l'arrêt Gillette soit accueilli, il n'est pas nécessaire de conclure que la revendication en question est non valide pour cause d'antériorité ou d'évidence — Dans les circonstances comme celles de la présente affaire, dans laquelle la Cour a interprété les revendications en litige, établi les revendications qui sont valides et celles qui ne le sont pas, et conclu que certaines revendications valides ont été contrefaites, l'examen du moyen de défense fondé sur l'arrêt Gillette était inutile — En ce qui concerne l'antériorité, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en ne tenant pas compte de l'antériorité pour chacune des revendications — La Cour fédérale a conclu que certaines des revendications du brevet '173 ont été antériorisées, tandis que cela n'a pas été le cas pour d'autres — Manifestement, la Cour fédérale a compris qu'il faut effectuer une analyse de l'antériorité, et c'est ce qu'elle a fait — En ce qui concerne l'évidence, la Cour fédérale a examiné chacun des concepts inventifs relevés par la preuve d'expert et a privilégié l'opinion d'un expert selon laquelle les revendications en litige étaient valides — Il n'y avait rien qui indiquait que l'approche adoptée par la Cour fédérale a entraîné une erreur susceptible de révision — La démarche à quatre volets énoncée dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.* est un moyen d'évaluer l'évidence, mais il n'est pas obligatoire — Les seuls examens obligatoires sont ceux exposés à l'art. 28.3 de la Loi, qui porte sur l'évidence pour une personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention — En ce qui concerne l'insuffisance, la Cour fédérale n'a pas omis d'examiner les éléments de preuve — Elle n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que le brevet n'était pas insuffisant — En ce qui concerne l'ambiguïté, l'approche de la Cour fédérale n'était pas une erreur de droit — Et la Cour fédérale n'a commis aucune erreur de droit, ni mal compris les éléments de preuve ou les arguments des appelantes sur l'inutilité ou omis de les examiner — En ce qui concerne la portée excessive, il s'agit d'un motif d'invalidité distinct qui doit être examiné séparément — Les appelantes ont affirmé que les revendications du brevet '173 étaient non valides relativement aux motifs de portée excessive, mais ces arguments ont été rejetés — En ce qui concerne l'ajout d'un nouvel objet comme le prévoit l'art. 38.2(2) de la Loi, la disposition n'indique pas un critère strict ni n'envisage explicitement la révocation d'un brevet, contrairement à la disposition en question au Royaume-Uni — L'art. 38.2(1) de la Loi dispose que, sous réserve de certaines limites, une demande de brevet peut être modifiée — La décision de la Cour fédérale selon laquelle les circonstances ne sont pas pertinentes pour déterminer si l'art. 38.2(2) a été respecté n'était pas erronée — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Patents — Practice — Federal Court finding that certain claims of respondent's Canadian Patent No. 2664173 ('173 patent) valid, infringed by appellants — That decision appealed — Whether trial before Federal Court procedurally fair — Parties' submission of expert reports constituted undertaking to Court to call those experts as witnesses at trial — Such undertaking became particularly important here since parties also agreeing to present experts' evidence out of usual order — While general principle being that parties can cross-examine as they wish, appellants' right to cross-examine constrained by their undertaking to Federal Court to call their experts as witnesses — Undertaking was voluntary — At trial, Federal Court giving appellants option of withdrawing their undertaking or to comply with it; such option appropriate, necessary to ensure fair trial — Also, while option granted to appellants in present case, it was Federal Court's discretion to do so — Federal Court could have required that appellants comply with their undertaking.

Canada (Health) v. GlaxoSmithKline Biologicals S.A. (F.C.A.) 647

Patents — Appeal from Federal Court decision setting aside Minister of Health's decision refusing to issue certificate of supplementary protection (CSP) to respondent in respect of its Canadian Patent No. 2600905 ('905 patent), drug SHINGRIX — Notice of compliance issued for SHINGRIX identifying antigen as only medicinal ingredient — Minister of view '905 Patent not meeting *Certificate of Supplementary*

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

non plus en concluant que la caractéristique visant à éviter le blocage par la boue dans la présente affaire pouvait, à tout le moins, être inférée de manière raisonnable de la demande de brevet originale — Étant donné que la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur dans ses conclusions concernant l'invalidité, il n'était pas nécessaire d'examiner les prétentions des appelantes concernant les mesures de redressement — Enfin, en ce qui concerne l'équité procédurale, la présentation par les parties de rapports d'experts constituait un engagement devant la Cour à appeler ces experts à comparaître à l'instruction — Le droit des appelantes de contre-interroger était limité par leur engagement, qui était volontaire — Il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale — Appel rejeté.

Brevets — Pratique — La Cour fédérale a conclu que certaines revendications de l'intimée concernant le brevet canadien n° 2664173 (le brevet '173) étaient valides et que les appelantes les avaient contrefaites — Il a été interjeté appel de cette décision — Il s'agissait de savoir si le procès tenu devant la Cour fédérale était équitable sur le plan de la procédure — La présentation par les parties de rapports d'experts constituait un engagement devant la Cour à appeler ces experts à comparaître à l'instruction — Cet engagement est devenu particulièrement important en l'espèce, car les parties ont également accepté de présenter les éléments de preuve des experts en suivant un ordre inhabituel — Bien que le principe général veuille que les parties aient le droit de mener un contre-interrogatoire comme elles le souhaitent, le droit des appelantes de contre-interroger était limité par leur engagement devant la Cour fédérale à appeler leurs experts à comparaître à titre de témoins — Cet engagement était volontaire — Au procès, la Cour fédérale a donné aux appelantes la possibilité de retirer leur engagement plutôt que de le respecter; il convenait d'enjoindre aux appelantes de choisir et il était nécessaire de veiller à ce que le procès soit équitable — En outre, bien que cette possibilité ait été accordée aux appelantes en l'espèce, la décision de le faire a été laissée à l'appréciation de la Cour fédérale — La Cour fédérale aurait pu simplement exiger que les appelantes respectent leur consentement.

Canada (Santé) c. GlaxoSmithKline Biologicals S.A. (C.A.F.) 647

Brevets — Appel d'une décision rendue par la Cour fédérale, qui a annulé la décision du ministre de la Santé de refuser de délivrer un certificat de protection supplémentaire (CPS) à l'intimée à l'égard du brevet canadien n° 2600905 (le brevet '905) et du médicament SHINGRIX — Selon un avis de conformité délivré pour SHINGRIX, l'antigène était le seul ingrédient médicinal — Le ministre estimait que le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Protection Regulations (CSP Regulations), s. 3(2) requirements since claims directed to formulation, not to “the medicinal ingredient or combination of all the medicinal ingredients” contained in SHINGRIX vaccine — Holding that '905 patent not including claim for approved medicinal ingredient (antigen) contained in drug SHINGRIX — Also holding that position consistent with *Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European and its Member States* (CETA) — Respondent arguing key active part of vaccine must include adjuvant — Federal Court noting that “active ingredient”, term used in CETA, would include adjuvant — Of view that Minister adopting administrative tunnel vision by requiring that medicinal ingredient have independent desired effect on body — Whether Minister’s interpretation, application of term “medicinal ingredient” reasonable — Whether Minister’s interpretation, application of CSP provisions to exclude patent claims directed to a formulation reasonable — Minister’s decision reasonable — Federal Court not applying applicable standard of review correctly — Legislator using words “claim for the medicinal ingredient” in *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (PMNOC Regulations) to make it clearer that such claim not a claim to the drug — Terms “active ingredient”, “medicinal ingredient” referring to same thing — Minister adopting construction consistent with CETA, interpretation of medicinal ingredient applied under Canada’s domestic legislation — Minister adopting reasonable interpretation of words “medicinal ingredient” — Making scientific determination that adjuvant not medicinal ingredient — Minister reasonably concluding that antigen only medicinal ingredient here — Not incumbent on legislator to exclude expressly from eligibility patent claims directed to a formulation — 2006 amendments to PMNOC Regulations acknowledging distinction between claim for medicinal ingredient, claim for formulation — New definitions intending to bear their established meaning under extensive body of case law interpreting “claim for the medicine itself” — Reasonable to conclude that claim for medicinal ingredient referring only to claim for antigen, not mixture of ingredients in approved drug — Legislator endeavouring to adopt text consistent with definition of “basic patent” at CETA, Article 20.27 — No reason to conclude that s. 3(2) inconsistent with Canada’s obligation under Article 20.27 — Patent protecting the product (i.e. active ingredient) consistent with requirement that there be claim for medicinal ingredient — Appeal allowed.

SOMMAIRE (Suite)

brevet '905 ne répondait pas aux exigences de l’art. 3(2) du *Règlement sur les certificats de protection supplémentaire* (Règlement sur les CPS), car ses revendications portaient sur une formulation et non sur « l’ingrédient médicinal ou [...] la combinaison de tous les ingrédients médicinaux » contenus dans le vaccin SHINGRIX — Il a conclu que le brevet '905 ne contenait pas de revendication de l’ingrédient médicinal approuvé (l’antigène) contenu dans la drogue SHINGRIX — Il a conclu aussi que cette thèse était conforme à l’*Accord économique et commercial global entre le Canada et l’Union européenne* (l’AECG) — L’intimée a fait valoir que la partie active essentielle du vaccin doit comprendre l’adjuvant — La Cour fédérale a indiqué que l’expression « principe actif », qui est utilisée dans l’AECG, vise les adjuvants — Elle a dit être d’avis que le ministre a adopté un point de vue administratif étroit en exigeant que l’ingrédient médicinal produise, de façon indépendante, l’effet recherché dans l’organisme — Il s’agissait de savoir si l’interprétation et l’application qu’a faites le ministre du terme « ingrédient médicinal » étaient raisonnables — Il s’agissait également de savoir si l’interprétation et l’application qu’a faites le ministre des dispositions du Règlement sur les CPS, de manière à exclure les revendications de brevet portant sur une formulation, étaient raisonnables — La décision du ministre était raisonnable — La Cour fédérale n’a pas correctement appliqué la norme de contrôle applicable — Le législateur a utilisé l’expression « revendication de l’ingrédient médicinal » dans le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (Règlement sur les MB(AC)) afin d’établir plus clairement que cette revendication n’en est pas une portant sur la drogue — Les expressions « ingrédient ou principe actif » et « ingrédient médicinal » désignent la même chose — L’interprétation faite par le ministre est compatible avec l’AECG ainsi qu’avec l’interprétation du terme « ingrédient médicinal » au sens des lois canadiennes — Le ministre a adopté une interprétation raisonnable des mots « ingrédient médicinal » — Il a rendu une décision scientifique selon laquelle l’adjuvant n’était pas un ingrédient médicinal — Il a conclu raisonnablement que le seul ingrédient médicinal en l’espèce était l’antigène — Le législateur n’était pas tenu de rendre expressément inadmissibles les revendications de brevet visant une formulation — Les modifications apportées au Règlement sur les MB(AC) en 2006 ont eu pour effet de reconnaître la distinction entre la revendication de l’ingrédient médicinal et la revendication de la formulation — Le sens des nouvelles définitions devait être celui que leur avait conféré l’abondante jurisprudence interprétant l’expression « revendication pour le médicament en soi » — Il était raisonnable de conclure que la revendication de l’ingrédient médicinal vise uniquement la revendication de l’antigène, et non un mélange d’ingrédients dans

Suite à la page suivante

SOMMAIRE (Fin)

un médicament approuvé — Le législateur a tenté d'adopter un texte qui serait compatible avec la définition de « brevet de base » figurant à l'art. 20.27 de l'AECG — Il n'y avait aucune raison de conclure que l'art. 3(2) va à l'encontre de l'obligation qui incombe au Canada au titre de l'art. 20.27 — Un brevet qui protège le produit (c'est-à-dire le principe actif) est conforme à l'exigence voulant que le brevet doive comporter une revendication de l'ingrédient médicinal — Appel accueilli.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Mohr v. National Hockey League, T-1080-20, 2021 FC 488, has been affirmed on appeal (A-182-21, 2022 FCA 145), reasons for judgment handed down August 17, 2022. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

SUPREME COURT OF CANADA

Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374, has been affirmed on appeal (2022 SCC 30). The reasons for judgment, handed down July 15, 2022, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Bangloy v. Canada (Attorney General), A-42-21, 2021 FCA 245, Rivoalen J.A., judgment dated December 30, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused August 4, 2022.

M.S. v. Canada, A-291-20, 2021 FCA 225, Noël C.J., judgment dated November 22, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused July 28, 2022.

Mudie v. Canada (Attorney General), A-105-21, 2021 FCA 239, de Montigny J.A., judgment dated December 9, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused August 4, 2022.

National Benefit Authority Corporation v. Canada, A-194-20, 2022 FCA 17, Woods J.A., judgment dated February 1, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused August 4, 2022.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Mohr c. Ligue nationale de hockey*, T-1080-20, 2021 CF 488, a été confirmée en appel (A-182-21, 2022 CAF 145), les motifs du jugement ayant été prononcés le 17 août 2022. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374, a été confirmé en appel (2022 CSC 30). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 15 juillet 2022, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Bangloy c. Canada (Procureur général), A-42-21, 2021 CAF 245, la juge Rivoalen, J.C.A., jugement en date du 30 décembre 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 août 2022.

M.S. c. Canada, A-291-20, 2021 CAF 225, le juge en chef Noël, jugement en date du 22 novembre 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 28 juillet 2022.

Mudie c. Canada (Procureur général), A-105-21, 2021 CAF 239, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 9 décembre 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 août 2022.

National Benefit Authority Corporation c. Canada, A-194-20, 2022 CAF 17, la juge Woods, J.C.A., jugement en date du 1^{er} février 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 août 2022.

**Federal Courts
Reports**

2021, Vol. 2, Part 3

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2021, Vol. 2, 3^e fascicule

A-92-20
2020 FCA 179

A-92-20
2020 CAF 179

Her Majesty the Queen in right of Canada (*Appellant*)

Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*appelante*)

v.

c.

Chief Shane Gottfriedson, on his own behalf and on behalf of all the members of the Tk'emlúps te Secwépemc Indian Band and the Tk'emlúps te Secwépemc Indian Band, Chief Garry Feschuk, on his own behalf and on behalf of all the members of the Sechelt Indian Band and the Sechelt Indian Band, Violet Catherine Gottfriedson, Charlotte Anne Victorine Gilbert, Diena Marie Jules, Amanda Deanne Big Sorrel Horse, Darlene Matilda Bulpit, Frederick Johnson, Daphne Paul, and Rita Poulsen (*Respondents*)

Le Chef Shane Gottfriedson, pour son propre compte et au nom de tous les membres de la Bande indienne Tk'emlúps Te Secwépemc et de la Bande indienne Tk'emlúps Te Secwépemc, le Chef Garry Feschuk, pour son propre compte et au nom de tous les membres de la Bande indienne Sechelt et de la Bande indienne Sechelt, de même que Violet Catherine Gottfriedson, Charlotte Anne Victorine Gilbert, Diena Marie Jules, Amanda Deanne Big Sorrel Horse, Darlene Matilda Bulpit, Frederick Johnson, Daphne Paul et Rita Poulsen (*intimés*)

INDEXED AS: CANADA v. TK'EMLÚPS TE SECWÉPEMC FIRST NATION

RÉPERTORIÉ : CANADA C. PREMIÈRE NATION TK'EMLÚPS TE SECWÉPEMC

Federal Court of Appeal, Pelletier, Near and Boivin J.J.A.—
By videoconference, September 1; Ottawa, October 26,
2020.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Near et Boivin,
J.C.A.—Par vidéoconférence, 1^{er} septembre; Ottawa,
26 octobre 2020.

Practice — Discovery — Litigation privilege — Appeal from Federal Court decision made in case management of complex class action involving individuals who attended Indian residential schools located across Canada between 1920 and 1997 — Appellant arguing that assistance which Federal Court ordering infringing its litigation privilege — Both parties using digital tools to assist in dealing with huge mass of documents involved but several issues arising — Appellant entering mass of documents into document management software, which is database where documents identified, described — Respondents (plaintiffs in case) seeking access to appellant's database to examine documents but discussions with appellant unfruitful — Thus, respondents approaching Federal Court for assistance — Federal Court ordering appellant to disclose to respondents all field names used in organization, management of its documents; rules appellant utilizing to populate fields with content — Further ordering that appellant disclose any content in its confidential affidavits pertaining to creation, organization, collection, management of its evidence database but excluding privileged content — Appellant appealing from Federal Court's order on ground infringing its litigation privilege in that orders compelling it to disclose matters which came into existence for purpose of defending this claim flowing from operation of residential schools — Whether appellant's document management

Pratique — Communication de documents et interrogatoire préalable — Privilège relatif au litige — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rendue dans le contexte de la gestion d'instance d'un recours collectif complexe concernant des personnes ayant fréquenté des pensionnats indiens situés dans tout le Canada entre 1920 et 1997 — L'appelante a affirmé que l'aide que la Cour fédérale a ordonnée a porté atteinte à son privilège relatif au litige — Les deux parties utilisaient des outils numériques pour les aider à traiter une masse de documents, mais plusieurs difficultés se sont posées — L'appelante a introduits cette masse de documents dans un logiciel de gestion de documents, qui consiste en une base de données dans laquelle les documents sont dotés d'un identifiant et sont décrits — Les intimés (demandeurs dans l'affaire) ont demandé l'accès à la base de données de l'appelante afin d'examiner les documents, mais les discussions avec l'appelante n'ont pas été fructueuses — Les intimés ont donc demandé l'aide de la Cour fédérale — La Cour fédérale a ordonné que l'appelante divulgue aux intimés tous les noms de champs qu'elle avait utilisés dans l'organisation et la gestion de ses documents et les règles que l'appelante avait utilisées pour remplir ces champs avec du contenu — Elle a ordonné en outre à l'appelante de divulguer tout contenu de ses affidavits confidentiels qui avait trait à la création, à l'organisation,

database protected by litigation privilege; if privileged, whether Federal Court nonetheless could sever portions of documents after engaging in balancing exercise to order partial disclosure notwithstanding appellant's litigation privilege — Federal Courts Rules, r. 228 setting out obligation to produce relevant documents for inspection, etc.; however, specifically excluding privileged documents from its scope — Database assembled, stored on computer is document within meaning of rule 222; must be disclosed, produced unless excluded — Non-compellability of privileged documents not consequence of rule 228 but of law as to solicitor-client/litigation privilege — Party attempting to defeat litigation privilege must identify exceptions thereto — Exceptions to solicitor-client privilege, i.e. legal advice privilege, also applying to litigation privilege — Once Federal Court determined that appellant's document management database protected by litigation privilege, onus on respondents to establish existence of exception to privilege applied to whole of document database — This was not done nor could it have been since, on facts of case, none of exceptions to litigation privilege arising herein — Thus, appellant's document management database privileged document whose disclosure could not be compelled since not coming within any exceptions — Therefore, Federal Court could not have ordered its disclosure, production in entirety — Legal privilege rule of substantive law, which cannot be modified by rules of procedure — Here, Federal Court's order subordinating appellant's substantive right to litigation privilege to procedural rules, practice principles, which was error — Rule 4 allowing Federal Courts to deal with gap in Rules — However, given that litigation privilege question of substantive law, rule 4 of no assistance in this case since questions of litigation privilege not procedural matters — Therefore, Federal Court erring in law in ordering production of portions of document that was covered by litigation privilege in absence of legal justification for doing so — Appeal allowed.

à la collecte et à la gestion de sa base de données relatives à la preuve, mais excluant le contenu protégé — L'appelante a interjeté appel de l'ordonnance de la Cour fédérale au motif qu'elle portait atteinte à son privilège relatif au litige en ce que les ordonnances l'obligeaient à divulguer des éléments qui ont été créés dans le but de défendre sa cause découlant de l'exploitation des pensionnats — Il s'agissait de savoir si la base de données de gestion des documents de l'appelante était protégée par le privilège relatif au litige et, si elle était privilégiée, si la Cour fédérale pouvait néanmoins expurger certaines parties des documents après avoir procédé à un exercice de pondération dans le but d'ordonner sa communication partielle malgré le privilège de l'appelante relatif au litige — La règle 228 des Règles des Cours fédérales énonce l'obligation de produire les documents pertinents pour inspection, etc., mais elle exclut expressément les documents privilégiés de son champ d'application — Une base de données assemblée et stockée dans un ordinateur est un document au sens de la règle 222 et, sauf exclusion, doit être divulguée et produite — Le fait que l'on ne puisse exiger la production des documents privilégiés n'est pas une conséquence de la règle 228, mais du droit régissant le secret professionnel liant l'avocat à son client ou le privilège relatif au litige — Une partie qui tente de faire échec au privilège relatif au litige doit soulever une exception à celui-ci — Les exceptions au secret professionnel de l'avocat, c'est-à-dire le privilège de la consultation juridique, s'appliquent également au privilège relatif au litige — Une fois que la Cour fédérale a constaté que la base de données de gestion des documents de l'appelante était protégée par le privilège relatif au litige, il incombait aux intimés d'établir l'existence d'une exception au privilège appliqué à l'ensemble de la base de données de documents — Cela n'a pas été fait et n'aurait pas pu l'être puisque, compte tenu des faits de l'espèce, aucune des exceptions au privilège relatif au litige n'existait — Par conséquent, la base de données de gestion des documents de l'appelante était un document privilégié dont la divulgation ne pouvait être imposée, puisqu'il ne relevait d'aucune exception — Ainsi, la Cour fédérale n'aurait pas pu ordonner sa divulgation et sa production dans son intégralité — Le privilège juridique est une règle de fond qui ne peut être modifiée par les règles de procédure — En l'espèce, l'ordonnance de la Cour fédérale a subordonné le droit fondamental de l'appelante au privilège relatif au litige aux règles de procédure et aux principes de pratique, et il s'agissait d'une erreur — La règle 4 permet à la Cour fédérale de combler une lacune des Règles — Toutefois, étant donné que le privilège relatif au litige est une question de droit substantiel, la règle 4 n'était d'aucune utilité en l'espèce, puisque les questions de privilège relatif au litige ne sont pas des questions de procédure — Par conséquent, la Cour fédérale a commis une erreur de droit en ordonnant la production de parties d'un document qui était couvert par le privilège relatif au litige en l'absence de justification juridique — Appel accueilli.

This was an appeal from a decision of the Federal Court made in the course of case management of a complex class action involving individuals who attended Indian residential schools as day students. The appellant argued that the assistance which the Federal Court ordered infringed its litigation privilege.

The claim arose from the operation of some 140 residential schools located across Canada between 1920 and 1997. Discovery of documents in an action of this scope is not a trivial undertaking. At that point, the appellant had disclosed approximately 50 000 documents in electronic form and was currently reviewing a further 82 000 for relevance and privilege. Both parties were using digital tools to assist them in dealing with this mass of paper. The difficulty was that the plaintiffs (respondents on appeal) could not search many of the documents disclosed to date using optical character recognition (OCR) software because the electronic copies of those documents were of poor quality. The appellant reviewed the documents at various times and for various purposes. It entered them into document management software. Given the volume of documents disclosed, the plaintiffs had an interest in being able to search them digitally and, presumably, to establish their own database to manage this mass of documents. But since many of the documents do not lend themselves to OCR, the plaintiffs would have to read the documents themselves and enter the relevant information in their database. As a result, the plaintiffs contacted the appellant asking for disclosure of its database to allow them to zero in on those documents, which would assist them in making their case. These discussions were largely unfruitful so the plaintiffs approached the Federal Court for assistance.

The Federal Court ordered the appellant to disclose to the respondents all of the field names it had used in the organization and management of its documents in this case and essentially the rules that the appellant utilized to populate those fields with content. It further ordered the appellant to disclose any content in its confidential affidavits that pertained to the creation, organization, collection and management of its evidence database but excluding privileged content in the form of legal advice or the opinions, observations or strategy of its counsel. The appellant appealed from the Federal Court's order on the ground that it infringed its litigation privilege in that the orders compelled it to disclose matters which came into existence for the purpose of defending this claim and others flowing from the operation of residential schools.

The issues were whether the appellant's document management database was protected by litigation privilege and, if

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale rendue dans le contexte de la gestion d'instance d'un recours collectif complexe concernant des personnes ayant fréquenté des pensionnats indiens comme externes. L'appelante a affirmé que l'aide que la Cour fédérale a ordonnée a porté atteinte à son privilège relatif au litige.

La demande découlait de l'exploitation de quelque 140 pensionnats situés dans tout le Canada entre 1920 et 1997. La communication de documents dans une action de cette envergure n'est pas une entreprise anodine. À ce moment-là, l'appelante avait divulgué environ 50 000 documents sous forme électronique et en examinait alors 82 000 autres pour en déterminer la pertinence et le privilège. Les deux parties utilisaient des outils numériques pour les aider à traiter cette masse de documents. La difficulté était que les demandeurs (les intimés en appel) ne pouvaient pas rechercher un grand nombre des documents divulgués jusqu'alors en utilisant un logiciel de reconnaissance optique de caractères (ROC) parce que les copies électroniques de ces documents étaient de mauvaise qualité. L'appelante a examiné les documents à divers moments et pour diverses raisons. Elle les a introduits dans un logiciel de gestion de documents. Étant donné le volume des documents divulgués, les demandeurs avaient intérêt à pouvoir les consulter sous forme numérique et, vraisemblablement, à établir leur propre base de données pour gérer cette masse de documents. Mais comme beaucoup de documents ne se prêtent pas à la ROC, les demandeurs devaient lire eux-mêmes les documents et saisir les renseignements pertinents dans leur base de données. En conséquence, les demandeurs ont pris contact avec l'appelante pour lui demander de divulguer sa base de données afin de leur permettre de se concentrer sur les documents particuliers de cette masse de documents qui les aideraient à faire valoir leur point de vue. Ces discussions n'ont pas été fructueuses, et les demandeurs ont donc demandé l'aide de la Cour fédérale.

La Cour fédérale a ordonné que l'appelante divulgue aux intimés tous les noms de champs qu'elle avait utilisés dans l'organisation et la gestion de ses documents dans la présente affaire et, essentiellement, les règles que l'appelante avait utilisées pour remplir ces champs avec du contenu. Elle a ordonné en outre à l'appelante de divulguer tout contenu de ses affidavits confidentiels qui avait trait à la création, à l'organisation, à la collecte et à la gestion de sa base de données relatives à la preuve, mais excluant le contenu protégé sous la forme de conseils juridiques, ou les opinions, les observations ou la stratégie de ses avocats. L'appelante a interjeté appel de l'ordonnance de la Cour fédérale au motif qu'elle portait atteinte à son privilège relatif au litige en ce que les ordonnances l'obligeaient à divulguer des éléments qui ont été créés dans le but de défendre sa cause et d'autres questions découlant de l'exploitation des pensionnats.

Il s'agissait de savoir si la base de données de gestion des documents de l'appelante était protégée par le privilège

privileged, whether the Federal Court nonetheless could sever portions of the documents after engaging in a balancing exercise so as to order its partial disclosure notwithstanding the appellant's litigation privilege.

Held, the appeal should be allowed.

The Federal Court considered that the problem before it was not what had to be produced but rather how it had to be produced. Rule 228 of the *Federal Courts Rules* sets out the obligation to produce relevant documents for inspection, etc. A database assembled and stored on a computer is a document within the meaning of rule 222 and, unless otherwise excluded, must be disclosed and produced. Rule 228 specifically excludes privileged documents from its scope. That said, the non-compellability of privileged documents is not a consequence of rule 228 but of the law as to solicitor-client/litigation privilege. Given the appellant's claim of privilege, the Federal Court addressed the status of the database. It noted that there was no risk that the disclosure of field names or the rules Canada used to populate those fields with readable content would create a risk that solicitor-client communications would be disclosed. The order the Federal Court made implicitly held that, within a document for which litigation privilege is claimed, steps taken to assist in the management of documents in the course of the litigation can be severed from the parts of a document dealing with strategy, advice, observations or opinions and that such parts could be disclosed notwithstanding the existence of litigation privilege. A party attempting to defeat litigation privilege must identify an exception to litigation privilege and not simply urge the Court to engage in a balancing exercise on a case-by-case basis. The exceptions to solicitor-client privilege, i.e. legal advice privilege, also apply to litigation privilege and include public safety, innocence of the accused and criminal communications. Once it was found that the appellant's document management database was protected by litigation privilege, the onus was on the respondents to establish the existence of an exception to the privilege as applied to the whole of the document database. This was not done nor could it have been since, on the facts of this case, none of the exceptions to litigation privilege arose. As a result, the appellant's document management database was a privileged document whose disclosure could not be compelled since it did not come within one of the exceptions. Thus, the Federal Court could not have ordered its disclosure and production in its entirety.

relatif au litige et, si elle était privilégiée, si la Cour fédérale pouvait néanmoins expurger certaines parties des documents après avoir procédé à un exercice de pondération dans le but d'ordonner sa communication partielle malgré le privilège de l'appelante relatif au litige.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

La Cour fédérale a estimé que le problème qui se posait n'était pas de savoir quels documents devaient être produits, mais plutôt la façon dont ils devaient l'être. La règle 228 des *Règles des Cours fédérales* énonce l'obligation de produire les documents pertinents pour inspection, etc. En conséquence, une base de données assemblée et stockée dans un ordinateur est un document au sens de la règle 222 et, sauf exclusion, doit être divulguée et produite. La règle 228 exclut expressément les documents privilégiés de son champ d'application. Cela dit, le fait que l'on ne puisse exiger la production des documents privilégiés n'est pas une conséquence de la règle 228, mais du droit régissant le secret professionnel liant l'avocat à son client ou le privilège relatif au litige. Compte tenu de la revendication d'un privilège de l'appelante, la Cour fédérale s'est penchée sur le statut de la base de données. Elle a observé qu'il n'y avait aucun risque que la divulgation des noms des champs ou des règles que le Canada a utilisées pour remplir ces champs avec du contenu lisible crée un risque que les communications entre un avocat et son client soient divulguées. La Cour fédérale a implicitement conclu en rendant son ordonnance qu'à l'intérieur même d'un document pour lequel le privilège relatif au litige est revendiqué, les mesures prises pour aider à la gestion des documents au cours du litige peuvent être dissociées de la stratégie, des conseils, des observations ou des opinions et que les documents de cette dernière catégorie pouvaient être divulgués malgré l'existence du privilège relatif au litige. Une partie qui tente de faire échec au privilège relatif au litige doit soulever une exception au privilège relatif au litige et ne pas simplement demander à la Cour de s'engager dans un exercice de pondération au cas par cas. Les exceptions au secret professionnel de l'avocat, c'est-à-dire le privilège de la consultation juridique, s'appliquent également au privilège relatif au litige et concernent la sécurité publique, l'innocence de l'accusé et les communications de nature criminelle. Une fois qu'il a été constaté que la base de données de gestion des documents de l'appelante était protégée par le privilège relatif au litige, il incombait aux intimés d'établir l'existence d'une exception au privilège appliqué à l'ensemble de la base de données de documents. Cela n'a pas été fait et n'aurait pas pu l'être puisque, compte tenu des faits de l'espèce, aucune des exceptions au privilège relatif au litige n'existait. Par conséquent, la base de données de gestion des documents de l'appelante était un document privilégié dont la divulgation ne pouvait être imposée puisqu'il ne relevait pas de l'une des exceptions mentionnées. Ainsi, la Cour fédérale n'aurait pas pu ordonner sa divulgation et sa production dans son intégralité.

The Supreme Court has recognized that legal privilege (legal advice privilege or litigation privilege) has gone from being a rule of evidence to a rule of substantive law. This means that the appellant has a substantive right to assert its litigation privilege and to have it respected. The Federal Court relied on principles of economy, fairness and proportionality as well as rule 3 to justify its decision. Substantive law cannot be modified by rules of procedure. In this case, the Federal Court's order subordinated the appellant's substantive right to litigation privilege to procedural rules and practice principles and this was an error. Rule 3 (which directs that the Rules be applied to achieve the least expensive determination of litigation), to which the Federal Court made reference, applies to the interpretation of the Rules. It does not modify legal principles, which arise independently of the Rules. Rule 4 allows the Federal Courts to deal with a gap in the Rules by analogy from the rules of procedure or practice in the province with the closest connection with the action. Given that litigation privilege is a question of substantive law, rule 4 is of no assistance in this case since questions of litigation privilege are not procedural matters. The Federal Court erred in proceeding as it did.

Therefore, the Federal Court erred in law in ordering the production of portions of a document that was covered by litigation privilege in the absence of a legal justification for doing so. This was an error justifying intervention.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 23, 25.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 3, 4, 222, 223, 228.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31, ss. 10(2), 19.
Freedom of Information and Protection of Privacy Act (The), S.S. 1990-91, c. F-22.01, ss. 8, 22.

CASES CITED

APPLIED:

Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331; *Lizotte v. Aviva Insurance Company of Canada*, 2016 SCC 52, [2016] 2 S.C.R. 521.

La Cour suprême a reconnu que le privilège juridique (le privilège de la consultation juridique ou le privilège relatif au litige) est passé de règle de preuve à règle de fond. Cela signifie que l'appelante a un droit fondamental de faire valoir son privilège relatif au litige et de le faire respecter. La Cour fédérale s'est appuyée sur les principes d'économie, d'équité et de proportionnalité ainsi que la règle 3 pour justifier sa décision. Le droit substantiel ne peut être modifié par les règles de procédure. En l'espèce, l'ordonnance de la Cour fédérale a subordonné le droit fondamental de l'appelante au privilège relatif au litige aux règles de procédure et aux principes de pratique, et il s'agissait d'une erreur. La règle 3 (qui dispose que les Règles doivent être appliquées de manière à pouvoir apporter une solution au litige qui soit la plus économique possible), à laquelle la Cour fédérale a fait référence, s'applique à l'interprétation des Règles. Elle ne modifie pas les règles de droit qui existent indépendamment des Règles. La règle 4 permet à la Cour fédérale de combler une lacune des Règles par analogie avec les règles de procédure ou la pratique en vigueur dans la province qui est la plus pertinente par rapport au litige. Étant donné que le privilège relatif au litige est une question de droit substantiel, la règle 4 n'était d'aucune utilité en l'espèce, puisque les questions de privilège relatif au litige ne sont pas des questions de procédure. La Cour fédérale a commis une erreur en procédant comme elle l'a fait.

Par conséquent, la Cour fédérale a commis une erreur de droit en ordonnant la production de parties d'un document qui était couvert par le privilège relatif au litige en l'absence de justification juridique. Il s'agissait d'une erreur justifiant une intervention.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Freedom of Information and Protection of Privacy Act (The), S.S. 1990-91, ch. F-22.01, art. 8, 22.
Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 23, 25.
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée, L.R.O. 1990, ch. F.31, art. 10(2), 19.
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 3, 4, 222, 223, 228.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331; *Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada*, 2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521.

CONSIDERED:

Bronson v. Hewitt, 2007 BCSC 1705, 75 B.C.L.R. (4th) 124; *Wilson v. Servier Canada Inc.* (2002), 26 C.P.C. (5th) 194, 116 A.C.W.S. (3d) 837, [2002] O.J. No. 3723 (QL) (Sup. Ct.); *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321, [1999] O.J. No. 3291 (QL) (C.A.); *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555; *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336; *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, (1982), 141 D.L.R. (3d) 590; *Bisailon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666.

AUTHORS CITED

Canadian Judicial Council's, *National Model Practice Direction for the Use of Technology in Civil Litigation*, online: <[https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/JTAC%20National%20Model%20Practic\(1\).pdf](https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/JTAC%20National%20Model%20Practic(1).pdf)>

APPEAL from a Federal Court decision (2020 FC 399) made in the case management of a complex class action ordering the appellant to disclose to the respondents all of the field names it had used in the organization and management of its documents and the rules the appellant utilized to populate those fields with content. Appeal allowed.

APPEARANCES

Charmaine De Los Reyes, Andrea Gatti and Brett Love for appellant.
John Kingman Phillips and W. Cory Wanless for respondents.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Bronson v. Hewitt, 2007 BCSC 1705, 75 B.C.L.R. (4th) 124; *Wilson v. Servier Canada Inc.* (2002), 26 C.P.C. (5th) 194, 116 A.C.W.S. (3d) 837, [2002] O.J. n° 3723 (QL) (C. sup.); *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321, [1999] O.J. n° 3291 (QL) (C.A.); *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319.

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555; *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336; *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *Bisailon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666.

DOCTRINE CITÉE

Conseil canadien de la magistrature, *Modèle national de règles de pratique pour l'utilisation de la technologie dans les litiges civils*, en ligne : <<https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/Modelenationapourlutil.pdf>>

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2020 CF 399) rendue dans le contexte de la gestion d'instance d'un recours collectif complexe, ordonnant que l'appelante divulgue aux intimés tous les noms de champs qu'elle avait utilisés dans l'organisation et la gestion de ses documents et les règles qu'elle avait utilisées pour remplir ces champs avec du contenu. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Charmaine De Los Reyes, Andrea Gatti et Brett Love pour l'appelante.
John Kingman Phillips et W. Cory Wanless pour les intimés.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Waddell Phillips Professional Corporation,
Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PELLETIER J.A.:

I. Introduction

[1] This is an appeal from the decision of the Federal Court made in the course of case management of a complex class action involving individuals who attended Indian residential schools as day students. The Federal Court's decision is reported as *Gottfriedson v. Canada*, 2020 FC 399 (the Decision).

[2] The case management Judge framed the issue before him as “a dispute about the extent to which a document producing party may be compelled to assist the receiving party to more efficiently search a voluminous and optically unreadable record with due regard to protecting solicitor-client and litigation privilege”: Decision, at paragraph 7. This appeal comes to this Court because Her Majesty the Queen (the Crown) says that the assistance which the Federal Court ordered infringes its litigation privilege.

[3] The claim arises from the operation of some 140 residential schools located across Canada between 1920 and 1997. As can be imagined, discovery of documents in an action of this scope is not a trivial undertaking. To date, the Crown has disclosed approximately 50 000 documents in electronic form and is currently reviewing a further 82 000 for relevance and privilege.

[4] Both parties are using digital tools to assist them in dealing with this mass of paper. The difficulty is that the plaintiffs (respondents in this Court) cannot search many

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

Waddell Phillips Professional Corporation,
Toronto, pour les intimés.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. :

I. Introduction

[1] Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre de la décision de la Cour fédérale rendue dans le contexte de la gestion d'instance d'un recours collectif complexe concernant des personnes ayant fréquenté des pensionnats indiens comme externes. La décision de la Cour fédérale est publiée sous l'intitulé *Gottfriedson c. Canada*, 2020 CF 399 (la décision).

[2] Le juge chargé de la gestion de l'instance a défini la question dont il était saisi comme étant « un différend portant sur la mesure dans laquelle une partie qui produit un document peut être tenue d'aider la partie destinataire à faire des recherches plus efficacement dans un document volumineux et illisible en reconnaissance optique, tout en assurant la protection du secret professionnel de l'avocat et du privilège relatif au litige » : décision, au paragraphe 7. Le présent appel est interjeté devant la Cour parce que Sa Majesté la Reine (la Couronne) affirme que l'aide que la Cour fédérale a ordonnée porte atteinte à son privilège relatif au litige.

[3] La demande découle de l'exploitation de quelque 140 pensionnats situés dans tout le Canada entre 1920 et 1997. Comme on peut l'imaginer, la communication de documents dans une action de cette envergure n'est pas une entreprise anodine. À ce jour, la Couronne a divulgué environ 50 000 documents sous forme électronique et en examine actuellement 82 000 autres pour en déterminer la pertinence et le privilège.

[4] Les deux parties utilisent des outils numériques pour les aider à traiter cette masse de documents. La difficulté est que les demandeurs (les intimés devant la Cour)

of the documents disclosed to date using optical character recognition (OCR) software because the electronic copies of those documents are of poor quality, presumably because the original documents are also of poor quality.

[5] The Crown, for its part, has reviewed the documents at various times and for various purposes, as this is not the first time the question of residential schools has come up. It has entered them into document management software which is essentially a database in which documents are given a unique identifier and then described in various ways so as to permit searches of the database and, by extension, the documents. Such a database normally contains fields such as document type, author, recipient, and date. This enables counsel to search the entire database for all documents which, for example, a particular author sent to a particular recipient during a given date range. The unique identifier then allows the original documents to be reviewed. Other fields may contain other information of use to counsel such as short descriptions of the contents of documents, or keywords which identify other characteristics of the documents. All of this must be entered into the database in some way so that it can then be searched.

[6] Given the volume of documents disclosed, the plaintiffs have an interest in being able to search them digitally and, presumably, to establish their own database to manage this mass of documents. But since many of the documents do not lend themselves to OCR, the plaintiffs will have to read the documents themselves and to enter the relevant information in their database, an expensive and time-consuming process. As a result, the plaintiffs have been in touch with the Crown asking for disclosure of its database so as to allow them to zero in on those documents in this mass of documents which would assist them in making their case. These discussions were largely unfruitful so the plaintiffs approached the Federal Court for assistance.

ne peuvent pas rechercher un grand nombre des documents divulgués à ce jour en utilisant un logiciel de reconnaissance optique de caractères (ROC) parce que les copies électroniques de ces documents sont de mauvaise qualité, probablement parce que les documents originaux sont également de mauvaise qualité.

[5] La Couronne, pour sa part, a examiné les documents à divers moments et pour diverses raisons, car ce n'est pas la première fois que la question des pensionnats est soulevée. Elle les a introduits dans un logiciel de gestion de documents qui consiste essentiellement en une base de données dans laquelle les documents sont dotés d'un identifiant unique et sont ensuite décrits de diverses manières afin de permettre des recherches dans la base de données et, par extension, dans les documents. Une telle base de données contient normalement des champs tels que le type de document, l'auteur, le destinataire et la date. Cela permet aux avocats de rechercher dans l'ensemble de la base de données tous les documents qu'un auteur particulier a envoyés à un destinataire particulier pendant une période donnée. L'identifiant unique permet ensuite d'examiner les documents originaux. D'autres champs peuvent contenir d'autres renseignements qui peuvent être utiles aux avocats, tels que de courtes descriptions du contenu des documents ou des mots-clés qui révèlent d'autres caractéristiques des documents. Ces descriptions et mots-clés doivent être saisis dans la base de données d'une manière ou d'une autre pour pouvoir ensuite faire l'objet d'une recherche.

[6] Étant donné le volume des documents divulgués, les demandeurs ont intérêt à pouvoir les consulter sous forme numérique et, vraisemblablement, à établir leur propre base de données pour gérer cette masse de documents. Mais comme beaucoup de documents ne se prêtent pas à la ROC, les demandeurs devront lire eux-mêmes les documents et saisir les renseignements pertinents dans leur base de données, un processus long et coûteux. En conséquence, les demandeurs ont pris contact avec la Couronne pour lui demander de divulguer sa base de données afin de leur permettre de se concentrer sur les documents particuliers de cette masse de documents qui les aideraient à faire valoir leur point de vue. Ces discussions n'ont pas été fructueuses, et les demandeurs ont donc demandé l'aide de la Cour fédérale.

[7] The Federal Court made the following orders:

THIS COURT ORDERS that Canada shall forthwith disclose to the Plaintiffs all of the field names it has used in the organization and management of its documents in this case and, to the extent that they are known or knowable, the rules that Canada utilized to populate those fields with content.

THIS COURT FURTHER ORDERS Canada to disclose any content in its confidential affidavits that pertains to the creation, organization, collection and management of its evidence database but excluding privileged content in the form of legal advice or the opinions, observations or strategy of its counsel.

[8] The Crown appeals from the Federal Court's order on the ground that it infringes its litigation privilege in that the orders compel it to disclose matters which came into existence for the purpose of defending this claim and others flowing from the operation of residential schools. The plaintiffs rely on the standard of review and argue that the Federal Court's order is a "real world solution to a real world problem".

[9] For the reasons which follow, I would allow the appeal.

II. The decision under appeal

[10] The Federal Court began its reasons by noting that the plaintiffs initially sought "an Order compelling Canada to produce, as a supplement to its documentary productions, its associated database fields and field content" on the basis that they needed this information to effectively and efficiently search and organize the documents in this case: Decision, at paragraph 2. However, at the case management conference, the plaintiffs limited their demand to the names of the fields in the Crown's database.

[7] La Cour fédérale a rendu les ordonnances suivantes :

LA COUR ORDONNE que le Canada divulgue immédiatement aux demandeurs tous les noms de champs qu'il a utilisés dans l'organisation et la gestion de ses documents dans la présente affaire ainsi que, dans la mesure où elles sont connues ou susceptibles de l'être, les règles que le Canada a utilisées pour remplir ces champs avec du contenu.

LA COUR ORDONNE EN OUTRE au Canada de divulguer tout contenu de ses affidavits confidentiels qui a trait à la création, à l'organisation, à la collecte et à la gestion de sa base de données relatives à la preuve, mais excluant le contenu protégé sous la forme de conseils juridiques, ou les opinions, les observations ou la stratégie de ses avocats.

[8] La Couronne interjette appel de l'ordonnance de la Cour fédérale au motif qu'elle porte atteinte à son privilège relatif au litige en ce que les ordonnances l'obligent à divulguer des éléments qui ont été créés dans le but de défendre sa cause et d'autres questions découlant de l'exploitation des pensionnats. Les demandeurs s'appuient sur la norme de contrôle et font valoir que l'ordonnance de la Cour fédérale est une [TRADUCTION] « solution réelle à un problème réel ».

[9] Pour les motifs exposés ci-dessous, je suis d'avis d'accueillir l'appel.

II. Décision en appel

[10] La Cour fédérale a commencé ses motifs en notant que les demandeurs avaient initialement demandé « une ordonnance obligeant le Canada à produire, en complément de ses productions documentaires, les champs des bases de données connexes et le contenu des champs » au motif qu'ils avaient besoin de ces renseignements pour soumettre à des recherches et organiser, de manière efficace et efficiente, les documents de l'espèce : décision, au paragraphe 2. Cependant, lors de la conférence de gestion d'instance, les demandeurs ont limité leur demande aux noms des champs de la base de données de la Couronne.

[11] The Court disagreed with the plaintiffs' contention that their motion was to be decided under rules 222 and 223 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules) dealing with discovery of documents. As noted earlier, the Court found that the dispute was not about which documents had to be disclosed or the form of that disclosure but rather the extent to which a disclosing party was required to assist a receiving party to deal with documents which cannot be read electronically.

[12] The Court noted that the Crown had, over the course of many years, reviewed the documents which are now subject to disclosure to the plaintiffs for litigation and document management purposes. As documents were reviewed, they were "coded" under various fields so as to enable subsequent searches. In this context, I take "coded" to mean that information which was responsive to the field name was entered in that field for that document.

[13] The Court observed that documents were not coded for solicitor-client or litigation privilege which, I assume, means that there was no field in which the reviewers could or should indicate that all or part of a document was subject to either solicitor-client (i.e. legal advice) privilege or litigation privilege. As a result, allowing the plaintiffs unrestricted access to all of the fields or their content in the Crown's database creates a risk of disclosure of privileged information. This could occur if the field contains privileged information without disclosing its status, or if the document referred to in that field is itself privileged.

[14] The Court commented that the plaintiffs' scaled down request (field names and rules used to populate those fields) would, by their reckoning, allow them to better understand the Crown's document management system so as to be more selective about the documents that are likely to be the most important to the prosecution of their claims. The Court reasoned that if there were a few fields

[11] La Cour a rejeté l'affirmation des demandeurs selon laquelle leur requête devait être tranchée aux termes des règles 222 et 223 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles) traitant de la communication des documents. Comme nous l'avons indiqué précédemment, la Cour a estimé que le litige ne portait pas sur les documents qui devaient être divulgués ou sur la forme de cette divulgation, mais plutôt sur la mesure dans laquelle une partie divulgatrice était tenue d'aider une partie destinataire à traiter des documents qui ne peuvent être lus par voie électronique.

[12] La Cour a noté que la Couronne avait, pendant de nombreuses années, examiné les documents qui font maintenant l'objet d'une divulgation aux demandeurs aux fins de la conduite du litige et de la gestion de documents. Au fur et à mesure que les documents étaient examinés, ils ont été « codés » sous des noms de champs différents afin de permettre des recherches ultérieures. Dans ce contexte, je considère que par « codé », on entend les renseignements qui répondaient au nom de champ et qui ont été saisis dans ce champ pour ce document.

[13] La Cour a observé que les documents n'étaient pas codés pour le secret professionnel de l'avocat ou le privilège relatif au litige, ce qui, je suppose, signifie qu'il n'y avait pas de champ dans lequel les examinateurs pouvaient ou devaient indiquer que la totalité ou une partie d'un document était assujettie au secret professionnel de l'avocat (c'est-à-dire au privilège de la consultation juridique) ou au privilège relatif au litige. Par conséquent, le fait de permettre aux demandeurs d'accéder sans restriction à tous les champs ou à leur contenu dans la base de données de la Couronne crée un risque de divulgation de renseignements privilégiés. Cela pourrait se produire si le champ contient des renseignements privilégiés sans en divulguer le statut, ou si le document auquel il est fait référence dans ce champ est lui-même privilégié.

[14] La Cour a indiqué que la demande réduite des demandeurs (noms des champs et règles utilisées pour remplir ces champs) leur permettrait, à leur avis, de mieux comprendre le système de gestion des documents de la Couronne afin d'être plus sélectifs quant aux documents susceptibles d'être les plus importants pour la poursuite de leur litige. La Cour a estimé que si certains champs

that would be expected to identify highly relevant documents, “Canada may be able to identify for the Plaintiffs those original documents without ever disclosing the related field content”: Decision, at paragraph 10.

[15] The Court went on to say that there were no rules that applied to the relief the plaintiffs were seeking, the need for which arises from voluminous document production that is mainly unreadable by OCR. The Court referred to the Canadian Judicial Council’s *National Model Practice Direction for the Use of Technology in Civil Litigation* as well as some jurisprudence from the courts of Ontario and British Columbia. The Court cited *Bronson v. Hewitt*, 2007 BCSC 1705, 1705 B.C.L.R. (4th) 124 (*Bronson*), a case dealing with a large disorganized documentary production in which the Court granted an order requiring the disclosing party to organize the documents chronologically and to distinguish between originals and copies.

[16] The Court also cited and quoted from *Wilson v. Servier Canada Inc.* (2002), 26 C.P.C. (5th) 194, 116 A.C.W.S. (3d) 837, [2002] O.J. No. 3723 (QL) (Sup. Ct.) (*Wilson*) in which the Ontario Superior Court noted an earlier order it made requiring the disclosing party to share the objective fields of its electronic database relating to its production. It went on to say that it was implicit to an affidavit as to documents that a defendant gives meaningful access to its documents through its electronic database when it has been prepared by that defendant. The Ontario Superior Court further stated that the production of documents implies meaningful access to those documents through an electronic database at least when the database has already been prepared by the defendant for its own purposes.

[17] The Federal Court observed that there was no evidence that the disclosure of field names or the rules Canada used to populate those fields with searchable content will create a risk that solicitor-client communications will be disclosed. The Court noted the Crown’s objection that the disclosure being sought would compromise its

devaient permettre d’identifier des documents très pertinents, « le Canada pourrait être en mesure d’identifier pour les demandeurs ces documents originaux sans jamais divulguer le contenu connexe des champs » : décision, au paragraphe 10.

[15] La Cour a poursuivi en affirmant qu’il n’y avait pas de règles applicables à la réparation sollicitée par les demandeurs, dont la nécessité découle de la production de documents volumineux qui sont principalement illisibles par ROC. La Cour a renvoyé au *Modèle national de règles de pratique pour l’utilisation de la technologie dans les litiges civils* du Conseil canadien de la magistrature ainsi qu’à une certaine jurisprudence des tribunaux de l’Ontario et de la Colombie-Britannique. La Cour a cité l’arrêt *Bronson v. Hewitt*, 2007 BCSC 1705, 1705 B.C.L.R. (4th) 124 (arrêt *Bronson*), un litige portant sur une production documentaire désorganisée de grande envergure dans lequel la Cour a rendu une ordonnance exigeant que la partie divulgatrice réorganise les documents chronologiquement et distingue les originaux des copies.

[16] La Cour a également cité la décision *Wilson v. Servier Canada Inc.* (2002), 26 C.P.C. (5th) 194, 116 A.C.W.S. (3d) 837, [2002] O.J. n° 3723 (QL) (C. sup.) (décision *Wilson*), dans laquelle la Cour supérieure de l’Ontario a noté une ordonnance antérieure qu’elle avait rendue et qui exigeait que la partie divulgatrice fasse partager les champs objectifs de sa base de données électronique relatifs à sa production. Elle a poursuivi en disant qu’il était sous-entendu dans un affidavit relatif à des documents qu’un défendeur donne un accès significatif à ses documents par l’intermédiaire de sa base de données électronique lorsqu’il en a préparé une. La Cour supérieure de l’Ontario a en outre déclaré que la production de documents suppose un accès utile à ces documents au moyen d’une base de données électronique, à tout le moins lorsque la base de données a déjà été préparée par le défendeur à ses propres fins.

[17] La Cour fédérale a mentionné que rien ne lui permettait de croire que la divulgation des noms des champs ou des règles que le Canada a utilisées pour remplir ces champs avec du contenu lisible créerait un risque que les communications entre un avocat et son client soient divulguées. La Cour a pris note de l’objection de la

litigation privilege and that the choice of field names reflects its litigation strategy.

[18] The Court accepted that some field content could fall within the Crown's litigation privilege or contain solicitor-client privilege but did not accept that the mere disclosure of field names or the rules applied to populate those fields fell within Canada's claim to litigation privilege. It reasoned that this was purely factual information that could assist the plaintiffs to better understand how Canada's documents have been organized and categorized. Such disclosure would not impose any undue burden on the Crown or compromise its litigation interests: Decision, at paragraph 17.

[19] The Court acknowledged that the information which the Crown sought to protect could be, in whole or in part, the work product of counsel and created in anticipation of litigation but observed that it was not in the nature of "strategy, advice, observations or opinions": Decision, at paragraph 19. According to the Court, the purpose of the database was to facilitate counsel's efficient management and retrieval of documents.

[20] The Court then turned to the basis upon which it might order this kind of production in the absence of express authority in the Rules. It found that considerations of economy, fairness and proportionality had to be kept in mind. The Court referred to rule 3 which directs that the Rules be applied to achieve the least expensive determination of litigation and to the Court's Notice to the Profession on proportionality which requires litigants in case-managed proceedings to act cooperatively at all stages of an action and particularly, where discovery is concerned.

[21] With these factors in mind, the Court made the order quoted above. The second paragraph of that order, dealing with the creation, organization, collection and management

Couronne selon laquelle la divulgation demandée compromettrait son privilège relatif au litige et que le choix des noms de champs reflète sa stratégie à l'égard du litige.

[18] La Cour a accepté qu'un certain contenu de champs puisse relever du privilège de la Couronne relatif au litige ou contenir des communications entre un avocat et son client, mais n'a pas accepté que la simple divulgation des noms des champs ou des règles appliquées pour remplir ces champs avec du contenu relevait du privilège relatif au litige du Canada. Elle a estimé qu'il s'agissait de renseignements purement factuels qui pourraient aider les demandeurs à mieux comprendre comment les documents du Canada ont été organisés et catégorisés. La communication de ces renseignements n'imposerait pas un fardeau indu à la Couronne et ne mettrait pas en péril ses intérêts dans le litige : décision, au paragraphe 17.

[19] La Cour a reconnu que les renseignements que le Canada cherche à protéger pouvaient être, en tout ou en partie, le produit du travail d'un avocat et avoir été créés en prévision d'un litige. Néanmoins, elle a fait observer qu'ils ne relèvent pas « de la stratégie, des conseils, des observations ou des opinions » : décision, au paragraphe 19. Selon la Cour, l'objectif de la base de données était de faciliter la gestion efficace et l'extraction de documents par les avocats.

[20] La Cour s'est ensuite penchée sur le fondement sur lequel elle pourrait ordonner ce type de production en l'absence d'une autorisation expresse dans les Règles. Elle a estimé qu'il fallait garder à l'esprit les principes de l'économie, de l'équité et de la proportionnalité. La Cour a renvoyé à la règle 3, qui dispose que les Règles doivent être appliquées de manière à pouvoir apporter une solution au litige qui soit la plus économique possible, et à son avis à la profession concernant la proportionnalité, qui exige que les plaideurs dans les affaires assujetties à la procédure de gestion de l'instance coopèrent à toutes les étapes d'une action, et en particulier à celle de l'interrogatoire préalable.

[21] Compte tenu de ces facteurs, la Cour a rendu l'ordonnance citée ci-dessus. Le deuxième paragraphe de cette ordonnance, qui concerne la création, l'organisation,

of its database, was made as a result of the Court's determination that disclosure of this type of information would not be a breach of litigation or solicitor-client privilege. This issue had not previously been raised in the plaintiffs' written pleadings.

III. Statement of Issues

[22] In its memorandum of fact and law, the Crown identifies five issues arising from the Federal Court's decision, four of which turn on or around the question of litigation privilege. The fifth issue turns on the procedural fairness of the Court's inclusion of the rules used to populate the various fields in the Crown's database in the information to be supplied to the plaintiffs. Given my conclusions on the issue of litigation privilege, it will not be necessary to address this issue.

[23] The plaintiffs argue that the issue is the standard of review which, considering the wide berth given to case management judges, militates in favour of dismissing the appeal.

[24] In my view, the issues in this appeal are the application of the law as to litigation privilege to the facts of this case. This can be broken down into two questions:

- A. Is the Crown's document management database protected by litigation privilege?
- B. If privileged, can the Court nonetheless sever portions of the documents after engaging in a balancing exercise so as to order its partial disclosure notwithstanding the Crown's litigation privilege?

IV. Analysis

[25] The order under appeal was made by a Federal Court sitting in case management. Like most such orders, it embodies a discretionary decision. A five-judge panel

la collecte et la gestion de sa base de données, a été rédigé à la suite de la détermination de la Cour selon laquelle la divulgation de ce type de renseignements ne constituerait pas une violation du privilège relatif au litige ou du secret professionnel de l'avocat. Cette question n'avait pas été soulevée auparavant dans les actes de procédure écrits des demandeurs.

III. Énoncé des questions en litige

[22] Dans son mémoire des faits et du droit, la Couronne soulève cinq questions découlant de la décision de la Cour fédérale, dont quatre concernent la question du privilège relatif au litige. La cinquième question porte sur l'équité procédurale de l'inclusion par la Cour des règles appliquées pour remplir les différents champs de la base de données de la Couronne parmi les renseignements à fournir aux demandeurs. Compte tenu de mes conclusions sur la question du privilège relatif au litige, il ne sera pas nécessaire d'aborder cette question.

[23] Les demandeurs font valoir que la question en litige porte sur la norme de contrôle applicable qui, compte tenu de la large place accordée aux juges chargés de la gestion de l'instance, milite en faveur du rejet de l'appel.

[24] À mon avis, la question en litige dans le présent appel est l'application du droit concernant le privilège relatif au litige aux faits de la présente affaire. Cette question peut être divisée en deux :

- A. La base de données de gestion des documents de la Couronne est-elle protégée par le privilège relatif au litige?
- B. Si elle est privilégiée, la Cour peut-elle néanmoins expurger certaines parties des documents après avoir procédé à un exercice de pondération dans le but d'ordonner sa communication partielle malgré le privilège de la Couronne relatif au litige?

IV. Discussion

[25] L'ordonnance faisant l'objet de l'appel a été rendue par une Cour fédérale siégeant en gestion de l'instance. Comme la plupart des ordonnances de ce type, il

of this Court dealt with the standard of review of such decisions in *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331 in which it was held at paragraph 72 that the standard of review articulated in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 should be applied in appeals from discretionary decisions of motions judges: correctness for error of law and palpable and overriding error for errors of fact or mixed fact and law (except for extricable errors of law).

[26] While the question of whether a given document is privileged would normally be a question of mixed fact and law and therefore entitled to deference, the question of the legal consequences of such a finding is an extricable question of law, which is reviewed on the standard of correctness.

A. Is the Crown's document management database protected by litigation privilege?

[27] The Federal Court considered that the problem before it was not what had to be produced but rather how it had to be produced: Decision, at paragraph 7. The obligation to disclose relevant documents in rule 223 is the foundation for the obligation to produce those documents for inspection and for the obligation to provide copies found in rule 228. There is an expanded definition of "document" in subsection 222(1) which provides as follows:

Definition of document

222 (1) ... *document* includes an audio recording, a video recording, a film, a photograph, a chart, a graph, a map, a plan, a survey and a book of account, as well as data that is recorded or stored in any medium in or by a computer system or other similar device and that can be read or perceived by a person or a computer system or other similar device.

s'agit d'une décision discrétionnaire. Une formation de cinq juges de la Cour a examiné les critères de contrôle de ce type de décision dans l'arrêt *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology*, 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331, dans lequel il a été jugé, au paragraphe 72, que la norme de contrôle énoncée dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 devrait être appliquée dans les appels interjetés à l'encontre de décisions discrétionnaires des juges des requêtes : la norme de la décision correcte pour les erreurs de droit et la norme de l'erreur manifeste et dominante pour les erreurs de fait ou les erreurs de fait et de droit (sauf pour les erreurs de droit isolables).

[26] Alors que la question de savoir si un document donné est privilégié est normalement une question de fait et de droit et, par conséquent, commande la déférence, la question des conséquences juridiques d'une telle conclusion est une question de droit isolable, qui est examinée selon la norme de la décision correcte.

A. La base de données de gestion des documents de la Couronne est-elle protégée par le privilège relatif au litige?

[27] La Cour fédérale a estimé que le problème qui se posait n'était pas de savoir quels documents devaient être produits, mais plutôt la façon dont ils devaient l'être : décision, au paragraphe 7. L'obligation de divulguer les documents pertinents prévue à la règle 223 est le fondement de l'obligation de produire ces documents pour inspection et de l'obligation de fournir des copies prévue à la règle 228. Il existe une définition élargie du terme « document » au paragraphe 222(1) des Règles qui dispose ce qui suit :

Définition de document

222 (1) [...] *document* s'entend notamment d'un enregistrement sonore, d'un enregistrement vidéo, d'un film, d'une photographie, d'un diagramme, d'un graphique, d'une carte, d'un plan, d'un relevé, d'un registre comptable et de données enregistrées ou mises en mémoire sur quelque support que ce soit par un système informatique ou un dispositif semblable et qui peuvent être lues ou perçues par une personne ou par un tel système ou dispositif.

[28] As a result, a database assembled and stored on a computer is a document within the meaning of the rule and, unless otherwise excluded, must be disclosed and produced.

[29] Rule 228 specifically excludes privileged documents from its scope. That said, the non-compellability of privileged documents is not a consequence of rule 228 but of the law as to solicitor-client/litigation privilege. Since the plaintiffs were asking for a document (or portions of a document) in the Crown's hands for which privilege was claimed, there was, with respect, a question of what had to be produced.

[30] Given the Crown's claim of privilege, the Federal Court addressed the status of the database. It appeared to distinguish between the structure of the database (the field names) and the "rules" for populating those fields, on one hand, and the entries made in those fields, on the other. At paragraph 16 of its reasons, the Court noted that there was no risk that "the disclosure of field names or the rules Canada used to populate those fields with readable content will create a risk that solicitor-client communications will be disclosed." Later, at paragraph 17, the Court accepted that "some field content may fall within Canada's litigation privilege or contain solicitor-client communications" while restating its conclusion that the disclosure of purely factual information such as field names and the "rules" for populating those fields would not compromise the Crown's litigation privilege.

[31] The Court concluded this part of its analysis at paragraph 19 by noting that:

The information Canada seeks to protect may be, in whole or in part, the work product of counsel and created in anticipation of litigation. Nevertheless, it is not obviously in the nature of strategy, advice, observations or opinions. Rather, its purpose was to facilitate the efficient management and retrieval of documents by Canada and its counsel.

[28] En conséquence, une base de données assemblée et stockée dans un ordinateur est un document au sens de cet article et, sauf exclusion, doit être divulguée et produite.

[29] La règle 228 exclut expressément les documents privilégiés de son champ d'application. Cela dit, le fait que l'on ne puisse exiger la production des documents privilégiés n'est pas une conséquence de la règle 228, mais du droit régissant le secret professionnel liant l'avocat à son client ou le privilège relatif au litige. Étant donné que les demandeurs sollicitaient un document (ou des parties d'un document) dont disposait la Couronne pour lequel le privilège a été revendiqué, il y avait, avec égard, une question relative à ce qui devait être produit.

[30] Compte tenu de la revendication d'un privilège de la Couronne, la Cour fédérale s'est penchée sur le statut de la base de données. Elle a semblé faire une distinction entre la structure de la base de données (les noms des champs) et les « règles » appliquées pour remplir ces champs, d'une part, et les entrées effectuées dans ces champs, d'autre part. Au paragraphe 16 de ses motifs, la Cour a observé qu'il n'y avait aucun risque que « la divulgation des noms des champs ou des règles que le Canada a utilisées pour remplir ces champs avec du contenu lisible [crée] un risque que les communications entre un avocat et son client soient divulguées ». Plus loin, au paragraphe 17, la Cour a accepté qu'« un certain contenu de champ [puisse] relever du privilège relatif au litige du Canada ou contenir des communications entre un avocat et son client » tout en réaffirmant sa conclusion selon laquelle la divulgation de renseignements purement factuels tels que les noms des champs et les « règles » appliquées pour remplir ces champs ne mettrait pas en péril le privilège relatif au litige de la Couronne.

[31] La Cour a conclu cette partie de son analyse au paragraphe 19 en notant ceci :

Les renseignements que le Canada cherche à protéger peuvent être, en tout ou en partie, le produit du travail d'un avocat et être créés en prévision d'un litige. Néanmoins, ils ne relèvent manifestement pas de la stratégie, des conseils, des observations ou des opinions. Ils visaient plutôt à faciliter la gestion efficace et l'extraction de documents par le Canada et ses avocats.

[32] This reasoning draws a distinction, within a document for which litigation privilege is claimed, between strategy, advice, observations or opinions on one hand, and steps taken to assist in the management of documents in the course of the litigation on the other. In effect, the order made by the Federal Court implicitly held that the latter could be severed from the former and disclosed, notwithstanding the existence of litigation privilege.

[33] In the end, it appears that the issue was not whether the Crown had a legitimate claim of litigation privilege but whether that privilege sheltered the information which the plaintiffs were seeking and which the Judge ordered the Crown to disclose.

[34] The Federal Court referred to jurisprudence which discussed the assistance to be provided by the producing party in cases in which document production is voluminous. In *Bronson*, cited above, the producing party, which had simply dumped a mass of disorganized documents on the other party, was ordered to provide basic information which typically would be required in an affidavit as to documents. That is not the case here.

[35] *Wilson*, cited above, involved a database prepared by the defendants for use with the Summation legal data processing system. While the defendant objected to producing the database, it did not invoke litigation privilege even though counsel had prepared the database at significant expense to themselves (and their clients) in respect of their own documents presumably for the purposes of the litigation. The Court in *Wilson* treated the database as an index to the documents which goes beyond the scope of an affidavit as to documents required by the Rules.

[36] Neither of these cases is particularly helpful in a case involving litigation privilege.

[32] Ce raisonnement établit une distinction, à l'intérieur même d'un document pour lequel le privilège relatif au litige est revendiqué, entre la stratégie, les conseils, les observations ou les opinions, d'une part, et les mesures prises pour aider à la gestion des documents au cours du litige, d'autre part. En effet, la Cour fédérale a implicitement conclu en rendant son ordonnance que les documents de cette dernière catégorie pouvaient être dissociés des premiers et divulgués, malgré l'existence du privilège relatif au litige.

[33] En fin de compte, il semble que la question n'était pas de savoir si la Couronne avait une revendication légitime d'un privilège relatif au litige, mais si ce privilège protégeait les renseignements que les demandeurs cherchaient à obtenir et que le juge a ordonné à la Couronne de divulguer.

[34] La Cour fédérale a renvoyé à la jurisprudence où a été examinée la question de l'aide à fournir par la partie qui produit les documents dans les cas où une telle production est volumineuse. Dans l'arrêt *Bronson*, précité, la partie qui produisait les documents, qui a simplement produit à l'autre partie, de façon pêle-mêle, une masse de documents désorganisés, a reçu l'ordre de fournir des renseignements de base qui seraient normalement requis dans un affidavit attestant l'existence de documents. Ce n'est pas le cas en l'espèce.

[35] La décision *Wilson*, précitée, concernait une base de données préparée par les parties défenderesses en vue d'être utilisée avec le système de traitement juridique des données de la société Summation. Bien que la partie défenderesse se soit opposée à la production de la base de données, elle n'a pas invoqué le privilège relatif au litige, même si les avocats avaient préparé la base de données à leurs frais (et aux frais de leurs clients) pour leurs propres documents, vraisemblablement aux fins du litige. Dans la décision *Wilson*, la Cour a traité la base de données comme un index des documents qui va au-delà de la portée d'un affidavit attestant l'existence de documents requis par les Règles.

[36] Aucune de ces causes n'est particulièrement utile dans une affaire concernant un privilège relatif au litige.

[37] The Supreme Court of Canada recently revisited the subject of litigation privilege in *Lizotte v. Aviva Insurance Company of Canada*, 2016 SCC 52, [2016] 2 S.C.R. 521 (*Lizotte*). At paragraph 19 of its reasons, the Supreme Court said that litigation privilege “gives rise to an immunity from disclosure for documents and communications whose dominant purpose is preparation for litigation.” Further, at paragraph 32, the Supreme Court went on to find that litigation privilege was a class privilege, which “entails a presumption of non-disclosure once the conditions for its application are met.” The conditions for its application are that the document is created for the dominant purpose of litigation and that the litigation is pending or reasonably apprehended: *Lizotte*, at paragraph 33.

[38] On the question of the disclosure of documents covered by litigation privilege, the Court cited with approval the decision of the majority in the Ontario Court of Appeal in *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321, [1999] O.J. No. 3291 (QL) (C.A.) (*Chrusz*). In doing so, the Supreme Court disagreed with the proposition, set out in the reasons of the dissenting judge, that litigation privilege claims should be determined after considering “whether in the circumstances the harm flowing from non-disclosure clearly outweighs the benefit accruing” from protecting privacy interests: *Chrusz*, at page 365, cited in *Lizotte*, at paragraph 38. The Supreme Court adopted the position of the majority and declined to adopt a case-by-case approach to litigation privilege because of the uncertainty and the proliferation of pre-trial motions which a case-by-case weighing would entail: *Lizotte*, at paragraph 39. The privilege applies unless the document in question comes within an exception which means that “the onus is not on a party asserting litigation privilege to prove on a case-by-case basis that the privilege should apply in light of the facts of the case and the ‘public interests’ that are at issue” (citation omitted): *Lizotte*, at paragraph 37.

[39] As a result, a party attempting to defeat litigation privilege must identify an exception to litigation privilege

[37] La Cour suprême du Canada a récemment réexaminé la question du privilège relatif au litige dans l’arrêt *Lizotte c. Aviva, Compagnie d’assurance du Canada*, 2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521 (arrêt *Lizotte*). Au paragraphe 19 de ses motifs, la Cour suprême a déclaré que le privilège relatif au litige « crée une immunité de divulgation pour les documents et communications dont l’objet principal est la préparation d’un litige ». En outre, au paragraphe 32, la Cour suprême a déclaré que le privilège relatif au litige était un privilège générique, qui « comporte une présomption de non-divulgation une fois que ses conditions d’application sont établies ». Selon les conditions d’application, le document doit être créé pour l’objet principal du litige, et le litige doit être encore en cours ou peut être raisonnablement appréhendé : arrêt *Lizotte*, au paragraphe 33.

[38] Quant à la question de la divulgation des documents couverts par le privilège relatif au litige, la Cour a cité avec approbation la décision des juges majoritaires de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *General Accident Assurance Co. v. Chrusz* (1999), 45 O.R. (3d) 321, [1999] O.J. n° 3291 (QL) (C.A.) (arrêt *Chrusz*). Ce faisant, la Cour suprême s’est opposée à la proposition, énoncée dans les motifs du juge dissident, selon laquelle les revendications de privilège relatif au litige devraient être déterminées après avoir examiné [TRADUCTION] « si, dans les circonstances, le préjudice découlant de la non-divulgation l’emporte clairement sur l’avantage conféré » par la protection du droit à la vie privée : arrêt *Chrusz*, à la page 365, cité dans l’arrêt *Lizotte*, au paragraphe 38. La Cour suprême a adopté la thèse des juges majoritaires et a refusé d’adopter une approche au cas par cas du privilège relatif aux litiges en raison de l’incertitude et de la prolifération des requêtes préliminaires qu’une évaluation au cas par cas entraînerait : arrêt *Lizotte*, au paragraphe 39. Le privilège s’applique à moins que le document en question ne relève d’une exception, ce qui signifie qu’« il ne revient pas à une partie revendiquant le privilège relatif au litige d’établir au cas par cas que celui-ci devrait s’appliquer compte tenu des faits de l’espèce et des “intérêts publics” en cause » (citations omises) : arrêt *Lizotte*, au paragraphe 37.

[39] Par conséquent, une partie qui tente de faire échec au privilège relatif au litige doit soulever une exception au

and not simply urge the Court to engage in a balancing exercise on a case-by-case basis. The exceptions to solicitor-client [privilege], i.e. legal advice privilege also apply to litigation privilege: *Lizotte*, at paragraph 41. Those exceptions include public safety, innocence of the accused and criminal communications. In addition, litigation privilege does not apply to “evidence of the claimant party’s abuse of process or similar blameworthy conduct”: *Blank v. Canada (Minister of Justice)*, 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319 (*Blank*), at paragraph 44. Finally, litigation privilege, unlike legal advice privilege, is limited in time. It no longer applies once the litigation which gave rise to it, or closely related litigation, is at an end: *Blank*, at paragraphs 37–38.

[40] Once it was found that the Crown’s document management database is protected by litigation privilege, the onus was on the plaintiffs to establish the existence of an exception to the privilege as applied to the whole of the document database. This was not done nor could it have been since, on the facts of this case, none of the exceptions to litigation privilege arise. There is no suggestion of public safety, innocence at stake or criminal communications in this litigation. And the litigation over the plaintiffs’ claims is ongoing.

[41] As a result, the Crown’s document management database is a privileged document whose disclosure cannot be compelled since it does not come within one of the exceptions. Thus, the Federal Court could not have ordered its disclosure and production in its entirety. The question which arises though is whether the Federal Court could order its disclosure in part, either because those parts of the document were never privileged or because their disclosure is innocuous and assists in “the just, most expeditious and least expensive determination” of the issues between the parties. That is the question to which I now turn.

privilège relatif au litige et ne pas simplement demander à la Cour de s’engager dans un exercice de pondération au cas par cas. Les exceptions au secret professionnel de l’avocat, c’est-à-dire le privilège de la consultation juridique, s’appliquent également au privilège relatif au litige : arrêt *Lizotte*, au paragraphe 41. Ces exceptions concernent la sécurité publique, l’innocence de l’accusé et les communications de nature criminelle. En outre, le privilège relatif au litige ne s’applique pas à la « divulgation d’éléments de preuve démontrant un abus de procédure ou une conduite répréhensible similaire de la part de la partie qui le revendique » : *Blank c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319 (arrêt *Blank*), au paragraphe 44. Enfin, le privilège relatif au litige, contrairement au privilège de la consultation juridique, est limité dans le temps. Il ne s’applique plus une fois que le litige qui lui a donné lieu, ou un litige connexe, a pris fin : arrêt *Blank*, aux paragraphes 37 et 38.

[40] Une fois qu’il a été constaté que la base de données de gestion des documents de la Couronne est protégée par le privilège relatif au litige, il incombait aux demandeurs d’établir l’existence d’une exception au privilège appliqué à l’ensemble de la base de données de documents. Cela n’a pas été fait et n’aurait pas pu l’être puisque, compte tenu des faits de l’espèce, aucune des exceptions au privilège relatif au litige n’existe. Rien n’indique que la sécurité publique, l’innocence de l’accusé ou des communications de nature criminelle sont en jeu dans le présent litige. Et le litige concernant les revendications des demandeurs est en cours.

[41] Par conséquent, la base de données de gestion des documents de la Couronne est un document privilégié dont la divulgation ne peut être imposée puisqu’il ne relève pas de l’une des exceptions mentionnées. Ainsi, la Cour fédérale n’aurait pas pu ordonner sa divulgation et sa production dans son intégralité. La question qui se pose cependant est celle de savoir si la Cour fédérale pouvait ordonner sa divulgation en partie, soit parce que ces parties du document n’ont jamais été privilégiées, soit parce que leur divulgation est inoffensive et constitue une solution au litige « qui [est] juste et la plus expéditive et économique possible ». C’est la question sur laquelle je me penche à présent.

B. *If privileged, can the Court nonetheless sever portions of the documents after engaging in a balancing exercise so as to order its partial disclosure notwithstanding the Crown's litigation privilege?*

[42] While the Supreme Court has consistently held that solicitor-client privilege, including litigation privilege, must be as close to absolute as possible, it has repeatedly held that the privilege can be abrogated by legislation, though any legislation purporting to do so must be interpreted restrictively: *Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General)*; *White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)*; *R. v. Fink*, 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209, at paragraph 36; *Maranda v. Richer*, 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193, at paragraph 16; *Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)*, 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809, at paragraph 33; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary*, 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555, at paragraph 71.

[43] These cases deal with the abrogation of solicitor-client privilege of an entire document. Thus, solicitor-client privilege, while as close to absolute as possible, is not absolute and can be abrogated by appropriate statutory language, subject to constitutional constraints such as in the case of search and seizure: *Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec*, 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336, at paragraph 71.

[44] The Federal Court did not abrogate the Crown's claim of litigation privilege. To the contrary, the Court was intent on preserving the Crown's privilege but it did reason that it had the right to reach into a privileged document and to order disclosure of those parts of it which it considered were either not privileged or privileged, but whose disclosure was innocuous (or not privileged precisely because their disclosure was innocuous).

[45] The notion of severing or redacting certain portions of privileged documents arises in the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, and in equivalent provincial legislation: see for example, *Access to*

B. *S'ils sont privilégiés, la Cour peut-elle néanmoins découper certaines parties des documents après avoir procédé à un exercice de pondération dans le but d'ordonner sa divulgation partielle malgré le privilège de la Couronne relatif au litige?*

[42] Si la Cour suprême a toujours considéré que le secret professionnel de l'avocat, y compris le privilège relatif au litige, doit être aussi absolu que possible, elle a conclu à plusieurs reprises que ce privilège peut être abrogé par la loi, bien que toute loi censée le faire doit être interprétée de manière restrictive : *Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*; *White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)*; *R. c. Fink*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, au paragraphe 36; *Maranda c. Richer*, 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193, au paragraphe 16; *Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)*, 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809, au paragraphe 33; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary*, 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555, au paragraphe 71.

[43] Ces décisions portent sur l'abrogation du secret professionnel de l'avocat pour l'ensemble d'un document. Ainsi, le secret professionnel de l'avocat, bien que le plus absolu possible, n'est pas absolu et peut être abrogé par un texte de loi approprié, sous réserve de contraintes constitutionnelles comme dans le cas d'une perquisition et d'une saisie : *Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec*, 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336, au paragraphe 71.

[44] La Cour fédérale n'a pas abrogé la revendication de la Couronne concernant le privilège relatif au litige. Au contraire, la Cour avait l'intention de préserver le privilège de la Couronne, mais elle a estimé qu'elle avait le droit d'accéder à un document privilégié et d'ordonner la divulgation des parties de ce document qu'elle considérait comme non privilégiées ou privilégiées, mais dont la divulgation était inoffensive (ou non privilégiée précisément parce que leur divulgation était inoffensive).

[45] La notion de découpage ou d'expurgation de certaines parties de documents privilégiés se retrouve dans la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, et dans les lois provinciales équivalentes : voir par exemple

Information Act, sections 23, 25; *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, R.S.O. 1990, c. F.31, subsection 10(2), section 19; *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, c. F-22.01, sections 8, 22. These provisions would allow the Federal Court to do what it did in this case, if the proceedings had been brought under that legislation. However, they were not. I have not been able to find any other legislation that would apply in the circumstances of this case.

[46] The Supreme Court has recognized that legal privilege (legal advice privilege or litigation privilege) has gone from being a rule of evidence to a rule of substantive law: *Descôteaux et al. v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at pages 875–876 (1982), 141 D.L.R. (3d) 590. This means that the Crown has a substantive right to assert its litigation privilege and to have it respected.

[47] The Federal Court relied on principles of economy, fairness and proportionality as well as rule 3 to justify its decision. Substantive law cannot be modified by rules of procedure: see *Bisaillon v. Concordia University*, 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666, at paragraphs 17–18. In this case, the Federal Court's order has subordinated the Crown's substantive right to litigation privilege to procedural rules and practice principles. This is an error. Rule 3, to which the Federal Court made reference, applies to the interpretation of the Rules. It does not modify legal principles which arise independently of the Rules.

[48] Rule 4, upon which the Federal Court relied in making the order it did, provides:

Matters not provided for

4 On motion, the Court may provide for any procedural matter not provided for in these Rules or in an Act of Parliament by analogy to these Rules or by reference to the practice of the superior court of the province to which the subject-matter of the proceeding most closely relates.

[49] Rule 4 allows the Federal Courts to deal with a gap in the Rules by analogy from the rules of procedure or practice in the province with the closest connection with

la *Loi sur l'accès à l'information*, aux articles 23 et 25; la *Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée*, L.R.O. 1990, ch. F.31, au paragraphe 10(2) et à l'article 19; *The Freedom of Information and Protection of Privacy Act*, S.S. 1990-91, ch. F-22.01, aux articles 8 et 22. Ces dispositions permettraient à la Cour fédérale de faire ce qu'elle a fait en l'espèce, si les poursuites avaient été intentées sous le régime de ces lois. Cependant, celles-ci ne l'ont pas été. Je n'ai pu trouver aucune autre loi qui s'appliquerait dans les circonstances de la présente affaire.

[46] La Cour suprême a reconnu que le privilège juridique (le privilège de la consultation juridique ou le privilège relatif au litige) est passé de règle de preuve à règle de fond : *Descôteaux et autre c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, aux pages 875 et 876. Cela signifie que la Couronne a un droit fondamental de faire valoir son privilège relatif au litige et de le faire respecter.

[47] La Cour fédérale s'est appuyée sur les principes d'économie, d'équité et de proportionnalité ainsi que la règle 3 pour justifier sa décision. Le droit substantiel ne peut être modifié par les règles de procédure : voir *Bisaillon c. Université Concordia*, 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666, aux paragraphes 17 et 18. En l'espèce, l'ordonnance de la Cour fédérale a subordonné le droit fondamental de la Couronne au privilège relatif au litige aux règles de procédure et aux principes de pratique. Il s'agit d'une erreur. La règle 3, auquel la Cour fédérale a fait référence, s'applique à l'interprétation des Règles. Il ne modifie pas les règles de droit qui existent indépendamment des Règles.

[48] La règle 4, sur lequel la Cour fédérale s'est appuyée pour rendre son ordonnance, dispose ce qui suit :

Cas non prévus

4 En cas de silence des présentes règles ou des lois fédérales, la Cour peut, sur requête, déterminer la procédure applicable par analogie avec les présentes règles ou par renvoi à la pratique de la cour supérieure de la province qui est la plus pertinente en l'espèce.

[49] La règle 4 permet à la Cour fédérale de combler une lacune des Règles par analogie avec les règles de procédure ou la pratique en vigueur dans la province qui

the action. Given that litigation privilege is a question of substantive law, rule 4 is of no assistance in this case since questions of litigation privilege are not procedural matters. The Federal Court erred in proceeding as it did.

[50] The difficulty in this case is a practical one, that is, the cost and delay which the plaintiffs will incur in reviewing the documents which have been disclosed and produced to them to date. This is a real problem though its source is not necessarily the limitations of OCR technology. By casting a wide net in terms of the scope of their action, the plaintiffs have given themselves the ability to compel disclosure of documents created over a lengthy period of time from a large number of establishments. This is their right. The predictable consequence of the exercise of that right is that the number of relevant and potentially relevant documents is very large.

[51] It was also predictable that, in litigation spanning 100 years, a portion of the relevant documents would be in poor condition and not readily readable by OCR software.

[52] To the extent that technology can be used to make litigation more manageable and less expensive, it should be used. Nevertheless, there is no rule that technological limits alter the obligations of the parties, one to the other. Each party is entitled to a useful affidavit as to documents and to the production of copies that are as usable as the condition of the original documents permits. Once those obligations have been satisfied by the producing party, the state of the relevant technology is irrelevant. The current status of OCR technology does not justify departures from established principles governing litigation privilege.

[53] It is important to distinguish between using the Rules to obstruct and delay another party and the inconvenient invocation of legal rights. Both the Rules and

est la plus pertinente par rapport au litige. Étant donné que le privilège relatif au litige est une question de droit substantiel, la règle 4 n'est d'aucune utilité en l'espèce puisque les questions de privilège relatif au litige ne sont pas des questions de procédure. La Cour fédérale a commis une erreur en procédant comme elle l'a fait.

[50] La difficulté dans la cause qui nous intéresse est d'ordre pratique, c'est-à-dire le coût que les demandeurs devront engager et le retard qu'ils devront supporter pour examiner les documents qui ont été produits et leur ont été communiqués à ce jour. Il s'agit d'un véritable problème, bien que sa source ne constitue pas nécessairement les limites de la technologie de reconnaissance optique de caractères. En ratissant large pour ce qui est de la portée de leur demande, les demandeurs se sont donné la possibilité de contraindre la divulgation de documents créés sur une longue période de temps par un grand nombre d'établissements. C'est leur droit. La conséquence prévisible de l'exercice de ce droit est que le nombre de documents pertinents, ou potentiellement pertinents, est très important.

[51] Il était également prévisible que, dans un litige s'étalant sur 100 ans, une partie des documents pertinents serait en mauvais état et difficilement lisible par un logiciel de ROC.

[52] Dans la mesure où cette technologie peut être utilisée pour rendre les litiges plus gérables et moins coûteux, elle devrait être utilisée. Néanmoins, il n'existe aucune règle selon laquelle les limites technologiques modifient les obligations des parties, les unes envers les autres. Chaque partie a droit à un affidavit attestant l'existence de documents et à la production de copies aussi utilisables que l'état des documents originaux le permet. Une fois ces obligations remplies par la partie qui produit les documents, l'état de la technologie concernée n'est plus pertinent. L'état actuel de la technologie de reconnaissance optique de caractères ne justifie pas que l'on s'écarte des principes établis régissant le privilège relatif au litige.

[53] Il est important de faire une distinction entre l'utilisation des Règles pour entraver et retarder une autre partie et l'invocation inopportune de droits juridiques.

the Practice Directives issued by the Federal Court proscribe procedural obstructionism and give case management judges the ability to intervene to correct any abuses. A party's invocation of its legal rights cannot be side-stepped using tools designed to address abusive use of the Rules. The tone of the plaintiffs' argument suggests that they may believe that the Crown's position in this litigation is an abuse of process. If that is the plaintiffs' real objection to the position taken by the Crown in the litigation, then they should plead abuse of process and muster the evidence in support of that position if they can. Nibbling around the edges by invoking rules 3 and 4 will not do.

[54] As a result, I find that the Federal Court erred in law in ordering the production of portions of a document which is covered by litigation privilege in the absence of a legal justification for doing so. This is an error that justifies this Court's intervention.

V. Conclusion

[55] For these reasons, I would allow the appeal with costs, set aside the Federal Court's order and making the order which the Federal Court should have made, I would dismiss the plaintiffs' notice of motion.

NEAR J.A.: I agree.

BOIVIN J.A.: I agree.

Tant les Règles que les Directives sur la procédure données par la Cour fédérale interdisent l'obstructionnisme procédural et donnent aux juges chargés de la gestion de l'instance la possibilité d'intervenir pour corriger tout abus. L'invocation par une partie de ses droits juridiques ne peut pas être écartée en utilisant des outils conçus pour pallier l'utilisation abusive des Règles. Le ton de l'argumentation des demandeurs laisse entendre qu'ils croient peut-être que la thèse adoptée par la Couronne dans le présent litige constitue un abus de procédure. S'il s'agit là de la véritable objection des demandeurs à la thèse adoptée par la Couronne en l'espèce, ils devraient alors plaider l'abus de procédure et rassembler les éléments de preuve à l'appui de cette thèse s'ils le peuvent. Il ne suffit pas de tourner autour du pot en invoquant les règles 3 et 4.

[54] Par conséquent, je conclus que la Cour fédérale a commis une erreur de droit en ordonnant la production de parties d'un document qui est couvert par le privilège relatif au litige en l'absence de justification juridique. Il s'agit d'une erreur qui justifie l'intervention de notre Cour.

V. Conclusion

[55] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens, j'annulerais l'ordonnance de la Cour fédérale et, rendant l'ordonnance que la Cour fédérale aurait dû rendre, je rejetterais l'avis de requête des demandeurs.

Le juge NEAR, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

Le juge BOIVIN, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

2021 FC 228
IMM-5410-192021 CF 228
IMM-5410-19**Gurminder Singh Toor** (*Applicant*)**Gurminder Singh Toor** (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*défendeur*)

IMM-5510-19

IMM-5510-19

Kirandeep Kaur Toor (*Applicant*)**Kirandeep Kaur Toor** (*demanderesse*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**
(*défendeur*)**INDEXED AS: TOOR v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)****RÉPERTORIÉ : TOOR c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Roussel J.—Held by videoconference (between Ottawa and Calgary), August 20, 2020; Ottawa, March 16, 2021.

Cour fédérale, juge Roussel — Tenue par vidéoconférence (entre Ottawa et Calgary), 20 août 2020; Ottawa, 16 mars 2021.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (ID) decision denying applicants' request for adjournment of their admissibility hearing before ID until criminal charges against them determined — Applicants, Indian citizens, husband, wife — Charged with certain offences under Controlled Drugs and Substances Act (CDSA) when entering Canada from United States — Also facing allegations of inadmissibility pursuant to Immigration and Refugee Protection Act (IRPA), s. 37(1)(b) for engaging in transnational crime — During admissibility proceedings, applicants filed separate motions seeking to adjourn their hearing — Applicants submitted in particular that ID's decision unreasonable because violated their right to fair hearing, right against self-incrimination under Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 13 — Contended that ID failed to apply Immigration Division Rules, r. 43(2), unreasonably faulted them for not disclosing evidence they feared would not be protected in criminal proceedings — Whether Court should exercise its discretion to intervene before final decision rendered; whether ID's refusal to adjourn admissibility proceedings reasonable — Present matter one of rare situations where necessary to exercise discretion, intervene before final decision rendered

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a rejeté la demande de report de l'enquête sur l'interdiction de territoire des demandeurs devant la SI jusqu'à ce que les accusations criminelles qui pesait contre eux soient tranchées — Les demandeurs, des citoyens Indiens, sont mariés — Ils ont été accusés relativement à certaines infractions aux termes de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances lorsqu'ils sont entrés au Canada à partir des États-Unis — Ils ont fait aussi l'objet d'allégations d'interdiction de territoire pour criminalité transnationale au sens de l'art. 37(1)(b) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Dans le cadre de leur enquête, les demandeurs ont présenté des requêtes séparées demandant le report de leur audience — Ils ont soutenu notamment que la décision de la SI était déraisonnable parce qu'elle portait atteinte à leur droit à une audience équitable et à leur droit à la protection contre l'auto-incrimination aux termes des art. 7 et 13 de la Charte canadienne des droits et libertés — Ils ont affirmé que la SI avait omis d'appliquer le paragraphe 43(2) des Règles de la Section de l'immigration et avait eu tort de leur reprocher de ne pas avoir communiqué les éléments de preuve qui ne seraient

— *Right against self-incrimination one of fundamental principles of criminal law; constitutionally entrenched by Charter, ss. 11(c), 13; it enjoys residual protection under Charter, ss. 7, 24 — Use immunity, derivative use immunity constituting procedural safeguards against testimonial self-incrimination created by case law — In present case, applicants not previously testified by case law — If their testimony before ID gave rise to incriminating derivative evidence that did not attract immunity at criminal trials, judicial review at end of proceedings would not provide effective remedy as testimony would have already been given — Given uncertainty in case law regarding application of derivative use immunity to applicants if they testified voluntarily at admissibility hearing, finding that judicial review could fail to provide effective remedy, threshold for early intervention met — ID not erring by not considering factors listed in Immigration Division Rules, r. 43(2) — Reasonable for ID to find that potential use of any derivative evidence was at that point highly speculative, conjectural — Applicants' request based on circumstances that were undefined, speculative — Given this determination, not necessary to determine whether applicants' voluntary testimony would attract protection of derivative use immunity — Furthermore, ID reasonably suggested that applicants request other protective measures that could address their concerns, allow admissibility hearings to proceed in timely manner — Applicants failed to demonstrate that specific procedural mechanisms would not address their concerns of fairness, confidentiality regarding potential use of derivative evidence that could result from their testimony if they chose to testify — Applications dismissed.*

These were applications for judicial review of a decision of the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board denying the applicants' request for an adjournment of their admissibility hearing before the ID until the criminal charges against them were finally determined. The ID denied their request for an adjournment and issued written reasons thereafter.

pas protégés, craignaient-ils, lors du procès criminel — Il était question de savoir si la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'intervenir avant qu'une décision finale ne soit rendue; si le refus de la SI de reporter l'enquête était raisonnable — Il s'agissait de l'une de ces rares situations dans lesquelles la Cour devait exercer son pouvoir discrétionnaire d'intervenir avant qu'une décision finale ne soit rendue — Le droit de ne pas s'incriminer est l'un des principes fondamentaux du droit criminel; il est reconnu par la Constitution aux art. 11c) et 13 de la Charte, et bénéficie d'une protection résiduelle aux art. 7 et 24 de la Charte — L'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée sont des garanties procédurales contre le témoignage incriminant qui ressortent de la jurisprudence — En l'espèce, les demandeurs n'avaient pas déjà témoigné et n'avaient pas été contraints de témoigner — Si leur témoignage devant la SI créerait une preuve dérivée incriminante à l'égard de laquelle l'immunité ne serait pas conférée dans les instances criminelles, le contrôle judiciaire à l'issue des procédures ne constituerait pas un recours efficace, puisque la déposition aurait déjà été faite — Compte tenu de l'incertitude dans la jurisprudence au regard de l'application de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée aux demandeurs si ces derniers témoignaient volontairement lors de l'enquête les concernant ainsi que de la conclusion voulant que le contrôle judiciaire à la fin de la procédure puisse ne pas offrir un recours efficace, le critère pour une intervention précoce a été rempli — La SI n'a pas commis d'erreur en ne prenant pas en compte les facteurs qui sont énumérés au paragraphe 43(2) des Règles de la SI — Il était raisonnable que la SI conclue que la possibilité que des éléments de preuve dérivée soient utilisés était à ce stade très hypothétique et conjecturale — La requête des demandeurs reposait sur un ensemble de circonstances imprécises et conjecturales — Étant donné cette décision, il n'était pas nécessaire d'établir à ce stade si, en témoignant volontairement, les demandeurs bénéficieraient de la protection contre l'utilisation de la preuve dérivée — De plus, la SI a de manière raisonnable proposé que les demandeurs demandent d'autres mesures de protection pour dissiper leurs préoccupations et permettre la tenue des enquêtes en temps opportun — Les demandeurs n'ont pas démontré que certains mécanismes procéduraux ne sauraient dissiper leurs préoccupations relativement à l'équité et à la confidentialité quant à l'utilisation possible d'éléments de preuve dérivée à la suite de leur témoignage s'ils décidaient de témoigner — Demandes rejetées.

Il s'agissait de demandes de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a rejeté la demande de report de l'enquête sur l'interdiction de territoire des demandeurs devant la SI jusqu'à ce que les accusations criminelles qui pesait contre eux soient enfin tranchées. La SI a rejeté leur demande de report et a produit des motifs écrits par la suite.

The applicants are husband and wife, both citizens of India. They were charged with importing cocaine and methamphetamine pursuant to subsection 6(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act* (CDSA) and with possession of cocaine and methamphetamine pursuant to subsection 5(2) of the CDSA when entering Canada from the United States at a port of entry in Alberta. They were also facing allegations of inadmissibility pursuant to paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA) for engaging in transnational crime. In the course of their admissibility proceedings, the applicants filed separate motions seeking to adjourn their hearing.

The applicants submitted that the ID's decision was unreasonable because it violated their right to a fair hearing and their right against self-incrimination under sections 7 and 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. They argued that the ID's refusal to adjourn its proceedings placed them in an untenable and unfair position of choosing between testifying voluntarily at the ID hearing, thereby revealing their criminal defence to the Crown and their co-accused (for the male applicant, his wife and for the female applicant, her husband), as well as waiving the Charter protection of derivative use immunity, or remaining silent at their admissibility hearing and thereby, not addressing the allegations made against them. In addition, they contended that the ID failed to apply subsection 43(2) of the *Immigration Division Rules* and unreasonably faulted them for not disclosing the evidence that they feared would not be protected in the criminal proceedings. In response, the respondent submitted that the Court should dismiss the applications for judicial review because they were premature given the interlocutory nature of the ID's decision. In the event the Court was prepared to entertain the applications, the respondent submitted that the ID reasonably concluded that an adjournment was not warranted since the request was based on speculation and issues outside the procedural purview of the ID.

The issues were whether the Court should exercise its discretion to intervene before a final decision was rendered; and whether the ID's refusal to adjourn the admissibility proceedings was reasonable.

Held, the applications should be dismissed.

It is settled case law that absent exceptional circumstances, the courts will not interfere with interlocutory decisions until the ongoing administrative processes have been completed and until all other available effective remedies have been exhausted. While the "exceptional circumstances" exception is

Les demandeurs sont mariés et sont tous deux citoyens de l'Inde. Ils ont été accusés d'importation de cocaïne et de méthamphétamine aux termes du paragraphe 6(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, et de possession de cocaïne et de méthamphétamine aux termes du paragraphe 5(2) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, lorsqu'ils sont entrés au Canada à partir des États-Unis à un point d'entrée en Alberta. Ils ont fait aussi l'objet d'allégations d'interdiction de territoire au Canada pour s'être livrés à des activités de criminalité transnationale au sens de l'alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Dans le cadre de leur enquête, les demandeurs ont présenté des requêtes séparées demandant le report de leur audience.

Ils ont soutenu que la décision de la SI était déraisonnable parce qu'elle portait atteinte à leur droit à une audience équitable et à leur droit à la protection contre l'auto-incrimination aux termes des articles 7 et 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ils ont prétendu que le refus de la SI de reporter l'instance les plaçait dans la situation intenable et inéquitable de choisir entre témoigner volontairement à l'audience devant la SI, et ce faisant révéler leur défense au criminel à la Couronne et à leur co-accusé (pour le demandeur, son épouse, et pour la demanderesse, son époux) tout en renonçant à l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée prévue dans la Charte, ou garder le silence lors de leur enquête et, par conséquent, ne pas répondre aux allégations qui étaient formulées contre eux. De plus, ils ont affirmé que la SI avait omis d'appliquer le paragraphe 43(2) des *Règles de la Section de l'immigration* et avait eu tort de leur reprocher de ne pas avoir communiqué les éléments de preuve qui ne seraient pas protégés, craignaient-ils, lors du procès criminel. Pour sa part, le défendeur a soutenu que la Cour devrait rejeter les demandes de contrôle judiciaire parce qu'elles étaient prématurées en raison de la nature interlocutoire de la décision de la SI. Il a affirmé que, si la Cour était disposée à accueillir les demandes, la SI a raisonnablement conclu qu'un report n'était pas justifié étant donné que la requête reposait sur des hypothèses et des préoccupations qui n'étaient pas de son ressort procédural.

Il s'agissait de savoir si la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'intervenir avant qu'une décision finale soit rendue et si le refus de la SI de reporter l'enquête était raisonnable.

Jugement : la demande doit être rejetée.

Il est de jurisprudence constante que, à défaut de circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne peuvent pas intervenir à l'égard des décisions interlocutoires tant que les processus administratifs en cours n'ont pas été menés à terme ou tant que les recours efficaces qui sont ouverts ne sont pas épuisés.

very narrow and concerns of procedural fairness do not usually meet the requisite threshold, this was one of those rare situations where it was necessary to exercise discretion and intervene before a final decision had been rendered. The right against self-incrimination is one of the fundamental principles of criminal law. It is constitutionally entrenched by paragraph 11(c) and section 13 of the Charter and it enjoys residual protection under sections 7 and 24 of the Charter. It is also protected by section 5 of the *Canada Evidence Act* (CEA). Some of the procedural safeguards against testimonial self-incrimination that have emerged in case law include use immunity and derivative use immunity. Use immunity, under section 5 of the CEA and section 13 of the Charter, serves to protect the individual from having compelled incriminating testimony used directly against him or her in a subsequent proceeding. Derivative use immunity is available under the residual protection of section 7 of the Charter and “insulates the individual from having the compelled incriminating testimony used to obtain other evidence, unless that evidence is discoverable through alternative means”. Derivative evidence has been defined as evidence which could not have been obtained, or the significance of which could not have been appreciated, but for the witness’s testimony. In this case, the applicants did not previously testify and were not compelled to testify. If their testimony before the ID gave rise to incriminating derivative evidence that did not attract immunity at the criminal trials, judicial review at the end of the proceedings would not provide an effective remedy as the testimony would have already been given. This was so regardless of the outcome in the admissibility proceedings. The applicants would be denied the very remedy they were seeking, namely the right not to disclose that evidence to the Crown or the co-accused. Given the uncertainty in the case law regarding the application of derivative use immunity to the applicants if they testified voluntarily at their admissibility hearing and the finding that judicial review at the end of the proceedings could fail to provide an effective remedy, the threshold for early intervention was met.

The ID did not err by not considering the factors listed in subsection 43(2) of the ID Rules, a provision that governs “application[s] to change the date or time of a hearing”. When the applicants made their request for an adjournment, the hearing date and time were not set. Their request was made in the context of scheduling the date for the hearing. There was no hearing date to change. Even if the ID was required to consider the factors set out in subsection 43(2) of the ID Rules, the ID

Malgré la portée étroite de l’exception relative aux « circonstances exceptionnelles » et le fait que les préoccupations soulevées quant à l’équité procédurale ne répondent normalement pas au critère qui s’applique, il s’agissait de l’une de ces rares situations dans lesquelles la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d’intervenir avant qu’une décision finale ne soit rendue. Le droit de ne pas s’incriminer est l’un des principes fondamentaux du droit criminel. Il est reconnu par la Constitution à l’alinéa 11c) et à l’article 13 de la Charte, et bénéficie d’une protection résiduelle aux articles 7 et 24 de la Charte. Il est aussi protégé par l’article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Certaines des garanties procédurales contre le témoignage incriminant ressortent de la jurisprudence, dont l’immunité contre l’utilisation de la preuve et l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée. L’immunité contre l’utilisation de la preuve, aux termes de l’article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada* et de l’article 13 de la Charte, empêche que le témoignage incriminant qu’un individu a été contraint de livrer soit utilisé directement contre lui dans une instance ultérieure. L’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée peut être accordée au titre de la protection résiduelle prévue à l’article 7 de la Charte et « empêche que le témoignage incriminant qu’un individu a été contraint de livrer serve à obtenir d’autres éléments de preuve, sauf si ces éléments de preuve peuvent être découverts par d’autres moyens ». La preuve dérivée s’entend de la preuve qui n’aurait pas pu être obtenue, ou dont on n’aurait pas pu apprécier l’importance, n’eût été le témoignage d’une personne. En l’espèce, les demandeurs n’avaient pas déjà témoigné et n’avaient pas été contraints de témoigner. Si leur témoignage devant la SI créait une preuve dérivée incriminante à l’égard de laquelle l’immunité ne serait pas conférée dans les instances criminelles, le contrôle judiciaire à l’issue des procédures ne constituerait pas un recours efficace puisque la déposition aurait déjà été faite. Il en était ainsi, peu importe l’issue de l’enquête. Les demandeurs se verraient refuser le recours même qu’ils réclamaient, soit le droit de ne pas communiquer cette preuve à la Couronne ou à leur co-accusé. Compte tenu de l’incertitude dans la jurisprudence au regard de l’application de l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée aux demandeurs si ces derniers témoignaient volontairement lors de l’enquête les concernant ainsi que de la conclusion voulant que le contrôle judiciaire à la fin de la procédure puisse ne pas offrir un recours efficace, le critère pour une intervention précoce était rempli.

La SI n’a pas commis d’erreur en ne prenant pas en compte les facteurs qui sont énumérés au paragraphe 43(2) des Règles de la SI, une disposition qui régit les « demande[s] de changement de la date ou de l’heure d’une audience ». Lorsque les demandeurs ont présenté leur requête en ajournement, la date et l’heure de l’audience n’étaient pas fixées. La requête a été présentée dans le contexte du choix de la date de l’audience. Il n’y avait pas de date d’audience à changer. Même si la SI était tenue

could not be faulted for not specifically addressing the factors that the applicants did not themselves rely on to request the adjournment. Moreover, since there is no absolute protection against self-incrimination, it was incumbent on the applicants to demonstrate that the continuation of the admissibility proceedings would prejudicially affect their right to a fair hearing and their right against self-incrimination. In this case, the applicants did not articulate before the ID the nature of the evidence they may have to give in order to avoid being found inadmissible, nor did they explain how that evidence could assist the Crown in the criminal proceedings. Not all derivative evidence is necessarily incriminating. The evidentiary disclosure in the criminal proceedings was also incomplete. It was reasonable for the ID to find that the potential use of any derivative evidence was at that point highly speculative and conjectural. The applicants' request was based on a set of circumstances that were both undefined and speculative. Vague allegations are not enough. Given this determination, it was not necessary to determine at that point whether the applicants' voluntary testimony would attract the protection of derivative use immunity. Furthermore, the ID reasonably suggested that the applicants request other protective measures that could address their concerns and allow the admissibility hearings to proceed in a timely manner. The applicants failed to demonstrate that procedural mechanisms such as subsection 44(2) of the Rules or subparagraph 166(b)(ii) of the IRPA would not address their concerns of fairness and confidentiality regarding the potential use of derivative evidence that could result from their testimony if they chose to testify.

In conclusion, the applicants failed to establish that in refusing their request for an adjournment of the admissibility hearing, the ID unreasonably placed them in a position that compromised their sections 7 and 13 Charter rights to a fair hearing and their right against self-incrimination or breached their rights to procedural fairness or natural justice.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 7, 11(c), 13, 24.
Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 5.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 5(2), 6(1).

de prendre en compte les facteurs énumérés au paragraphe 43(2) des Règles de la SI, on ne pouvait pas lui reprocher d'avoir omis d'analyser expressément les facteurs que les demandeurs eux-mêmes n'avaient pas invoqués pour demander l'ajournement. De plus, étant donné qu'il n'existe pas de protection absolue contre l'auto-incrimination, il incombait aux demandeurs de démontrer que la continuation des enquêtes pourrait porter préjudice à leur droit à une audience équitable et à leur droit à la protection contre l'auto-incrimination. En l'espèce, les demandeurs n'ont pas précisé la nature de la preuve qu'ils pourraient être appelés à donner pour éviter d'être déclarés interdits de territoire devant la SI, et ils n'ont pas expliqué non plus en quoi cette preuve pourrait aider la Couronne dans les poursuites criminelles. La preuve dérivée n'est pas toujours nécessairement incriminante. La communication de la preuve dans les instances criminelles n'était pas terminée non plus. Il était raisonnable que la SI conclue que la possibilité que des éléments de preuve dérivée soient utilisés était à ce stade très hypothétique et conjecturale. La requête des demandeurs reposait sur un ensemble de circonstances imprécises et conjecturales. Les allégations vagues ne sont pas suffisantes. Étant donné cette décision, il n'était pas nécessaire d'établir à ce stade si, en témoignant volontairement, les demandeurs bénéficieraient de la protection contre l'utilisation de la preuve dérivée. De plus, la SI a de manière raisonnable proposé que les demandeurs demandent d'autres mesures de protection pour dissiper leurs préoccupations et permettre la tenue des enquêtes en temps opportun. Les demandeurs n'ont pas démontré que des mécanismes procéduraux comme celui qui est prévu au paragraphe 44(2) des Règles de la SI ou au sous-alinéa 166b)(ii) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* ne sauraient dissiper leurs préoccupations relativement à l'équité et à la confidentialité quant à l'utilisation possible d'éléments de preuve dérivée à la suite de leur témoignage s'ils décidaient de témoigner.

Enfin, les demandeurs n'ont pas établi qu'en rejetant leur requête en ajournement de l'enquête, la SI les avait de manière déraisonnable placés dans une situation qui portait atteinte à leurs droits à une audience équitable et à la protection contre l'auto-incrimination aux termes des articles 7 et 13 de la Charte ou qu'elle a manqué à leurs droits à l'équité procédurale ou à la justice naturelle.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7, 11(c), 13, 24.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 5(2), 6(1).
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 5.

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 34(1)(a),(f), 37(1)(b), 166(b)(ii).
Immigration Division Rules, SOR/2002-229, rr. 43(2), 44(2).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 31.04(2).

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 34(1)a),f), 37(1)b), 166b)(ii).
Règles de la Section de l'immigration, DORS/2002-229, règles 43(2), 44(2).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 31.04(2).

CASES CITED

APPLIED:

C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency), 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1; *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121.

DISTINGUISHED:

Wang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2017 FC 690; *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609; *R. v. Nedelcu*, 2012 SCC 59, [2012] 3 S.C.R. 311.

CONSIDERED:

Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re), 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248; *Seth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 348, (1993), 105 D.L.R. (4th) 365 (C.A.).

REFERRED TO:

Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission), 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; *Constantinescu v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 315; *Agnaou v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 264; *Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 241, 154 C.P.R. (4th) 165; *Forner v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2016 FCA 35, 481 N.R. 159; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Limited*, 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 467; *Whalen v. Fort McMurray No. 468 First Nation*, 2019 FC 732, [2019] 4 F.C.R. 217; *Girouard v. Inquiry Committee Constituted Under the Procedures for Dealing With Complaints Made to the Canadian Judicial Council About Federally Appointed Judges*, 2014 FC 1175; *Douglas v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 299, [2015] 2 F.C.R. 911; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, (1995), 121 D.L.R. (4th) 589; *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433; *B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704; *Handasamy v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1389, 48 Imm. L.R.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers), 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Wang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2017 CF 690; *R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609; *R. c. Nedelcu*, 2012 CSC 59, [2012] 3 R.C.S. 311.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re), 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248; *Seth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 3 C.F. 348 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission), 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *Constantinescu c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 315; *Agnaou c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 264; *Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 241; *Forner c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2016 CAF 35; *Wilson c. Énergie atomique du Canada Limitée*, 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 467; *Whalen c. Première Nation n° 468 de Fort McMurray*, 2019 CF 732, [2019] 4 R.C.F. 217; *Girouard c. Comité d'examen constitué en vertu des procédures relatives à l'examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale*, 2014 CF 1175; *Douglas c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 299, [2015] 2 R.C.F. 911; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433; *B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704; *Handasamy c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1389; *Bruzzese c. Canada (Sécurité publique*

(4th) 268; *Bruzzese v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1119, [2017] 3 F.C.R. 272; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, (1995), 99 C.C.C. (3d) 193; *Akinsuyi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 139; *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271; *Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674; *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229; *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 43 Imm. L.R. (4th) 199; *Lai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FCA 21, 29 Imm. L.R. (4th) 211; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zazai*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167; *Liyagamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4, [1994] F.C.J. No. 1637 (QL) (C.A.).

APPLICATIONS for judicial review of a decision of the Immigration Division (ID) of the Immigration and Refugee Board denying the applicants' request for an adjournment of their admissibility hearing before the ID until the criminal charges against the applicants were finally determined. Applications dismissed.

APPEARANCES

Michael Greene, Q.C., for applicant Kirandeep Kaur Toor.
David Matas for applicant Garminder Singh Toor.
Galina Bining for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

Sherritt Greene, Calgary, for applicant Kirandeep Kaur Toor.
David Matas, Winnipeg, for applicant Garminder Singh Toor.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

et Protection civile), 2016 CF 1119, [2017] 3 R.C.F. 272; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97; *Akinsuyi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1397; *Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271; *Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674; *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229; *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178; *Lai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CAF 21; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Zazai*, 2004 CAF 89; *Liyagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (QL) (C.A.).

DEMANDES de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la Section de l'immigration (SI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, qui a rejeté la demande de report de l'enquête sur l'interdiction de territoire des demandeurs devant la SI jusqu'à ce que les accusations criminelles qui pesaient contre eux soient enfin tranchées. Demandes rejetées.

ONT COMPARU :

Michael Greene, c.r., pour la demanderesse Kirandeep Kaur Toor.
David Matas pour le demandeur Garminder Singh Toor.
Galina Bining, pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Sherritt Greene, Calgary, pour la demanderesse Kirandeep Kaur Toor.
David Matas, Winnipeg, pour le demandeur Garminder Singh Toor.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

ROUSSEL J.:

I. Overview

[1] The applicants are husband and wife, both citizens of India. In December 2017, they were charged with importing cocaine and methamphetamine pursuant to subsection 6(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 (CDSA), and with possession of cocaine and methamphetamine pursuant to subsection 5(2) of the CDSA, when entering Canada from the United States at a port of entry in Alberta. They are also facing allegations of inadmissibility pursuant to paragraph 37(1)(b) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) for engaging in transnational crime.

[2] In the course of their admissibility proceedings, the applicants filed separate motions seeking to adjourn their hearing before the Immigration Division (ID) until the criminal charges against them were finally determined.

[3] On August 29, 2019, the ID denied their request for an adjournment and issued written reasons on September 3, 2019. The applicants seek judicial review of that decision.

[4] While articulated differently, the applicants submit that the ID's decision is unreasonable because it violates their right to a fair hearing and their right against self-incrimination under sections 7 and 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44] (Charter). They argue that the ID's refusal to adjourn its proceedings places them in an untenable and unfair position of choosing between testifying voluntarily at the ID hearing, thereby revealing their criminal defence to the Crown and their co-accused (for the male applicant, his wife and for the female applicant, her husband), as well as waiving the Charter protection of derivative

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

LA JUGE ROUSSEL :

I. Aperçu

[1] Les demandeurs sont mariés et sont tous deux citoyens de l'Inde. En décembre 2017, ils ont été accusés d'importation de cocaïne et de méthamphétamine aux termes du paragraphe 6(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (la LRCIDAS), et de possession de cocaïne et de méthamphétamine aux termes du paragraphe 5(2) de la LRCIDAS, lorsqu'ils sont entrés au Canada à partir des États-Unis à un point d'entrée en Alberta. Ils font aussi l'objet d'allégations d'interdiction de territoire au Canada pour s'être livrés à des activités de criminalité transnationale au sens de l'alinéa 37(1)b) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR).

[2] Dans le cadre de leur enquête, les demandeurs ont présenté des requêtes séparées demandant le report de leur audience devant la Section de l'immigration (la SI) jusqu'à ce que les accusations criminelles qui pèsent contre eux soient enfin tranchées.

[3] La SI a rejeté leur demande de report le 29 août 2019, et a produit des motifs écrits le 3 septembre 2019. Les demandeurs sollicitent le contrôle judiciaire de cette décision.

[4] Quoiqu'en d'autres termes, les demandeurs soutiennent que la décision de la SI est déraisonnable parce qu'elle porte atteinte à leur droit à une audience équitable et à leur droit à la protection contre l'auto-incrimination aux termes des articles 7 et 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (la Charte). Ils prétendent que le refus de la SI de reporter l'instance les place dans la situation intenable et inéquitable de choisir entre témoigner volontairement à l'audience devant la SI, et ce faisant révéler leur défense au criminel à la Couronne et à leur co-accusé (pour le demandeur, son épouse, et pour la demanderesse, son époux)

use immunity, or remaining silent at their admissibility hearing and thereby, not addressing the allegations made against them. In addition, they contend that the ID failed to apply subsection 43(2) of the *Immigration Division Rules*, SOR/2002-229 (ID Rules) and unreasonably faulted them for not disclosing the evidence that they fear would not be protected in the criminal proceedings.

[5] In response, the respondent submits that the Court should dismiss the applications for judicial review because they are premature given the interlocutory nature of the ID's decision. In the event the Court is prepared to entertain the applications, the respondent submits that the ID reasonably concluded that an adjournment was not warranted since the request was based on speculation and issues outside the procedural purview of the ID.

II. Analysis

A. *Prematurity*

[6] It is settled case law that absent exceptional circumstances, the courts will not interfere with interlocutory decisions until the ongoing administrative processes have been completed and until all other available effective remedies have been exhausted. This rule has been described in a number of ways, including the doctrine of exhaustion, the doctrine of adequate alternative remedies, the doctrine against fragmentation or bifurcation of administrative proceedings, the rule against interlocutory judicial reviews and the objection against premature judicial reviews (*C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332 (*C.B. Powell*), at paragraphs 30–32). The underlying purpose of this rule is to prevent fragmentation of the administrative process and to reduce the large costs and delays associated with premature court challenges, particularly where the party may ultimately be successful at the conclusion of the administrative process (*C.B. Powell*, at paragraph 32).

tout en renonçant à l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée prévue dans la Charte, ou garder le silence lors de leur enquête et, par conséquent, ne pas répondre aux allégations qui sont formulées contre eux. De plus, ils affirment que la SI a omis d'appliquer le paragraphe 43(2) des *Règles de la Section de l'immigration*, DORS/2002-229 (Règles de la SI) et a eu tort de leur reprocher de ne pas avoir communiqué les éléments de preuve qui ne seraient pas protégés, craignent-ils, lors du procès criminel.

[5] Pour sa part, le défendeur soutient que la Cour devrait rejeter les demandes de contrôle judiciaire parce qu'elles sont prématurées en raison de la nature interlocutoire de la décision de la SI. Il affirme que, si la Cour est disposée à accueillir les demandes, la SI a raisonnablement conclu qu'un report n'était pas justifié étant donné que la requête reposait sur des hypothèses et des préoccupations qui ne sont pas de son ressort procédural.

II. Analyse

A. *Prématurité*

[6] Il est de jurisprudence constante que, à défaut de circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne peuvent pas intervenir à l'égard des décisions interlocutoires tant que les processus administratifs en cours n'ont pas été menés à terme ou tant que les recours efficaces qui sont ouverts ne sont pas épuisés. Cette règle a de multiples appellations, dont la doctrine de l'épuisement des recours, la doctrine des autres voies de recours adéquates, la doctrine interdisant le fractionnement ou la division des procédures administratives, le principe interdisant le contrôle judiciaire interlocutoire et l'objection contre le contrôle judiciaire prématuré (*C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332 (*C.B. Powell*), aux paragraphes 30 à 32). Elle vise à éviter le fractionnement du processus administratif et le morcellement du processus judiciaire et à réduire les coûts élevés et les retards importants entraînés par un recours prématuré aux tribunaux, particulièrement lorsque la partie est de toute façon susceptible d'obtenir gain de cause au terme du processus administratif (*CB Powell*, au paragraphe 32).

[7] It is also well-established that very few circumstances qualify as exceptional and that the threshold for exceptionality is high (*C.B. Powell*, at paragraph 33). The presence of an important jurisdictional or constitutional issue, or concerns about procedural fairness, do not constitute exceptional circumstances (*C.B. Powell*, at paragraphs 33, 39–40 and 45).

[8] These principles were reiterated by the Supreme Court of Canada in *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364, at paragraphs 35 to 38 and in several subsequent decisions of both the Federal Court of Appeal and this Court (*Constantinescu v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 315, at paragraph 2; *Agnaou v. Canada (Attorney General)*, 2019 FCA 264, at paragraphs 2–3; *Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 241, 154 C.P.R. (4th) 165, at paragraphs 47–50, and 53; *Forner v. Professional Institute of the Public Service of Canada*, 2016 FCA 35, 481 N.R. 159, at paragraphs 13–16; *Wilson v. Atomic Energy of Canada Limited*, 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 467, at paragraphs 28–34; *Whalen v. Fort McMurray No. 468 First Nation*, 2019 FC 732, [2019] 4 F.C.R. 217, at paragraphs 16–18; *Wang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FC 690 (*Wang*), at paragraphs 12–13 and 16; *Girouard v. Inquiry Committee Constituted Under the Procedures for Dealing With Complaints Made to the Canadian Judicial Council About Federally Appointed Judges*, 2014 FC 1175, at paragraphs 18–19; *Douglas v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 299, [2015] 2 F.C.R. 911, at paragraph 128).

[9] While I recognize the narrowness of the “exceptional circumstances” exception and that concerns of procedural fairness do not usually meet the requisite threshold, I find that this is one of those rare situations where the Court should exercise its discretion to intervene before a final decision has been rendered.

[7] Il est aussi reconnu que très peu de circonstances peuvent être qualifiées d’exceptionnelles et que le critère minimal permettant de qualifier des circonstances exceptionnelles est élevé (*CB Powell*, au paragraphe 33). L’existence d’une question juridique ou constitutionnelle importante, ou de préoccupations soulevées au sujet de l’équité procédurale, ne constituent pas des circonstances exceptionnelles (*CB Powell*, aux paragraphes 33, 39, 40 et 45).

[8] Ces principes ont été réitérés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364, aux paragraphes 35 à 38 et dans plusieurs autres arrêts et décisions subséquents de la Cour d’appel fédérale et de la Cour (*Constantinescu c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 315, au paragraphe 2; *Agnaou c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 264, aux paragraphes 2 et 3; *Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 241, aux paragraphes 47 à 50 et 53; *Forner c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada*, 2016 CAF 35, aux paragraphes 13 à 16; *Wilson c. Énergie atomique du Canada Limitée*, 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 467, aux paragraphes 28 à 34; *Whalen c. Première Nation n° 468 de Fort McMurray*, 2019 CF 732, [2019] 4 R.C.F. 217, aux paragraphes 16 à 18; *Wang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CF 690 (*Wang*), aux paragraphes 12, 13 et 16; *Girouard c. Comité d’examen constitué en vertu des procédures relatives à l’examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale*, 2014 CF 1175, aux paragraphes 18 et 19; *Douglas c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 299, [2015] 2 R.C.F. 911, au paragraphe 128).

[9] Bien que je reconnaisse la portée étroite de l’exception relative aux « circonstances exceptionnelles » et le fait que les préoccupations soulevées quant à l’équité procédurale ne répondent normalement pas au critère qui s’applique, j’estime qu’il s’agit de l’une de ces rares situations dans lesquelles la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d’intervenir avant qu’une décision finale ne soit rendue.

[10] The right against self-incrimination is one of the fundamental principles of criminal law (*R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609 (*Henry*), at paragraph 2; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248 (*Application s. 83.28*), at paragraph 70). It is constitutionally entrenched by paragraph 11(c) and section 13 of the Charter and it enjoys residual protection under sections 7 and 24 of the Charter. It is also protected by section 5 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 (CEA).

[11] Some of the procedural safeguards against testimonial self-incrimination that have emerged in the jurisprudence include use immunity and derivative use immunity. Use immunity, under section 5 of the CEA and section 13 of the Charter, serves to protect the individual from having compelled incriminating testimony used directly against him or her in a subsequent proceeding (*Application s. 83.28*, at paragraph 71).

[12] Section 5 of the CEA reads:

Incriminating questions

5 (1) No witness shall be excused from answering any question on the ground that the answer to the question may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person.

Answer not admissible against witness

(2) Where with respect to any question a witness objects to answer on the ground that his answer may tend to criminate him, or may tend to establish his liability to a civil proceeding at the instance of the Crown or of any person, and if but for this Act, or the Act of any provincial legislature, the witness would therefore have been excused from answering the question, then although the witness is by reason of this Act or the provincial Act compelled to answer, the answer so given shall not be used or admissible in evidence against him in any criminal trial or other criminal proceeding against him thereafter taking place, other than a prosecution for perjury in the giving of that evidence or for the giving of contradictory evidence.

[10] Le droit de ne pas s'incriminer est l'un des principes fondamentaux du droit criminel (*R. c. Henry*, 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609 (*Henry*), au paragraphe 2; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248 (*Demande fondée sur l'art. 83.28*), au paragraphe 70). Il est reconnu par la Constitution à l'alinéa 11c) et à l'article 13 de la Charte, et bénéficie d'une protection résiduelle aux articles 7 et 24 de la Charte. Il est aussi protégé par l'article 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 (la LPC).

[11] Certaines des garanties procédurales contre le témoignage incriminant ressortent de la jurisprudence, dont l'immunité contre l'utilisation de la preuve et l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée. L'immunité contre l'utilisation de la preuve, aux termes de l'article 5 de la LPC et de l'article 13 de la Charte, empêche que le témoignage incriminant qu'un individu a été contraint de livrer soit utilisé directement contre lui dans une instance ultérieure (*Demande fondée sur l'art. 83.28*, au paragraphe 71).

[12] L'article 5 de la LPC est ainsi libellé :

Questions incriminantes

5 (1) Nul témoin n'est exempté de répondre à une question pour le motif que la réponse à cette question pourrait tendre à l'incriminer, ou pourrait tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit.

Réponse non admissible contre le témoin

(2) Lorsque, relativement à une question, un témoin s'oppose à répondre pour le motif que sa réponse pourrait tendre à l'incriminer ou tendre à établir sa responsabilité dans une procédure civile à l'instance de la Couronne ou de qui que ce soit, et si, sans la présente loi ou toute loi provinciale, ce témoin eût été dispensé de répondre à cette question, alors, bien que ce témoin soit en vertu de la présente loi ou d'une loi provinciale forcé de répondre, sa réponse ne peut être invoquée et n'est pas admissible en preuve contre lui dans une instruction ou procédure pénale exercée contre lui par la suite, sauf dans le cas de poursuite pour parjure en rendant ce témoignage ou pour témoignage contradictoire.

[13] Section 13 of the Charter states:

Self-crimination

13. A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings, except in a prosecution for perjury or for the giving of contradictory evidence.

[14] Derivative use immunity is available under the residual protection of section 7 of the Charter and “insulates the individual from having the compelled incriminating testimony used to obtain other evidence, unless that evidence is discoverable through alternative means” (*Application s. 83.28*, at paragraph 71). Derivative evidence has been defined as evidence which could not have been obtained, or the significance of which could not have been appreciated, but for the witness’s testimony (*R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at page 454, (1995), 121 D.L.R. (4th) 589).

[15] The applicants submit that while they may enjoy the protection of use immunity under the CEA and section 13 of the Charter, in order for them to receive the benefit of derivative use immunity, they must be compelled to testify before the ID. If the Minister considers he can establish his case without the benefit of the applicants’ testimony and does not compel them to testify, they will be placed in an impossible situation. If they choose to testify in order to exonerate themselves through their testimony, they will lose the benefit of derivative use immunity. If they choose not to testify, they risk being found inadmissible pursuant to paragraph 37(1)(b) of the IRPA. Moreover, as they are both involved in the immigration and criminal proceedings, if the husband chooses to testify, the waiver of derivative use immunity would also mean that any evidence he gives could be used against his wife in the criminal trial and the same is true if the wife chooses to testify. The applicants argue that forcing them to reveal their legal defence to the criminal charges to the Crown and the other co-accused spouse would compromise their right to a fair trial.

[13] L’article 13 de la Charte est ainsi libellé :

Témoignage incriminant

13. Chacun a droit à ce qu’aucun témoignage incriminant qu’il donne ne soit utilisé pour l’incriminer dans d’autres procédures, sauf lors de poursuites pour parjure ou pour témoignages contradictoires.

[14] L’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée peut être accordée au titre de la protection résiduelle prévue à l’article 7 de la Charte et « empêche que le témoignage incriminant qu’un individu a été contraint de livrer serve à obtenir d’autres éléments de preuve, sauf si ces éléments de preuve peuvent être découverts par d’autres moyens » (*Demande fondée sur l’art. 83.28*, au paragraphe 71). La preuve dérivée s’entend de la preuve qui n’aurait pas pu être obtenue, ou dont on n’aurait pas pu apprécier l’importance, n’eût été le témoignage d’une personne (*R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, à la page 454).

[15] Les demandeurs affirment que, même s’ils bénéficient de l’immunité contre l’utilisation de la preuve au titre de la LPC et de l’article 13 de la Charte, pour se prévaloir de l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée, ils doivent être contraints de témoigner devant la SI. Si le ministre estime qu’il peut établir le bien-fondé de sa cause sans le témoignage des demandeurs et ne les contraint pas de témoigner, ceux-ci se trouveront dans une situation impossible. Si les demandeurs décident de témoigner afin de s’exonérer avec leur témoignage, ils perdront l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée. S’ils décident de ne pas témoigner, ils risquent d’être déclarés interdits de territoire aux termes de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR. De plus, comme ils sont tous les deux concernés dans les procédures en immigration et criminelles, si l’époux décide de témoigner, en renonçant à l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée, les éléments de preuve qu’il livrerait pourraient être utilisés contre son épouse dans l’instance criminelle, et il en irait de même pour lui si l’épouse décidait de témoigner. Les demandeurs soutiennent que le fait de les forcer à dévoiler leur défense contre les accusations criminelles à la Couronne et à l’autre époux co-accusé compromettrait leur droit à un procès équitable.

[16] The applicants further argue that the evidence gathered as a result of a witness's testimony—derivative evidence—is not guaranteed to be excluded from a subsequent criminal proceeding and is left to the discretion of the trial judge. The burden is on the accused to demonstrate that the proposed evidence is derivative evidence deserving of immunity protection. The exclusion of derivative evidence can only arise when a witness is compelled to testify, not when he or she chooses to testify.

[17] Relying on the decisions of the Supreme Court of Canada in *Henry and R. v. Nedelcu*, 2012 SCC 59, [2012] 3 S.C.R. 311 (*Nedelcu*), the respondent argues that evidence given, even voluntarily in a proceeding where a witness was compellable, though not actually compelled, is protected by the Charter against self-incrimination. The test is whether the applicants can be compelled and whether they feel compelled to testify. There is no dispute that the applicants can be compelled to testify before the ID and that they feel they must testify to have any chance of not being found inadmissible. In the respondent's view, the test is satisfied and the applicants' testimony would be protected, as would their evidence against the other spouse under section 13 of the Charter. The respondent submits that the fact that the applicants do not trust the criminal court to enforce their Charter protected rights is not sufficient to delay the ID hearing indefinitely. In any event, the ID is not responsible for the procedural protections afforded by the law in criminal prosecutions. It must only concern itself with respect to the procedural fairness rights of the applicants in their admissibility hearing. Any argument regarding breaches of the Charter should be made in the criminal trial.

[18] After reviewing the jurisprudence on the procedural safeguards against testimonial self-incrimination, and in particular, the *Henry* and *Nedelcu* decisions, I am not persuaded by the respondent's argument that the applicants' voluntary testimony at their admissibility hearing would constitute "compelled" testimony for the purpose of claiming derivative use immunity at their criminal trial.

[16] De plus, les demandeurs affirment que l'exclusion des éléments de preuve obtenus grâce au témoignage d'une personne — la preuve dérivée — dans une instance criminelle subséquente n'est pas assurée et est laissée à la discrétion du juge de première instance. Il incombe à l'accusé de démontrer que la preuve proposée est dérivée et justifie l'immunité. Une preuve dérivée ne peut être exclue que lorsqu'une personne est contrainte de témoigner, et non pas lorsqu'elle décide de témoigner.

[17] Invoquant les décisions rendues par la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Henry et R. c. Nedelcu*, 2012 CSC 59, [2012] 3 R.C.S. 311 (*Nedelcu*), le défendeur soutient que les éléments de preuve fournis, même librement dans une instance où une personne pouvait être contrainte de témoigner, même si elle n'avait pas été contrainte, sont protégés par la Charte contre l'auto-incrimination. Le critère qui s'applique est celui de savoir si les demandeurs peuvent être contraints et s'ils s'estiment contraints de témoigner. Nul ne conteste que les demandeurs peuvent être contraints de témoigner devant la SI et qu'ils croient qu'ils doivent témoigner pour avoir la moindre chance de ne pas être déclarés interdits de territoire. Le défendeur estime que le critère est rempli et que le témoignage des demandeurs serait protégé, comme le seraient les éléments de preuve donnés contre l'autre époux aux termes de l'article 13 de la Charte. Il prétend que le fait que les demandeurs doutent que le tribunal pénal respectera leurs droits protégés par la Charte ne suffit pas pour retarder l'audience devant la SI indéfiniment. Quoi qu'il en soit, la SI n'est pas responsable des protections procédurales accordées par la loi dans les poursuites criminelles. Elle ne doit s'intéresser qu'au respect des droits à l'équité procédurale des demandeurs lors de leur enquête. Tout argument sur des manquements au respect de la Charte devrait être présenté lors du procès criminel.

[18] Après avoir examiné la jurisprudence sur les protections procédurales contre les témoignages incriminants, et, particulièrement, les arrêts *Henry* et *Nedelcu*, je ne suis pas convaincue par l'argument du défendeur selon lequel le témoignage volontaire des demandeurs lors de leur enquête constituerait un témoignage « forcé » quand il s'agit de réclamer l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée lors de leur procès criminel.

[19] In *Henry*, the appellants, who had testified in their first trial, had told a different story under oath in their retrial on the same charge of first-degree murder. At the retrial, they were cross-examined on their prior inconsistent statements and were again convicted of first-degree murder. They appealed on the basis that the use of their prior statements violated their constitutional right against self-incrimination guaranteed by section 13 of the Charter.

[20] In his reasons, Binnie J. noted that section 13 of the Charter embodies a *quid pro quo*: when a witness who is compelled to give evidence in a court proceeding is exposed to the risk of self-incrimination, the state offers protection against the subsequent use of that evidence against the witness in exchange for his or her full and frank testimony (*Henry*, at paragraph 22, quoting from *R. v. Noël*, 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433, at paragraph 21). He found that accused persons who testify at their first trial and then volunteer inconsistent testimony at the retrial on the same charge were in no need of protection from being indirectly compelled to incriminate themselves and section 13 protection should not be available to them (*Henry*, at paragraphs 43 and 47). The source of the *quid pro quo* was missing (*Henry*, at paragraph 42). He concluded that the appellants' section 13 Charter rights were not violated by the Crown's cross-examination.

[21] In *Nedelcu*, the issue was whether the Crown could cross-examine the respondent at his criminal trial on statements he had made during discovery in a civil action without infringing his rights against self-incrimination. The Crown contended that the decision in *Henry* should not apply, because the accused's civil discovery evidence was not "compelled" within the meaning of *Henry*.

[22] The Court held that the respondent was "statutorily compellable, and therefore 'compelled'" to give

[19] Dans l'arrêt *Henry*, les appelants, qui avaient témoigné à leur premier procès, ont donné à leur nouveau procès une version des faits différente sous serment de celle qu'ils avaient présentée pour la même accusation de meurtre au premier degré. À leur nouveau procès, le ministère public les a contre-interrogés sur leurs déclarations antérieures incompatibles et ils ont été à nouveau déclarés coupables de meurtre au premier degré. Ils ont interjeté appel au motif que cette utilisation de leurs déclarations antérieures contrevenait à leur droit constitutionnel à ne pas s'incriminer garanti par l'article 13 de la Charte.

[20] Dans ses motifs, le juge Binnie a souligné que l'article 13 de la Charte établissait une contrepartie : lorsqu'un témoin contraint de déposer au cours d'une procédure judiciaire risque de s'auto-incriminer, l'État lui offre une protection contre l'utilisation subséquente de cette preuve contre lui en échange de son témoignage complet et sincère : (*Henry*, au paragraphe 22, citant l'arrêt *R. c. Noël*, 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433, au paragraphe 21). Il a estimé que les accusés qui avaient témoigné à leur premier procès et qui avaient décidé de témoigner à leur nouveau procès en donnant une version incompatible avec la première relativement à la même accusation n'avaient pas besoin d'être protégés contre l'obligation indirecte de s'incriminer, et qu'ils ne devraient pas bénéficier de la protection de l'article 13 (*Henry*, aux paragraphes 43 et 47). La contrainte à l'origine de la contrepartie n'existait pas (*Henry*, au paragraphe 42). Le juge Binnie a conclu qu'il n'y avait pas eu atteinte aux droits prévus à l'article 13 de la Charte des appelants pendant le contre-interrogatoire par la Couronne.

[21] Dans l'arrêt *Nedelcu*, la question en litige était celle de savoir si la Couronne pouvait contre-interroger l'accusé à son procès criminel à l'égard de déclarations qu'il avait faites lors de l'interrogatoire préalable dans une instance civile sans porter atteinte à son droit de ne pas s'incriminer. La Couronne a prétendu que l'arrêt *Henry* ne devrait pas s'appliquer parce que la preuve donnée par l'accusé à l'interrogatoire préalable dans le cadre de l'instance civile n'était pas « forcée » au sens de l'arrêt *Henry*.

[22] La Cour a statué que le défendeur était « un témoin contraignable en vertu de la loi et, par conséquent, un

evidence by virtue of subsection 31.04(2) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, which compels a defendant in a civil action to be examined for discovery whether or not the defendant files a statement of defence (*Nedelcu*, at paragraphs 1 and 109).

[23] Neither case mentions derivative use immunity nor is it unequivocal that *Nedelcu* intended to equate “compellable” with “compelled” in all circumstances.

[24] The circumstances here are also distinguishable from those in *Wang*, where I dismissed the application for judicial review because of prematurity. In that case, the applicant had sought judicial review of the Immigration Appeal Division (IAD)’s interlocutory order compelling him to testify. The ID had previously found the applicant not inadmissible to Canada under paragraphs 34(1)(a) and 34(1)(f) of the IRPA. The Minister appealed the ID’s decision to the IAD and sought to call the applicant as a witness. The applicant declined to testify but was ordered by summons to testify. The applicant contended that compelling him to testify engaged his right to liberty under section 7 of the Charter and that if he was compelled to testify for the purpose of testing his credibility before the IAD, the damage would be done and could not be corrected afterwards.

[25] In my reasons, I noted that it was not “a case in which once the evidence is disclosed, it cannot be taken back” (*Wang*, at paragraph 19). The applicant had testified over a period of two days before the ID during which he had communicated extensive details of his life and spoken to his alleged involvement with foreign intelligence and security agencies. I was not persuaded that any potential damage that could result from him testifying before the IAD would be such that it would be so fundamentally unfair not to decide the issue of his compellability at that stage of the IAD’s proceedings (*Wang*, at paragraphs 19–20).

témoin “forcé” » à témoigner en vertu du paragraphe 31.04(2) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, qui oblige un défendeur dans un litige civil à se soumettre à un interrogatoire préalable qu’il ait ou non remis sa défense (*Nedelcu*, aux paragraphes 1 et 109).

[23] Aucune de ces affaires ne mentionne l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée, ni n’affirme de façon non équivoque que l’arrêt *Nedelcu* visait à faire rimer « contraignable » avec « forcé » dans toutes les circonstances.

[24] Les circonstances en l’espèce sont aussi différentes de celles de la décision *Wang*, dans laquelle j’avais rejeté la demande de contrôle judiciaire en raison de son caractère prématuré. Dans cette affaire, le demandeur demandait le contrôle judiciaire de l’ordonnance interlocutoire de la Section d’appel de l’immigration (la SAI) le contraignant de témoigner. La SI avait auparavant conclu que le demandeur n’était pas interdit de territoire au Canada au titre des alinéas 34(1)a) et 34(1)f) de la LIPR. Le ministre a interjeté appel de la décision de la SI devant la SAI et a voulu appeler le demandeur à témoigner à l’audience. Le demandeur a refusé de témoigner, mais il a été convoqué pour témoigner. Il a fait valoir que l’obligation de témoigner mettait en cause son droit à la liberté garanti par l’article 7 de la Charte et que s’il était contraint de témoigner afin que sa crédibilité soit mise à l’épreuve devant la SAI, il subirait un préjudice qui ne pourrait pas être corrigé par la suite.

[25] Dans mes motifs, j’ai écrit qu’il ne s’agissait pas « d’une affaire dans laquelle on ne saurait faire fi d’une déposition une fois qu’elle [a été] faite » (*Wang*, au paragraphe 19). Le demandeur a témoigné dans le cadre d’une audience de deux jours devant la SI lors de laquelle il avait révélé de nombreux détails sur sa vie et avait parlé de sa collaboration présumée avec des organismes étrangers du renseignement et de la sécurité. Il ne m’avait pas convaincu que le préjudice susceptible d’être causé par son témoignage devant la SAI serait de telle nature que le refus de trancher la question de la contraignabilité à cette étape des procédures de la SAI serait fondamentalement inéquitable (*Wang*, aux paragraphes 19 et 20).

[26] Unlike in *Wang*, the applicants here have not previously testified and they have not been compelled to testify. If their testimony before the ID gives rise to incriminating derivative evidence that does not attract immunity at the criminal trials, judicial review at the end of the proceedings will not provide an effective remedy as the testimony will have already been given. This is so regardless of the outcome in the admissibility proceedings. The applicants would be denied the very remedy they seek, namely the right not to disclose that evidence to the Crown or the co-accused.

[27] I note that in *Seth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 3 F.C. 348, (1993), 105 D.L.R. (4th) 365 (C.A.), upon which the ID relied, the Federal Court of Appeal mentioned in footnote No. 13 that it was disposed, for the sake of argument and without reaching a final conclusion on the point, to recognize that a Convention refugee claimant could be equated with a “compellable witness”. It noted that although not bound to testify personally at the hearing, the refugee claimant could not be successful in his claim unless he met his burden and tendered sworn documentary evidence in support of his claim respecting his personal history.

[28] This reasoning does not necessarily apply here. In order to obtain a deportation order against the applicants, the Minister must first establish the elements of inadmissibility under paragraph 37(1)(b) of the IRPA (*B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704, at paragraph 72; *Handasamy v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1389, 48 Imm. L.R. (4th) 268, at paragraph 40). If the Minister were to adduce insufficient evidence to that effect, the applicants could choose to remain silent.

[29] Given the uncertainty in the case law regarding the application of derivative use immunity to the applicants if they testify voluntarily at their admissibility hearing and my finding that judicial review at the end of the proceedings could fail to provide an effective remedy, I am satisfied that the threshold for early intervention is met.

[26] Contrairement à la décision *Wang*, les demandeurs en l’espèce n’ont pas déjà témoigné et n’ont pas été contraints de témoigner. Si leur témoignage devant la SI crée une preuve dérivée incriminante à l’égard de laquelle l’immunité ne sera pas conférée dans les instances criminelles, le contrôle judiciaire à l’issue des procédures ne constituera pas un recours efficace puisque la déposition aura déjà été faite. Il en est ainsi, peu importe l’issue de l’enquête. Les demandeurs se verraient refuser le recours même qu’ils réclament, soit le droit de ne pas communiquer cette preuve à la Couronne ou à leur co-accusé.

[27] Je relève que dans l’arrêt *Seth c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 3 C.F. 348 (C.A.), invoqué par la SI, la Cour d’appel fédérale a mentionné à la note de bas de page n° 13 qu’elle voulait bien, aux fins de la discussion et sans tirer sur ce point une conclusion finale, reconnaître que le demandeur de statut de réfugié au sens de la Convention pouvait se comparer à un « témoin contraignable ». Elle a souligné que, bien que le demandeur de statut de réfugié ne fût pas tenu de témoigner personnellement à son audition, sa demande ne pouvait être accueillie que s’il s’acquittait de son obligation et que s’il produisait une preuve documentaire, donnée sous serment à l’appui de sa revendication, relativement à ses antécédents.

[28] Ce raisonnement ne s’applique pas nécessairement en l’espèce. Pour obtenir une mesure d’expulsion à l’encontre des demandeurs, le ministre doit d’abord établir les éléments d’interdiction de territoire aux termes de l’alinéa 37(1)(b) de la LIPR (*B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704, au paragraphe 72; *Handasamy c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1389, au paragraphe 40). Si la preuve produite par le ministre à cet égard était insuffisante, les demandeurs pourraient choisir de garder le silence.

[29] Compte tenu de l’incertitude dans la jurisprudence au regard de l’application de l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée aux demandeurs si ces derniers témoignent volontairement lors de l’enquête les concernant ainsi que de la conclusion voulant que le contrôle judiciaire à la fin de la procédure puisse ne pas offrir un recours efficace, je suis convaincue que le critère pour une intervention précoce est rempli.

B. *The ID's refusal to adjourn the admissibility proceedings*

[30] Citing *Bruzzese v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1119, [2017] 3 F.C.R. 272 and *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, (1995), 99 C.C.C. (3d) 193, the ID noted that there was no dispute that the applicants are compellable witnesses at their admissibility hearing. If the applicants were compelled to give testimony at their admissibility hearing, the compelled testimony would be protected pursuant to section 13 of the Charter. They could also request that the criminal trial judge exclude any derivative evidence. Though the ID recognized the applicants' concern that they might have to testify voluntarily at their admissibility hearing to avoid being found inadmissible, it found that the applicants had not provided any idea of the type of evidence they might have to give in order to avoid being found inadmissible or how giving this evidence could help the Crown at the criminal trial.

[31] In addition, pointing to the decision of this Court in *Akinsuyi v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 FC 1397, the ID confirmed that it had no role in ensuring the fairness of the criminal prosecution. It found that it was for the criminal trial judge to determine the appropriate remedy for the breach of any Charter rights caused by the admissibility hearing. As the potential use of any derivative evidence was highly speculative and conjectural, the ID concluded that it was not a sufficient ground for adjourning the admissibility hearing. Instead, the ID suggested that the applicants request that their admissibility hearing be conducted *in private* and that the presiding member prohibit the Minister from communicating to the Royal Canadian Mounted Police or to any other person the transcript of the proceedings or any content thereof at any time while the charges against the applicants were outstanding in the courts.

[32] In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*), the Supreme Court of Canada held that reasonableness is the presumptive standard of review for administrative decisions (*Vavilov*, at paragraphs 10 and

B. *Le refus de la SI de reporter l'enquête*

[30] Citant la décision *Bruzzese c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1119, [2017] 3 R.C.F. 272 et l'arrêt *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, la SI a souligné qu'il ne faisait aucun doute que les demandeurs étaient des témoins contraignables à leur enquête. Si les demandeurs étaient contraints de témoigner à leur enquête, le témoignage forcé serait protégé aux termes de l'article 13 de la Charte. Les demandeurs pourraient aussi demander que le juge qui présidera le procès criminel exclue toute preuve dérivée. Bien que la SI ait reconnu la préoccupation des demandeurs selon laquelle ils pourraient devoir témoigner volontairement à leur enquête pour éviter d'être déclarés interdits de territoire, elle a conclu qu'ils n'avaient pas présenté le moindre exemple du type de preuve qu'ils pourraient avoir à donner pour éviter d'être déclarés interdits de territoire ou en quoi le fait de donner cette preuve pourrait aider la Couronne dans l'instance criminelle.

[31] De plus, après avoir attiré l'attention sur la décision rendue par la Cour dans *Akinsuyi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CF 1397, la SI a confirmé qu'il ne lui revenait pas d'assurer l'équité de l'instance criminelle. Elle a conclu qu'il incombait au juge qui préside le procès criminel d'établir quel serait le recours approprié en cas de contravention à un droit protégé par la Charte lors de l'enquête. Étant donné que l'éventuelle utilisation de toute preuve dérivée était très hypothétique et conjecturale, la SI a établi que cela ne constituait un motif suffisant pour reporter l'enquête. Elle a plutôt proposé que les demandeurs demandent que leur enquête se tienne à huis clos et que le président de l'audience interdise au ministre de communiquer à la Gendarmerie royale du Canada ou à quiconque la transcription de l'audience ou tout élément de celle-ci en tout temps pendant que les accusations qui pèsent contre eux sont en instance devant les tribunaux.

[32] Dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*), la Cour suprême du Canada a soutenu que la norme de la décision raisonnable était la norme de contrôle présumée s'appliquer aux décisions

16–17). None of the exceptions described in *Vavilov* apply here.

[33] Where the standard of reasonableness applies, the Court shall examine “the decision actually made by the decision maker, including both the decision maker’s reasoning process and the outcome” (*Vavilov*, at paragraph 83). It must ask itself “whether the decision bears the hallmarks of reasonableness—justification, transparency and intelligibility—and whether it is justified in relation to the relevant factual and legal constraints that bear on the decision” (*Vavilov*, at paragraph 99). The burden is on the party challenging the decision to show that it is unreasonable (*Vavilov*, at paragraph 100).

[34] With respect to the issue of procedural fairness, the Federal Court of Appeal clarified in *Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)*, 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121 (*Canadian Pacific*) that issues of procedural fairness do not necessarily lend themselves to a standard of review analysis. Rather, the role of this Court is to determine whether the proceedings were fair in all the circumstances. In other words, “whether the applicant knew the case to meet and had a full and fair chance to respond” (*Canadian Pacific*, at paragraphs 54–56; *Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)*, 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271, at paragraph 35).

[35] As noted earlier, the applicants challenge the ID’s decision on a number of grounds. They contend that it was unreasonable and unfair to place them in a position that compromises their section 7 and 13 Charter rights to a fair hearing and their right against self-incrimination. Even if it is up to the criminal court judge to determine the appropriate remedy for the breach of any Charter right caused by the admissibility hearing, the ID has the duty to be fair and avoid breaches of the Charter.

administratives (*Vavilov*, aux paragraphes 10, 16 et 17. Aucune des exceptions décrites dans l’arrêt *Vavilov* ne s’applique en l’espèce.

[33] Lorsque la norme de la décision raisonnable s’applique, la Cour s’intéresse à « la décision effectivement rendue par le décideur, notamment au raisonnement suivi et au résultat de la décision » (*Vavilov*, au paragraphe 83). Elle doit se demander « si la décision possède les caractéristiques d’une décision raisonnable, soit la justification, la transparence et l’intelligibilité, et si la décision est justifiée au regard des contraintes factuelles et juridiques pertinentes qui ont une incidence sur celle-ci » (*Vavilov*, au paragraphe 99). Il incombe à la partie qui conteste la décision d’en démontrer le caractère déraisonnable (*Vavilov*, au paragraphe 100).

[34] En ce qui concerne la question de l’équité procédurale, la Cour d’appel fédérale a précisé dans l’arrêt *Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121 (*Canadien Pacifique*) que les questions d’équité procédurale ne se prêtent pas nécessairement à une analyse relative à la norme de contrôle applicable. Le rôle de la Cour est plutôt de se demander si la procédure était équitable eu égard à l’ensemble des circonstances. En d’autres mots, « si le demandeur connaissait la preuve à réfuter et s’il a eu possibilité complète et équitable d’y répondre » (*Canadien Pacifique*, aux paragraphes 54 à 56; *Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)*, 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271, au paragraphe 35).

[35] Comme il a été mentionné précédemment, les demandeurs contestent la décision de la SI pour un certain nombre de motifs. Ils soutiennent qu’il était déraisonnable et inéquitable de les placer dans une situation qui compromet leurs droits prévus aux articles 7 et 13 de la Charte à une audience équitable et à la protection contre l’auto-incrimination. Même s’il revient au juge qui présidera le procès criminel d’établir quel serait le recours approprié en cas de contravention à un droit protégé par la Charte lors de l’enquête, la SI a l’obligation d’être équitable et d’éviter de contrevenir à la Charte.

[36] The applicants also contend that the ID erred in failing to apply the criteria set out in subsection 43(2) of the ID Rules. This provision sets out the factors that the ID is required to consider and balance when assessing whether a motion for an adjournment of proceedings is warranted. These factors include the nature and the complexity of the hearing and whether allowing the application would unreasonably delay the proceedings or likely cause an injustice. In the applicants' view, the only factor considered by the ID in refusing the adjournment was whether allowing the applications would unreasonably delay the proceedings.

[37] Finally, they argue that the ID imposed an unreasonable burden upon them. In order to prove that they would be prejudiced in providing evidence or revealing their criminal defence to the co-accused and the Crown at the ID hearing, they were required to provide the very evidence or reveal the criminal defence they wished to protect.

[38] Let me begin by addressing the applicants' argument that the ID erred by not considering the factors listed in subsection 43(2) of the ID Rules. I note that this provision governs "application[s] to change the date or time of a hearing". When the applicants made their request for an adjournment, the hearing date and time were not set. Their request was made in the context of scheduling the date for the hearing. There was no hearing date to change.

[39] Even if the ID was required to consider the factors set out in subsection 43(2) of the ID Rules, the ID cannot be faulted for not specifically addressing the factors that the applicants did not themselves rely on to request the adjournment. The thrust of the applicants' argument was that failing to postpone the admissibility hearing until the final disposition of the criminal proceedings would potentially prejudice the criminal and immigration proceedings. The ID addressed this argument in its reasons.

[36] De plus, les demandeurs prétendent que la SI a commis une erreur en omettant d'appliquer le critère qui est énoncé au paragraphe 43(2) des Règles de la SI. Cette disposition établit les facteurs que la SI doit prendre en compte et soupeser lorsqu'elle apprécie le bien-fondé d'une requête en ajournement de l'audience. Ces facteurs comprennent la nature et la complexité de l'affaire et la question de savoir si le fait d'accueillir la demande ralentirait l'affaire de manière déraisonnable ou causerait vraisemblablement une injustice. Les demandeurs estiment que le seul facteur qu'a pris en compte la SI pour refuser l'ajournement était celui de savoir si le fait d'accueillir la demande ralentirait l'affaire de manière déraisonnable.

[37] Enfin, les demandeurs affirment que la SI leur a imposé un fardeau déraisonnable. Pour établir qu'ils subirait un préjudice en témoignant ou en dévoilant leur défense au criminel au co-accusé et à la Couronne lors de l'audience devant la SI, ils devaient présenter les éléments de preuve ou révéler la défense au criminel qu'ils voulaient protéger.

[38] J'examinerai d'abord l'argument présenté par les demandeurs selon lequel la SI a commis une erreur en ne prenant pas en compte les facteurs qui sont énumérés au paragraphe 43(2) des Règles de la SI. Je constate que cette disposition régit les « demande[s] de changement de la date ou de l'heure d'une audience ». Lorsque les demandeurs ont présenté leur requête en ajournement, la date et l'heure de l'audience n'étaient pas fixées. La requête a été présentée dans le contexte du choix de la date de l'audience. Il n'y avait pas de date d'audience à changer.

[39] Même si la SI était tenue de prendre en compte les facteurs énumérés au paragraphe 43(2) des Règles de la SI, on ne peut pas lui reprocher d'avoir omis d'analyser expressément les facteurs que les demandeurs eux-mêmes n'ont pas invoqués pour demander l'ajournement. L'idée maîtresse de l'argument avancé par les demandeurs était essentiellement que l'omission de repousser l'audience jusqu'à ce qu'une décision définitive ait été rendue dans les instances criminelles pourrait compromettre les procédures d'immigration et les poursuites criminelles. La SI a examiné cet argument dans ses motifs.

[40] Moreover, since there is no absolute protection against self-incrimination, it was incumbent on the applicants to demonstrate that the continuation of the admissibility proceedings would prejudicially affect their right to a fair hearing and their right against self-incrimination.

[41] In the case before me, the applicants did not articulate before the ID the nature of the evidence they may have to give in order to avoid being found inadmissible, nor did they explain how that evidence could assist the Crown in the criminal proceedings. Not all derivative evidence is necessarily incriminating. In addition, the applicants' admissibility hearing was not scheduled when the applicants brought their motions nor had the Minister completed disclosure of the evidence upon which he intended to rely in the admissibility proceedings. It is my understanding that the evidentiary disclosure in the criminal proceedings was also incomplete. While the applicants contend that there is no indication that the Minister will compel them to testify, there is also no indication that he will not. In my view, it was reasonable for the ID to find that the potential use of any derivative evidence was at that point highly speculative and conjectural. The applicants' request was based on a set of circumstances that were both undefined and speculative. Vague allegations are not enough.

[42] As I agree with the ID that the applicants' request was based on speculation, it is not necessary for me to determine at this time whether the applicants' voluntary testimony would attract the protection of derivative use immunity.

[43] Furthermore, the ID reasonably suggested that the applicants request other protective measures that could address their concerns and allow the admissibility hearings to proceed in a timely manner. Subparagraph 166(b)(ii) of the IRPA provides that any division of the Immigration and Refugee Board can, on application or on its own motion, take any measures it considers necessary to ensure the confidentiality of the proceedings if, after considering available alternative measures, it is satisfied that there is a real and substantial risk to the fairness of the proceeding such that the need to prevent disclosure outweighs the

[40] De plus, étant donné qu'il n'existe pas de protection absolue contre l'auto-incrimination, il incombait aux demandeurs de démontrer que la continuation des enquêtes pourrait porter préjudice à leur droit à une audience équitable et à leur droit à la protection contre l'auto-incrimination.

[41] En l'espèce, les demandeurs n'ont pas précisé la nature de la preuve qu'ils pourraient être appelés à donner pour éviter d'être déclarés interdits de territoire devant la SI, et ils n'ont pas expliqué non plus en quoi cette preuve pourrait aider la Couronne dans les poursuites criminelles. La preuve dérivée n'est pas toujours nécessairement incriminante. De plus, la date de l'enquête des demandeurs n'était pas fixée lorsque ceux-ci ont présenté leur requête, et le ministre n'avait pas terminé la communication de la preuve qu'il avait l'intention d'invoquer pendant l'enquête. Je crois comprendre que la communication de la preuve dans les instances criminelles n'était pas terminée non plus. Même si les demandeurs prétendent que rien n'indique que le ministre les contraindra à témoigner, rien n'indique qu'il ne le fera pas non plus. J'estime qu'il était raisonnable que la SI conclue que la possibilité que des éléments de preuve dérivée soient utilisés était à ce stade très hypothétique et conjecturale. La requête des demandeurs reposait sur un ensemble de circonstances imprécises et conjecturales. Les allégations vagues ne sont pas suffisantes.

[42] Puisque je conviens avec la SI que la requête des demandeurs reposait sur des hypothèses, il n'est pas nécessaire que j'établisse à ce stade si, en témoignant volontairement, les demandeurs bénéficieraient de la protection contre l'utilisation de la preuve dérivée.

[43] De plus, la SI a de manière raisonnable proposé que les demandeurs demandent d'autres mesures de protection pour dissiper leurs préoccupations et permettre la tenue des enquêtes en temps opportun. Selon le sous-alinéa 166b)(ii) de la LIPR, une section de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié peut, sur demande ou d'office, prendre toute mesure jugée nécessaire pour assurer la confidentialité des débats sur preuve que, après examen de toutes les solutions de rechange à sa disposition, il y a un risque sérieux d'atteinte au droit à une procédure équitable de sorte que

societal interest that the proceeding be conducted in public. This provision appears, at first glance, to be sufficiently broad to allow the ID to order that the admissibility proceedings, or parts thereof, be conducted *in private* and to restrict the use to be made of evidence given by the applicants.

[44] In addition, pursuant to subsection 44(2) of the ID Rules, the applicants can request that their hearings be separated, thereby eliminating the issue of one co-accused having to divulge their defence or strategy to the other. The applicants have not demonstrated that such procedural mechanisms would not address their concerns of fairness and confidentiality regarding the potential use of derivative evidence that could result from their testimony if they chose to testify.

[45] To conclude, the applicants have failed to persuade me that in refusing their request for an adjournment of the admissibility hearing, the ID unreasonably placed them in a position that compromises their section 7 and 13 Charter rights to a fair hearing and their right against self-incrimination or breached their rights to procedural fairness or natural justice.

[46] Accordingly, the applications for judicial review are dismissed.

[47] The applicants have requested that the Court certify the following question:

Would the conduct of an admissibility hearing of a person concerned under the *Immigration and Refugee Protection Act* before the final determination of criminal charges against the person for an act relevant to the admissibility proceedings violate the rights of the person under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* because of the loss of derivative use immunity in criminal proceedings when the person is not compelled to testify at their admissibility hearing but testifies voluntarily?

la nécessité d'empêcher la divulgation de renseignements l'emporte sur l'intérêt qu'a la société à la publicité des débats. Cette disposition semble être, à première vue, suffisamment large pour que la SI puisse ordonner que l'enquête, ou une partie de celle-ci, se tienne à *huis clos* et restreindre l'utilisation qui pourra être faite de la preuve donnée par les demandeurs.

[44] De plus, conformément au paragraphe 44(2) des Règles de la SI, les demandeurs peuvent demander que leurs audiences soient séparées, ce qui éliminerait la crainte que l'un des co-accusés doive communiquer sa défense ou sa stratégie à l'autre co-accusé. Les demandeurs n'ont pas démontré que des mécanismes procéduraux de ce genre ne sauraient dissiper leurs préoccupations relativement à l'équité et à la confidentialité quant à l'utilisation possible d'éléments de preuve dérivée à la suite de leur témoignage s'ils décident de témoigner.

[45] Enfin, les demandeurs ne m'ont pas convaincu qu'en rejetant leur requête en ajournement de l'enquête, la SI les avait de manière déraisonnable placés dans une situation qui porte atteinte à leurs droits à une audience équitable et à la protection contre l'auto-incrimination aux termes des articles 7 et 13 de la Charte ou qu'elle a manqué à leurs droits à l'équité procédurale ou à la justice naturelle.

[46] Par conséquent, les demandes de contrôle judiciaire sont rejetées.

[47] Les demandeurs ont demandé à la Cour de certifier la question qui suit :

La tenue d'une enquête sur un intéressé aux termes de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* avant que soit rendue une décision finale à l'égard d'accusations criminelles portées contre l'intéressé pour un acte qui est pertinent au regard de l'enquête porte-t-elle atteinte aux droits de l'intéressé garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* en raison de la perte de l'immunité contre l'utilisation de la preuve dérivée dans des instances criminelles lorsque l'intéressé n'est pas contraint de témoigner à son enquête, mais qu'il témoigne volontairement?

[48] The criteria for certification are well established. The proposed question must be a serious question that is dispositive of the appeal. It must transcend the interests of the parties and raise an issue of broad significance or general importance. Furthermore, the question must have been dealt with by the Federal Court and must arise from the case itself rather than from the way in which the Federal Court may have disposed of the case. A question in the nature of a reference or whose answer turns on the unique facts of the case cannot ground a properly certified question (*Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674 (*Lunyamila*), at paragraphs 46–47; *Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229, at paragraph 36; *Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 178, 43 Imm. L.R. (4th) 199, at paragraphs 15–17; *Lai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FCA 21, 29 Imm. L.R. (4th) 211, at paragraph 4; *Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290, at paragraph 9; *Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129, at paragraphs 28–29; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zazai*, 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167, at paragraphs 11–12; *Liyangamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 176 N.R. 4, [1994] F.C.J. No. 1637 (QL) (C.A.), at paragraph 4).

[49] The answer to the question proposed by the applicants is dependant on the determination that a person who testifies voluntarily at his or her admissibility hearing may not claim derivative use immunity at a later criminal proceeding. Given that I have decided the applications for judicial review on a different basis and have not pronounced myself on this issue, it would be inappropriate to certify the question (*Lunyamila*, at paragraphs 3 and 46).

[50] Accordingly, no question will be certified.

JUDGMENT in IMM-5410-19 and IMM-5510-19

THIS COURT’S JUDGMENT is that:

1. The applications for judicial review are dismissed;

[48] Les exigences relatives à la certification sont bien établies. La question à certifier doit être sérieuse et déterminante quant à l’issue de l’appel. Elle doit transcender les intérêts des parties et soulever une question ayant des conséquences importantes ou qui est de portée générale. De plus, elle doit avoir été examinée par la Cour fédérale et elle doit découler de l’affaire elle-même, et non simplement de la façon dont la Cour fédérale a statué sur la demande. Une question qui est de la nature d’un renvoi ou dont la réponse dépend des faits qui sont uniques à l’affaire ne peut soulever une question dûment certifiée : (*Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674 (*Lunyamila*), aux paragraphes 46 et 47; *Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229, au paragraphe 36; *Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 178, aux paragraphes 15 à 17; *Lai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CAF 21, au paragraphe 4; *Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290, au paragraphe 9; *Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129, aux paragraphes 28 et 29; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Zazai*, 2004 CAF 89, aux paragraphes 11 et 12; *Liyangamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 1637 (QL) (C.A.), au paragraphe 4).

[49] La réponse à la question proposée par les demandeurs dépend de la conclusion selon laquelle une personne qui témoigne volontairement à son enquête ne peut pas réclamer l’immunité contre l’utilisation de la preuve dérivée lors d’un procès criminel ultérieur. Étant donné que j’ai tranché les demandes de contrôle judiciaire sur un fondement différent, et que je ne me suis pas prononcée sur la question, il ne serait pas approprié que je certifie la question (*Lunyamila*, aux paragraphes 3 et 46).

[50] Par conséquent, aucune question ne sera certifiée.

Jugement dans les dossiers IMM-5410-19 et IMM-5510-19

LA COUR STATUE que :

1. Les demandes de contrôle judiciaire sont rejetées;

- | | |
|--|---|
| 2. No question of general importance is certified. | 2. Aucune question de portée générale n'est certifiée. |
| 3. A copy of this judgment and reasons will be placed on both Court files (IMM-5410-19 and IMM-5510-19). | 3. Une copie du présent jugement et de ses motifs sera versée dans les deux dossiers de la Cour (IMM-5410-19 et IMM-5510-19). |

T-1274-20
2021 FC 287

T-1274-20
2021 CF 287

Floyd Bertrand (*Applicant*)

Floyd Bertrand (*demandeur*)

v.

c.

Acho Dene Koe First Nation Band Council, Chief Gene Hope, Councillor Joe Bertrand, Councillor Roger Bertrand, Councillor Irene McLeod, Councillor Angus Capot-Blanc, Councillor Dennis Nelson, Councillor Dennis McLeod and the Attorney General of Canada (*Respondents*)

Conseil de bande de la Première Nation Acho Dene Koe, chef Gene Hope, conseiller Joe Bertrand, conseiller Roger Bertrand, conseillère Irene McLeod, conseiller Angus Capot-Blanc, conseiller Dennis Nelson, conseiller Dennis McLeod et le procureur général du Canada (*défendeurs*)

and

et

Band Members' Alliance and Advocacy Association of Canada (*Intervener*)

Band Members' Alliance and Advocacy Association of Canada (*intervenante*)

INDEXED AS: BERTRAND v. ACHO DENE KOE FIRST NATION

RÉPERTORIÉ : BERTRAND c. PREMIÈRE NATION ACHO DENE KOE

Federal Court, Grammond J.—Ottawa (by videoconference), March 22; April 1, 2021.

Cour fédérale, juge Grammond—Ottawa (par vidéoconférence), 22 mars; 1^{er} avril 2021.

Aboriginal Peoples — Elections — Judicial review challenging the validity of First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases) (Regulations), s. 4, respondent Acho Dene Koe First Nation Band council's decision to postpone elections — S. 4 stating council of First Nation chosen according to custom may extend term of office to prevent, mitigate or control spread of diseases on reserve — Acho Dene Koe First Nation council chosen according to custom — 2007 election code setting term of office of council at three years — Resolution purporting to adopt 2007 election code — Federal government making Regulations in response to concerns related to COVID-19 — Invoking Regulations, Acho Dene Koe council adopting resolution postponing elections, extending term of council — Also arguing 2007 election code acquiring force of custom, allowing it to extend term of office in “exigent circumstances” — Whether extension of council's term of office, postponement of election valid — Whether Regulations, s. 4 valid — 2007 code not validly enacted or acquiring force of custom — Recognition of custom tied to consent of governed — 2007 draft code not enacted in manner attracting broad consensus of community — Council could not by way of resolution purport to “adopt” 2007 code — Cannot circumvent principle of consensus of community — Acho Dene Koe failing to demonstrate that power to extend its term of office firmly established, followed by majority of community — Power to extend difficult to reconcile with consistent practice of

Peuples autochtones — Élections — Contrôle judiciaire contestant la validité de l'art. 4 du Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations (prévention de maladies) (le Règlement) et la décision du conseil de bande de la Première Nation Acho Dene Koe de reporter ses élections — L'art. 4 prescrit que le conseil d'une Première Nation dont le chef et les conseillers sont choisis selon la coutume de celle-ci peut proroger le mandat du chef et des conseillers si la prorogation est nécessaire pour la prophylaxie de maladies dans la réserve — Le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe a été choisi selon la coutume — Le code électoral de 2007 a fixé la durée du mandat du conseil à trois ans — Une résolution prétendait adopter le code électoral de 2007 — En réponse à certaines préoccupations liées à la COVID-19, le gouvernement fédéral a pris le Règlement — Se fondant sur ce règlement, la Première Nation Acho Dene Koe a reporté ses élections et prorogé le mandat de son conseil — Elle a affirmé également que le code électoral de 2007 avait acquis la force d'une coutume et lui permettait de proroger son propre mandat dans une « situation d'urgence » — Il s'agissait de savoir si la prorogation du mandat du conseil et le report de l'élection étaient valides — Il s'agissait également de savoir si l'art. 4 du Règlement est valide — Le code de 2007 n'a pas été valablement promulgué ou acquis la force d'une coutume — La reconnaissance de la coutume est liée au concept du consentement des gouvernés — Le projet de code de 2007 n'a pas été promulgué

fixed-term elections — Self-government not translating into unlimited powers for First Nations councils — Where First Nations not having enacted positivistic laws, self-government manifesting itself through broad consensus of community — Council could not rely on custom to extend its term of office beyond usual term — Regulations, s. 4 ultra vires, invalid — English version of Indian Act, s. 73(1)(f) basis for respondent Attorney General's suggestion that Parliament intending to delegate power circumscribed only by its purpose, namely, to prevent, mitigate, control spread of diseases — French version of s. 73(1)(f) focusing not only on aims of measures, but also on means — More precise, compatible with Parliament's intent — Sufficient indications in Indian Act to conclude that Regulations ultra vires — Parliament cannot have intended that a regulatory power applying only to First Nation reserves would encompass governance issues, in particular elections — Regulations directly regulating basic parameter of democracy, i.e. length of term of elected officials — Parliament cannot have contemplated that such a crucial feature could be changed by incidental effect of regulations made for entirely different purpose — Tolerating invalid exercise of power because it was done for a good reason incompatible with rule of law — Fact Regulations desirable from policy perspective having no bearing on their validity — Declarations issued that council lacked power to extend its own term of office, that Regulations, s. 4 ultra vires, invalid.

d'une manière qui a recueilli un large consensus au sein de la communauté — Le conseil ne pouvait pas, au moyen de sa résolution, prétendre « adopter » le code de 2007 — Il ne peut pas contourner le principe du consensus au sein de la communauté — La Première Nation Acho Dene Koe n'a pas réussi à démontrer que le pouvoir de proroger son mandat est fermement établi et suivi par une majorité de la communauté — Il est difficile de concilier un pouvoir de prorogation avec la pratique uniforme d'élections à durée déterminée — L'autonomie gouvernementale ne se traduit pas par des pouvoirs illimités pour les conseils des Premières Nations — Lorsqu'une Première Nation n'a pas adopté de lois positivistes, c'est par le large consensus de la communauté que s'exerce l'autonomie gouvernementale — Le conseil ne peut pas se fonder sur la coutume pour proroger son mandat au-delà de la durée habituelle — L'art. 4 du Règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante et est invalide — La version anglaise de l'art. 73(1)(f) de la Loi sur les Indiens est le fondement de la prétention du procureur général, défendeur, selon laquelle le législateur avait l'intention de déléguer un pouvoir circonscrit uniquement par son objectif, à savoir « to prevent, mitigate and control the spread of diseases » (prévenir, atténuer et contrôler la propagation des maladies) — La version française de l'art. 73(1)(f) met l'accent non seulement sur les objectifs des mesures, mais aussi sur les moyens — Elle est plus précise et plus compatible avec l'intention du législateur — Il y a suffisamment d'indications dans la Loi sur les Indiens pour conclure que le Règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante — Il n'est pas possible que le législateur ait voulu qu'un pouvoir réglementaire qui ne s'applique qu'aux réserves des Premières Nations englobe les questions de gouvernance, en particulier les élections — Le Règlement réglemente directement l'un des paramètres fondamentaux de la démocratie, à savoir la durée du mandat des élus — Le législateur ne peut avoir envisagé qu'une caractéristique aussi essentielle puisse être modifiée par un effet accessoire d'un règlement pris dans un but entièrement différent — Tolérer l'exercice invalide d'un pouvoir parce qu'il y avait de bonnes raisons d'agir ainsi est incompatible avec la primauté du droit — Le fait que les règlements semblent être souhaitables d'un point de vue politique n'a aucune incidence sur leur validité — Il a été déclaré que le conseil n'avait pas le pouvoir de proroger son propre mandat et que l'art. 4 du Règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante et est invalide.

This was an application for judicial review challenging the validity of section 4 of the *First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases)*¹ (Regulations) and the respondent Acho Dene Koe First Nation Band council's decision to postpone its elections.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire contestant la validité de l'article 4 du *Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations (prévention de maladies)*¹ (le Règlement) et la décision du conseil de bande de la Première Nation Acho Dene Koe de reporter ses élections.

¹ Paragraph 4(1) states that “[t]he council of a First Nation whose chief and councillors are chosen according to the custom of the First Nation may extend the term of office of the chief and councillors if it is necessary to prevent, mitigate or control the spread of diseases on its reserve, even if the custom does not provide for such a situation”.

¹ Le paragraphe 4(1) prescrit que « [l]e conseil d'une première nation dont le chef et les conseillers sont choisis selon la coutume de celle-ci peut proroger le mandat du chef et des conseillers si la prorogation est nécessaire pour la prophylaxie de maladies dans la réserve, même si cette coutume est silencieuse à l'égard d'une telle situation ».

Acho Dene Koe First Nation was never brought under the regime of the *Indian Act* for the election of its council. Its council is chosen according to custom, which in the *Indian Act* refers to various forms of Indigenous laws. In 2007, the council proposed an election code, which set the term of office of the council at three years. The current chief and council were elected on May 14, 2017, for a three-year term. A January 2020 resolution purported to adopt the 2007 election code. In its recitals, the council expressed the view that Acho Dene Koe's members generally accept the code as establishing its custom election process. In March 2020, the World Health Organization declared COVID-19 to be a pandemic. One specific impact of the pandemic on First Nations pertained to the holding of elections. In response to some concerns, the federal government made the *First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases)*, SOR/2020-84 (Regulations). Invoking these regulations, Acho Dene Koe twice postponed its elections and extended its council's term of office, by a total of approximately one year. Acho Dene Koe asserted that the postponement and extension were also authorized by its customary law, independently of the federal regulations.

Acho Dene Koe stated that the main features of the 2007 election code, including a three-year term of office, have acquired the force of custom. It argued that the custom is flexible and allows the incumbent council to extend its own term of office in "exigent circumstances."

The main issues were the validity of the extension of the council's term of office and the postponement of the election from the perspective of Acho Dene Koe law, and whether section 4 of the Regulations is valid.

Held, the council of Acho Dene Koe First Nation did not have the power to extend its own term of office and section 4 of the Regulations is *ultra vires* and invalid.

The evidence did not establish that the 2007 code was validly enacted or acquired the force of custom. The test developed by the Court for the recognition of custom is tied to the concept of consent of the governed. There are various forms of Indigenous law beyond "custom" in the strict meaning of the word. A First Nation may enact an election code or similar legislation through the vote of a majority of its members. Custom may find its origin in practice. Custom, indeed, need not be written. Nevertheless, to be recognized as custom in this sense, a practice must still attract the broad consensus of the community. A court asked to declare the content of a First Nation's custom must of course base itself on the evidence before it.

La Première Nation Acho Dene Koe n'a jamais été assujettie au régime de la *Loi sur les Indiens* pour l'élection de son conseil. Celui-ci est choisi selon la coutume, lequel terme renvoie dans la *Loi sur les Indiens* à diverses formes de droit autochtone. En 2007, le conseil a proposé un code électoral qui fixait la durée du mandat du conseil à trois ans. Le chef et le conseil actuels ont été élus le 14 mai 2017 pour un mandat de trois ans. Une résolution datée du mois de janvier 2020 prétendait adopter le code électoral de 2007. Dans ses attendus, le conseil a exprimé l'opinion selon laquelle les membres de la Première Nation Acho Dene Koe considèrent de façon générale que le code établit son processus électoral coutumier. Au mois de mars 2020, l'Organisation mondiale de la santé a déclaré que la COVID-19 était une pandémie. L'une des répercussions concrètes de la pandémie sur les Premières Nations concernait la tenue d'élections. En réponse à certaines préoccupations, le gouvernement fédéral a pris le *Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations (prévention de maladies)*, DORS/2020-84 (le Règlement). Se fondant sur ce règlement, la Première Nation Acho Dene Koe a reporté à deux reprises ses élections et prorogé le mandat de son conseil d'environ un an au total. Elle a affirmé que le report et la prorogation étaient également autorisés par son droit coutumier, indépendamment du règlement fédéral.

La Première Nation Acho Dene Koe a affirmé que les principales caractéristiques du code électoral de 2007, notamment le mandat de trois ans, ont acquis la force d'une coutume. En outre, elle a fait valoir que la coutume est souple et permet au conseil en place de proroger son propre mandat dans une « situation d'urgence ».

Il s'agissait principalement de savoir si la prorogation du mandat du conseil et le report de l'élection étaient valides au regard du droit de la Première Nation Acho Dene Koe et si l'article 4 du Règlement est valide.

Jugement : le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe n'avait pas le pouvoir de proroger son propre mandat et l'article 4 du Règlement outrepassa le pouvoir conféré par sa loi habilitante et est invalide.

La preuve n'a pas établi que le code de 2007 a été valablement promulgué ou a acquis la force d'une coutume. Le critère élaboré par la Cour pour la reconnaissance de la coutume est lié au concept du consentement des gouvernés. Diverses formes de droit autochtone, qui dépassent largement la « coutume » au sens strict du terme, ont été reconnues. Une Première Nation peut adopter un code électoral ou une loi similaire par le vote de la majorité de ses membres. La coutume peut trouver son origine dans la pratique. En effet, il n'est pas nécessaire de consigner la coutume par écrit. Néanmoins, pour être reconnue comme une coutume dans ce sens, une pratique doit tout de même faire l'objet d'un large consensus au sein

The parties brought little evidence from witnesses having first-hand knowledge of the process through which the draft was put before Acho Dene Koe's membership. The 2007 draft code was not enacted in a manner that attracted the broad consensus of the community. Council resolutions calling elections in 2008 and 2017 made no reference to the 2007 code, and the 2011 and 2014 resolutions were not filed in evidence. The council could not, by way of its January 2020 resolution, purport to "adopt" the 2007 code. Custom results from the broad consensus of the community, not the decision of council. The council cannot circumvent this principle by stating its opinion as to the broad consensus of the membership, if the evidence does not bear out the assertion. Acho Dene Koe failed to demonstrate that its power to extend its term of office in "exigent circumstances" is "firmly established, generalized and followed consistently and conscientiously by a majority of the community". Such an extension happened only once. A power to extend is difficult to reconcile with the recent, consistent practice of fixed-term elections every three years. Self-government does not translate into unlimited powers for First Nations councils. Rather, where First Nations have not enacted positivistic laws, self-government manifests itself through the broad consensus of the community. Very cogent evidence would be required to establish a custom that would free the council from the obligation to face its constituents at fixed intervals. The council cannot rely on custom to extend its term of office beyond the usual three-year term. In particular, the September 14, 2020 resolution cannot be supported by such a custom.

Section 4 of the Regulations is *ultra vires* and invalid. [Judgment] The English version of paragraph 73(1)(f) of the *Indian Act* is the basis for the respondent Attorney General's suggestion that Parliament intended to delegate a power circumscribed only by its purpose, namely, "to prevent, mitigate and control the spread of diseases." The French version's focus, however, is not only on the aims of the measures, but also on the means. The French version is more precise and more compatible with Parliament's intent. There are sufficient indications in the *Indian Act* to conclude that the Regulations are *ultra vires*. The first of these indications is the basic fact that the *Indian Act* does not regulate customary elections or, in other words, elections held pursuant to Indigenous law. It would therefore be surprising that the *Indian Act* would grant a regulatory power over a topic not within its purview. Second, elections constitute a subject matter separate from those listed in section 73. If regulating elections held pursuant to the *Indian Act* is not within the scope of section 73 then, a

de la communauté. Un tribunal appelé à déclarer le contenu de la coutume d'une Première Nation doit bien entendu se baser sur les preuves dont il dispose. Les parties ont présenté peu de preuves provenant de témoins ayant une connaissance directe du processus par lequel le projet a été soumis aux membres de la Première Nation Acho Dene Koe. Le projet de code de 2007 n'a pas été promulgué d'une manière qui a recueilli un large consensus au sein de la communauté. Les résolutions du conseil convoquant les élections en 2008 et 2017 ne mentionnaient pas le code de 2007, et les résolutions de 2011 et 2014 n'ont pas été déposées en preuve. Le conseil ne pouvait pas, au moyen de sa résolution du mois de janvier 2020, prétendre « adopter » le code de 2007. La coutume résulte d'un large consensus au sein de la communauté, et non d'une décision du conseil. Le conseil ne peut contourner ce principe en déclarant son opinion sur le large consensus des membres, si la preuve ne confirme pas l'affirmation. La Première Nation Acho Dene Koe n'a pas réussi à démontrer que la pratique qui consiste à proroger son mandat dans une « situation d'urgence » est « fermement établie, généralisée et suivie de manière uniforme et délibérée par une majorité de la communauté ». Une telle prorogation ne s'est produite qu'une seule fois. Il est difficile de concilier un pouvoir de prorogation avec la pratique récente et uniforme d'élections à durée déterminée tous les trois ans. L'autonomie gouvernementale ne se traduit pas par des pouvoirs illimités pour les conseils des Premières Nations. Au contraire, lorsqu'une Première Nation n'a pas adopté de lois positivistes, c'est par le large consensus de la communauté que s'exerce l'autonomie gouvernementale. Des preuves très convaincantes seraient nécessaires pour établir une coutume qui exonérerait le conseil de l'obligation de se présenter devant ses électeurs à intervalles fixes. Le conseil ne peut pas se fonder sur la coutume pour proroger son mandat au-delà de la durée habituelle de trois ans. En particulier, une telle coutume n'autorise pas la résolution du 14 septembre 2020.

L'article 4 du Règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante et est invalide. La version anglaise de l'alinéa 73(1)f de la *Loi sur les Indiens* est le fondement de la prétention du procureur général, défendeur, selon laquelle le législateur avait l'intention de déléguer un pouvoir circonscrit uniquement par son objectif, à savoir « to prevent, mitigate and control the spread of diseases » (prévenir, atténuer et contrôler la propagation des maladies). Toutefois, la version française met l'accent non seulement sur les objectifs des mesures, mais aussi sur les moyens. La version française est plus précise et plus compatible avec l'intention du législateur. Il y a suffisamment d'indications dans la *Loi sur les Indiens* pour conclure que le Règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante. La première de ces indications est le fait élémentaire que la *Loi sur les Indiens* ne réglemente pas les élections coutumières ou, autrement dit, les élections tenues selon le droit autochtone. Il serait donc surprenant que la *Loi sur les Indiens* accorde un pouvoir réglementaire sur un sujet

fortiori, elections held pursuant to Indigenous law must also be excluded. The third indication is the separation drawn by the *Indian Act* between issues of governance and land management. Elections are a matter of governance, but section 73(1)(f) confers a power related to land management. The distinction between governance and land management issues is underscored by the fact that a not insignificant number of First Nations, like Acho Dene Koe, do not have reserves. Thus, the provisions of the *Indian Act* regarding reserves do not apply to them. For these reasons, Parliament cannot have intended that a regulatory power that applies only to reserves would encompass governance issues, in particular elections. The Regulations' effect on elections is not merely incidental. They deal solely with elections. Most importantly, they directly regulate one of the basic parameters of democracy, the length of term of elected officials. Parliament cannot have contemplated that such a crucial feature could be changed by an incidental effect of regulations made for an entirely different purpose or regarding an entirely different subject matter. The government found that allowing First Nations to cancel or postpone elections would contribute to fighting the pandemic. To tolerate an invalid exercise of power because it was done for a good reason is simply incompatible with the rule of law, which requires that every exercise of state power find its source in a legal rule. The fact that regulations appear to be desirable from a policy perspective has no bearing on their validity. Thus, the Governor in Council's views regarding the desirability of the Regulations cannot save them if they are not authorized by the *Indian Act*.

In the circumstances, it was sufficient to issue declarations that the council lacked the power to extend its own term of office and that section 4 of the Regulations is *ultra vires*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(2).
First Nations Elections Act, S.C. 2014, c. 5.
First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases), SOR/2020-84, ss. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2 “council of the band”, 5–17, 18–41, 53–60, 73, 74, 74–86, 76, 81.
Indian Bands Council Elections Order, SOR/97-138.

qui excède sa portée. Deuxièmement, les élections constituent un sujet distinct de ceux qui sont mentionnés à l'article 73. Si la réglementation des élections tenues en vertu de la *Loi sur les Indiens* n'entre pas dans le champ d'application de l'article 73, les élections tenues en vertu du droit autochtone doivent *a fortiori* également être exclues. La troisième indication est la distinction faite dans la *Loi sur les Indiens* entre les questions de gouvernance et de gestion des terres. Les élections relèvent de la gouvernance, mais l'alinéa 73(1)f confère un pouvoir lié à la gestion des terres. La distinction entre les questions de gouvernance et de gestion des terres est soulignée par le fait qu'un nombre non négligeable de Premières Nations, notamment Acho Dene Koe, n'ont pas de réserves. Ainsi, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant les réserves ne s'appliquent pas à elles. Pour ces raisons, il n'est pas possible que le législateur ait voulu qu'un pouvoir réglementaire qui ne s'applique qu'aux réserves englobe les questions de gouvernance, en particulier les élections. L'effet du Règlement sur les élections n'est pas simplement accessoire. Le Règlement traite uniquement des élections. Par surcroît, il réglemente directement l'un des paramètres fondamentaux de la démocratie, à savoir la durée du mandat des élus. Le législateur ne peut avoir envisagé qu'une caractéristique aussi essentielle puisse être modifiée par un effet accessoire d'un règlement pris dans un but entièrement différent ou concernant un sujet entièrement différent. Le gouvernement a estimé que le fait de permettre aux Premières Nations d'annuler ou de reporter des élections contribuerait à la lutte contre la pandémie. Tolérer l'exercice invalide d'un pouvoir parce qu'il y avait de bonnes raisons d'agir ainsi est tout simplement incompatible avec la primauté du droit, qui exige que l'exercice de tout pouvoir public tire sa source d'une règle de droit. Le fait que les règlements semblent être souhaitables d'un point de vue politique n'a aucune incidence sur leur validité. Il s'ensuit que si le Règlement n'est pas autorisé par la *Loi sur les Indiens*, les opinions du gouverneur en conseil concernant son caractère souhaitable ne le rendent pas valide.

Il suffisait en l'espèce de déclarer que le conseil n'avait pas le pouvoir de proroger son propre mandat et que l'article 4 du Règlement outrepassait le pouvoir conféré par sa loi habilitante.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Arrêté sur l'élection du conseil de bandes indiennes*, DORS/97-138.
Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon, L.C. 1994, ch. 35, ann. III, parties I, III.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(2).
Loi sur les délais et autres périodes (COVID-19), constituant la partie III de la *Loi concernant des mesures supplémentaires liées à la COVID-19*, L.C. 2020, ch. 11, art. 11.

Time Limits and Other Periods Act (COVID-19), being Part III of the *Act Respecting Further COVID-19 Measures*, S.C. 2020, c. 11, s. 11.

Yukon First Nations Self-Government Act, S.C. 1994, c. 35, Sch. III, Parts I, III.

Loi sur les élections au sein de premières nations, L.C. 2014, ch. 5.

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2 « conseil de la bande », 5–17, 18–41, 53–60, 73, 74, 74–86, 76, 81.
Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations (prévention de maladies), DORS/2020-84, art. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Treaty No. 11 (1921).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Traité n° 11 (1921).

CASES CITED

APPLIED:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *McLeod Lake Indian Band v. Chingee* (1998), 165 D.L.R. (4th) 358, 153 F.T.R. 257 (F.C.T.D.); *Bigstone v. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25, (1992), 52 F.T.R. 109 (F.C.T.D.); *Taypotat v. Taypotat*, 2012 FC 1036, [2013] 1 C.N.L.R. 349; *Francis v. Mohawk Council of Kanesatake*, 2003 FCT 115, [2003] 4 F.C. 1133; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1.

CONSIDERED:

Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (F.C.T.D.); *Thomas v. One Arrow First Nation*, 2019 FC 1663; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635; *Innovative Medicines Canada v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 725, [2020] 4 F.C.R. 180.

REFERRED TO:

Ratt v. Matchewan, 2010 FC 160, 12 Admin. L.R. (5th) 48; *Bertrand v. Acho Dene Koe First Nation*, 2021 FC 257; *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476, (1999), 236 N.R. 317 (C.A.); *Amgen Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2016 FCA 196, 141 C.P.R. (4th) 245; *Esquega v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 878, [2008] 1 F.C.R. 795; *McKenzie v. Mikisew Cree First Nation*, 2020 FC 1184; *Gamblin v. Norway House Cree Nation Band Council*, 2012 FC 1536, 55 Admin. L.R. (5th) 1; *Pastion v. Dene Tha' First Nation*, 2018 FC 648, [2018] 4 F.C.R. 467; *Oakes v. Pahtayken*, 2010 FCA 169, 405 N.R. 250; *Bacon St-Onge v. Conseil des Innus de Pessamit*, 2017 FC 1179, affd 2019 FCA 13;

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342; *Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee*, 1998 CanLII 8267, [1998] A.C.F. n° 1185 (QL) (1^{re} inst.); *Bigstone c. Big Eagle*, [1992] A.C.F. n° 16 (QL) (1^{re} inst.); *Taypotat c. Taypotat*, 2012 CF 1036; *Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake*, 2003 CFPI 115, [2003] 4 C.F. 1133; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley n° 290, [1996] A.C.F. n° 150 (QL) (1^{re} inst.); *Thomas c. Première Nation One Arrow*, 2019 CF 1663; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635; *Médicaments novateurs Canada c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 725, [2020] 4 R.C.F. 180.

DÉCISIONS CITÉES :

Ratt c. Matchewan, 2010 CF 160; *Bertrand c. Première Nation Acho Dene Koe*, 2021 CF 257; *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.); *Amgen Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2016 CAF 196; *Esquega c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 878, [2008] 1 R.C.F. 795; *McKenzie c. Première Nation crie Mikisew*, 2020 CF 1184; *Gamblin c. Conseil de bande de la nation crie de Norway House*, 2012 CF 1536; *Pastion c. Première Nation Dene Tha'*, 2018 CF 648, [2018] 4 R.C.F. 467; *Oakes c. Pahtayken*, 2010 CAF 169; *Bacon St-Onge c. Conseil des Innus de Pessamit*, 2017 CF 1179, conf. par 2019 CAF 13; *Whalen c. Première Nation de Fort McMurray n° 468*, 2019 CF 732, [2019] 4 R.C.F.

Whalen v. Fort McMurray No. 468 First Nation, 2019 FC 732, [2019] 4 F.C.R. 217; *Fort McKay First Nation v. Orr*, 2012 FCA 269, [2013] 1 C.N.L.R. 249; *Anichinapéo v. Papatie*, 2014 FC 687, 458 F.T.R. 307; *Shirt v. Saddle Lake Cree Nation*, 2017 FC 364; *Redhead v. Miles*, 2019 FC 1605; *Joseph v. Schielke*, 2012 FC 1153, 419 F.T.R. 127; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 173 D.L.R. (4th) 1.

217; *Première nation de Fort McKay c. Orr*, 2012 CAF 269; *Anichinapéo c. Papatie*, 2014 CF 687; *Shirt c. Nation crie de Saddle Lake*, 2017 CF 364; *Redhead c. Miles*, 2019 CF 1605; *Joseph c. Schielke*, 2012 CF 1153; *Renvoi relatif à la sécession du Québec* [1998] 2 R.C.S. 217; *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

AUTHORS CITED

Borrows, John. *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto: University of Toronto Press, 2010.

Daly, Paul. "Broad Regulations on Narrow Statutory Bases: The First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases) SOR/2020-84", online: <https://www.administrativelawmatters.com/blog/2020/05/27/broad-regulations-on-narrow-statutory-bases-the-first-nations-election-cancellation-and-postponement-regulations-prevention-of-diseases-sor-2020-84/> (May 20, 2020).

Evans, John. "Reviewing Delegated Legislation After Vavilov: Vires or Reasonableness" (2021), 34 *Can. J. Admin. Law Pract.* 1.

Keyes, John Mark. "Judicial Review of Delegated Legislation: The Long and Winding Road to Vavilov", 2020 CanLIIDocs 3679.

Larousse Dictionnaire de français en ligne, « prophylaxie ».

Mills, Aaron, "The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today" (2016), 61:4 *McGill L.J.* 847.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

APPLICATION for judicial review challenging the validity of section 4 of the *First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases)* and the respondent Acho Dene Koe First Nation Band council's decision to postpone its elections. Declarations issued that council lacked power to extend its own term of office, that section 4 of Regulations *ultra vires*, invalid.

DOCTRINE CITÉE

Borrows, John. *La constitution autochtone du Canada*, Québec : Presses de l'Université du Québec, 2020.

Daly, Paul. "Broad Regulations on Narrow Statutory Bases: The First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases) SOR/2020-84", en ligne : <https://www.administrativelawmatters.com/blog/2020/05/27/broad-regulations-on-narrow-statutory-bases-the-first-nations-election-cancellation-and-postponement-regulations-prevention-of-diseases-sor-2020-84/> (20 mai 2020).

Evans, John. "Reviewing Delegated Legislation After Vavilov: Vires or Reasonableness" (2021), 34 *Can. J. Admin. Law Pract.* 1.

Keyes, John Mark. "Judicial Review of Delegated Legislation: The Long and Winding Road to Vavilov", 2020 CanLIIDocs 3679.

Larousse Dictionnaire de français en ligne. « prophylaxie ».

Mills, Aaron, «The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today» (2016), 61:4 *R.D. McGill* 847.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3^e éd. Toronto : Irwin Law, 2016.

DEMANDE de contrôle judiciaire contestant la validité de l'article 4 du *Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations (prévention de maladies)* et la décision du conseil de bande de la Première Nation Acho Dene Koe de reporter ses élections. Il a été déclaré que le conseil n'avait pas le pouvoir de proroger son propre mandat et que l'article 4 du *Règlement* outrepassa le pouvoir conféré par sa loi habilitante et est invalide.

APPEARANCES

Orlagh O’Kelly for applicant.
Madelaine Mackenzie for respondents.
Glen D. Jermyn and *Eve Coppinger* for respondent
Attorney General of Canada.
Evan Duffy for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Field Law, Edmonton, for applicant.
Juristes Power Law, Vancouver, for respondents.

Deputy Attorney General of Canada for respon-
dent Attorney General of Canada.
Parlee McLaws LLP, Edmonton, for intervener.

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

[1] GRAMMOND J.: This case deals with the validity of a measure taken by the federal government in response to the COVID-19 pandemic. When the virus reached Canada, several First Nations were about to hold elections. Holding elections typically involves various forms of public gatherings. To avoid the risk of virus transmission at such gatherings, the federal government made regulations authorizing First Nations to postpone elections and to extend the term of office of their councils.

[2] Invoking these regulations, Acho Dene Koe First Nation twice postponed its elections and extended its council’s term of office, by a total of approximately one year. Acho Dene Koe asserts that the postponement and extension are also authorized by its customary law, independently of the federal regulations.

[3] The applicant, Mr. Bertrand, is a member of Acho Dene Koe. With the support of the intervener, the Band Members’ Alliance and Advocacy Association of Canada, he challenges the validity of the federal regulations and Acho Dene Koe’s decision to postpone the election.

ONT COMPARU :

Orlagh O’Kelly pour le demandeur.
Madelaine Mackenzie pour les défendeurs.
Glen D. Jermyn et *Eve Coppinger* pour le défen-
deur le procureur général du Canada.
Evan Duffy pour l’intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Field Law, Edmonton, pour le demandeur.
Juristes Power Law, Vancouver, pour les
défendeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le dé-
fendeur le procureur général du Canada.
Parlee McLaws LLP, Edmonton, pour
l’intervenante.

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

[1] LE JUGE GRAMMOND : La présente affaire porte sur la validité d’une mesure prise par le gouvernement fédéral en réponse à la pandémie de COVID-19. Lorsque le virus s’est propagé au Canada, plusieurs Premières Nations étaient sur le point de tenir des élections. La tenue d’élections implique généralement diverses formes de rassemblements publics. Pour éviter le risque de transmission du virus lors de ces rassemblements, le gouvernement fédéral a pris un règlement autorisant les Premières Nations à reporter les élections et à proroger le mandat de leurs conseils.

[2] Se fondant sur ce règlement, la Première Nation Acho Dene Koe a reporté à deux reprises ses élections et prorogé le mandat de son conseil d’environ un an au total. Elle affirme que le report et la prorogation sont également autorisés par son droit coutumier, indépendamment du règlement fédéral.

[3] Le demandeur, M. Bertrand, est un membre de la Première Nation Acho Dene Koe. Soutenu par l’intervenante, la Band Members’ Alliance and Advocacy Association of Canada, il conteste la validité du règlement fédéral ainsi que la décision de la Première Nation Acho Dene Koe de reporter l’élection.

[4] I agree with Mr. Bertrand. The federal regulations are invalid, because they are not authorized by the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5]. When the *Indian Act* is considered in its totality, it is clear that paragraph 73(1)(f), which empowers the Governor in Council to make regulations “to prevent, mitigate and control the spread of diseases on reserves” does not encompass the regulation of elections. Moreover, Acho Dene Koe’s customary law requires elections to take place every three years and does not authorize the council to extend its own term of office.

I. Background

A. *Acho Dene Koe Governance*

[5] Acho Dene Koe First Nation is a signatory to Treaty 11 [1921]. It is located in the hamlet of Fort Liard in the Northwest Territories, where many of its members reside. It does not have a reserve. Although I do not have precise population figures, I was informed that there are approximately 550 members of voting age.

[6] Like most, if not all First Nations in the Northwest Territories, Acho Dene Koe was never brought under the regime of sections 74–80 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (the Act), for the election of its council. Its name was never listed in the *Indian Bands Council Elections Order*, SOR/97-138, made pursuant to section 74 of the Act. Thus, according to the definition of “council of the band” in section 2 of the Act, Acho Dene Koe’s council is “chosen according to the custom.” As I explain below, the term “custom” in the *Indian Act* refers to various forms of Indigenous laws, which are not limited to “custom” in the narrow sense.

[7] Elsewhere in Canada, a policy of the federal government allows First Nations whose elections are governed by the *Indian Act* to “revert to custom” upon showing that their members approved an election code containing certain specified features. For this reason, there is a tendency to equate custom with an election code. This association,

[4] Je donne raison à M. Bertrand. Le règlement fédéral n’est pas valide, car il n’est pas autorisé par la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5]. Lorsqu’on examine la *Loi sur les Indiens* dans son ensemble, il est clair que l’alinéa 73(1)f, qui habilite le gouverneur en conseil à prendre un règlement concernant « la prophylaxie des maladies [...] sur les réserves » n’englobe pas la réglementation des élections. En outre, le droit coutumier de la Première Nation Acho Dene Koe exige que les élections aient lieu tous les trois ans et n’autorise pas le conseil à proroger son propre mandat.

I. Contexte

A. *La gouvernance de la Première Nation Acho Dene Koe*

[5] La Première Nation Acho Dene Koe est signataire du Traité n° 11 [1921]. Elle est située dans le hameau de Fort Liard, dans les Territoires du Nord-Ouest, où résident bon nombre de ses membres. Elle n’a pas de réserve. Bien que je ne dispose pas de chiffres précis sur la population, j’ai été informé qu’il y a environ 550 membres en âge de voter.

[6] Comme la plupart sinon toutes les Premières Nations des Territoires du Nord-Ouest, la Première Nation Acho Dene Koe n’a jamais été assujettie au régime des articles 74 à 80 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (la Loi), pour l’élection de son conseil. Son nom n’a jamais été inscrit dans l’*Arrêté sur l’élection du conseil de bandes indiennes*, DORS/97-138, pris en vertu de l’article 74 de la Loi. Ainsi, selon la définition de « conseil de la bande » à l’article 2 de la Loi, le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe est « choisi selon la coutume de celle-ci. » Comme je l’explique ci-dessous, le terme « coutume » dans la *Loi sur les Indiens* renvoie à diverses formes de droit autochtone, qui ne se limitent pas à la « coutume » au sens étroit.

[7] Ailleurs au Canada, une politique du gouvernement fédéral permet aux Premières Nations dont les élections sont régies par la *Loi sur les Indiens* de « revenir à la coutume » après avoir démontré que leurs membres ont approuvé un code électoral qui répond à certaines exigences. Pour cette raison, on a tendance à assimiler la coutume à

however, does not hold for First Nations, like Acho Dene Koe, that were never the subject of an order pursuant to section 74 of the Act: *Ratt v. Matchewan*, 2010 FC 160, 12 Admin. L.R. (5th) 48 (*Ratt*), at paragraphs 8–10. For these First Nations, the custom may be largely unwritten. This has been the source of some confusion in the present case. For some time, and up to his cross-examination in this case, Mr. Bertrand has asserted that because Acho Dene Koe lacks a valid election code, the *Indian Act* governs its elections. Through his counsel, he now acknowledges that this is incorrect and that custom governs the selection of Acho Dene Koe's council.

[8] I have limited information as to the content of Acho Dene Koe's electoral law. Mr. Bertrand provided his own evidence, as well as the affidavits of former Chief Harry Deneron and Elder Mary Kotchea. Mr. Deneron did not make himself available for cross-examination. Accordingly, I give little weight to his affidavit. Acho Dene Koe did not provide affidavits from its members, but filed council resolutions and other documents providing a summary outline of the recent history of its elections.

[9] Until 2007, elections in Acho Dene Koe were held every two years, although the council could call an early election. For example, Mr. Bertrand was elected chief in 2002 for a two-year term, but the council called another election in 2003, apparently to resolve a deadlock among its members. Mr. Bertrand was re-elected for two years, but lost to Mr. Deneron in the 2005 election.

[10] In 2007, the council proposed an election code, which, among other things, set the term of office of the council at three years. There is little evidence regarding the process by which the code would have been ratified by the members, and there are indications that this process was widely regarded as deficient. I will return to the legal status of the 2007 code later in these reasons.

un code électoral. Cette association ne vaut toutefois pas pour les Premières Nations comme Acho Dene Koe qui n'ont jamais fait l'objet d'un arrêté en vertu de l'article 74 de la Loi : *Ratt c. Matchewan*, 2010 CF 160 (*Ratt*), aux paragraphes 8 à 10. Pour ces Premières Nations, il arrive souvent que la coutume ne soit pas consignée par écrit. Cela a été la cause d'une certaine confusion dans la présente affaire. Pendant un certain temps, et jusqu'à son contre-interrogatoire dans le cadre de la présente affaire, M. Bertrand a affirmé que parce que la Première Nation Acho Dene Koe n'a pas de code électoral valide, la *Loi sur les Indiens* régit ses élections. Par l'intermédiaire de son avocate, il reconnaît aujourd'hui que cela est inexact et que la coutume régit la sélection du conseil de la Première Nation Acho Dene Koe.

[8] Je dispose de peu d'information sur le contenu du droit électoral de la Première Nation Acho Dene Koe. M. Bertrand a présenté sa propre preuve ainsi que les affidavits de l'ancien chef Harry Deneron et de l'aînée Mary Kotchea. M. Deneron ne s'est pas rendu disponible pour un contre-interrogatoire. Par conséquent, j'accorde peu de poids à son affidavit. La Première Nation Acho Dene Koe n'a pas fourni d'affidavits de ses membres, mais a déposé des résolutions du conseil et d'autres documents fournissant un résumé de l'histoire récente de ses élections.

[9] Jusqu'en 2007, les élections à la Première Nation Acho Dene Koe avaient lieu tous les deux ans, mais le conseil pouvait convoquer une élection anticipée. Par exemple, M. Bertrand a été élu chef en 2002 pour un mandat de deux ans, mais le conseil a convoqué une nouvelle élection en 2003, apparemment pour résoudre une impasse entre ses membres. M. Bertrand a été réélu pour deux ans, mais a perdu contre M. Deneron lors de l'élection de 2005.

[10] En 2007, le conseil a proposé un code électoral qui fixait entre autres la durée du mandat du conseil à trois ans. La preuve concernant le processus de ratification du code par les membres est mince, et il semble que ce processus était largement considéré comme déficient. Je reviendrai sur le statut juridique du code de 2007 plus loin dans les présents motifs.

[11] In spite of the doubts regarding the validity or status of the 2007 code, the council adopted a resolution extending its term by one year. Elections were then held in 2008, 2011, 2014 and 2017, in each case for a three-year term. The current chief and council were elected on May 14, 2017. The 2017 election was conducted pursuant to a resolution setting May 14, 2020, as the end of the council's term.

[12] Acho Dene Koe began the process of preparing a new election code and circulated a draft to its members in the fall of 2019. This draft code provides for a three-year term. It was never adopted.

B. *The 2020 Extension of Term*

[13] On January 27, 2020, the council adopted three resolutions regarding the upcoming election. The first resolution purported to adopt the 2007 election code. In its recitals, the council expressed the view that Acho Dene Koe's members generally accept the code as establishing its custom election process. For reasons that were not explained, the council apparently abandoned the draft 2019 code. The two other resolutions set the date of the election for June 8, 2020, and extended the term of office of council by approximately three weeks.

[14] On March 11, 2020, the World Health Organization declared COVID-19 to be a pandemic. In the following days and weeks, all levels of government in Canada, including First Nations, implemented a wide array of measures intended to contain the pandemic. One specific impact of the pandemic on First Nations pertained to the holding of elections. Concerns were raised regarding the transmission of the virus at public events related to elections, including nomination meetings, campaigning and voting. In response to these concerns, on April 8, 2020, the federal government made the *First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases)*, SOR/2020-84 (the Regulations).

[11] Malgré les doutes concernant la validité ou le statut du code de 2007, le conseil a adopté une résolution prorogeant son mandat d'un an. Des élections ont ensuite eu lieu en 2008, en 2011, en 2014 et en 2017, chaque fois pour un mandat de trois ans. Le chef et le conseil actuels ont été élus le 14 mai 2017. L'élection de 2017 a eu lieu conformément à une résolution qui fixait au 14 mai 2020 la fin du mandat du conseil.

[12] La Première Nation Acho Dene Koe a entamé le processus de préparation d'un nouveau code électoral et a fait circuler une ébauche parmi ses membres à l'automne 2019. Ce projet de code prévoit un mandat de trois ans. Il n'a jamais été adopté.

B. *La prorogation du mandat en 2020*

[13] Le 27 janvier 2020, le conseil a adopté trois résolutions concernant la prochaine élection. La première résolution prétendait adopter le code électoral de 2007. Dans ses attendus, le conseil a exprimé l'opinion selon laquelle les membres de la Première Nation Acho Dene Koe considèrent de façon générale que le code établi son processus électoral coutumier. Pour des raisons qui n'ont pas été expliquées, le conseil a apparemment abandonné le projet de code de 2019. Les deux autres résolutions ont fixé la date de l'élection au 8 juin 2020 et prolongé la durée du mandat du conseil d'environ trois semaines.

[14] Le 11 mars 2020, l'Organisation mondiale de la santé a déclaré que la COVID-19 était une pandémie. Dans les jours et les semaines qui ont suivi, tous les ordres de gouvernement au Canada, y compris les Premières Nations, ont mis en œuvre un large éventail de mesures destinées à contenir la pandémie. L'une des répercussions concrètes de la pandémie sur les Premières Nations concernait la tenue d'élections. Des préoccupations ont été soulevées au sujet de la transmission du virus lors d'événements publics liés aux élections, notamment les assemblées de nomination, la campagne électorale et le vote. En réponse à ces préoccupations, le gouvernement fédéral a pris le 8 avril 2020 le *Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations (prévention de maladies)*, DORS/2020-84 [le Règlement].

[15] On April 20, 2020, Acho Dene Koe’s council adopted a resolution noting concerns with conducting an election or a membership meeting, extending the council’s term until November 14, 2020, and postponing the election to October 14, 2020. The resolution’s recitals include the following:

WHEREAS on April 9, 2020, the Government of Canada provided Acho Dene Koe First Nation with a copy and interpretation of the *First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases)* (the “Regulations”); and

WHEREAS Acho Dene Koe First Nation’s Custom Election Code is silent on the cancellation or postponement of an election; and

WHEREAS Acho Dene Koe First Nation Council has serious and well-founded concerns that holding June 2020 election poses a serious risk of the spread or infection of COVID-19 to candidates, Acho Dene Koe First Nation members and the residents of Fort Liard

[16] On September 14, 2020, the council adopted a further resolution extending the term of council by another six months, that is, until May 14, 2021, and setting the date of the election for April 14, 2021. The council noted the same concerns as in previous resolutions. The resolution also contains the following recitals:

WHEREAS in 2007, Council as they extended the term of the leadership for twelve (12) months to allow for continuity in negotiations involving the self-government and land claim with the Government of Canada and the Government of Northwest Territories; and

...

WHEREAS as a result, the Chief and Council of Acho Dene Koe First Nation have found that the membership supports a postponement of the election from November 2020 to May 2021 as being justifiable to allow for continuity with the treaty negotiations, to provide for the management of member support during the pandemic consistently, and for the protection of health and welfare

[15] Le 20 avril 2020, le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe a adopté une résolution qui, après avoir fait état de préoccupations concernant la tenue d’une élection ou d’une assemblée des membres, prorogeait le mandat du conseil jusqu’au 14 novembre 2020 et reportait l’élection au 14 octobre 2020. Parmi les attendus de la résolution, on retrouve ce qui suit :

[TRADUCTION] ATTENDU QUE, le 9 avril 2020, le gouvernement du Canada a remis à la Première Nation Acho Dene Koe une copie et une interprétation du *Règlement concernant l’annulation ou le report d’élections au sein de premières nations (prévention de maladies)* (le « Règlement »);

ATTENDU QUE le code électoral coutumier de la Première Nation Acho Dene Koe ne traite pas de l’annulation ou du report d’une élection; [...]

ATTENDU QUE le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe a des préoccupations importantes et fondées quant au fait que la tenue de l’élection de juin 2020 présente un risque majeur de propagation ou d’infection par la COVID-19 pour les candidats, les membres de la Première Nation Acho Dene Koe et les résidents de Fort Liard; [...]

[16] Le 14 septembre 2020, le conseil a adopté une autre résolution prorogeant le mandat du conseil de six mois supplémentaires, c’est-à-dire jusqu’au 14 mai 2021, et fixant la date de l’élection au 14 avril 2021. Le conseil a exprimé les mêmes préoccupations que dans les résolutions précédentes. La résolution contient également les attendus suivants :

[TRADUCTION] ATTENDU QU’en 2007, le conseil a prorogé le mandat des dirigeants pour une période de douze (12) mois afin de permettre la continuité des négociations sur l’autonomie gouvernementale et la revendication territoriale avec le gouvernement du Canada et le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest;

[...]

ATTENDU QUE, par conséquent, le chef et le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe ont constaté que les membres appuient le report de l’élection de novembre 2020 à mai 2021, estimant qu’il est justifiable pour permettre la continuité des négociations du traité, pour assurer la gestion du soutien aux membres pendant la pandémie, et pour protéger la santé et le bien-être des aînés

of elders and members during both the election campaigning and the actual balloting on election vote day;

[17] On October 22, 2020, Mr. Bertrand brought the present application for judicial review of the September 14, 2020 decision, and seeking orders of *mandamus* and *quo warranto* and a declaration that the Regulations are *ultra vires*.

[18] On December 7, 2020, council adopted a further resolution calling the election, appointing a chief electoral officer and an appeals committee consisting of one person, Mr. Garth Wallbridge, a lawyer in Yellowknife. Of note, the resolution states that these appointments are made pursuant to the 2007 election code.

[19] Given an outbreak of COVID-19 in the community, the date of the election was postponed from April 14 to April 26, 2021.

[20] Meanwhile, Mr. Bertrand filed his nomination papers for chief. The returning officer, however, rejected his candidacy, because of his outstanding debt towards one of Acho Dene Koe's subsidiaries. Mr. Bertrand applied for judicial review of this decision and brought a motion for interim relief. Although the motion was heard concurrently with this application, I issued my decision on the motion first, given the urgency. For reasons indexed as [*Bertrand v. Acho Dene Kow First Nation*] 2021 FC 257, I dismissed Mr. Bertrand's motion. Nothing in the present reasons affects the decision I made regarding the motion.

II. Analysis

A. *Preliminary Issues*

(1) Time Limit

[21] Acho Dene Koe argues that Mr. Bertrand did not bring the present application within 30 days of the decision challenged, as required by subsection 18.1(2) of the

et des membres pendant la campagne électorale et le vote proprement dit le jour du scrutin; [...]

[17] Le 22 octobre 2020, M. Bertrand a déposé la présente demande de contrôle judiciaire de la décision du 14 septembre 2020 et a sollicité des ordonnances de *mandamus* et de *quo warranto* ainsi qu'un jugement déclaratoire portant que le Règlement outrepassse le pouvoir conféré par sa loi habilitante.

[18] Le 7 décembre 2020, le conseil a adopté une autre résolution convoquant l'élection, nommant un directeur général des élections et un comité d'appel composé d'une seule personne, M. Garth Wallbridge, un avocat de Yellowknife. Il convient de noter que la résolution précise que ces nominations sont effectuées conformément au code électoral de 2007.

[19] En raison d'une éclosion de COVID-19 dans la communauté, la date de l'élection a été reportée du 14 avril au 26 avril 2021.

[20] Entre-temps, M. Bertrand a déposé sa déclaration de candidature au poste de chef. Le directeur du scrutin a toutefois rejeté sa candidature en raison de sa dette impayée envers l'une des filiales de la Première Nation Acho Dene Koe. M. Bertrand a demandé un contrôle judiciaire de cette décision et a introduit une requête en vue d'obtenir une mesure provisoire. Bien que la requête ait été entendue en même temps que la présente demande, j'ai rendu ma décision sur la requête en premier, étant donné l'urgence. Pour les motifs énoncés dans la décision ayant pour référence [*Bertrand c. Première Nation Acho Dene Koe*] 2021 CF 257, j'ai rejeté la requête de M. Bertrand. Rien dans les présents motifs n'a d'incidence sur la décision que j'ai prise concernant la requête.

II. Analyse

A. *Questions préliminaires*

1) Le délai

[21] La Première Nation Acho Dene Koe fait valoir que M. Bertrand n'a pas présenté la demande dans les 30 jours suivant la décision contestée comme l'exige

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7. The decision challenged is the council's resolution of September 14, 2020. However, Mr. Bertrand states in his affidavit that he learned of this decision only on September 24, 2020. Therefore, he brought this application within the prescribed time limit.

[22] Moreover, to the extent that Mr. Bertrand is seeking a writ of *quo warranto*, which challenges a person's authority to hold public office, the time limit set by subsection 18.1(2) does not apply, as the remedy is not in respect of a decision: *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476, (1999), 236 N.R. 317 (C.A.).

[23] At this juncture, I would also point out that changes in a First Nation's laws, including customary laws, are not "decisions" that must be challenged within 30 days. If a decision is challenged, the Court may decide whether the custom on which the decision is alleged to be based has been proven. The fact that the events giving rise to the custom happened in a distant past does not insulate the matter from review.

(2) Mootness

[24] Acho Dene Koe also argues that the matter has become moot because an election has been called for April 26, 2021. It also notes that the Regulations will be repealed on April 8, 2021, according to their own terms. The Attorney General does not raise the mootness argument.

[25] According to the decision of the Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231 (*Borowski*), to decide whether a case should be dismissed as moot, courts must ask themselves the following questions:

- (1) Whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic; and
- (2) Whether, if the response to the first question is affirmative, the court should exercise its discretion to hear the case.

le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. La décision contestée est la résolution du conseil du 14 septembre 2020. Or, M. Bertrand affirme dans son affidavit qu'il n'a eu connaissance de cette décision que le 24 septembre 2020. Il a donc introduit la présente demande dans le délai prescrit.

[22] De plus, dans la mesure où M. Bertrand sollicite un bref de *quo warranto* pour contester le droit d'une personne d'occuper une charge publique, le délai fixé au paragraphe 18.1(2) ne s'applique pas, car le recours ne porte pas sur une décision : *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.).

[23] À ce stade, je tiens également à souligner que les changements apportés aux lois d'une Première Nation, y compris les lois coutumières, ne sont pas des « décisions » qui doivent être contestées dans les 30 jours. Si une décision est contestée, la Cour peut déterminer si la coutume sur laquelle la décision est censée être fondée a été prouvée. Le fait que les événements à l'origine de la coutume se soient produits dans un passé lointain ne met pas l'affaire à l'abri d'un contrôle.

2) Le caractère théorique

[24] La Première Nation Acho Dene Koe fait également valoir que l'affaire est devenue sans objet parce qu'une élection a été convoquée pour le 26 avril 2021. Elle précise également que le Règlement sera abrogé le 8 avril 2021, selon son propre texte. Le procureur général ne soulève pas l'argument du caractère théorique.

[25] Selon l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (*Borowski*) de la Cour suprême du Canada, pour décider si une affaire doit être rejetée en raison de son caractère théorique, les tribunaux doivent chercher à savoir :

- 1) si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique;
- 2) dans l'affirmative, si le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire.

[26] I agree that the immediate dispute that gave rise to this application will lose its substance because of the April 26 election. The electoral process is well underway and there is no reason to believe that it will be postponed again. In this regard, Mr. Bertrand concedes that his application for an order of *mandamus* compelling Acho Dene Koe to hold an election is now moot. Nevertheless, he asserts that *quo warranto* remains relevant, as the fact that the current council is illegally in office could affect the validity of its decisions. In the absence of a challenge to a specific decision made by the current council, I fail to see any practical difference between *quo warranto* and *mandamus*. An order of *quo warranto* would simply remove office holders whose term is set to expire in a matter of days or weeks. Both remedies will become moot on April 26 or shortly thereafter.

[27] This, however, does not end the inquiry. According to *Borowski*, courts have discretion to hear moot matters. In that case, the Supreme Court highlighted three considerations that are relevant to the exercise of this discretion: the adversarial nature of the judicial process, the need to promote judicial economy and the adjudicative role of the courts; see also *Amgen Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2016 FCA 196, 141 C.P.R. (4th) 245, at paragraph 16. In particular, the Court in *Borowski* recognized that judicial economy might be counterbalanced by the fact that a question has proved evasive of review or that there is a social cost to leaving the issue unsettled.

[28] In light of these factors, I exercise my discretion to hear this matter on the merits. The main reason is that in doing so, I will clarify important issues with respect to the effect of the COVID-19 pandemic on First Nations' electoral processes: the validity of the Regulations and the framework for assessing a First Nation's assertion of a customary power to extend the term of its council. From the outset, the validity of the Regulations has been questioned: see, for example, Paul Daly, "Broad Regulations on Narrow Statutory Bases: The First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases) SOR/2020-84", online: <https://>

[26] Je conviens que le différend actuel qui a donné lieu à la présente demande perdra son objet essentiel en raison de l'élection du 26 avril. Le processus électoral est bien engagé et il n'y a aucune raison de penser qu'il sera à nouveau reporté. À cet égard, M. Bertrand concède que sa demande d'ordonnance de *mandamus* afin d'obliger la Première Nation Acho Dene Koe à tenir une élection est devenue théorique. Néanmoins, il affirme que le *quo warranto* reste pertinent, car le fait que le mandat du conseil actuel soit illégal pourrait affecter la validité de ses décisions. En l'absence d'une contestation d'une décision précise prise par le conseil actuel, je ne vois pas de différence pratique entre le *quo warranto* et le *mandamus*. Une ordonnance de *quo warranto* permettrait simplement de révoquer les titulaires de fonctions dont le mandat doit expirer dans quelques jours ou semaines. Les deux recours deviendront sans objet le 26 avril ou peu après.

[27] Cela ne règle toutefois pas entièrement la question. Selon l'arrêt *Borowski*, les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'entendre des affaires théoriques. Dans cette affaire, la Cour suprême a souligné trois considérations pertinentes pour l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire : la nature contradictoire du processus judiciaire, la nécessité de promouvoir l'économie des ressources judiciaires et le respect de la fonction juridictionnelle des tribunaux; voir également l'arrêt *Amgen Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2016 CAF 196, au paragraphe 16. Dans l'arrêt *Borowski*, la Cour a en particulier reconnu que l'économie des ressources judiciaires pouvait être contrebalancée par le fait qu'une question échappe à l'examen judiciaire ou le coût social associé au fait de laisser la question non résolue.

[28] À la lumière de ces facteurs, j'exerce mon pouvoir discrétionnaire pour statuer sur le fond de la présente affaire. Je le fais principalement pour pouvoir clarifier des questions importantes concernant l'effet de la pandémie de COVID-19 sur les processus électoraux des Premières Nations, à savoir la validité du Règlement et le cadre d'évaluation de l'affirmation par une Première Nation d'un pouvoir coutumier de proroger le mandat de son conseil. Dès le départ, la validité du Règlement a été remise en question : voir, par exemple, Paul Daly, « Broad Regulations on Narrow Statutory Bases : The First Nations Election

www.administrativelawmatters.com/blog/2020/05/27/broad-regulations-on-narrow-statutory-bases-the-first-nations-election-cancellation-and-postponement-regulations-prevention-of-diseases-sor-2020-84/ (May 20, 2020). It is not desirable to leave the issue unsettled.

[29] These issues do not belong to the past. The COVID-19 pandemic is not over. While the Regulations are set to expire on April 8, their effects may continue for the following six months, or perhaps longer, and the Governor in Council may choose to renew them. If Acho Dene Koe is correct in asserting a general power to postpone elections in “exigent circumstances,” this power would not be subject to any sunset clause.

[30] Despite their importance for First Nations governance and the fact that the Regulations have been in force for almost one year, these issues have so far evaded review. Terms of office may have been extended for periods shorter than the time necessary to perfect an application for judicial review. In this regard, I am informed that applications to this Court challenging the validity of the Regulations were discontinued when an election was called. Moreover, First Nation members who wish to bring such challenges may well face practical difficulties. On occasion, this Court has heard cases involving issues of importance for First Nations governance despite the matter being moot: see, for example, *Esquega v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 878, [2008] 1 F.C.R. 795, at paragraph 52; *McKenzie v. Mikisew Cree First Nation*, 2020 FC 1184, at paragraphs 52–53.

[31] In addition, the adversarial process was fully functioning in this case and the relief sought is compatible with the Court’s adjudicative role. Thus, exercising my discretion to hear the matter on the merits is consistent with the framework laid out in *Borowski*.

Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases) SOR/2020-84 », en ligne : <https://www.administrativelawmatters.com/blog/2020/05/27/broad-regulations-on-narrow-statutory-bases-the-first-nations-election-cancellation-and-postponement-regulations-prevention-of-diseases-sor-2020-84/> (27 mai 2020). Il n’est pas souhaitable de laisser la question en suspens.

[29] Ces questions n’appartiennent pas au passé. La pandémie de COVID-19 n’est pas terminée. Bien que le Règlement doive expirer le 8 avril, ses effets peuvent perdurer pendant les six mois suivants, ou peut-être plus longtemps, et le gouverneur en conseil peut décider de prolonger sa validité. Si la Première Nation Acho Dene Koe a raison d’affirmer qu’il existe un pouvoir général de reporter les élections en cas de « situation d’urgence », ce pouvoir ne serait soumis à aucune limite temporelle.

[30] Malgré leur importance pour la gouvernance des Premières Nations et le fait que le Règlement est en vigueur depuis près d’un an, ces questions ont jusqu’à présent échappé à tout examen. Les mandats des conseils peuvent avoir été prorogés pour des périodes plus courtes que le temps nécessaire à l’introduction d’une demande de contrôle judiciaire. À cet égard, j’ai appris que des demandes déposées devant notre Cour pour contester la validité du Règlement ont été abandonnées lorsqu’une élection a été convoquée. De plus, les membres des Premières Nations qui souhaitent introduire de telles contestations pourraient bien se heurter à des difficultés pratiques. Il est déjà arrivé à la Cour d’entendre des affaires portant sur des questions importantes pour la gouvernance des Premières Nations, même si elles étaient sans objet : voir, par exemple, *Esquega c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 878, [2008] 1 R.C.F. 795, au paragraphe 52; *McKenzie c. Première Nation crie Mikisew*, 2020 CF 1184, aux paragraphes 52 et 53.

[31] En outre, le processus contradictoire a pleinement fonctionné en l’espèce et la réparation demandée est compatible avec les fonctions décisionnelles de la Cour. Ainsi, l’exercice de mon pouvoir discrétionnaire de statuer sur le fond de l’affaire est conforme au cadre établi dans l’arrêt *Borowski*.

B. *Extension of Term of Office According to Acho Dene Koe Law*

[32] The first step of the analysis is to consider the validity of the extension of the council’s term of office and the postponement of the election from the perspective of Acho Dene Koe law. If this law authorizes the extension and postponement, it will be unnecessary to consider the effect and validity of the federal Regulations.

[33] The parties have discussed two sources of Acho Dene Koe law. One is written and legislated: the 2007 election code. The other one is custom properly speaking, that is, the practices followed by Acho Dene Koe and attracting the broad consensus of its members.

[34] Acho Dene Koe has not taken a firm position as to the validity of the 2007 code, but states that its main features, including a three-year term of office, have acquired the force of custom. Moreover, it argues that the custom is flexible and allows the incumbent council to extend its own term of office in “exigent circumstances.” Mr. Bertrand disputes these assertions and rather takes the position that the customary term of office is two years and that the current council’s term ended in 2019.

[35] For the following reasons, I find that the evidence does not establish that the 2007 code was validly enacted or acquired the force of custom. Nevertheless, the three-year term of office is now firmly entrenched. However, there is no basis for the council’s power to extend its own term.

(1) Nature and Proof of Written and Customary Indigenous Laws

[36] The *Indian Act* states that a First Nation’s council is “chosen according to the custom of the band”, unless the election regime in sections 74–80 is specifically made applicable to that First Nation. In doing so, Parliament referred to a set of norms that find their source and legitimacy outside of the Canadian legal system and that can be described as Indigenous law: *Gamblin v. Norway*

B. *La prorogation du mandat selon le droit de la Première Nation Acho Dene Koe*

[32] La première étape de l’analyse consiste à examiner la validité de la prorogation du mandat du conseil et du report de l’élection au regard du droit de la Première Nation Acho Dene Koe. Si ce droit autorise la prorogation et le report, il sera inutile d’examiner l’effet et la validité du règlement fédéral.

[33] Les parties ont invoqué deux sources du droit de la Première Nation Acho Dene Koe. L’une est fondée sur la promulgation écrite : il s’agit du code électoral de 2007. L’autre est la coutume à proprement parler, c’est-à-dire les pratiques suivies par la Première Nation Acho Dene Koe et faisant l’objet d’un large consensus parmi ses membres.

[34] La Première Nation Acho Dene Koe n’a pas pris de position ferme quant à la validité du code de 2007, mais affirme que ses principales caractéristiques, notamment le mandat de trois ans, ont acquis la force d’une coutume. En outre, elle fait valoir que la coutume est souple et permet au conseil en place de proroger son propre mandat dans une « situation d’urgence ». M. Bertrand conteste ces affirmations et fait plutôt valoir que la durée habituelle du mandat est de deux ans et que le mandat du conseil actuel s’est terminé en 2019.

[35] Pour les raisons suivantes, je conclus que la preuve n’établit pas que le code de 2007 a été valablement promulgué ou a acquis la force d’une coutume. Néanmoins, le mandat de trois ans est désormais bien ancré. Il n’y a cependant aucun fondement au pouvoir du conseil de proroger son propre mandat.

1) La nature et la preuve du droit autochtone écrit et coutumier

[36] La *Loi sur les Indiens* précise que le conseil d’une Première Nation est « choisi selon la coutume de [la bande] » à moins que le régime électoral prévu aux articles 74 à 80 ne soit expressément applicable à cette Première Nation. Ce faisant, le législateur a renvoyé à un ensemble de normes qui trouvent leur source et leur légitimité en dehors du système juridique canadien et que l’on

House Cree Nation Band Council, 2012 FC 1536, 55 Admin. L.R. (5th) 1, at paragraph 34; *Pastion v. Dene Tha' First Nation*, 2018 FC 648, [2018] 4 F.C.R. 467 (*Pastion*), at paragraph 7. In *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (F.C.T.D.) (*Bone*), at paragraph 31, Justice Heald mentioned that the *Indian Act*:

... does not confer a power upon a Band to develop a custom for selecting its council. Rather, it recognizes that an Indian Band has customs, developed over decades if not centuries, which may include a custom for selecting the Band's Chief and Councillors.

[37] The test developed by this Court for the recognition of custom is tied to the concept of consent of the governed: *McLeod Lake Indian Band v. Chingee* (1998), 165 D.L.R. (4th) 358, 153 F.T.R. 257 (F.C.T.D.) (*Chingee*), at paragraph 8. In *Bigstone v. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25, at page 34, (1992), 52 F.T.R. 109 (F.C.T.D.) [at paragraph 20], Justice Strayer stated that custom includes “practices for the choice of a council which are generally acceptable to members of the band, upon which there is a broad consensus.” This test has been followed ever since: see, for example, *Oakes v. Pahtayken*, 2010 FCA 169, 405 N.R. 250, at paragraph 5. One of its consequences must be underlined: custom is made by the community, not the council: *Bone*, at paragraph 29; *Bacon St-Onge v. Conseil des Innus de Pessamit*, 2017 FC 1179, at paragraph 72, affd 2019 FCA 13 (*Bacon St-Onge*); *Whalen v. Fort McMurray No. 468 First Nation*, 2019 FC 732, [2019] 4 F.C.R. 217 (*Whalen*), at paragraph 48.

[38] Pursuant to this test, this Court has recognized various forms of Indigenous law, beyond “custom” in the strict meaning of the word: *Whalen*, at paragraph 32.

[39] First, a First Nation may enact an election code or similar legislation through the vote of a majority of its members. This combines what Professor John Borrows calls the positivistic and deliberative sources of Indigenous law: *Canada's Indigenous Constitution*

peut qualifier de droit autochtone : *Gamblin c. Conseil de bande de la nation crie de Norway House*, 2012 CF 1536, au paragraphe 34; *Pastion c. Première Nation Dene Tha'*, 2018 CF 648, [2018] 4 R.C.F. 467 (*Pastion*), au paragraphe 7. Dans la décision *Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley n° 290*, [1996] A.C.F. n° 150 (QL) (1^{re} inst.) (*Bone*), au paragraphe 33, le juge Heald a déclaré que la *Loi sur les Indiens* :

[...] n'accorde pas à une bande le pouvoir de créer une coutume pour sélectionner ses conseillers. [Elle] reconnaît plutôt qu'une bande [indienne] possède des coutumes qui remontent à des décennies, sinon des siècles, et qui peuvent porter sur le choix de son chef et de ses conseillers.

[37] Le critère élaboré par notre Cour pour la reconnaissance de la coutume est lié au concept du consentement des gouvernés : *Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee*, 1998 CanLII 8267, [1998] A.C.F. n° 1185 (QL) (1^{re} inst.) (*Chingee*), au paragraphe 8. Dans la décision *Bigstone c. Big Eagle*, [1992] A.C.F. n° 16 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 20, le juge Strayer a déclaré que la coutume doit inclure « des pratiques touchant le choix d'un conseil qui sont généralement acceptables pour les membres de la bande, qui font donc l'objet d'un large consensus ». Ce critère a été suivi depuis lors : voir, par exemple, *Oakes c. Pahtayken*, 2010 CAF 169, au paragraphe 5. Une de ses conséquences doit être soulignée : la coutume est produite par la communauté, et non par le conseil : *Bone*, au paragraphe 29; *Bacon St-Onge c. Conseil des Innus de Pessamit*, 2017 CF 1179, au paragraphe 72, confirmée par 2019 CAF 13 (*Bacon St-Onge*); *Whalen c. Première Nation de Fort McMurray n° 468*, 2019 CF 732, [2019] 4 R.C.F. 217 (*Whalen*), au paragraphe 48.

[38] Conformément à ce critère, notre Cour a reconnu diverses formes de droit autochtone, qui dépassent largement la « coutume » au sens strict du terme : *Whalen*, au paragraphe 32.

[39] Premièrement, une Première Nation peut adopter un code électoral ou une loi similaire par le vote de la majorité de ses membres. Cela combine ce que le professeur John Borrows appelle les sources positivistes et délibératives du droit autochtone : *La constitution*

(Toronto: University of Toronto Press, 2010) (Borrows, *Indigenous Constitution*), at pages 35–51. Provided that the conditions in which the vote was taken were satisfactory, this Court has been prepared to consider that codes adopted by a First Nation’s membership constitute “custom” in this sense: *Chingee; Taypotat v. Taypotat*, 2012 FC 1036, [2013] 1 C.N.L.R. 349 (*Taypotat*), at paragraphs 29–35.

[40] Second, custom may find its origin in practice. Custom, indeed, need not be written: *Bone*, at paragraph 56. Nevertheless, to be recognized as custom in this sense, a practice must still attract the broad consensus of the community. In *Francis v. Mohawk Council of Kanesatake*, 2003 FCT 115, [2003] 4 F.C. 1133 (*Francis*), at paragraph 36, my colleague Justice Luc Martineau described the relevant burden of proof as follows:

For a rule to become custom, the practice pertaining to a particular issue or situation contemplated by that rule must be firmly established, generalized and followed consistently and conscientiously by a majority of the community, thus evidencing a “broad consensus” as to its applicability.

[41] A court asked to declare the content of a First Nation’s custom must of course base itself on the evidence before it. In this regard, the party who invokes custom must prove it: *Fort McKay First Nation v. Orr*, 2012 FCA 269, [2013] 1 C.N.L.R. 249, at paragraph 20. It may be relatively easy to deduce custom from practice with respect to the basic parameters of an electoral regime, for example the term of office or the number of councillors. With respect to more specific features of the regime, however, a generalized and consistently followed practice may be more difficult to establish. If the party invoking such a custom fails to bring sufficient evidence, the feature in question will be held to be absent from the First Nation’s electoral regime. For example, our Court has held that there is no appeal mechanism unless proof is made according to the *Francis* standard: *Anichinapéo v. Papatie*, 2014 FC 687, 458 F.T.R. 307, at paragraphs 45–47; *Shirt v. Saddle Lake Cree Nation*, 2017 FC 364 (*Shirt*), at paragraph 45; *Redhead v. Miles*,

autochtone du Canada (Québec : Presses de l’Université du Québec, 2020), aux pages 56 à 77 (Borrows, *La constitution autochtone*). Pour autant que les conditions dans lesquelles le vote a eu lieu soient satisfaisantes, notre Cour a été disposée à considérer que les codes adoptés par les membres d’une Première Nation constituent une « coutume » dans ce sens : *Chingee; Taypotat c. Taypotat*, 2012 CF 1036 (*Taypotat*), aux paragraphes 29 à 35.

[40] Deuxièmement, la coutume peut trouver son origine dans la pratique. En effet, il n’est pas nécessaire de consigner la coutume par écrit : *Bone*, au paragraphe 56. Néanmoins, pour être reconnue comme une coutume dans ce sens, une pratique doit tout de même faire l’objet d’un large consensus au sein de la communauté. Dans la décision *Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake*, 2003 CFPI 115, [2003] 4 C.F. 1133 (*Francis*), au paragraphe 36, mon collègue le juge Luc Martineau a décrit le fardeau de la preuve pertinent comme suit :

Pour qu’une règle devienne une coutume, la pratique se rapportant à une question ou situation donnée qui est visée par cette règle doit être fermement établie, généralisée et suivie de manière uniforme et délibérée par une majorité de la communauté, ce qui démontrera un « large consensus » quant à son applicabilité.

[41] Un tribunal appelé à déclarer le contenu de la coutume d’une Première Nation doit bien entendu se baser sur les preuves dont il dispose. À cet égard, la partie qui invoque la coutume doit en faire la preuve : *Première nation de Fort McKay c. Orr*, 2012 CAF 269, au paragraphe 20. Dédire la coutume de la pratique peut être relativement facile en ce qui a trait aux paramètres de base d’un régime électoral, comme la durée du mandat ou le nombre de conseillers. Cependant, en ce qui concerne des aspects plus précis du régime, une pratique généralisée et suivie de manière cohérente peut être plus difficile à établir. Si la partie qui invoque une telle coutume n’apporte pas de preuves suffisantes, la caractéristique en question sera considérée comme absente du régime électoral de la Première Nation. Par exemple, notre Cour a jugé qu’il n’y a pas de mécanisme d’appel si la preuve n’est pas faite selon la norme énoncée dans la décision *Francis : Anichinapéo c. Papatie*, 2014 CF 687, aux paragraphes 45 à 47; *Shirt c. Nation crie de Saddle*

2019 FC 1605, at paragraph 54. The same is true of rules allowing for the removal or recall of councillors: *Joseph v. Schielke*, 2012 FC 1153, 419 F.T.R. 127, at paragraphs 37–41; *Whalen*, at paragraphs 57–67.

[42] Before proceeding further, I note that Indigenous laws may have sources other than positivistic, deliberative or customary. For example, Professor Borrows mentions sacred or natural sources: Borrows, Indigenous Constitution, at pages 23–34. Professor Aaron Mills suggests that Indigenous laws are rooted in Indigenous philosophies and worldviews: “The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today” (2016), 61:4 *McGill L.J.* 847. As in *Ratt*, Indigenous election laws may be rooted in such sources. As the parties have not attempted to prove such sources in the present case, I will say nothing further about this possibility.

(2) The 2007 Draft Election Code

[43] If the 2007 draft election code formed part of Acho Dene Koe’s law, this would settle the issues regarding the council’s term of office. However, the evidence is insufficient to establish that this draft either was adopted in 2007—as “positivistic” Indigenous law—or was generally followed thereafter, so that it became customary Indigenous law.

[44] The parties brought little evidence from witnesses having first-hand knowledge of the process through which the draft was put before Acho Dene Koe’s membership. Mr. Bertrand states that after having learned of the purported adoption of the draft at a little-attended membership meeting, he initiated a petition against the adoption of the draft, which garnered about 60 signatures, and brought his concerns to the attention of the regional director of the department then known as Indian and Northern Affairs. In a letter to the chief and council dated May 31, 2008, the regional director, Mr. George Cleary, stated:

Lake, 2017 CF 364 (*Shirt*), au paragraphe 45; *Redhead c. Miles*, 2019 CF 1605, au paragraphe 54. Il en va de même pour les règles permettant la destitution ou la révocation des conseillers : *Joseph c. Schielke*, 2012 CF 1153, aux paragraphes 37 à 41; *Whalen*, aux paragraphes 57 à 67.

[42] Avant de poursuivre, je précise que le droit autochtone peut avoir des sources autres que positivistes, délibératives ou coutumières. Par exemple, le professeur Borrows mentionne des sources sacrées ou naturelles : Borrows, *La constitution autochtone*, aux pages 43 à 56. Selon le professeur Aaron Mills, le droit autochtone est enraciné dans les philosophies et les visions du monde autochtones : « The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today » (2016), 61:4 *R.D. McGill* 847. Comme dans l’affaire *Ratt*, les lois électorales autochtones peuvent être ancrées dans de telles sources. Comme les parties n’ont pas tenté de prouver l’existence de telles sources en l’espèce, je ne dirai rien de plus sur cette possibilité.

2) Le projet de code électoral de 2007

[43] Si le projet de code électoral de 2007 faisait partie du droit de la Première Nation Acho Dene Koe, cela réglerait les questions relatives à la durée du mandat du conseil. Cependant, les preuves sont insuffisantes pour établir que ce projet a été adopté en 2007 — en tant que droit autochtone « positiviste » — ou qu’il a été suivi de façon généralisée par la suite, de sorte qu’il est devenu du droit autochtone coutumier.

[44] Les parties ont présenté peu de preuves provenant de témoins ayant une connaissance directe du processus par lequel le projet a été soumis aux membres de la Première Nation Acho Dene Koe. M. Bertrand affirme qu’après avoir appris la prétendue adoption du projet lors d’une réunion des membres à laquelle il n’a pas assisté, il a lancé une pétition contre son adoption, qui a recueilli une soixantaine de signatures, et a porté ses préoccupations à l’attention du directeur régional du ministère alors appelé Affaires indiennes et du Nord Canada. Dans une lettre adressée au chef et au conseil datée du 31 mai 2008, le directeur régional, M. George Cleary, a déclaré :

It has been expressed that the ratification process used to adopt the new election code did not allow for meaningful participation by the majority of community members. We have been informed that membership may not have been provided with adequate notice and therefore did not have an opportunity to participate in the ratification process. This in turn may have significantly impacted upon the results of the vote.

In light of the concerns raised by your membership, I would urge you to revisit the ratification process with your membership in a way that allows for full community participation in the process.

[45] Based on this information, and bearing in mind that the party alleging custom must prove it, I cannot find that the 2007 draft code was enacted in a manner that attracted the broad consensus of the community, according to the guidelines laid out in *Chingee* and *Taypotat*.

[46] The 2007 draft code may nevertheless have acquired the force of custom if it has been generally followed and accepted: *Bone*, at paragraphs 61–64. In this regard, Acho Dene Koe suggests that the draft code was applied without protest in all elections since 2008.

[47] There is no doubt that elections took place every three years from 2008 to 2017. There is, however, little information regarding the precise rules that were applied. Council resolutions calling elections in 2008 and 2017 made no reference to the 2007 code, and the 2011 and 2014 resolutions were not filed in evidence. Public notices of the election provide no information in this regard. During this period, returning officers made contradictory statements. For example, the 2017 returning officer stated, in a Facebook post for the information of community members, that the 2007 draft code had never been ratified. Meanwhile, she apparently applied certain provisions of the same code. In the absence of testimony from those involved in the process, it is very difficult to draw firm conclusions.

[TRADUCTION] On a affirmé que le processus de ratification utilisé pour adopter le nouveau code électoral n'a pas permis une participation significative de la majorité des membres de la communauté. Nous avons été informés que les membres n'ont peut-être pas reçu un préavis suffisant et n'ont donc pas eu l'occasion de participer au processus de ratification. Cela a pu avoir des conséquences importantes sur les résultats du vote.

À la lumière des préoccupations soulevées par vos membres, je vous invite à réexaminer le processus de ratification avec vos membres d'une manière qui permette la pleine participation de la communauté au processus.

[45] Me fondant sur ces informations, et gardant à l'esprit que la partie qui allègue la coutume doit la prouver, je suis incapable de conclure que le projet de code de 2007 a été promulgué d'une manière qui a recueilli un large consensus au sein de la communauté, conformément aux lignes directrices énoncées dans les décisions *Chingee* et *Taypotat*.

[46] Le projet de code de 2007 peut néanmoins avoir acquis la force d'une coutume s'il a, de façon générale, été suivi et accepté : *Bone*, aux paragraphes 61 à 64. À cet égard, la Première Nation Acho Dene Koe soutient que le projet de code a été appliqué sans protestation dans toutes les élections depuis 2008.

[47] Il ne fait aucun doute que les élections ont eu lieu tous les trois ans de 2008 à 2017. Il existe cependant peu d'informations concernant les règles précises qui ont été appliquées. Les résolutions du Conseil convoquant les élections en 2008 et 2017 ne mentionnent pas le code de 2007, et les résolutions de 2011 et 2014 n'ont pas été déposées en preuve. Les avis publics concernant l'élection ne fournissent aucune information à cet égard. Pendant cette période, les directeurs du scrutin ont fait des déclarations contradictoires. Par exemple, la directrice du scrutin de 2017 a déclaré, dans une publication sur Facebook destinée à informer les membres de la communauté, que le projet de code de 2007 n'avait jamais été ratifié, bien qu'elle ait apparemment appliqué certaines dispositions de ce même code. En l'absence de témoignages des personnes ayant participé au processus, il est très difficile de tirer des conclusions définitives.

[48] Contrary to Acho Dene Koe’s submissions, there were indeed protests against the 2007 code. In 2008 and 2019, Mr. Bertrand initiated petitions signed by approximately 60 members of the community, challenging the lack of community ratification of the code. While such petitions, in a community of approximately 500 persons, are not an insuperable obstacle to the formation of a custom, they remain a relevant factor. In any event, the lack of protest is not, in itself, conclusive evidence of community consensus: *Shirt*, at paragraph 45.

[49] In 2019, faced with this uncertainty, Acho Dene Koe launched a process to draft and enact a new election code. In an “Information Release” dated August 26, 2019, the council justified the endeavour by the “inconsistencies and unclarity about what rules are to be followed for an election for ADKFN.” Engaging in this process is an implicit admission that the 2007 draft code had not become Acho Dene Koe’s custom by virtue of being generally and consistently followed.

[50] In this context, the council could not, by way of its January 27, 2020, resolution, purport to “adopt” the 2007 code. As explained above, custom results from the broad consensus of the community, not the decision of council. The council cannot circumvent this principle by stating its opinion as to the broad consensus of the membership, if the evidence does not bear out the assertion.

(3) Length of Term of Office

[51] Mr. Bertrand argues that the customary term of office of the council is two years. From his perspective, the council’s term of office would have expired in May 2019. This is incorrect. Irrespective of the status of the 2007 draft election code, the term of office of Acho Dene Koe’s council is three years.

[52] The length of the term of office is one of the most conspicuous features of a democratic system. For this

[48] Contrairement aux affirmations de la Première Nation Acho Dene Koe, il y a bien eu des protestations contre le code de 2007. En 2008 et 2019, M. Bertrand a lancé des pétitions signées par environ 60 membres de la communauté, qui s’en prenaient au fait que le code n’avait pas été ratifié par la communauté. Bien que ces pétitions, dans une communauté d’environ 500 personnes, ne constituent pas un obstacle insurmontable à la formation d’une coutume, elles restent un facteur pertinent. En tout état de cause, l’absence de protestation n’est pas en soi une preuve concluante du consensus au sein de la communauté : *Shirt*, au paragraphe 45.

[49] En 2019, devant cette incertitude, la Première Nation Acho Dene Koe a lancé un processus pour rédiger et promulguer un nouveau code électoral. Dans une [TRADUCTION] « circulaire d’information » datée du 26 août 2019, le conseil a justifié cette initiative par [TRADUCTION] « les incohérences et le manque de clarté concernant les règles à suivre pour une élection dans la [Première Nation Acho Dene Koe] ». S’engager dans ce processus revient à admettre implicitement que le projet de code de 2007 n’est pas devenu la coutume de la Première Nation Acho Dene Koe en étant de façon générale systématiquement suivi.

[50] Dans ce contexte, le conseil ne pouvait pas, au moyen de sa résolution du 27 janvier 2020, prétendre « adopter » le code de 2007. Comme il a été expliqué ci-dessus, la coutume résulte d’un large consensus au sein de la communauté, et non d’une décision du conseil. Le conseil ne peut contourner ce principe en déclarant son opinion sur le large consensus des membres, si la preuve ne confirme pas l’affirmation.

3) La durée du mandat

[51] M. Bertrand fait valoir que la durée habituelle du mandat du conseil est de deux ans. De son point de vue, le mandat du conseil aurait expiré en mai 2019. Cela est inexact. Indépendamment du statut du projet de code électoral de 2007, la durée du mandat du conseil de la Première Nation Acho Dene Koe est de trois ans.

[52] La durée du mandat est l’une des caractéristiques les plus manifestes d’un système démocratique. Pour

reason, it will be relatively easy to show that consistent practice in this regard attracts the community's tacit consensus. In this case, the fact that the last four elections have been held for a three-year term weighs considerably in favour of a finding that this has become the norm.

[53] Nevertheless, Mr. Bertrand argues that he has consistently protested the three-year term and insisted that the customary term is two years. In particular, he points to petitions signed by Acho Dene Koe members in 2008 and 2019. The first 2008 petition, however, expressed opposition to the 2007 draft election code because of lack of community consultation and did not mention the length of term. The second 2008 petition opposed a postponement of the election beyond the three-year term and did not mention a two-year term. The 2019 petition for an immediate election was based on the idea that Acho Dene Koe's elections were governed by the *Indian Act*, a position no longer put forward by Mr. Bertrand. Moreover, this Court's case law clearly marks the distinction between broad consensus and unanimity. While the opinion of about 60 members should not be casually disregarded, it is insufficient in the present context to prevent the emergence of a custom in a community of more than 500 members, where a practice is consistently followed for four successive elections.

[54] Thus, irrespective of the legal status of the 2007 draft election code, Acho Dene Koe's custom is to hold elections every three years. Accordingly, the council was acting in accordance with custom when it called an election for May 2020. The more difficult question is whether custom authorized it to postpone this election beyond May 2020 because of the COVID-19 pandemic or other reasons.

(4) Power to Extend Term of Office

[55] Acho Dene Koe argues that its council has the customary power to extend its term of office in "exigent

cette raison, il sera relativement facile de montrer qu'une pratique constante à cet égard recueille le consensus tacite de la communauté. En l'espèce, le fait que les quatre dernières élections aient été tenues pour un mandat de trois ans tend fortement à démontrer que cela est devenu la norme.

[53] Néanmoins, M. Bertrand fait valoir qu'il a toujours protesté contre le mandat de trois ans et soutenu que, selon la coutume, le mandat est de deux ans. Il évoque notamment des pétitions signées par des membres de la Première Nation Acho Dene Koe en 2008 et 2019. La première pétition de 2008 exprimait toutefois une opposition au projet de code électoral de 2007 en raison de l'absence de consultation de la communauté et ne mentionnait pas la durée du mandat. Quant à la deuxième pétition de 2008, elle s'opposait à un report de l'élection au-delà du mandat de trois ans et ne mentionnait pas un mandat de deux ans. La pétition lancée en 2019 pour la tenue immédiate d'une élection était fondée sur l'idée que les élections de la Première Nation Acho Dene Koe étaient régies par la *Loi sur les Indiens*, une position que M. Bertrand ne défend plus. En outre, la jurisprudence de notre Cour établit clairement la distinction entre un large consensus et l'unanimité. Même si l'opinion d'une soixantaine de membres ne doit pas être négligée, elle est toutefois insuffisante dans le contexte actuel pour empêcher l'émergence d'une coutume dans une communauté de plus de 500 membres, où une pratique a été suivie de manière constante pendant quatre élections successives.

[54] Ainsi, quel que soit le statut juridique du projet de code électoral de 2007, la coutume de la Première Nation Acho Dene Koe est de tenir des élections tous les trois ans. Par conséquent, le conseil a agi conformément à la coutume lorsqu'il a convoqué une élection pour mai 2020. La question de savoir si la coutume l'autorisait à reporter cette élection au-delà de mai 2020 en raison de la pandémie de COVID-19 ou d'autres raisons est plus difficile à trancher.

4) Le pouvoir de proroger le mandat

[55] La Première Nation Acho Dene Koe fait valoir que son conseil jouit du pouvoir coutumier de proroger

circumstances,” such as the current pandemic. I am unable to agree with Acho Dene Koe, because it has failed to demonstrate that the alleged practice is “firmly established, generalized and followed consistently and conscientiously by a majority of the community”, as required by Justice Martineau in *Francis*.

[56] The main element invoked in support of the alleged custom is a 2007 resolution of the council extending its term of office for one year. The reason given for the extension was the following:

WHEREAS Acho Dene Koe First Nation Band Council agrees that the current two year term of office for Chief and Council which ended on July 14, 2007, is insufficient to allow for completion and/or follow through to occur on proposed economic development projects and issues relating to treaty and overlap issues with Canada, British Columbia and the Yukon Governments. Continuity of Chief and Council is essential for the final stages of discussion and negotiation.

[57] It is very difficult to draw any conclusion from such a resolution. Such an extension happened only once. Its validity was not tested at the time. There is no subsequent general or consistent practice. A power to extend is also difficult to reconcile with the recent, consistent practice of fixed-term elections every three years.

[58] Other aspects of the evidence militate against the recognition of such a custom. Assuming for the sake of argument that the 2007 draft election code was intended to reflect existing custom, it does not contain any reference to an open-ended power of the council to extend its term. Likewise, the 2019 draft code only contains provisions allowing for a one-week postponement for acts of God, natural catastrophes or the death of a community member.

[59] Moreover, the April 20, 2020, and September 14, 2020, resolutions expressly note the silence of Acho Dene Koe’s custom election code regarding the cancellation or postponement of an election. The resolutions

son mandat dans une « situation d’urgence » comme la pandémie actuelle. Je ne peux pas lui donner raison, car elle n’a pas réussi à démontrer que la pratique invoquée est « fermement établie, généralisée et suivie de manière uniforme et délibérée par une majorité de la communauté » comme l’exige le juge Martineau dans la décision *Francis*.

[56] Le principal élément invoqué à l’appui de la coutume alléguée est une résolution du conseil de 2007 prorogeant son mandat d’un an. La raison donnée pour cette prorogation est la suivante :

[TRADUCTION] ATTENDU QUE le conseil de bande de la Première Nation Acho Dene Koe convient que le mandat actuel de deux ans du chef et du conseil, qui a pris fin le 14 juillet 2007, est insuffisant pour permettre l’achèvement ou le suivi des projets de développement économique proposés et des questions relatives aux traités et aux chevauchements avec les gouvernements du Canada, de la Colombie-Britannique et du Yukon. La prorogation du mandat du chef et du conseil est essentielle à la réalisation des dernières étapes de discussion et de négociation.

[57] Il est très difficile de tirer une quelconque conclusion d’une telle résolution. Une telle prorogation ne s’est produite qu’une seule fois. Sa validité n’a pas été vérifiée à l’époque. Il n’existe pas de pratique générale ou uniforme ultérieure. Par ailleurs, il est difficile de concilier un pouvoir de prorogation avec la pratique récente et uniforme d’élections à durée déterminée tous les trois ans.

[58] D’autres aspects de la preuve vont à l’encontre de la reconnaissance d’une telle coutume. En supposant, pour les besoins de l’analyse, que le projet de code électoral de 2007 était destiné à refléter la coutume existante, il ne contient aucune référence à un pouvoir illimité du conseil de proroger son mandat. De même, le projet de code de 2019 ne contient que des dispositions permettant un report d’une semaine pour les cas de force majeure, les catastrophes naturelles ou le décès d’un membre de la communauté.

[59] En outre, les résolutions du 20 avril 2020 et du 14 septembre 2020 soulignent expressément le fait que le code électoral coutumier de la Première Nation Acho Dene Koe est muet au sujet de l’annulation ou du report

do not assert any customary power to extend the term of office of council as is asserted now, although the September 14 resolution refers to the one-year extension in 2007.

[60] Acho Dene Koe argues that the early election call in 2003, when Mr. Bertrand was chief, is proof of the council's discretion with respect to its own term of office. Calling an early election, however, is quite different from the council extending its own term. If all councillors agree, this is functionally equivalent to collective resignation. An early election call may deprive dissenting councillors of the possibility of serving the full term for which they were elected, but it does not deprive the members of the community of the right to select their leaders on a regular basis.

[61] In 2014, elections were held in August instead of June, but I have very little information regarding the reasons for this relatively short delay. I am unable to draw any conclusions from this situation.

[62] More generally, Acho Dene Koe invites me to view the issue from the perspective of First Nations self-government, which would require flexibility in the application of custom. I approach this argument with caution. As I mentioned in *Thomas v. One Arrow First Nation*, 2019 FC 1663, at paragraphs 29–31, self-government does not translate into unlimited powers for First Nations councils. Rather, where First Nations have not enacted positivistic laws, self-government manifests itself through the broad consensus of the community.

[63] Thus, any assertion of “flexibility” or an open-ended power to extend the term of office must be tested against what we know of the community's views. As I demonstrated above, Acho Dene Koe members expect to have the opportunity to choose their leaders at fixed intervals. For more than a decade, the interval has been

d'une élection. Les résolutions ne mentionnent pas le pouvoir coutumier de proroger le mandat du conseil qui est maintenant revendiqué, bien que la résolution du 14 septembre fasse référence à la prorogation d'un an en 2007.

[60] La Première Nation Acho Dene Koe soutient que la convocation d'une élection anticipée en 2003, alors que M. Bertrand était chef, témoigne du pouvoir discrétionnaire du conseil en ce qui concerne son propre mandat. La convocation d'une élection anticipée est toutefois très différente de la prorogation du mandat du conseil. Du point de vue fonctionnel, si tous les conseillers sont d'accord, cela équivaut à une démission collective. La convocation d'une élection anticipée peut priver les conseillers dissidents de la possibilité de remplir le mandat complet pour lequel ils ont été élus, mais elle ne prive pas les membres de la communauté du droit de choisir leurs dirigeants sur une base régulière.

[61] En 2014, les élections ont eu lieu en août au lieu de juin, mais je dispose de très peu d'informations concernant les raisons de ce retard relativement court. Je ne suis pas en mesure de tirer de conclusions de cette situation.

[62] De façon plus générale, la Première Nation Acho Dene Koe m'invite à considérer la question du point de vue de l'autonomie gouvernementale des Premières Nations, ce qui exigerait une certaine souplesse dans l'application de la coutume. J'aborde cet argument avec circonspection. Comme je l'ai mentionné dans la décision *Thomas c. Première Nation One Arrow*, 2019 CF 1663, aux paragraphes 29 à 31, l'autonomie gouvernementale ne se traduit pas par des pouvoirs illimités pour les conseils des Premières Nations. Au contraire, lorsqu'une Première Nation n'a pas adopté de lois positivistes, c'est par le large consensus de la communauté que s'exerce l'autonomie gouvernementale.

[63] Ainsi, toute affirmation de « flexibilité » ou d'un pouvoir illimité de proroger le mandat doit être testée à l'aune de ce que nous savons des opinions de la communauté. Comme je l'ai démontré ci-dessus, les membres de la Première Nation Acho Dene Koe s'attendent à avoir la possibilité de choisir leurs dirigeants à intervalles fixes.

three years. Very cogent evidence would be required to establish a custom that would free the council from the obligation to face its constituents at fixed intervals. I also note that the categories of “exigent circumstances” alleged to authorize the council to extend its own term of office goes far beyond natural catastrophes or similar events and include the council’s opinion that the extension would be beneficial to the pursuit of various projects. Such a custom would be very difficult to reconcile with the democratic principle embraced by Acho Dene Koe members.

[64] Thus, the council cannot rely on custom to extend its term of office beyond the usual three-year term. In particular, the September 14, 2020, resolution, which is the focus of the present application, cannot be supported by such a custom. The only remaining possibility, to which I now turn, is that it was authorized by the federal Regulations.

C. *Validity of the Regulations*

[65] Mr. Bertrand challenges the validity of section 4 of the Regulations and seeks a declaration that it is invalid. For the following reasons, I agree with him.

[66] The Regulations came into force on April 8, 2020. Sections 2 and 3 allow First Nations whose elections are governed by the *Indian Act* and the *First Nations Elections Act*, S.C. 2014, c. 5, respectively, to cancel or postpone elections and to extend the term of their council. Section 4 deals with First Nations whose elections are governed by their own election law. It is the provision directly relevant to this case. It reads as follows:

Extension of term

4 (1) The council of a First Nation whose chief and councillors are chosen according to the custom of the First Nation may extend the term of office of the chief and councillors if it is necessary to prevent, mitigate or control the spread of diseases on its reserve, even if the custom does not provide for such a situation.

Depuis plus d’une décennie, l’intervalle est de trois ans. Des preuves très convaincantes seraient nécessaires pour établir une coutume qui exonérerait le conseil de l’obligation de se présenter devant ses électeurs à intervalles fixes. Je note également que les catégories de « situations d’urgence » invoquées pour autoriser le conseil à proroger son propre mandat vont bien au-delà des catastrophes naturelles ou d’événements similaires et incluent l’opinion du conseil que la prorogation serait bénéfique à la poursuite de divers projets. Une telle coutume serait très difficile à concilier avec le principe démocratique auquel adhèrent les membres de la Première Nation Acho Dene Koe.

[64] Le conseil ne peut donc pas se fonder sur la coutume pour proroger son mandat au-delà de la durée habituelle de trois ans. En particulier, une telle coutume n’autorise pas la résolution du 14 septembre 2020, qui fait l’objet de la présente demande. La seule possibilité qu’il reste, sur laquelle je me pencherai maintenant, est qu’elle a été autorisée par le règlement fédéral.

C. *La validité du Règlement*

[65] M. Bertrand conteste la validité de l’article 4 du Règlement et demande qu’il soit déclaré invalide. Pour les raisons suivantes, je suis d’accord avec lui.

[66] Le Règlement est entré en vigueur le 8 avril 2020. Les articles 2 et 3 permettent aux Premières Nations dont les élections sont régies par la *Loi sur les Indiens* et la *Loi sur les élections au sein de premières nations*, L.C. 2014, ch. 5, respectivement, d’annuler ou de reporter les élections et de proroger le mandat de leur conseil. L’article 4 traite des Premières Nations dont les élections sont régies par leur propre droit électoral. Il s’agit de la disposition qui s’applique directement en l’espèce. Cet article est libellé comme suit :

Prorogation du mandat

4 (1) Le conseil d’une première nation dont le chef et les conseillers sont choisis selon la coutume de celle-ci peut proroger le mandat du chef et des conseillers si la prorogation est nécessaire pour la prophylaxie de maladies dans la réserve, même si cette coutume est silencieuse à l’égard d’une telle situation.

[67] Section 5 regularizes the situation of First Nations that failed to hold an election scheduled for the period between March 9, 2020, and April 8, 2020. Sections 6 and 7 provide that a council's term of office cannot be extended more than twice nor for more than six months each time, and that the Minister must be informed by way of resolution; these sections do not apply to First Nations governed by their own election law. Lastly, section 8 provides that the Regulations are repealed one year after their coming into force, that is, on April 8, 2021.

[68] At the outset, I must address the suggestion that with respect to First Nations governed by their own election law, the Regulations merely provide guidelines to help First Nations interpret their own custom with respect to extension of their councils' term of office. The confusion in this regard may originate from the following statement contained in an information note sent to Acho Dene Koe and, presumably, other First Nations, shortly after the Regulations came into force:

The Regulations do not provide any additional directives for Custom Election Code Bands, and these bands are therefore invited to refer to the applicable provisions of their respective codes. However, if the Custom Election Code does not provide for postponement of election in the current exceptional circumstances, the Regulations can serve as a guide.

[69] In reading this note, one must bear in mind that section 4 does not set any parameters for the exercise of the power to extend the term of office of council with respect to First Nations governed by their own election law. In contrast, the other provisions of the Regulations provide a much more precise framework with respect to First Nations governed by the *Indian Act* or the *First Nations Elections Act*, for example regarding the maximum length of an extension. What the information note appears to contemplate is that these other provisions may nevertheless serve as guidelines when a First Nation governed by its own law exercises the power conferred by section 4. This does not detract from the incontrovertible fact that section 4 clearly grants a power, "even if the custom does not provide for such a situation."

[67] L'article 5 régularise la situation des Premières Nations qui n'ont pas tenu une élection prévue pour la période allant du 9 mars 2020 au 8 avril 2020. Les articles 6 et 7 prévoient que le mandat d'un conseil ne peut être prorogé plus de deux fois ni pour une période excédant six mois chaque fois, et que le ministre doit en être informé par voie de résolution; ces articles ne s'appliquent pas aux Premières Nations régies par leur propre droit électoral. Enfin, l'article 8 prévoit l'abrogation du Règlement un an après son entrée en vigueur, soit le 8 avril 2021.

[68] D'emblée, je dois répondre à l'allégation selon laquelle, en ce qui concerne les Premières Nations régies par leur propre loi électorale, le Règlement ne fait que fournir des lignes directrices pour les aider à interpréter leur propre coutume quant à la prorogation du mandat de leurs conseils. La confusion à cet égard peut provenir de l'extrait suivant d'une note d'information envoyée à la Première Nation Acho Dene Koe et, vraisemblablement, à d'autres Premières Nations, peu après l'entrée en vigueur du Règlement :

[TRADUCTION] Le Règlement ne fournit pas de directives supplémentaires concernant les codes électoraux coutumiers des bandes, et ces dernières sont donc invitées à se référer aux dispositions applicables de leurs codes respectifs. Toutefois, si le code électoral coutumier ne prévoit pas le report de l'élection dans les circonstances exceptionnelles actuelles, le Règlement peut servir de guide.

[69] En lisant cette note, il faut garder à l'esprit que l'article 4 ne fixe aucun paramètre pour l'exercice du pouvoir de proroger le mandat du conseil en ce qui concerne les Premières Nations régies par leur propre droit électoral. En revanche, les autres dispositions du Règlement fournissent un cadre beaucoup plus précis en ce qui concerne les Premières Nations régies par la *Loi sur les Indiens* ou la *Loi sur les élections au sein de premières nations*, par exemple en ce qui concerne la durée maximale d'une prorogation. Ce que la note d'information semble envisager, c'est que ces autres dispositions puissent néanmoins servir de lignes directrices lorsqu'une Première Nation régie par son propre droit exerce le pouvoir conféré par l'article 4. Cela n'enlève rien au fait incontestable que l'article 4 accorde clairement un pouvoir, « même si cette coutume est silencieuse à l'égard d'une telle situation ».

[70] In any event, I have shown that the power to postpone an election or to extend the council's term does not flow from Acho Dene Koe's custom or election law. Thus, the September 14, 2020, resolution extending the term of office of the council can only be valid if the Regulations specifically empowered the council to adopt such a measure.

(1) Analytical Framework

[71] Mr. Bertrand's first ground for challenging the validity of the Regulations is that the Governor in Council—that is, the federal cabinet—did not have the power to make them. They would be beyond the powers—in Latin, *ultra vires*—that Parliament granted to the Governor in Council in the *Indian Act*.

[72] Indeed, the requirement that regulations be based on statutory authority is a fundamental component of the rule of law. According to this principle, every exercise of state power must find its source in a legal rule: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385 (*Secession Reference*), at paragraph 71. As much as legislation must be authorized by the Constitution, regulations must be authorized by legislation: “[R]egulatory bodies can exercise only those legislative powers that were delegated to them by the legislature:” *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5 (*Catalyst Paper*), at paragraph 15.

[73] All parties agree that the method to determine if regulations are *ultra vires* was outlined by the Supreme Court of Canada in *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810 (*Katz Group*). In that case, at paragraph 24, the Court held that a “successful challenge to the *vires* of regulations requires that they be shown to be inconsistent with the objective of the enabling statute or the scope of the statutory mandate”. The importance of determining the scope of the statutory mandate for determining the validity of delegated legislation was underscored again in *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360 (*Green*), at paragraph 26.

[70] En tout état de cause, j’ai démontré que le pouvoir de reporter une élection ou de proroger le mandat du conseil ne découle pas de la coutume ou du droit électoral de la Première Nation Acho Dene Koe. Ainsi, la résolution du 14 septembre 2020 prorogeant le mandat du conseil ne peut être valide que si le Règlement a expressément habilité le conseil à adopter une telle mesure.

1) Le cadre d’analyse

[71] Le premier motif invoqué par M. Bertrand pour contester la validité du Règlement est que le gouverneur en conseil — c’est-à-dire le cabinet fédéral — n’avait pas le pouvoir de l’adopter. Cette adoption outrepasserait les pouvoirs — en latin, *ultra vires* — que le législateur a accordés au gouverneur en conseil dans la *Loi sur les Indiens*.

[72] En effet, l’exigence selon laquelle l’adoption d’un règlement doit se fonder sur un pouvoir légal est une composante fondamentale de la primauté du droit. Selon ce principe, tout exercice du pouvoir étatique doit tirer sa source d’une règle de droit : *Renvoi relatif à la sécession du Québec* [1998] 2 R.C.S. 217 (*Renvoi relatif à la sécession*), au paragraphe 71. Au même titre que la loi doit être autorisée par la Constitution, les règlements doivent être autorisés par la loi. « [L]es organismes de réglementation ne peuvent exercer que les pouvoirs législatifs qui leur ont été délégués » : *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5 (*Catalyst Paper*), au paragraphe 15.

[73] Toutes les parties conviennent que la méthode permettant de déterminer si un règlement dépasse le pouvoir conféré par sa loi habilitante a été exposée par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810 (*Katz Group*). Dans cette affaire, au paragraphe 24, la Cour a déclaré que, « [p]our contester avec succès la validité d’un règlement, il faut démontrer qu’il est incompatible avec l’objectif de sa loi habilitante ou encore qu’il déborde le cadre du mandat prévu par la Loi ». L’importance de déterminer la portée du mandat légal pour déterminer la validité de la législation déléguée a été soulignée de nouveau dans *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360 (*Green*), au paragraphe 26.

[74] Indeed, in *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635, at paragraph 12, the Supreme Court of Canada stated, referring to its previous decision in *Katz Group*:

Determining whether the regulation at issue represents a reasonable exercise of the delegated power is, at its core, an exercise in statutory interpretation, considering not only the text of the laws, but also their purpose and the context.

[75] There is a debate regarding the extent to which the principles established in *Katz Group* have been affected by the Supreme Court's more recent decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*). See, for example, John Mark Keyes, "Judicial Review of Delegated Legislation: The Long and Winding Road to *Vavilov*", 2020 CanLIIDocs 3679; John Evans, "Reviewing Delegated Legislation After *Vavilov*: *Vires* or Reasonableness" (2021), 34 *Can. J. Admin. Law Pract.* 1. Given the circumstances of the present case, it is not necessary to wade into these issues.

[76] For our purposes, it is enough to say that, insofar as *Vavilov* directs me to assess the validity of the Regulations on a reasonableness standard, this requirement was already present in earlier cases. For example, in *Katz Group*, at paragraphs 25–26, the Supreme Court directed courts to adopt a generous approach and to refrain from cutting down the scope of the delegated law-making power through a narrow or technical interpretation of the enabling statute. See also, in this regard, *Catalyst Paper*, at paragraph 25; and *Green*, at paragraph 20.

(2) Scope of Enabling Provisions

[77] Having laid out the applicable analytical framework, I can now inquire into whether the Governor in Council was empowered to make the Regulations. The Attorney General asserts that the Regulations are authorized by paragraph 73(1)(f) of the *Indian Act*, which reads as follows:

[74] D'ailleurs, dans *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635, au paragraphe 12, la Cour suprême du Canada a déclaré, en se référant à son arrêt antérieur *Katz Group* :

Décider si le règlement contesté résulte d'un exercice raisonnable du pouvoir délégué relève essentiellement de l'interprétation législative. Il faut alors tenir compte non seulement du texte de la loi, mais aussi de son objet et du contexte.

[75] La question de savoir dans quelle mesure l'arrêt plus récent de la Cour suprême *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*) a eu une incidence sur les principes établis dans l'arrêt *Katz Group* fait l'objet d'un débat. Voir, par exemple, John Mark Keyes, « Judicial Review of Delegated Legislation: The Long and Winding Road to *Vavilov* » 2020 CanLIIDocs 3679; John Evans, « Reviewing Delegated Legislation After *Vavilov*: *Vires* or Reasonableness » (2021), 34 *Can. J. Admin. Law Pract.* 1. Étant donné les circonstances de la présente affaire, il n'est pas nécessaire de s'aventurer sur ces questions.

[76] Pour nos besoins, il suffit de dire que, dans la mesure où l'arrêt *Vavilov* exige que la validité du Règlement soit évaluée en fonction de la norme de la décision raisonnable, cette exigence était déjà présente dans les affaires antérieures. Par exemple, dans l'arrêt *Katz Group*, aux paragraphes 25 et 26, la Cour suprême a demandé aux tribunaux d'adopter une approche généreuse et de s'abstenir de réduire la portée du pouvoir législatif délégué par une interprétation étroite ou technique de la loi habilitante. Voir également à cet égard les arrêts *Catalyst Paper*, au paragraphe 25; et *Green*, au paragraphe 20.

2) La portée des dispositions habilitantes

[77] Après avoir exposé le cadre d'analyse applicable, je peux maintenant chercher à savoir si le gouverneur en conseil était habilité à prendre le Règlement. Le procureur général affirme que le Règlement est autorisé par l'alinéa 73(1)f) de la *Loi sur les Indiens*, qui est libellé comme suit :

Regulations

73 (1) The Governor in Council may make regulations

...

(f) to prevent, mitigate and control the spread of diseases on reserves, whether or not the diseases are infectious or communicable.

[78] I note in passing that the Attorney General does not contend that the Regulations are authorized by federal legislation other than the *Indian Act*. In particular, the *Time Limits and Other Periods Act (COVID-19)*, enacted by section 11 of the *Act Respecting Further COVID-19 Measures*, S.C. 2020, c. 11, does not appear to deal with First Nations governance issues.

[79] The Attorney General and Acho Dene Koe argue that this is a broad conferral of power, which encompasses any measure aimed at achieving the stated purpose of preventing, mitigating and controlling the spread of diseases. As the Regulations were intended to reduce the risk of spread of COVID-19 resulting from public gatherings associated with elections, they would fall within the purview of section 73(1)(f). Any effect on elections would be accessory or incidental and would not render the Regulations invalid.

[80] I am unable to agree with these submissions. They ignore the scheme of the *Indian Act* and they would validate the Regulations based on their purpose only, without any consideration of the means contemplated by Parliament.

[81] Enabling provisions are typically framed in a manner that refers to well-understood subject matters or areas of government regulation, for example the regulation of traffic or zoning in paragraphs 81(1)(b) and (g) of the *Indian Act*. In turn, these regulatory regimes often pursue well-understood purposes, for example, safety in the case of traffic regulation.

[82] Purpose, however, must not overcome subject matter in the definition of regulatory power. In interpreting

Rèlements

73 (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements concernant :

[...]

f) la prophylaxie des maladies infectieuses ou contagieuses, ou non, sur les réserves.

[78] Je précise au passage que le procureur général ne prétend pas que le Règlement est autorisé par une loi fédérale autre que la *Loi sur les Indiens*. En particulier, la *Loi sur les délais et autres périodes (COVID-19)*, édictée par l'article 11 de la *Loi concernant des mesures supplémentaires liées à la COVID-19*, L.C. 2020, ch. 11, ne semble pas traiter des questions de gouvernance des Premières Nations.

[79] Le procureur général et la Première Nation Acho Dene Koe soutiennent qu'il s'agit d'une large attribution de pouvoir, qui englobe toute mesure visant à atteindre l'objectif déclaré de prévention, d'atténuation et de contrôle de la propagation des maladies. Étant donné que le Règlement visait à réduire le risque de propagation de la COVID-19 résultant de rassemblements publics associés à des élections, il relèverait de l'alinéa 73(1)f. Tout effet sur les élections serait incident ou accessoire et ne rendrait pas le Règlement invalide.

[80] Je ne peux pas souscrire à ces arguments. En effet, ils ne tiennent pas compte du régime de la *Loi sur les Indiens* et valideraient le Règlement sur le seul fondement de son objectif, sans tenir compte des moyens envisagés par le législateur.

[81] Les dispositions d'habilitation sont généralement formulées de manière à renvoyer à des sujets ou des domaines bien connus de réglementation gouvernementale, par exemple la réglementation de la circulation ou le zonage mentionnés aux alinéas 81(1)b) et g) de la *Loi sur les Indiens*. À leur tour, ces régimes réglementaires ont souvent des objectifs bien connus, par exemple la sécurité dans le cas de la réglementation de la circulation.

[82] L'objectif ne doit toutefois pas l'emporter sur le sujet ou le domaine dans la délimitation de l'étendue du

legislation, including grants of regulatory power, we must pay attention not only to the ends pursued by Parliament, but also to the means intended to be used. As Professor Ruth Sullivan writes in *Statutory Interpretation*, 3rd ed. (Toronto: Irwin Law, 2016), at page 186, “[t]he legislature never pursues a goal single-mindedly, without qualification, and at all costs.” Thus, pursuing the statutory purpose does not constitute a free-standing basis for the validity of delegated legislation. For example, in *Innovative Medicines Canada v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 725, [2020] 4 F.C.R. 180, at paragraph 208, my colleague Justice Michael Manson rejected an attempt to invoke the purpose of legislation to save regulatory provisions that were outside the statutory mandate:

.... An interpretation that may accord with an objective of the Patented Medicines Regime, but is inconsistent with the Board’s mandate within the scheme of the *Patent Act* and flies in the face of the ordinary meaning of the “price” at which a medicine is “sold” is not reasonable.

[83] Thus, ascertaining the scope of the power delegated by Parliament cannot rely on statutory purpose only. It must resort to the usual tools of statutory interpretation, including the text and the scheme of the legislation.

[84] Let us begin with the text. The English version of paragraph 73(1)(f) is the basis for the Attorney General’s suggestion that Parliament intended to delegate a power circumscribed only by its purpose, namely, “to prevent, mitigate and control the spread of diseases”. The French version, however, conveys a slightly different idea. In *larousse.fr* [Dictionnaire en ligne], “*prophylaxie*” is defined as: “[e]nsemble de moyens médicaux mis en œuvre pour empêcher l’apparition, l’aggravation ou l’extension des maladies.” Here, the focus is not only on the aims of the measures, but also on the means (“*moyens médicaux*” or medical means). In my view, the French version is more precise and more compatible with Parliament’s intent: *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, at paragraphs 29–30.

pouvoir réglementaire. Lorsque nous interprétons des lois, y compris les octrois de pouvoirs réglementaires, nous devons prêter attention non seulement aux objectifs poursuivis par le législateur, mais aussi aux moyens qu’il entend utiliser. Comme l’affirme la professeure Ruth Sullivan dans *Statutory Interpretation*, 3^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2016), à la page 186, [TRADUCTION] « [l]e législateur ne poursuit jamais un objectif résolument, sans réserve et à tout prix ». Ainsi, la poursuite de l’objectif législatif ne justifie pas, à elle seule, la validité de la législation déléguée. Par exemple, dans *Médicaments novateurs Canada c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 725, [2020] 4 R.C.F. 180, au paragraphe 208, mon collègue le juge Michael Manson a rejeté une tentative d’invoquer l’objectif de la loi pour sauvegarder des dispositions réglementaires qui ne relèvent pas du mandat législatif :

[...] Une interprétation qui peut être compatible avec un objectif du régime des médicaments brevetés, mais qui est incompatible avec le mandat du Conseil dans le cadre du régime de la *Loi sur les brevets* et qui va à l’encontre du sens ordinaire du « prix » auquel un médicament est « vendu » n’est pas raisonnable.

[83] Ainsi, la détermination de l’étendue du pouvoir délégué par le législateur ne peut pas reposer uniquement sur l’objectif de la loi. Il faut recourir aux outils habituels d’interprétation des lois, notamment le texte et l’économie de la loi.

[84] Commençons par le texte. La version anglaise de l’alinéa 73(1)f) est le fondement de la prétention du procureur général selon laquelle le législateur avait l’intention de déléguer un pouvoir circonscrit uniquement par son objectif, à savoir « *to prevent, mitigate and control the spread of diseases* » (prévenir, atténuer et contrôler la propagation des maladies). Toutefois, la version française, qui parle de « prophylaxie des maladies », dénote une idée légèrement différente. Dans *larousse.fr* [Dictionnaire en ligne], « prophylaxie » est défini comme suit : « ensemble des moyens médicaux mis en œuvre pour empêcher l’apparition, l’aggravation ou l’extension des maladies ». Ici, l’accent est mis non seulement sur les objectifs des mesures, mais aussi sur les moyens, c’est-à-dire des « moyens médicaux ». À mon avis, la version française est plus précise et plus compatible avec l’intention du législateur :

[85] Of course, as mentioned above, these concepts should receive a generous interpretation. But they are not boundless. For example, no one would suggest that paragraph 73(1)(f) empowers the federal government to set up an income replacement regime, simply because such a regime might induce citizens to remain at home, thereby reducing contacts and the risk of transmitting COVID-19. Thus, the prevention, mitigation and control of the spread of disease is not merely a purpose that the government may pursue by whatever means it sees fit. It is the description of a subject matter.

[86] In this case, I do not need to provide an abstract or comprehensive definition of this subject matter. This is because there are enough indications in the *Indian Act* of what it does not encompass, and these indications are sufficient to conclude that the Regulations are *ultra vires*.

[87] The first of these indications is the basic fact that the *Indian Act* does not regulate customary elections or, in other words, elections held pursuant to Indigenous law. As I explained above, the *Indian Act* merely recognizes Indigenous laws regarding the selection of leaders; it does not empower First Nations to enact such laws. It would therefore be surprising that the *Indian Act* would grant a regulatory power over a topic not within its purview. In other words, having withdrawn from the regulation of these elections, Parliament should not lightly be taken to have authorized the Governor in Council to re-enter the field, other than through clear statutory language.

[88] Second, with respect to elections governed by the *Indian Act*, section 76 gives the Governor in Council a specific power to make regulations. This suggests that regulating elections was not considered to be within the purview of the regulation-making powers granted by subsection 73(1), nor within the more general power, found in subsection 73(3), to “make orders and regulations to carry out the purposes and provisions of this

R. c. Daoust, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, aux paragraphes 29 et 30.

[85] Bien entendu, comme on l’a vu, ces concepts doivent être interprétés de manière large. Toutefois, ils ne sont pas sans limites. Par exemple, personne n’affirmerait que l’alinéa 73(1)f habilite le gouvernement fédéral à mettre en place un régime de remplacement du revenu, simplement parce qu’un tel régime pourrait inciter les citoyens à rester chez eux, réduisant ainsi les contacts et le risque de transmission de la COVID-19. Ainsi, la prophylaxie des maladies ne constitue pas simplement un objectif que le gouvernement peut poursuivre par les moyens qu’il juge appropriés. Il s’agit de la description d’un sujet ou d’un domaine.

[86] En l’espèce, je n’ai pas besoin de fournir une définition abstraite ou exhaustive de ce sujet. En effet, il y a suffisamment d’indications dans la *Loi sur les Indiens* quant à ce que ce sujet n’englobe pas, et ces indications sont suffisantes pour conclure que le Règlement outre-passe le pouvoir conféré par sa loi habilitante.

[87] La première de ces indications est le fait élémentaire que la *Loi sur les Indiens* ne régit pas les élections coutumières ou, autrement dit, les élections tenues selon le droit autochtone. Comme je l’ai expliqué précédemment, la *Loi sur les Indiens* ne fait que reconnaître les lois autochtones concernant la sélection des dirigeants; elle n’habilite pas les Premières Nations à adopter de telles lois. Il serait donc surprenant que la *Loi sur les Indiens* accorde un pouvoir réglementaire sur un sujet qui excède sa portée. En d’autres termes, étant donné que le législateur s’est retiré de la réglementation de ces élections, on ne devrait pas, en l’absence de dispositions législatives explicites, considérer qu’il aurait autorisé le gouverneur en conseil à revenir sur le sujet.

[88] Deuxièmement, en ce qui concerne les élections régies par la *Loi sur les Indiens*, l’article 76 confère expressément au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements, ce qui donne à penser que la réglementation des élections n’était pas considérée comme relevant du pouvoir réglementaire accordé en vertu du paragraphe 73(1) ni du pouvoir plus général, prévu au paragraphe 73(3), de « prendre des décrets et règlements

Act.” Thus, elections constitute a subject matter separate from those listed in section 73. If regulating elections held pursuant to the *Indian Act* is not within the scope of section 73 then, *a fortiori*, elections held pursuant to Indigenous law must also be excluded.

[89] The third indication is the separation drawn by the *Indian Act* between issues of governance and land management. Elections are a matter of governance, but section 73(1)(f) confers a power related to land management. This is illustrated by the *Indian Act*'s very important distinction between the concepts of First Nation (or “band”) and reserve. A First Nation is a collective or group of individuals. A reserve is a parcel of land. Each is the focus of different portions of the *Indian Act*. For example, sections 18-41 and 53-60 deal with various aspects of the management of reserves, whereas sections 5-17 and 74-86 deal with First Nations governance issues, in particular membership, elections and powers of their councils. The distinction is also present in more recent self-government regimes. See, for example, the distinction between the powers enumerated in Parts I and III of Schedule III to the *Yukon First Nations Self-Government Act*, S.C. 1994, c. 35.

[90] The distinction between governance and land management issues is underscored by the fact that a not insignificant number of First Nations, like Acho Dene Koe, do not have reserves. Thus, the provisions of the *Indian Act* regarding reserves do not apply to them. Yet, these First Nations remain subject to the provisions regarding governance. Moreover, many First Nation members reside off reserve. Since the decision of the Supreme Court of Canada in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 173 D.L.R. (4th) 1 (*Corbiere*), they are allowed to vote in council elections. For this reason, First Nations often conduct advance polls in urban centres where a significant number of their members reside. Thus, First Nation elections are often conducted both on and off reserve, and are sometimes not linked to any reserve.

en vue de l'application de la présente loi ». Ainsi, les élections constituent un sujet distinct de ceux qui sont mentionnés à l'article 73. Si la réglementation des élections tenues en vertu de la *Loi sur les Indiens* n'entre pas dans le champ d'application de l'article 73, les élections tenues en vertu du droit autochtone doivent *a fortiori* également être exclues.

[89] La troisième indication est la distinction faite dans la *Loi sur les Indiens* entre les questions de gouvernance et de gestion des terres. Les élections relèvent de la gouvernance, mais l'alinéa 73(1)f confère un pouvoir lié à la gestion des terres. Cela est illustré par la distinction très importante que fait la *Loi sur les Indiens* entre les concepts de Première Nation (ou « bande ») et de réserve. Une Première Nation est un groupe d'individus. Une réserve est une parcelle de terrain. Chacune fait l'objet de différentes parties de la *Loi sur les Indiens*. Par exemple, les articles 18 à 41 et 53 à 60 traitent de divers aspects de la gestion des réserves, tandis que les articles 5 à 17 et 74 à 86 traitent de questions de gouvernance des Premières Nations, en particulier des effectifs, des élections et des pouvoirs de leurs conseils. Cette distinction est également établie dans les régimes d'autonomie gouvernementale plus récents. Voir, par exemple, la distinction entre les pouvoirs énumérés aux parties I et III de l'annexe III de la *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, ch. 35.

[90] La distinction entre les questions de gouvernance et de gestion des terres est soulignée par le fait qu'un nombre non négligeable de Premières Nations, notamment Acho Dene Koe, n'ont pas de réserves. Ainsi, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant les réserves ne s'appliquent pas à elles. Pourtant, ces Premières Nations restent assujetties aux dispositions relatives à la gouvernance. En outre, de nombreux membres des Premières Nations résident en dehors des réserves. Depuis l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203 (*Corbiere*), de la Cour suprême du Canada, ces membres sont autorisés à voter aux élections des conseils. Pour cette raison, les Premières Nations organisent souvent des scrutins anticipés dans les centres urbains où réside un nombre important de leurs membres.

[91] For these reasons, Parliament cannot have intended that a regulatory power that applies only to reserves would encompass governance issues, in particular elections. The scope of most of the powers granted by subsection 73(1), including the power to take measures to prevent, mitigate and control the spread of diseases in paragraph 73(1)(f), is limited to reserves. This indicates that Parliament viewed these powers in terms of land management, not governance.

[92] To be sure, my conclusion that the Regulations are *ultra vires* does not rest upon the fact that Acho Dene Koe lacks a reserve. The lack of a reserve would certainly be a relevant factor in deciding whether a First Nation reasonably exercised the power granted by the Regulations. Rather, the territorial dimension of the powers enumerated in section 73 is an indication of Parliament's will to grant regulatory powers over topics typically assigned to local authorities, such as the regulation of traffic or inspection of buildings. Indeed, many of the powers granted to the federal government by section 73 are also granted to First Nation councils by section 81. A First Nation may not use the powers granted by section 81 to regulate elections or change electoral custom: *Whalen*, at paragraphs 68–73. Given the similarity between the powers granted by the two sections, the same restriction must also apply to section 73 powers.

[93] The Attorney General argues that the Regulations' effect on elections is merely incidental. I am unable to agree. Of course, if the Governor in Council made, pursuant to paragraph 73(1)(f), regulations prescribing the wearing of masks in public places on reserves, they could incidentally apply to elections. But something entirely different is at stake here. The Regulations deal solely with elections. Most importantly, they directly

Ainsi, les élections des Premières Nations se déroulent souvent à la fois dans les réserves et hors réserve, et ne sont parfois liées à aucune réserve.

[91] Pour ces raisons, il n'est pas possible que le législateur ait voulu qu'un pouvoir réglementaire qui ne s'applique qu'aux réserves englobe les questions de gouvernance, en particulier les élections. La portée de la plupart des pouvoirs accordés par le paragraphe 73(1), y compris le pouvoir de prendre des mesures en matière de prophylaxie des maladies mentionné à l'alinéa 73(1)(f), est limitée aux réserves. Cela indique que le législateur considérerait ces pouvoirs comme relevant de la gestion des terres, et non de la gouvernance.

[92] Je précise que ma conclusion selon laquelle le Règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante ne dépend pas du fait que la Première Nation Acho Dene Koe n'a pas de réserve. L'absence de réserve serait certainement un facteur pertinent pour déterminer si une Première Nation a raisonnablement exercé le pouvoir que lui confère le Règlement. La dimension territoriale des pouvoirs énumérés à l'article 73 est plutôt une indication de la volonté du législateur d'accorder des pouvoirs réglementaires quant aux sujets habituellement attribués aux autorités locales, comme la réglementation de la circulation ou l'inspection des bâtiments. En fait, plusieurs des pouvoirs accordés au gouvernement fédéral en vertu de l'article 73 sont également accordés aux conseils des Premières Nations en vertu de l'article 81. Une Première Nation ne peut utiliser les pouvoirs accordés en vertu de l'article 81 pour réglementer les élections ou modifier une coutume électorale : *Whalen*, aux paragraphes 68 à 73. Étant donné la similitude entre les pouvoirs accordés en vertu des deux articles, la même restriction doit s'appliquer aux pouvoirs accordés en vertu de l'article 73.

[93] Le procureur général soutient que l'effet du Règlement sur les élections est simplement accessoire. Je ne peux pas être d'accord. Bien entendu, si le gouverneur en conseil prenait, en vertu de l'alinéa 73(1)(f), un règlement prescrivant le port de masques dans les lieux publics des réserves, ce règlement pourrait accessoirement s'appliquer aux élections. Mais ce qui est en jeu en l'espèce est complètement différent. Le Règlement

regulate one of the basic parameters of democracy, the length of term of elected officials. Parliament cannot have contemplated that such a crucial feature could be changed by an incidental effect of regulations made for an entirely different purpose or regarding an entirely different subject matter.

(3) Policy Considerations

[94] During oral argument, the Attorney General emphasized the unprecedented nature of the COVID-19 pandemic and stressed the fact that the Regulations were a component of the decisive measures the government had to take to protect the health and safety of Canadians. As elections involve public gatherings and close personal interaction, and given the heightened vulnerability of many First Nation members, the overcrowding of houses in many communities and the lack of health care facilities in remote communities, the government found that allowing First Nations to cancel or postpone elections would contribute to fighting the pandemic.

[95] I do not doubt that these are serious policy considerations. They are, however, irrelevant to the issue I have to decide. Policy considerations are not part of the framework for deciding whether regulations are *ultra vires*: *Katz Group*, at paragraphs 27–28. Thus, it does not assist Mr. Bertrand to argue that the Regulations could have employed more circumscribed measures to achieve their purpose. Conversely, it does not assist the Attorney General to insist on the necessity of taking strong and swift measures to fight the pandemic. The sole issue before me, I repeat, is whether the power to make the Regulations flows from the *Indian Act*.

[96] In a nutshell, the government is asking me to tolerate an invalid exercise of power because it was done for a good reason. This is simply incompatible with the rule of law, which requires that every exercise of state power find its source in a legal rule: *Secession Reference*,

traite uniquement des élections. Par surcroît, il réglemente directement l'un des paramètres fondamentaux de la démocratie, à savoir la durée du mandat des élus. Le législateur ne peut avoir envisagé qu'une caractéristique aussi essentielle puisse être modifiée par un effet accessoire d'un règlement pris dans un but entièrement différent ou concernant un sujet entièrement différent.

3) Les considérations politiques

[94] Au cours des plaidoiries, le procureur général a insisté sur la nature sans précédent de la pandémie de COVID-19 et a souligné le fait que le Règlement faisait partie des mesures décisives que le gouvernement a dû prendre pour protéger la santé et la sécurité des Canadiens. Dans la mesure où les élections impliquent des rassemblements publics et des interactions personnelles étroites, et compte tenu de la vulnérabilité accrue de nombreux membres des Premières Nations, du surpeuplement des maisons dans de nombreuses communautés et du manque d'installations de soins de santé dans les communautés éloignées, le gouvernement a estimé que le fait de permettre aux Premières Nations d'annuler ou de reporter des élections contribuerait à la lutte contre la pandémie.

[95] Je ne doute pas qu'il s'agisse de considérations politiques sérieuses. Elles n'ont cependant aucun rapport avec la question que je dois trancher. En effet, les considérations politiques ne font pas partie du cadre permettant de décider si un règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante : *Katz Group*, aux paragraphes 27 et 28. Ainsi, il ne sert à rien que M. Bertrand soutienne que le Règlement aurait pu utiliser des mesures plus circonscrites pour atteindre son objectif. Inversement, il n'est pas utile que le procureur général insiste sur la nécessité de prendre des mesures strictes et rapides pour lutter contre la pandémie. La seule question que je dois trancher, je le répète, est celle de savoir si le pouvoir de prendre le Règlement découle de la *Loi sur les Indiens*.

[96] En un mot, le gouvernement me demande de tolérer l'exercice invalide d'un pouvoir parce qu'il y avait de bonnes raisons d'agir ainsi. Cela est tout simplement incompatible avec la primauté du droit, qui exige que l'exercice de tout pouvoir public tire sa source d'une

at paragraph 71. Going down that road would involve courts in giving their blessing, after the fact, to unlawful government action based on its desirability from a policy perspective. There is nothing further removed from the judicial role.

[97] Moreover, if I were to venture on this terrain, I would surely need to consider countervailing policy objectives, most importantly the democratic principle, which underpins Canada's constitution: *Secession Reference*, at paragraph 65. For the members of the many First Nations who have chosen to select their leaders by democratic means, the ability to vote is a fundamental interest: *Corbiere*, at paragraphs 90–91, *per* L'Heureux-Dubé J. Fixed or maximum terms of office are a crucial component of democracy.

[98] Striking a balance between competing policy considerations, however, is the role of the elected branches of government, not judges. This is why the validity of delegated legislation does not depend on the court's assessment of its policy merits: *Katz Group*, at paragraphs 27–28. This separation of validity and policy merits cuts both ways: the fact that regulations appear to be desirable from a policy perspective has no bearing on their validity. Thus, the Governor in Council's views regarding the desirability of the Regulations cannot save them if they are not authorized by the *Indian Act*.

[99] I would add that this is not mere formalism. The requirement that delegated powers stay within the purview of the delegation serves important objectives. It fosters democratic accountability, by ensuring Parliament's ultimate control over policy choices. In certain cases, it also fosters respect for the manner in which Parliament distributed delegated powers among different entities. Here, for instance, Parliament decided to recognize election laws made by a category of First Nations, instead of subjecting them to the *Indian Act* regime. This affords a certain degree of self-government to these First Nations. Keeping the Governor in Council within the bounds set by the *Indian Act* preserves this autonomy.

règle de droit : *Renvoi relatif à la sécession*, au paragraphe 71. S'engager dans cette voie impliquerait que les tribunaux approuvent, après coup, une action gouvernementale illégale en raison de son caractère souhaitable d'un point de vue politique. Il n'y a rien de plus éloigné de la fonction judiciaire.

[97] De plus, si je devais m'aventurer sur ce terrain, je devrais sûrement tenir compte des objectifs politiques y faisant contrepoids, et surtout du principe démocratique qui sous-tend la constitution du Canada : *Renvoi relatif à la sécession*, au paragraphe 65. Pour les membres des nombreuses Premières Nations qui ont décidé de choisir leurs dirigeants par des moyens démocratiques, la capacité de voter constitue un intérêt fondamental : *Corbiere*, aux paragraphes 90 et 91, la juge L'Heureux-Dubé. Les mandats fixes ou d'une durée maximale sont une composante essentielle de la démocratie.

[98] Toutefois, l'établissement d'un équilibre entre des considérations politiques concurrentes relève de la responsabilité des élus, et non des juges. C'est pourquoi la validité de la législation déléguée ne dépend pas de l'évaluation par la Cour de ses mérites sur le plan politique : *Katz Group*, aux paragraphes 27 et 28. Cette distinction entre la validité et les justifications politiques va dans les deux sens : le fait que les règlements semblent être souhaitables d'un point de vue politique n'a aucune incidence sur leur validité. Il s'ensuit que si le Règlement n'est pas autorisé par la *Loi sur les Indiens*, les opinions du gouverneur en conseil concernant son caractère souhaitable ne le rendent pas valide.

[99] Je tiens à préciser qu'il ne s'agit pas là d'une question de pure forme. L'exigence que les pouvoirs délégués n'outrepassent pas le cadre de la délégation sert des objectifs importants. Elle favorise la responsabilité démocratique en garantissant le contrôle ultime du législateur sur les choix politiques. Dans certains cas, elle favorise également le respect de la manière dont le législateur a réparti les pouvoirs délégués entre différentes entités. Dans la présente affaire notamment, le législateur a décidé de reconnaître le droit électoral d'une catégorie de Premières Nations, au lieu de les assujettir au régime de la *Loi sur les Indiens*, ce qui leur confère un certain degré d'autonomie gouvernementale. Exiger que

le gouverneur en conseil respecte les limites fixées par la *Loi sur les Indiens* permet de préserver cette autonomie.

(4) Other Arguments Pertaining to the Validity of the Regulations

[100] As I conclude that the Regulations are *ultra vires*, I need not consider other arguments raised by Mr. Bertrand, including the alleged conflict between the Regulations and Acho Dene Koe custom and the fact that the Regulations would constitute an illegal subdelegation of power.

D. *Other Arguments Pertaining to the Validity of the Extension of Term of Office*

[101] In the event that Acho Dene Koe's council was found to have the power to extend its own term, Mr. Bertrand made arguments to the effect that the council's exercise of this power, in its September 14, 2020 resolution, was unlawful. In particular, he submits that the council had a duty to consult the First Nation's members prior to making this decision. He also argues that the decision to postpone the election for almost one year was unreasonable and disproportionate, given that it was possible to conduct an election safely in the circumstances. As I have found that the council lacks the power to extend its own term of office, I need not consider these arguments.

III. Disposition

[102] As the election will take place shortly, it is not necessary to issue relief in the nature of *mandamus* or to quash the decision extending the council's term of office. In the circumstances, it is sufficient to issue declarations that the council lacked the power to extend its own term of office and that section 4 of the Regulations is *ultra vires*.

[103] The Attorney General asks that any declaration of invalidity that I may issue be suspended for a period of 90 days. Mr. Bertrand insists that the suspension should not be for more than 30 days. I am sensitive to

4) Autres arguments relatifs à la validité du Règlement

[100] Étant donné que je conclus que le Règlement outrepassa le pouvoir conféré par sa loi habilitante, je n'ai pas besoin d'examiner les autres arguments soulevés par M. Bertrand, notamment le conflit qu'il y aurait entre le Règlement et la coutume de la Première Nation Acho Dene Koe et le fait que le Règlement constituerait une subdélégation illégale de pouvoir.

D. *Autres arguments relatifs à la validité de la prorogation du mandat*

[101] Dans l'éventualité où il serait reconnu que le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe a le pouvoir de proroger son propre mandat, M. Bertrand a fait valoir que l'exercice de ce pouvoir par le conseil, dans sa résolution du 14 septembre 2020, était illégal. Plus précisément, il soutient que le conseil avait l'obligation de consulter les membres de la Première Nation avant de prendre cette décision. Il fait également valoir que la décision de reporter l'élection de près d'un an était déraisonnable et disproportionnée, étant donné qu'il était possible de tenir une élection en toute sécurité dans les circonstances. Comme j'ai conclu que le conseil n'a pas le pouvoir de proroger son propre mandat, je n'ai pas à examiner ces arguments.

III. Dispositif

[102] Étant donné que l'élection aura lieu sous peu, il n'est pas nécessaire d'émettre un bref de *mandamus* ou d'annuler la décision de proroger le mandat du conseil. Il suffit en l'espèce de déclarer que le conseil n'avait pas le pouvoir de proroger son propre mandat et que l'article 4 du Règlement outrepassa le pouvoir conféré par sa loi habilitante.

[103] Le procureur général demande que toute déclaration de nullité que je pourrais prononcer soit suspendue pour une période de 90 jours. M. Bertrand insiste pour que la durée de la suspension ne soit pas supérieure à

the implications of this judgment not only on the federal government, but also on First Nations that may have availed themselves of the powers granted by the Regulations and will have to hold elections on short notice. On the other hand, I cannot ignore the fact that members of such First Nations have been illegally deprived of the opportunity to vote for the selection of their leaders. I consider that a 60-day suspension will afford sufficient time to all parties affected.

[104] At the hearing, certain parties made submissions as to costs. These submissions, however, were incomplete. It is preferable to give the parties a further occasion to make submissions regarding costs, taking the outcome of the application into account.

JUDGMENT in T-1274-20

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The council of Acho Dene Koe First Nation did not have the power to extend its own term of office.
2. Section 4 of the *First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases)*, SOR/2020-84, is *ultra vires* and invalid.
3. This declaration of invalidity is suspended for 60 days after the date of this judgment.
4. The applicant will serve and file his costs submissions, not to exceed 10 pages, no later than 15 days after the date of this judgment.
5. The respondents will serve and file their costs submissions, not to exceed 10 pages, no later than 15 days after the applicant's costs submissions are filed.

30 jours. Je suis sensible aux répercussions du présent jugement non seulement sur le gouvernement fédéral, mais aussi sur les Premières Nations qui se sont prévaluées des pouvoirs accordés par le Règlement et qui devront tenir des élections à court terme. D'autre part, je ne peux ignorer le fait que les membres de ces Premières Nations ont été illégalement privés de la possibilité de voter pour choisir leurs dirigeants. Je considère qu'une suspension de 60 jours donnera suffisamment de temps à toutes les parties concernées.

[104] Lors de l'audience, certaines parties ont présenté des observations sur les dépens. Ces observations étaient toutefois incomplètes. Il est préférable de donner aux parties une autre occasion de présenter leurs observations concernant les dépens en tenant compte de l'issue de la demande.

JUGEMENT dans le dossier T-1274-20

LA COUR STATUE que :

1. Le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe n'avait pas le pouvoir de proroger son propre mandat.
2. L'article 4 du *Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations (prévention de maladies)*, DORS/2020-84, outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante et est invalide.
3. La présente déclaration de nullité est suspendue pendant 60 jours à compter de la date du présent jugement.
4. Le demandeur signifiera et déposera ses observations sur les dépens, qui ne doivent pas dépasser 10 pages, au plus tard 15 jours après la date du présent jugement.
5. Les défendeurs signifieront et déposeront leurs observations sur les dépens, qui ne doivent pas dépasser 10 pages, au plus tard 15 jours après le dépôt des observations du demandeur sur les dépens.

A-481-19
2021 FCA 24

A-481-19
2021 CAF 24

Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. and FP Marangoni Inc. (*Appellants*)

Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. et FP Marangoni Inc. (*appelantes*)

v.

c.

M-I L.L.C. (*Respondent*)

M-I L.L.C. (*intimée*)

INDEXED AS: WESTERN OILFIELD EQUIPMENT RENTALS LTD. v. M-I L.L.C.

RÉPERTORIÉ : WESTERN OILFIELD EQUIPMENT RENTALS LTD. c. M-I L.L.C.

Federal Court of Appeal, Gleason, Locke and Mactavish JJ.A.—Ottawa, September 9, 2020 and February 9, 2021.

Cour d'appel fédérale, juges Gleason, Locke et Mactavish, J.C.A. — Ottawa, 9 septembre 2020 et 9 février 2021.

Patents — Infringement — Appeal from Federal Court decision finding that certain claims of respondent's Canadian Patent No. 2664173 ('173 patent) valid, infringed by appellants — '173 patent relating to shale shakers used in oil, gas industry; describing desire to improve rate, efficiency at which shakers remove liquid from cuttings or other solids — Issues: how should claim elements be construed; whether there was infringement; whether there was invalidity; whether there was breach of procedural fairness — Regarding claim construction, Federal Court not erring in its construction of patent claims at issue, not erring in weighing of evidence adduced — Respondent's motivation in amending claims not, by itself, telling in terms of claim construction or patent validity — Concerning infringement, text of Patent Act, s. 55(2) examined, not suggesting that pre-issuance infringer can avoid liability by discontinuing its activities prior to issuance of patent — No indication in Act, s. 55(2) that infringing activity must continue after issuance of patent — Inducing infringement merely form of patent infringement, not distinct tort; no reason to treat pre-issuance infringement by inducement differently from direct pre-issuance infringement — Federal Court not erring regarding finding of infringement — Also, no basis for liability for inducement to be avoided based on timing of instructions or any lack of evidence that customers induced by instructions given — Federal Court also not erring in consideration of Gillette defence appellants raising — Success of Gillette defence not depending on conclusion that claim in question invalid for anticipation or obviousness — In circumstances such as present case, where court construed claims in issue, determined which claims valid or not, found certain valid claims to be infringed, consideration of Gillette defence superfluous, unnecessary — As to anticipation, Federal Court not erring, not failing to consider anticipation on claim-by-claim basis — Federal Court finding that some claims of '173 patent anticipated, others not

Brevets — Contrefaçon — Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a conclu que certaines revendications de l'intimée concernant le brevet canadien n° 2664173 (le brevet '173) étaient valides et que les appelantes les avaient contrefaites — Le brevet '173 concerne des tamis vibrants qui sont utilisés dans l'industrie pétrolière et gazière; il décrit une volonté d'augmenter la vitesse du débit à laquelle les tamis séparent le fluide des déblais ou d'autres solides — Il s'agissait de savoir : comment interpréter les éléments de la revendication; s'il y a eu contrefaçon; s'il y a eu invalidité; et s'il y a eu manquement à l'équité procédurale — En ce qui concerne l'interprétation de la revendication, la Cour fédérale n'a pas mal interprété les revendications de brevet en litige et elle n'a pas mal compris la preuve produite — L'intention de l'intimée de modifier les revendications n'était pas, en soi, révélatrice pour ce qui est de l'interprétation des revendications ou de la validité du brevet — En ce qui concerne la contrefaçon, le libellé de l'art. 55(2) de la Loi sur les brevets a été examiné; il n'y a rien dans ce dernier indiquant qu'une personne, qui accomplit un acte de contrefaçon antérieur à la délivrance d'un brevet, peut se dégager de sa responsabilité en cessant ses activités avant la délivrance du brevet — Quant à la question de l'incitation à la contrefaçon, il s'agit simplement d'une forme de contrefaçon de brevet, et non d'un délit distinct; il n'y a pas lieu de faire une distinction entre une contrefaçon par incitation antérieure à la délivrance d'un brevet et une contrefaçon directe antérieure à la délivrance d'un brevet — La Cour fédérale n'a commis aucune erreur en ce qui concerne la conclusion de contrefaçon — En outre, rien ne justifiait qu'une partie se dégage de sa responsabilité en se fondant sur la date à laquelle elle a donné ses instructions ou sur l'absence de preuve selon laquelle elle incitait ses clients à contrefaire au moyen des instructions — En ce qui concerne le moyen de défense fondé sur l'arrêt Gillette invoqué par les

— Clearly, Federal Court understood analysis of anticipation, performed its analysis as required — Concerning obviousness, Federal Court considering each of potential inventive concepts identified by expert evidence, indicating preference for one expert's view that claims in dispute valid — No indication that Federal Court's approach resulting in any reviewable error — Four-step test set out in *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, one way to assess obviousness but not mandatory — Only mandatory considerations those laid out in Act, s. 28.3, which concerns obviousness to person skilled in art or science to which invention pertaining — On the matter of insufficiency, Federal Court did not fail to consider any evidence — Committing no error in finding patent not insufficient — With respect to ambiguity, Federal Court's approach thereto not error of law — Nor did Federal Court err in law, misunderstand or fail to consider evidence or appellants' arguments on inutility — As to overbreadth, distinct ground of invalidity to be considered separately — Although appellants arguing that claims of '173 patent invalid on grounds of overbreadth, arguments rejected — Regarding addition of new subject matter as provided in Act, s. 38.2(2), provision not suggesting strict test, not providing explicit for patent revocation unlike in U.K. — Act, s. 38.2(1) providing that subject to certain limitations, patent application may be amended — Federal Court not erring in ruling that surrounding circumstances not relevant to whether s. 38.2(2) respected — Also not erring in finding that feature of preventing stalling of slurry in present case at least reasonably inferable from original patent application — Since Federal Court not erring in invalidity findings, not necessary to address appellants' arguments on remedies — Finally, as to procedural fairness, parties' submission of expert reports constituted undertaking to Court to call those experts as witnesses at trial — Appellants' right to cross-examine constrained by their undertaking, which was voluntary — Procedural fairness not breached — Appeal dismissed.

appelantes, la Cour fédérale n'a commis aucune erreur dans l'examen de celui-ci — Pour qu'un moyen de défense fondé sur l'arrêt Gillette soit accueilli, il n'est pas nécessaire de conclure que la revendication en question est non valide pour cause d'antériorité ou d'évidence — Dans les circonstances comme celles de la présente affaire, dans laquelle la Cour a interprété les revendications en litige, établi les revendications qui sont valides et celles qui ne le sont pas, et conclu que certaines revendications valides ont été contrefaites, l'examen du moyen de défense fondé sur l'arrêt Gillette était inutile — En ce qui concerne l'antériorité, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en ne tenant pas compte de l'antériorité pour chacune des revendications — La Cour fédérale a conclu que certaines des revendications du brevet '173 ont été antériorisées, tandis que cela n'a pas été le cas pour d'autres — Manifestement, la Cour fédérale a compris qu'il faut effectuer une analyse de l'antériorité, et c'est ce qu'elle a fait — En ce qui concerne l'évidence, la Cour fédérale a examiné chacun des concepts inventifs relevés par la preuve d'expert et a privilégié l'opinion d'un expert selon laquelle les revendications en litige étaient valides — Il n'y avait rien qui indiquait que l'approche adoptée par la Cour fédérale a entraîné une erreur susceptible de révision — La démarche à quatre volets énoncée dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.* est un moyen d'évaluer l'évidence, mais il n'est pas obligatoire — Les seuls examens obligatoires sont ceux exposés à l'art. 28.3 de la Loi, qui porte sur l'évidence pour une personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention — En ce qui concerne l'insuffisance, la Cour fédérale n'a pas omis d'examiner les éléments de preuve — Elle n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que le brevet n'était pas insuffisant — En ce qui concerne l'ambiguïté, l'approche de la Cour fédérale n'était pas une erreur de droit — Et la Cour fédérale n'a commis aucune erreur de droit, ni mal compris les éléments de preuve ou les arguments des appelantes sur l'inutilité ou omis de les examiner — En ce qui concerne la portée excessive, il s'agit d'un motif d'invalidité distinct qui doit être examiné séparément — Les appelantes ont affirmé que les revendications du brevet '173 étaient non valides relativement aux motifs de portée excessive, mais ces arguments ont été rejetés — En ce qui concerne l'ajout d'un nouvel objet comme le prévoit l'art. 38.2(2) de la Loi, la disposition n'indique pas un critère strict ni n'envisage explicitement la révocation d'un brevet, contrairement à la disposition en question au Royaume-Uni — L'art. 38.2(1) de la Loi dispose que, sous réserve de certaines limites, une demande de brevet peut être modifiée — La décision de la Cour fédérale selon laquelle les circonstances ne sont pas pertinentes pour déterminer si l'art. 38.2(2) a été respecté n'était pas erronée — La Cour fédérale n'a pas commis d'erreur non plus en concluant que la caractéristique visant à éviter le blocage par la boue dans la présente affaire pouvait, à tout le moins, être inférée de manière raisonnable de la demande de brevet originale — Étant donné que la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur dans ses conclusions concernant l'invalidité,

Patents — Practice — Federal Court finding that certain claims of respondent's Canadian Patent No. 2664173 ('173 patent) valid, infringed by appellants — That decision appealed — Whether trial before Federal Court procedurally fair — Parties' submission of expert reports constituted undertaking to Court to call those experts as witnesses at trial — Such undertaking became particularly important here since parties also agreeing to present experts' evidence out of usual order — While general principle being that parties can cross-examine as they wish, appellants' right to cross-examine constrained by their undertaking to Federal Court to call their experts as witnesses — Undertaking was voluntary — At trial, Federal Court giving appellants option of withdrawing their undertaking or to comply with it; such option appropriate, necessary to ensure fair trial — Also, while option granted to appellants in present case, it was Federal Court's discretion to do so — Federal Court could have required that appellants comply with their undertaking.

This was an appeal from a Federal Court decision finding that certain claims of the respondent's Canadian Patent No. 2664173 ('173 patent) were valid and had been infringed by the appellants. The '173 patent relates to shale shakers, which are used in the oil and gas industry to remove solids from the drilling fluid that emerges from an active well so that the fluid can be reused. The '173 patent describes a desire to improve the rate and efficiency at which shakers remove liquid from cuttings or other solids. It is known that introducing a pressure differential across the screen can increase the fluid capacity of the shaker, but doing so may result in solids sticking to the screen, thereby interfering with the passage of fluids through the screen. This is called “stalling” of the slurry. The '173 patent describes “a continuing desire for shakers having increased fluid capacity, increased fluid flow-through rates across the screens, and/or improved fluid removal efficiencies.” The '173 patent comprises 23 claims, of which the Federal Court found claims 2, 4, 9, 10, 20, 21 and 22 were valid and infringed by the appellants' Vac Screen

il n'était pas nécessaire d'examiner les prétentions des appelantes concernant les mesures de redressement — Enfin, en ce qui concerne l'équité procédurale, la présentation par les parties de rapports d'experts constituait un engagement devant la Cour à appeler ces experts à comparaître à l'instruction — Le droit des appelantes de contre-interroger était limité par leur engagement, qui était volontaire — Il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale — Appel rejeté.

Brevets — Pratique — La Cour fédérale a conclu que certaines revendications de l'intimée concernant le brevet canadien n° 2664173 (le brevet '173) étaient valides et que les appelantes les avaient contrefaites — Il a été interjeté appel de cette décision — Il s'agissait de savoir si le procès tenu devant la Cour fédérale était équitable sur le plan de la procédure — La présentation par les parties de rapports d'experts constituait un engagement devant la Cour à appeler ces experts à comparaître à l'instruction — Cet engagement est devenu particulièrement important en l'espèce, car les parties ont également accepté de présenter les éléments de preuve des experts en suivant un ordre inhabituel — Bien que le principe général veuille que les parties aient le droit de mener un contre-interrogatoire comme elles le souhaitent, le droit des appelantes de contre-interroger était limité par leur engagement devant la Cour fédérale à appeler leurs experts à comparaître à titre de témoins — Cet engagement était volontaire — Au procès, la Cour fédérale a donné aux appelantes la possibilité de retirer leur engagement plutôt que de le respecter; il convenait d'enjoindre aux appelantes de choisir et il était nécessaire de veiller à ce que le procès soit équitable — En outre, bien que cette possibilité ait été accordée aux appelantes en l'espèce, la décision de le faire a été laissée à l'appréciation de la Cour fédérale — La Cour fédérale aurait pu simplement exiger que les appelantes respectent leur consentement.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a conclu que certaines revendications de l'intimée concernant le brevet canadien n° 2664173 (le brevet '173) étaient valides et que les appelantes les avaient contrefaites. Le brevet '173 concerne des tamis vibrants, qui sont utilisés dans l'industrie pétrolière et gazière pour séparer les déblais du fluide de forage qui remonte d'un puits en fonctionnement, afin que le fluide puisse être réutilisé. Le brevet '173 décrit une volonté d'augmenter la vitesse du débit à laquelle les tamis séparent le fluide des déblais ou d'autres solides et d'améliorer leur efficacité. On sait que l'application d'une pression différentielle dans le crible peut accroître la capacité de fluide du tamis, mais ce faisant, des déblais peuvent rester collés au crible, ce qui empêche les fluides de s'écouler au travers de ce dernier. C'est ce qu'on nomme un « blocage » causé par la boue. Le brevet '173 décrit [TRADUCTION] « une volonté constante d'obtenir des tamis plus efficaces avec une capacité de fluide accrue, un débit plus élevé de fluide au travers des cribles et une meilleure séparation du fluide ». Le

System (VSS). The Federal Court also noted that the parties had agreed that claims 1, 11, 16 and 19 of the '173 patent are invalid. The appellants were Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. (Western) and FP Marangoni Inc. (FPM). FPM is a wholly-owned subsidiary of Western but FPM has not carried on business since 2014. Both appellants were found to have infringed the '173 patent.

Numerous issues were addressed herein. These issues touched on: how to construe the claim elements; whether there was infringement; whether there was invalidity; and whether there was a breach of procedural fairness.

Held, the appeal should be dismissed.

Regarding claim construction, the appellants' main complaint was that the original claims of the '173 patent were broadened during prosecution of the patent application to encompass the appellants' VSS. However, a patent applicant is perfectly entitled, and indeed is well-advised, to draft patent claims with an eye on competitors' products. The limitation is that the applicant must respect all of the requirements for valid claims. Therefore, the respondent's motivation in amending the claims was not, by itself, telling in terms of claim construction or patent validity. The Federal Court did not err in its construction of the patent claims at issue and did not err in the weighing of the evidence adduced.

The claims that were in issue in this appeal were not limited to those that were found to infringe. Because the appellants' invalidity arguments concerned all of the claims of the '173 patent that the respondent did not admit were invalid, these claims were also in issue. The appellants argued, in particular, that FPM stopped doing business in 2014, prior to the issuance of the '173 patent, and hence could not be liable for infringement. They argued that a party is not liable under the Act for pre-issuance infringement if it discontinues the activities in question prior to issuance of the patent. The appellants also argued that, regardless of its activities after issuance of the patent, a party cannot be liable for pre-issuance infringement by inducement. It had to be determined whether one who engages in pre-issuance infringement can avoid liability under subsection 55(2) of the *Patent Act* by discontinuing the activities in question prior to issuance of the patent, and (ii) whether liability under subsection 55(2) extends to one whose pre-issuance infringement is by inducement. These questions required an interpretation of subsection 55(2) of the Act. Beginning with the text of subsection 55(2), there is nothing therein suggesting

brevet '173 renferme 23 revendications. La Cour fédérale a conclu que les revendications 2, 4, 9, 10, 20, 21 et 22 étaient valides et que le système Vac Screen (système VS) des appelantes les contrefaisait. La Cour fédérale a aussi fait remarquer que les parties avaient convenu que les revendications 1, 11, 16 et 19 du brevet '173 étaient non valides. Les appelantes étaient Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. (Western) et FP Marangoni Inc. (FPM). FPM est une filiale en propriété exclusive de Western, mais elle n'est pas exploitée activement depuis 2014. Il a été conclu que les deux appelantes ont contrefait le brevet '173.

Plusieurs questions ont été soulevées dans la présente affaire. Elles portaient sur : l'interprétation des éléments de la revendication; la question de savoir s'il y a eu contrefaçon; s'il y a eu invalidité; et s'il y a eu manquement à l'équité procédurale.

Arrêt : l'appel doit être rejeté.

En ce qui concerne l'interprétation de la revendication, la principale plainte des appelantes se rapportait au fait que la portée des revendications initiales du brevet '173 a été élargie au cours de la poursuite de la demande de brevet de manière à inclure le système VS des appelantes. Cependant, un demandeur de brevet a parfaitement le droit, et serait bien avisé, de rédiger des revendications de brevet en tenant compte des produits des concurrents. La limite est que le demandeur doit respecter toutes les exigences liées aux revendications valides. Par conséquent, l'intention de l'intimée de modifier les revendications n'était pas, en soi, révélatrice pour ce qui est de l'interprétation des revendications ou de la validité du brevet. La Cour fédérale n'a pas mal interprété les revendications de brevet en litige et elle n'a pas mal compris la preuve produite.

Les revendications en litige dans le présent appel ne se limitaient pas aux revendications qui ont été jugées comme constituant une contrefaçon. Les arguments de non-validité des appelantes ayant porté sur toutes les revendications du brevet '173 que l'intimée n'a pas reconnues comme étant non valides, ces revendications étaient également en litige. Les appelantes ont affirmé plus particulièrement que FPM a cessé ses activités en 2014, avant la délivrance du brevet '173, et qu'elle ne pouvait donc pas être tenue responsable de contrefaçon. Elles ont soutenu qu'aux termes de la Loi, une partie n'est pas tenue responsable d'une contrefaçon antérieure à la délivrance d'un brevet si elle cesse les activités en question avant la délivrance du brevet. Les appelantes ont avancé également qu'une partie, quelles que soient ses activités après la délivrance d'un brevet, ne peut pas être tenue responsable d'une contrefaçon par incitation antérieure à la délivrance d'un brevet. Il s'agissait de déterminer si quelqu'un, qui exécute un acte de contrefaçon antérieur à la délivrance d'un brevet, peut se dégager de sa responsabilité, en application du paragraphe 55(2) de la *Loi sur les brevets*, en cessant les activités

that a pre-issuance infringer can avoid liability by discontinuing its activities prior to issuance of the patent. The text is concerned with the period from publication of the patent application until issuance of the patent, and with activities during that period that would have constituted an infringement if the patent had already been granted. There is no indication in the text that the infringing activity must continue after issuance of the patent. As regards the question of inducing infringement, this is merely a form of patent infringement, not a distinct tort. There is no reason to treat pre-issuance infringement by inducement differently from direct pre-issuance infringement. The context of subsection 55(2) of the Act does not suggest that a pre-issuance infringer can avoid liability therefor by discontinuing its activities prior to issuance of the patent. No cause of action exists under subsection 55(2) until the patent has issued but liability relates to the period from publication to issuance. The purpose of subsection 55(2) is to compensate inventors whose published inventions are used without permission before they can enforce their rights. Nothing in the context or the purpose suggests any exclusion from liability to a patentee where the pre-issuance infringement stops prior to issuance or where such infringement is by inducement. Therefore, no error by the Federal Court was found regarding the finding of infringement against the appellant FPM. With respect to inducement by the appellant Western, there was no basis for it to avoid liability based on the timing of its instructions or based on any lack of evidence that its customers were induced by the instructions.

Regarding the *Gillette* defence the appellants raised, the Federal Court did not err in its consideration thereof. The *Gillette* defence permits a defendant (or a court) a shortcut around the often difficult and time-consuming process of construing the claims of a patent and then determining whether those claims are valid and whether they have been infringed. However, the application of the *Gillette* defence has proved less simple in practice, and this has led to some misunderstanding and misapplication of the defence. Though the *Gillette* defence is frequently asserted by parties accused of patent infringement, it is rare for such parties to rely exclusively on this defence and actually omit analysis of claim construction,

en question avant la délivrance du brevet, et (ii) si la responsabilité aux termes du paragraphe 55(2) s'étend à quelqu'un qui a exécuté un acte de contrefaçon par incitation antérieure à la délivrance d'un brevet. Pour répondre à ces questions, il fallait interpréter le paragraphe 55(2) de la Loi. Si l'on commence par l'examen du libellé du paragraphe 55(2), il n'y a rien dans ce dernier indiquant qu'une personne, qui accomplit un acte de contrefaçon antérieur à la délivrance du brevet, peut se dégager de sa responsabilité en cessant ses activités avant la délivrance du brevet. Le libellé porte sur la période qui va de la publication de la demande de brevet à la délivrance du brevet, ainsi que sur les activités pendant cette période qui auraient constitué une contrefaçon si le brevet avait déjà été octroyé. Rien n'indique dans le libellé que l'activité de contrefaçon doit se poursuivre après la délivrance du brevet. Quant à la question de l'incitation à la contrefaçon, il s'agit simplement d'une forme de contrefaçon de brevet, et non un délit distinct. Il n'y a pas lieu de faire une distinction entre une contrefaçon par incitation antérieure à la délivrance d'un brevet et une contrefaçon directe antérieure à la délivrance d'un brevet. Le contexte du paragraphe 55(2) de la Loi n'indique pas qu'une personne qui accomplit un acte de contrefaçon antérieur à la délivrance d'un brevet peut se dégager de toute responsabilité y afférente en cessant ses activités avant la délivrance du brevet. Aucun motif d'instance n'existe aux termes du paragraphe 55(2) tant que le brevet n'a pas été délivré, mais la responsabilité se rapporte à la période comprise entre la publication et la délivrance du brevet. L'objectif du paragraphe 55(2) est d'indemniser les inventeurs dont les brevets publiés sont utilisés sans autorisation avant qu'ils puissent faire valoir leurs droits. Rien dans le contexte ou l'objectif n'indique une exclusion de responsabilité à l'égard d'un breveté lorsque la contrefaçon antérieure à la délivrance d'un brevet cesse avant la délivrance du brevet ou lorsqu'il s'agit d'une contrefaçon par incitation. Par conséquent, aucune erreur de la Cour fédérale n'a été constatée en ce qui concerne la conclusion de contrefaçon à l'encontre de l'appelante FPM. En ce qui concerne l'incitation par l'appelante Western, rien ne justifiait qu'elle se dégage de sa responsabilité en se fondant sur la date à laquelle elle a donné ses instructions ou sur l'absence de preuve selon laquelle elle incitait ses clients à contrefaire au moyen des instructions.

En ce qui concerne le moyen de défense fondé sur l'arrêt *Gillette* invoqué par les appelantes, la Cour fédérale n'a commis aucune erreur dans l'examen de celui-ci. Le moyen de défense fondé sur l'arrêt *Gillette* permet à un défendeur (ou à une cour) d'accélérer le processus d'interprétation des revendications d'un brevet puis celui visant à établir si ces revendications sont valides ou si elles ont été contrefaites, qui s'avèrent souvent longs et difficiles. Cependant, en pratique, l'application du moyen de défense fondé sur l'arrêt *Gillette* s'est révélée moins simple et cela a entraîné une mauvaise application du moyen de défense et une certaine incompréhension à l'égard de ce dernier. Bien que les parties accusées de

validity and infringement. Typically, a court will be faced with arguments on all of these issues. It is perhaps because the *Gillette* defence is typically asserted along with other defences that its nature as an alternative to claim construction and analysis of validity and infringement is sometimes misunderstood or misapplied by counsel and by courts. The success of a *Gillette* defence does not depend on a conclusion that the claim in question is invalid for anticipation or obviousness. Quite the contrary, the principal benefit of a *Gillette* defence is to avoid the need to construe the claims and reach a conclusion on validity and infringement issues. Where a court has (i) construed the claims in issue, (ii) determined which claims are valid and which are not, and (iii) found certain valid claims to be infringed (as did the Federal Court in the present case), consideration of the *Gillette* defence is superfluous and unnecessary. It may also create confusion. In fact, it is arguably preferable in some cases for the court not to take the shortcut offered by the *Gillette* defence because the more laborious claim construction process may lead to a conclusion that the claims in question are invalid. Such a conclusion would be of interest not just to the parties but also to the broader public.

The appellants argued as well that several patent publications and activities constitute prior art that anticipates the claims in issue. The appellants observed correctly that assessing anticipation (also known as lack of novelty) is a two-step process; the party attacking a claim must establish both disclosure and enablement of the invention. On disclosure, the appellants failed to acknowledge two important requirements. Firstly, the disclosure “must contain so clear a direction that a skilled person reading and following it would in every case and without possibility of error be led to the claimed invention”. The second important disclosure requirement that the appellants failed to acknowledge is that there is no room for trial and error or experimentation by the skilled person at this stage; that person is simply reading the prior reference for the purposes of understanding it. Non-inventive experimentation is a consideration in assessing enablement but not disclosure. On enablement, it is important to bear in mind that the question is whether the skilled person would be enabled to perform the claimed invention without undue burden, not the prior art. Another important requirement for anticipation is that all of the essential elements of the claim in issue must be disclosed and enabled in a single prior art reference. This

contrefaçon de brevet fassent souvent valoir le moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette*, il est rare qu’elles s’appuient uniquement sur ce moyen de défense et qu’elles omettent l’analyse sur l’interprétation, la validité et la contrefaçon des revendications. Généralement, ce sont les arguments concernant toutes ces questions qui seront présentés à une cour. Cela s’explique peut-être par le fait que le moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette* invoqué s’accompagne généralement d’autres moyens de défense et qu’en qualité de moyen subsidiaire pour interpréter des revendications et effectuer une analyse sur leur validité et leur contrefaçon, il est parfois mal compris ou mal appliqué par les avocats et les tribunaux. Pour qu’un moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette* soit accueilli, il n’est pas nécessaire de conclure que la revendication en question est non valide pour cause d’antériorité ou d’évidence. Bien au contraire, le principal avantage d’un moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette* est d’éviter de devoir interpréter les revendications et tirer une conclusion sur les questions de validité et de contrefaçon. Si la cour a (i) interprété les revendications en litige, (ii) établi les revendications qui sont valides et celles qui ne le sont pas et (iii) conclu que certaines revendications valides ont été contrefaites (comme l’a fait la Cour fédérale en l’espèce), l’examen du moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette* est inutile. Cela pourrait aussi créer de la confusion. En fait, il est sans doute préférable, dans certains cas, que la cour n’accueille pas le moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette* pour écouter le processus, car le processus d’interprétation des revendications qui est le plus laborieux pourrait amener la Cour à conclure que les revendications en question sont non valides. Une telle conclusion présenterait un intérêt non seulement pour les parties, mais aussi pour le grand public.

Les appelantes ont affirmé également que plusieurs publications et activités en matière de brevets constituent l’art antérieur qui antécédent les revendications en litige. Les appelantes ont fait observer, à juste titre, que l’évaluation de l’antériorité (également appelée absence de nouveauté) est un processus en deux étapes : la partie qui conteste une revendication doit établir que l’invention a été divulguée et réalisée. Au sujet de la divulgation, les appelantes ont omis de reconnaître deux exigences importantes. Premièrement, la divulgation « [doit] être d’une clarté telle qu’une personne au fait de l’art qui en prend connaissance et s’y conforme arrivera infailliblement à l’invention revendiquée ». La deuxième exigence importante à remplir en ce qui concerne la divulgation, que les appelantes ont omis de reconnaître, est que les essais successifs sont exclus à cette étape. La personne versée dans l’art se contente de lire le brevet antérieur pour en comprendre la teneur. L’évaluation du caractère réalisable, mais pas de la divulgation, doit tenir compte des expériences dépourvues d’originalité. En ce qui concerne le caractère réalisable, il est important de garder à l’esprit que la question est de savoir si la personne versée dans l’art pourrait réaliser l’invention revendiquée sans trop de difficultés, et non l’art antérieur. Une autre

means that a separate anticipation analysis must be done for each of the prior art references in issue. The teachings of the prior art are to be read as a skilled person would understand them. By definition, that skilled person is aware of the common general knowledge. But it does not follow that a party attacking a patent claim is necessarily entitled to fill in gaps in a prior art reference with such common general knowledge. The appellants' argument that the Federal Court erred in failing to consider anticipation on a claim-by-claim basis was not accepted. The Federal Court found that some of the claims of the '173 patent were anticipated and some were not. Clearly, the Federal Court understood that analysis of anticipation is to be done on a claim-by-claim basis, and it performed its analysis that way.

With respect to obviousness, the appellants argued in particular that the Federal Court erred by failing, in its assessment of the obviousness arguments, to (i) identify the inventive concept of the claims and their differences from the prior art, and (ii) ask whether those differences would have been obvious to a skilled person. While the Federal Court did not divide its analysis into the well-known four steps identified in *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, the appellants did not argue that it failed to address any of the obviousness arguments they raised. In its analysis of obviousness, the Federal Court considered each of the potential inventive concepts identified by expert evidence and indicated a preference for one expert's view that the claims in dispute are valid. The Federal Court's analysis essentially merged steps 2, 3 and 4 of the four-step test. There was no indication that the Federal Court's approach resulted in any reviewable error. The four-step test set out in *Sanofi-Synthelabo* is one way to assess obviousness but it is not mandatory. The Supreme Court of Canada in *Sanofi-Synthelabo* characterizes the four-step test as a useful approach. The only mandatory considerations are those laid out in section 28.3 of the *Patent Act*, which is concerned with obviousness to a person skilled in the art or science to which the invention pertains, having regard to "information disclosed before the [relevant date] in such a manner that the information became available to the public in Canada or elsewhere." The four-step test set out in *Sanofi-Synthelabo* provides a framework for assessing obviousness but it does not delve into the determination of whether those differences are obvious to the skilled person, except to say that it should be done without any knowledge of the alleged invention. In reaching its conclusion on obviousness, the Federal Court made no error of law or a palpable and overriding error on an issue of fact or mixed fact and law.

exigence importante en matière d'antériorité est que tous les éléments essentiels de la revendication en litige doivent être divulgués et réalisés dans une seule référence d'antériorité. Cela signifie qu'il faut effectuer une analyse sur l'antériorité distincte pour chacune des références d'antériorité en litige. Il faut interpréter les enseignements de l'art antérieur de la manière dont une personne versée dans l'art les comprendrait. Par définition, cette personne versée dans l'art possède les connaissances générales courantes. Cependant, il ne s'ensuit pas qu'une partie, qui conteste la revendication d'un brevet, a nécessairement le droit de combler des défaillances dans une référence d'antériorité à l'aide de ces connaissances générales courantes. L'affirmation des appelantes selon laquelle la Cour fédérale a commis une erreur en ne tenant pas compte de l'antériorité pour chacune des revendications n'a pas été retenue. La Cour fédérale a conclu que certaines des revendications du brevet '173 ont été antériorisées, tandis que cela n'a pas été le cas pour d'autres. Manifestement, la Cour fédérale a compris qu'il faut effectuer une analyse de l'antériorité pour chacune des revendications, et c'est ce qu'elle a fait.

En ce qui concerne l'évidence, les appelantes ont affirmé plus particulièrement que la Cour fédérale a commis une erreur en omettant, dans son évaluation des arguments d'évidence, (i) de relever le concept inventif des revendications et leurs différences par rapport à l'art antérieur et (ii) de demander si ces différences auraient été évidentes pour une personne versée dans l'art. Bien que la Cour fédérale n'ait pas divisé son analyse en quatre volets bien connus dans l'arrêt *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, les appelantes n'ont pas soutenu qu'elle a omis d'examiner les arguments d'évidence qu'elles ont soulevés. Dans son analyse de l'évidence, la Cour fédérale a examiné chacun des concepts inventifs relevés par la preuve d'expert et a privilégié l'opinion d'un expert selon laquelle les revendications en litige sont valides. L'analyse de la Cour fédérale a essentiellement consisté à faire fusionner les volets 2, 3 et 4 de la démarche à quatre volets. Il n'y avait rien qui indiquait que l'approche adoptée par la Cour fédérale a entraîné une erreur susceptible de révision. La démarche à quatre volets qui a été énoncée dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo* est un moyen d'évaluer l'évidence, mais il n'est pas obligatoire. Dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo*, la Cour suprême du Canada qualifie la démarche à quatre volets d'approche utile. Les seuls examens obligatoires sont ceux exposés à l'article 28.3 de la *Loi sur les brevets*, qui porte sur l'évidence pour une personne versée dans l'art ou la science dont relève l'invention, eu égard à « toute communication [...] qui a été faite [...] avant la [date pertinente] de manière telle qu'elle est devenue accessible au public au Canada ou ailleurs ». La démarche à quatre volets qui a été exposée dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo* fournit un cadre pour évaluer l'évidence, mais elle n'approfondit pas la question de savoir si ces différences sont évidentes pour la personne versée dans l'art, sauf pour dire qu'il faut faire abstraction de toute connaissance de l'invention alléguée. En arrivant à sa

The appellants' argument on insufficiency of the specification of the '173 patent was based on the requirements set out in subsection 27(3) of the Act. The Federal Court considered the issues raised by the appellants. It preferred the opinion of one expert who explained that the skilled person would readily solve all of the alleged insufficiencies in the '173 patent. The Federal Court found that the invention in issue was not in any inventive component but rather in the inventive combination of known components. It did not fail to consider any of the evidence, and the evidence was not such that it was a reviewable error not to find the '173 patent insufficient. The Federal Court also did not commit a reviewable error in refusing to find the specification of the '173 patent insufficient for failure to comply with the best-mode requirement. The appellants did not provide sufficient detail to establish that any error that the Federal Court may have made regarding the best-mode requirement in paragraph 27(3)(c) of the Act was of sufficient importance to make a difference to the result. The details mentioned by the appellants in respect of their other arguments on insufficiency were not of the kind that had to be included in the specification.

The appellants argued that the Federal Court erred in concluding that various claims in the '173 patent are not invalid for ambiguity because the Federal Court was able to construe the terms in issue used therein. However, the appellants cited no authority providing that the Federal Court's approach to ambiguity was an error of law. The basis for invalidity due to ambiguity is that the patent must give adequate notice to the public as to what activities are claimed as exclusive to the patentee. If a skilled person is able to construe the claims, then it follows that that notice is provided.

On inutility, the appellants argued that the Federal Court misunderstood their arguments and applied the wrong legal test. The Federal Court did not make any error in law or misunderstand or fail to consider the evidence or the appellants' arguments on inutility. It noted correctly that the fact that the inventor did not initially arrive at a prototype that could immediately be commercialized did not mean that his testing did not reveal a useful invention. The threshold for utility in a patent context is not commercial usefulness. A scintilla of utility will do. The Federal Court was clearly satisfied that the inventor had made a useful invention. It was also of the view that an external degassing chamber was not essential to the invention

conclusion sur l'évidence, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur de droit ou d'erreur manifeste et dominante sur une question de fait ou une question mixte de fait et de droit.

L'argument des appelantes sur l'insuffisance du mémoire descriptif du brevet '173 était fondé sur les exigences indiquées au paragraphe 27(3) de la Loi. La Cour fédérale a examiné les questions soulevées par les appelantes. Elle a privilégié l'opinion d'un expert qui a expliqué que la personne versée dans l'art résoudrait facilement la totalité des insuffisances présumées dans le brevet '173. La Cour fédérale a conclu que l'invention en litige ne décrivait aucun composant inventif, mais qu'elle avait plutôt trait à une combinaison de dispositifs connus. Elle n'a pas omis d'examiner les éléments de preuve, et ces derniers n'étaient pas tels que l'omission de conclure que le brevet '173 était insuffisant constituait une erreur susceptible de révision. La Cour fédérale n'a pas non plus commis d'erreur susceptible de révision en refusant de conclure que le mémoire descriptif du brevet '173 est insuffisant du fait qu'il ne remplit pas l'exigence de la meilleure manière. Les appelantes n'ont pas fourni suffisamment de détails pour établir que toute erreur qui pourrait avoir été commise par la Cour fédérale relativement à l'exigence de la meilleure manière énoncée à l'alinéa 27(3)c) de la Loi était suffisamment importante pour changer l'issue. Les détails mentionnés par les appelantes à l'égard de leurs autres arguments sur l'insuffisance n'étaient pas ceux qui devaient être inclus dans le mémoire descriptif.

Les appelantes ont affirmé que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que diverses revendications dans le brevet '173 ne sont pas non valides pour cause d'ambiguïté, car la Cour fédérale a été en mesure d'interpréter les termes en litige utilisés dans ces revendications. Cependant, les appelantes n'ont renvoyé à aucune jurisprudence qui enseigne que l'approche de la Cour fédérale à l'égard de l'ambiguïté était un erreur de droit. Le fondement d'invalidité pour cause d'ambiguïté est celui selon lequel le brevet doit aviser comme il se doit le public quant aux activités revendiquées comme se rapportant uniquement au breveté. Si une personne versée dans l'art est en mesure d'interpréter les revendications, il s'ensuit que cet avis est alors fourni.

En ce qui concerne l'inutilité, les appelantes ont affirmé que la Cour fédérale n'a pas bien compris leurs arguments et qu'elle a appliqué le mauvais critère juridique. La Cour fédérale n'a commis aucune erreur de droit, elle n'a pas mal compris les éléments de preuve ou les arguments des appelantes sur l'inutilité et elle n'a pas omis de les examiner. Elle a souligné à juste titre que le fait que l'inventeur n'ait pas créé au départ un prototype qu'il était possible de commercialiser sur-le-champ ne voulait pas dire que ses essais ne révélaient pas une invention utile. Le critère d'utilité à remplir dans le contexte d'un brevet n'est pas l'utilité commerciale. La moindre parcelle d'utilité suffit. La Cour fédérale était de toute évidence convaincue

of the '173 patent and, hence, claims not including such an element do not lack utility. Utility is assessed from the point of view of the skilled person, not the inventor. Doubts that the inventor expressed about the utility of a certain embodiment would not necessarily lead to a conclusion of inutility. As well, the inventor's doubts about whether the embodiment in question would function were based on the specific shaker that he observed. It was not a conclusion that no system with a cantilevered tray could work. Thus, the Federal Court did not make any reviewable error in considering the appellants' arguments on inutility.

There are two ways that a patent claim can fail for overbreadth (or overclaiming): it can be broader than the invention disclosed in the specification or it can be broader than the invention made by the inventor. The concept of claim invalidity for overbreadth (or overclaiming) arises from the combination of the requirements that a patent specification (i) correctly and fully describe the invention (Act, subsection 27(3)) and (ii) include "claims defining distinctly and in explicit terms the subject-matter of the invention for which an exclusive privilege or property is claimed" (Act, subsection 27(4)). Overbreadth often overlaps with other grounds of invalidity. Where a claim is broader than the description, it may fail for overbreadth, but it may also fail because the description does not adequately describe how to put it into practice. Despite this possibility of overlap, overbreadth is a distinct ground of invalidity that must be considered separately. The appellants argued that the claims of the '173 patent were invalid on both grounds of overbreadth but these arguments were rejected.

Regarding the addition of new subject matter as provided in subsection 38.2(2) of the Act, the test for reasonable inferability of new subject matter is not strict such as the one in the U.K. as the appellants argued. Under Canada's Act, a patent is presumed to be valid in the absence of evidence to the contrary (subsection 43(2)). The burden was on the appellants to establish that the '173 patent is invalid, regardless of the ground of invalidity. As well, subsection 38.2(2) does not suggest a strict test and does not provide explicitly for patent revocation unlike the U.K. provision in question. On the contrary, subsection 38.2(1) provides that, subject to certain limitations, a patent application may be amended. The provision of particular interest in the present appeal, subsection 38.2(2) of the Act, provides for one of the contemplated limitations. The

que l'inventeur avait créé une invention utile. Elle était d'avis également qu'une chambre de dégazage externe n'était pas essentielle pour l'invention du brevet '173, et les revendications qui ne comprennent pas cet élément ne manquent donc pas d'utilité. L'utilité est évaluée du point de vue de la personne versée dans l'art, non de celui de l'inventeur. Les doutes exprimés par l'inventeur quant à l'utilité d'une certaine réalisation ne donneraient pas nécessairement lieu à une conclusion d'inutilité. En outre, les doutes de l'inventeur quant à la question de savoir si la réalisation en question fonctionnerait étaient fondés sur le tamis précis qu'il a observé. Il ne s'agissait pas d'une conclusion selon laquelle aucun système équipé d'un plateau en porte-à-faux ne pouvait fonctionner. Ainsi, la Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision lors de son examen des arguments des appelantes sur l'inutilité.

Il existe deux cas où la revendication d'un brevet peut être jugée non valide pour cause de portée excessive (ou de revendication excessive) : sa portée peut être plus large que l'invention divulguée dans le mémoire descriptif ou sa portée peut être plus étendue que l'invention créée par l'inventeur. La notion de non-validité d'une revendication pour cause de portée excessive (ou de revendication excessive) découle de la combinaison des exigences selon lesquelles le mémoire descriptif d'un brevet (i) doit décrire d'une façon exacte et complète l'invention (paragraphe 27(3) de la Loi) et (ii) doit comprendre des « revendications définissant distinctement et en des termes explicites l'objet de l'invention dont le demandeur revendique la propriété ou le privilège exclusif » (paragraphe 27(4) de la Loi). La portée excessive chevauche souvent d'autres motifs de non-validité. Si la portée d'une revendication est plus étendue que la description, elle pourrait être non valide pour cause de portée excessive, mais elle pourrait aussi être non valide parce que la description quant à sa mise en pratique n'est pas adéquate. Malgré ce chevauchement possible, la portée excessive est un motif d'invalidité distinct qui doit être examiné séparément. Les appelantes ont affirmé que les revendications du brevet '173 étaient non valides relativement aux deux motifs de portée excessive, mais ces arguments ont été rejetés.

En ce qui concerne l'ajout d'un nouvel objet comme le prévoit le paragraphe 38.2(2) de la Loi, le critère pour établir la possibilité d'inférence raisonnable relative au nouvel objet n'est pas strict comme celui qui est appliqué au R.-U., comme l'ont soutenu les appelantes. Aux termes de la loi canadienne, un brevet est supposé valide, sauf preuve contraire (paragraphe 43(2)). Il incombait aux appelantes d'établir que le brevet '173 est non valide, quel que soit le motif de non-validité. De plus, le paragraphe 38.2(2) n'indique pas un critère strict ni n'envisage explicitement la révocation d'un brevet, contrairement à la disposition en question au Royaume-Uni. Au contraire, le paragraphe 38.2(1) dispose que, sous réserve de certaines limites, une demande de brevet peut être modifiée. La disposition qui revêt un intérêt particulier dans le présent

Federal Court's ruling that surrounding circumstances are not relevant to whether subsection 38.2(2) has been respected was not wrong. The Federal Court reasoned that this issue is one of logic, not fact. The respondent's motivation in amending the claims to broaden them and encompass the appellants' VSS was likewise not relevant to whether the new matter therein could reasonably be inferred from the original application. The Federal Court was correct to exclude evidence on that point. Finally, there was support in the '173 patent, as originally filed, for claims defining the purpose of preventing the stalling of slurry. Thus, the Federal Court did not err in finding that the feature of preventing the stalling of slurry was at least reasonably inferable from the original patent application.

With respect to procedural fairness, the parties' submission of expert reports constituted an undertaking to the Court to call those experts as witnesses at trial. This undertaking became particularly important in this case because the parties also agreed to present the experts' evidence out of the usual order. The appellants argued that they were entitled to cross-examine the respondent's witnesses without significant and unwarranted constraint, and that they had the right to decide whether to call witnesses of their own or to rely instead on evidence obtained in cross-examination. They argued that the denial of their right to conduct cross-examination as they wished was procedurally unfair. While this was a general principle, the appellants' right to cross-examine was constrained by their undertaking to the Federal Court to call their experts as witnesses. This undertaking was voluntary; the appellants could instead have chosen not to submit their expert reports before trial. At trial, the Federal Court went so far as to give the appellants the option of withdrawing their undertaking instead of complying with it. Not only was it appropriate for the Federal Court to require the appellants to choose, but it was necessary to ensure a fair trial. Parties also should not expect to be given the option, part-way through trial, to withdraw an undertaking. Though that option was granted to the appellants in this case, it was in the discretion of the Federal Court. The Federal Court might instead have simply required the appellants to comply with their undertaking.

Having concluded that the Federal Court did not err in some of its invalidity findings, it was unnecessary to address the appellants' arguments on remedies.

appel, le paragraphe 38.2(2) de la Loi, prévoit l'une des limites envisagées. La décision de la Cour fédérale selon laquelle les circonstances ne sont pas pertinentes pour déterminer si le paragraphe 38.2(2) a été respecté n'était pas erronée. La Cour fédérale a indiqué qu'il s'agit d'une question de logique, et non de fait. De même, l'intention de l'intimée de modifier les revendications pour élargir leur portée et inclure le système VS des appelantes n'était pas pertinente pour déterminer si le nouvel objet pouvait être inféré de manière raisonnable de la demande originale. La Cour fédérale a eu raison d'exclure des éléments de preuve sur ce point. Enfin, ce passage, dans le brevet '173 initialement déposé, appuyait les revendications qui définissent l'intention d'éviter le blocage par la boue. Donc, la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que la caractéristique visant à éviter le blocage par la boue pouvait, à tout le moins, être inférée de manière raisonnable de la demande de brevet originale.

En ce qui concerne l'équité procédurale, la présentation par les parties de rapports d'experts constituait un engagement devant la Cour à appeler ces experts à comparaître à l'instruction. Cet engagement est devenu particulièrement important en l'espèce, car les parties ont également accepté de présenter les éléments de preuve des experts en suivant un ordre inhabituel. Les appelantes ont avancé qu'elles avaient le droit de contre-interroger les témoins de l'intimée, sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées, et qu'elles avaient le droit de décider d'appeler leurs propres témoins à comparaître ou d'invoquer plutôt les éléments de preuve qu'elles ont obtenus pendant le contre-interrogatoire. Elles ont affirmé que le fait qu'on leur ait refusé le droit de mener un contre-interrogatoire comme elles le souhaitaient était inéquitable sur le plan procédural. Bien qu'il se soit agi d'un principe général, le droit des appelantes de contre-interroger était limité par leur engagement devant la Cour fédérale à appeler leurs experts à comparaître à titre de témoins. Cet engagement était volontaire; les appelantes auraient pu choisir de ne pas présenter les rapports de leurs experts avant l'instruction. Au procès, la Cour fédérale est allée jusqu'à donner aux appelantes la possibilité de retirer leur engagement plutôt que de le respecter. Non seulement il convenait que la Cour fédérale enjoigne aux appelantes de choisir, mais il était nécessaire de veiller à ce que le procès soit équitable. Les parties ne devraient pas non plus s'attendre à se voir offrir la possibilité, en cours de procès, de retirer un consentement. Bien que cette possibilité ait été accordée aux appelantes en l'espèce, la décision de le faire a été laissée à l'appréciation de la Cour fédérale. La Cour fédérale aurait pu simplement exiger que les appelantes respectent leur consentement.

Étant donné la conclusion selon laquelle la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur dans certaines de ses conclusions concernant l'invalidité, il n'était pas nécessaire d'examiner

les prétentions des appelantes concernant les mesures de redressement.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Budget Implementation Act, 2018, No. 2, S.C. 2018, c. 27, s. 201.
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 52.2, 258, 279, Tarif B, column V.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 27(3),(4), 28.3, 38.2, 43(2), 53.1, 55(1),(2).
Patents Act 1977 (U.K.), 1977, c. 37, s. 72(1)(d).

CASES CITED

APPLIED:

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235;
Canada v. South Yukon Forest Corporation, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183, [1981] F.S.R. 60 (H.L.); *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067; *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024; *Camso Inc. v. Soucy International Inc.*, 2019 FC 255, 165 C.P.R. (4th) 1, affd 2020 FCA 183; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Bauer Hockey Corp. v. Easton Sports Canada Inc.*, 2010 FC 361, 8 B.C.L.R. (5th) 1, 366 F.T.R. 242, affd 2011 FCA 83, 92 C.P.R. (4th) 103; *Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265.

CONSIDERED:

Baker Petrolite Corp. v. Canwell Enviro-Industries Ltd., 2001 FCT 889, [2002] 2 F.C. 3, revd on other grounds 2002 FCA 158, [2003] 1 F.C. 49; *Gillette Safety Razor Company v. Anglo-American Trading Company Ltd.* (1913), 30 R.P.C. 465 (H.L.); *J. K. Smit & Sons, Inc. v. McClintock*, [1940] S.C.R. 279, [1940] 1 D.L.R. 507; *Eurocopter v. Bell Helicopter Textron Canada Limitée*, 2012 FC 113, 404 F.T.R. 193, affd 2013 FCA 219, 120 C.P.R. (4th) 394.

REFERRED TO:

Benhaim v. St-Germain, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *Tearlab Corporation v. I-MED Pharma Inc.*, 2019 FCA 179, 166 C.P.R. (4th) 367; *Pollard Banknote Limited v. BABN Technologies Corp.*, 2016 FC 883, 141 C.P.R. (4th) 329; *CanMar Foods Ltd. v. TA Foods Ltd.*, 2021 FCA 7, [2021] 1 F.C.R. 799; *Corlac Inc. v. Weatherford Canada Inc.*, 2011 FCA 228, 95 C.P.R. (4th) 101; *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 FCA 30, leave to appeal to S.C.C. refused

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi n° 2 d'exécution du budget de 2018, L.C. 2018, ch. 27, art. 201.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 27(3),(4), 28.3, 38.2, 43(2), 53.1, 55(1),(2).
Patents Act 1977 (U.K.), 1977, ch. 37, art. 72(1)(d).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 52.2, 258, 279, tarif B, colonne V.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Canada c. South Yukon Forest Corporation*, 2012 CAF 165; *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183, [1981] F.S.R. 60 (H.L.); *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067; *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024; *Camso Inc. c. Soucy International Inc.*, 2019 CF 255, conf. par 2020 CAF 183; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Bauer Hockey Corp. c. Easton Sports Canada Inc.*, 2010 CF 361, conf. par 2011 CAF 83; *Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.*, 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Baker Petrolite Corp. c. Canwell Enviro Industries Ltd., 2001 CFPI 889, [2002] 2 C.F. 3, inf. pour d'autres motifs par 2002 CAF 158, [2003] 1 C.F. 49; *Gillette Safety Razor Company v. Anglo-American Trading Company Ltd.* (1913), 30 R.P.C. 465 (H.L.); *J. K. Smit & Sons, Inc. v. McClintock*, [1940] R.C.S. 279, [1940] 1 D.L.R. 507; *Eurocopter c. Bell Helicopter Textron Canada Limitée*, 2012 CF 113, conf. par 2013 CAF 219.

DÉCISIONS CITÉES :

Benhaim c. St-Germain, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *Tearlab Corporation c. I-MED Pharma Inc.*, 2019 CAF 179; *Pollard Banknote Limited c. BABN Technologies Corp.*, 2016 CF 883; *CanMar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd.*, 2021 CAF 7, [2021] 1 R.C.F. 799; *Corlac Inc. c. Weatherford Canada Ltd.*, 2011 CAF 228; *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 CAF 30, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusé le 23 décembre 2020, [2020] C.S.C.R. n° 79 (QL); *Premier*

December 23, 2020, [2020] S.C.C.A. No. 79 (QL); *Premier Tech Ltée v. Équipements Tardif Inc.* (1993), 48 C.P.R. (3d) 42, 63 F.T.R. 114 (F.C.T.D.); *Sanofi-Aventis Canada v. Apotex Inc.*, 2009 FC 676, 350 F.T.R. 165; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2009 FC 1294, 360 F.T.R. 200, affd 2011 FCA 102, 92 C.P.R. (4th) 301; *Biovail Corporation v. Canada (Health)*, 2010 FC 46, 361 F.T.R. 158; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2010 FC 447, 367 F.T.R. 179, revd 2011 FCA 236, 95 C.P.R. (4th) 193; *Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289, 64 N.R. 287 (F.C.A.); *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457 (Eng. C.A.); *Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2012 FCA 333, [2014] 2 F.C.R. 459; *Teva Canada Limited v. Novartis Pharmaceuticals Canada inc.*, 2013 FCA 244, 451 N.R. 246; *Bombardier Recreational Products Inc. v. Arctic Cat, Inc.*, 2018 FCA 172, 159 C.P.R. (4th) 319; *Mobil Oil Corp. v. Hercules Canada Inc.* (1995), 63 C.P.R. (3d) 473, 188 N.R. 382 (F.C.A.); *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FC 1725, 285 F.T.R. 1; *AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2017 SCC 36, [2017] 1 S.C.R. 943; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2007 FCA 209, 60 C.P.R. (4th) 81; *Bonzel v. Intervention Ltd. (No. 3)*, [1991] R.P.C. 553 (Pat. Ct.) (U.K.); *Gedeon Richter plc v. Bayer Pharma AG*, [2012] EWCA Civ. 235, [2012] All E.R. 87.

AUTHORS CITED

Barrigar, Robert and Andrew Shaughnessy, *Canadian Patent Act Annotated*, 2nd ed., loose-leaf, Toronto: Carswell, 1994.
 MacOdrum, Donald H. *Fox on the Canadian Law of patents*, 5th ed. loose-leaf, Toronto: Carswell, 2002.
 Vaver, David « Best Mode Disclosure in Canadian patents » (2013), 25 *I.P.J.* 303.

APPEAL from a Federal Court decision (2019 FC 1606, 175 C.P.R. (4th) 179) finding that certain claims of the respondent's Canadian Patent No. 2664173 were valid and had been infringed by the appellants. Appeal dismissed.

APPEARANCES

Patrick S. Smith and *R. Nelson Godfrey* for appellants.
Kevin L. LaRoche and *Kirsten Crain* for respondent.

Tech Ltée c. Équipements Tardif Inc., [1993] A.C.F. n° 283 (QL) (1^{re} inst.); *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 676; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2009 CF 1294, conf. par 2011 CAF 102; *Biovail Corporation c. Canada (Santé)*, 2010 CF 46; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2010 CF 447, inf. par 2011 CAF 236; *Beloit Canada Ltd. c. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289, 64 N.R. 287 (C.A.F.); *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457 (C.A. Angl.); *Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2012 CAF 333, [2014] 2 R.C.F. 459 *Teva Canada Limitée c. Novartis Pharmaceuticals Canada inc.*, 2013 CAF 244; *Bombardier Produits Récréatifs Inc. c. Arctic Cat, Inc.*, 2018 CAF 172; *Mobil Oil Corp. c. Hercules Canada Inc.*, [1995] A.C.F. n° 1243 (QL) (C.A.); *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 1725; *AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2017 CSC 36, [2017] 1 R.C.S. 943; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2007 CAF 209; *Bonzel v. Intervention Ltd. (No. 3)*, [1991] R.P.C. 553 (Pat. Ct.) (R.-U.); *Gedeon Richter plc v. Bayer Pharma AG*, [2012] EWCA Civ. 235, [2012] All E.R. 87.

DOCTRINE CITÉE

Barrigar, Robert et Andrew Shaughnessy, *Canadian Patent Act Annotated*, 2^e éd., feuilles mobiles, Toronto : Carswell, 1994.
 MacOdrum, Donald H. *Fox on the Canadian Law of Patents*, 5^e éd., feuilles mobiles, Toronto : Carswell, 2002.
 Vaver, David « Best Mode Disclosure in Canadian Patents » (2013), 25 *I.P.J.* 303.

APPEL interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2019 CF 1606), qui a conclu que certaines revendications de l'intimée concernant le brevet canadien n° 2664173 étaient valides et que les appelantes les avaient contrefaites. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Patrick S. Smith et *R. Nelson Godfrey* pour les appelantes.
Kevin L. LaRoche et *Kirsten Crain* pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD

Gowling WLG (Canada) LLP, Calgary,
for appellants.
Borden Ladner Gervais LLP, Ottawa,
for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LOCKE J.A.:

I. Background

[1] This decision concerns an appeal of a decision of the Federal Court (2019 FC 1606, 175 C.P.R. (4th) 179, *per* Justice O'Reilly (the Decision)) which found that certain claims of the respondent's Canadian Patent No. 2664173 (the '173 patent) were valid and had been infringed by the appellants.

[2] The '173 patent relates to shale shakers, which were described as follows at paragraph 6 of the Decision:

.... Shale shakers are used in the oil and gas industry to remove solids from the drilling fluid that emerges from an active well, so that the fluid can be reused. The solids are the product of the drill bit cutting through rock. They are often referred to as "cuttings." Drilling fluid provides a medium for sending the cuttings to the surface, and helps lubricate the drilling equipment. The combined solid and fluid mixture that comes to the surface at the drill site is called "slurry."

[3] The Decision went on at paragraph 7 as follows:

In essence, a shale shaker operates like a vibrating sieve, receiving the slurry and screening out the cuttings within it, leaving the fluid to be captured by tanks below. Since drilling fluid is expensive, the more proficient a shaker is in removing solids, the lower the cost of the drilling operation. The more reusable drilling fluid recovered, the better.

[4] The '173 patent describes a desire to improve the rate and efficiency at which shakers remove liquid from

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Gowling WLG (Canada) S.E.N.C.R.L., s.r.l.,
Calgary, pour les appelantes.
Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., s.r.l.,
Ottawa, pour l'intimée.

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

LE JUGE LOCKE, J.C.A. :

I. Contexte

[1] La présente décision porte sur un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2019 CF 1606, le juge O'Reilly (la décision)) qui a conclu que certaines revendications de l'intimée concernant le brevet canadien n° 2664173 (le brevet '173) étaient valides et que les appelantes les avaient contrefaites.

[2] Le brevet '173 concerne des tamis vibrants dont la description, au paragraphe 6 de la décision, était la suivante :

[...] Les tamis vibrants sont utilisés dans l'industrie pétrolière et gazière pour séparer les déblais du fluide de forage qui remonte d'un puits en fonctionnement, afin que le fluide puisse être réutilisé. Les solides, qui sont produits lors de la pénétration de la roche par le trépan, sont souvent appelés « déblais ». Le fluide de forage aide à remonter les déblais en surface et à lubrifier l'équipement de forage. Le mélange solide-liquide qui remonte en surface au site de forage est appelé « boue ».

[3] La suite de la description, au paragraphe 7 de la décision, est la suivante :

Un tamis vibrant fonctionne essentiellement comme un tamis qui vibre. Il reçoit la boue et procède au criblage des déblais qui se trouvent dans celle-ci. Le fluide est ensuite récupéré par les réservoirs se trouvant au-dessous. Étant donné que le fluide de forage est dispendieux, plus le tamis vibrant est efficace à séparer les solides, moins les coûts des travaux de forage sont élevés. Plus on récupère de fluide de forage réutilisable, mieux c'est.

[4] Le brevet '173 décrit une volonté d'augmenter la vitesse du débit à laquelle les tamis séparent le fluide des

cuttings or other solids. It is known that introducing a pressure differential across the screen can increase the fluid capacity of the shaker, but doing so may result in solids sticking to the screen, thereby interfering with the passage of fluids through the screen. This is called “stalling” of the slurry. The '173 patent describes “a continuing desire for shakers having increased fluid capacity, increased fluid flow-through rates across the screens, and/or improved fluid removal efficiencies.”

[5] The '173 patent comprises 23 claims, of which the Federal Court found claims 2, 4, 9, 10, 20, 21 and 22 were valid and infringed by the appellants' Vac Screen System (VSS). The Federal Court also noted that the parties had agreed that claims 1, 11, 16 and 19 of the '173 patent are invalid. Elements of the claims in issue include:

- A. A first screen and a second screen having different pressure differentials applied across each (all claims),
- B. Controlling air flow under at least a portion of the first screen to prevent stalling of the slurry (claims 2, 10),
- C. The pressure differential across the first screen generated by a vacuum external to the shaker (claim 9),
- D. The pressure differential across the first screen pulls vapors and drilling fluid through the first screen to a degassing chamber external to the shaker (claims 10, 20) (Throughout this decision, “vapor” is spelled without a “u” (as is done in the '173 patent), except when quoting another source),
- E. A first screen for separating drill cuttings and drilling fluid within a shaker (claims 20, 21, 22),

déblais ou d'autres solides et d'améliorer leur efficacité. On sait que l'application d'une pression différentielle dans le crible peut accroître la capacité de fluide du tamis, mais ce faisant, des déblais peuvent rester collés au crible, ce qui empêche les fluides de s'écouler au travers de ce dernier. C'est ce qu'on nomme un « blocage » causé par la boue. Le brevet '173 décrit [TRADUCTION] « une volonté constante d'obtenir des tamis plus efficaces avec une capacité de fluide accrue, un débit plus élevé de fluide au travers des cribles et une meilleure séparation du fluide ».

[5] Le brevet '173 renferme 23 revendications. La Cour fédérale a conclu que les revendications 2, 4, 9, 10, 20, 21 et 22 étaient valides et que le système VS (système Vac Screen) des appelantes les contrefaisait. La Cour fédérale a aussi fait remarquer que les parties avaient convenu que les revendications 1, 11, 16 et 19 du brevet '173 étaient non valides. Les éléments des revendications en litige sont notamment les suivants :

- A. L'application de différentes pressions différentielles entre les premier et deuxième cribles (toutes les revendications);
- B. Le contrôle du débit d'air sous au moins une partie du premier crible pour empêcher tout blocage causé par la boue (revendications 2, 10);
- C. L'application de la pression différentielle dans le premier crible produite par une pompe à vide non intégrée au tamis (revendication 9);
- D. L'application de la pression différentielle dans le premier crible pour aspirer au travers de ce dernier les vapeurs et le fluide de forage acheminés vers une chambre de dégazage non intégrée au tamis (revendications 10 et 20);
- E. Un premier crible intégré à un tamis pour séparer les déblais de forage et le fluide de forage (revendications 20, 21 et 22);

- | | |
|--|---|
| <p>F. A pressure differential generator configured to pull air or vapor through the first screen to enhance the flow of drilling fluid through the first screen with respect to a second screen within a shaker (claims 20, 21, 22),</p> <p>G. A sump located below the first screen and configured to collect the air or vapor and the drilling fluid that passes through the first screen (claim 20),</p> <p>H. A degassing chamber in fluid communication with the pressure differential generator and the sump and located external to the shaker for collecting all of the air or vapor and the drilling fluid in the sump (claim 20),</p> <p>I. The air or vapor pulled through the first screen is adjustable to prevent stalling of drill cuttings on the first screen (claim 22).</p> | <p>F. Un générateur de pression différentielle configuré pour aspirer au travers du premier crible de l'air ou de la vapeur pour accroître le débit du fluide de forage dans le premier crible par rapport à un deuxième crible intégré à un tamis (revendications 20, 21 et 22);</p> <p>G. Un bac se trouvant au-dessous du premier crible et configuré pour recueillir l'air ou la vapeur et le fluide de forage qui traverse le premier crible (revendication 20);</p> <p>H. Une chambre de dégazage non intégrée au tamis et en communication fluide avec le générateur de pression différentielle et le bac pour récupérer la totalité de l'air ou de la vapeur et le fluide de forage dans le bac (revendication 20);</p> <p>I. La possibilité d'ajuster l'air ou la vapeur aspirés au travers du premier crible pour empêcher tout blocage causé par les déblais de forage sur le premier crible (revendication 22).</p> |
|--|---|

[6] The appellants are Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. (Western) and FP Marangoni Inc. (FPM). FPM is a wholly-owned subsidiary of Western, but FPM has not carried on business since 2014. Both appellants were found to have infringed the '173 patent.

[6] Les appelantes sont Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. (Western) et FP Marangoni Inc. (FPM). FPM est une filiale en propriété exclusive de Western, mais elle n'est pas exploitée activement depuis 2014. Il a été conclu que les deux appelantes ont contrefait le brevet '173.

II. Issues

[7] The appellants raise a number of issues which may be usefully classified as follows:

- i. Construction of claim elements, including:
 - (a) “First screen”,
 - (b) “Controlling air flow”,
 - (c) “Vapor”,
 - (d) “Degassing chamber”,

II. Questions en litige

[7] Les appelantes soulèvent plusieurs questions qu'il pourrait être utile de classer de la manière suivante :

- i. L'interprétation des éléments de la revendication, notamment : [TRADUCTION]
 - a) « Premier crible »;
 - b) « Contrôler le débit d'air »;
 - c) « Vapeur »;
 - d) « Chambre de dégazage »;

-
- | | |
|--|--|
| (e) “All”, | e) « La totalité »; |
| (f) “Or” and, | f) « Ou »; |
| (g) “Within a shaker”; | g) « Intégré à un tamis ». |
| ii. Infringement, including: | ii. La contrefaçon, notamment : |
| (a) By FPM, | a) Par FPM; |
| (b) Inducement by Western, | b) Incitation par Western; |
| (c) Whether VSS pulls vapor, and | c) Si le système VS aspire la vapeur; |
| (d) <i>Gillette</i> defence, | d) Moyen de défense fondé sur l’arrêt <i>Gillette</i> . |
| iii. Invalidity, including: | iii. L’invalidité, notamment : |
| (a) Anticipation, including by: | a) L’antériorité, notamment par : |
| 1. Derrick Patent Application, | 1. La demande de brevet de Derrick; |
| 2. Derrick Prior Use, | 2. L’usage antérieur du brevet de Derrick; |
| 3. Vasshus Patent, | 3. Le brevet de Vasshus; |
| 4. Hensley Patent Application, and | 4. La demande de brevet d’Hensley; |
| 5. Logue, Bongert, Erris, Cook and Fast patent Publications, | 5. Les publications des brevets de Logue, de Bongert, d’Ennis, de Cook et de Fast; |
| (b) Obviousness, | b) L’évidence; |
| (c) Insufficiency, | c) L’insuffisance; |
| (d) Ambiguity, | d) L’ambiguïté; |
| (e) Inutility, | e) L’inutilité; |
| (f) Overbreadth, and | f) La portée excessive; |
| (g) Addition of new subject matter, | g) L’ajout d’un nouvel objet; |
| iv. Procedural fairness, and | iv. L’équité procédurale; |
| v. Remedies. | v. Les mesures de redressement. |

[8] As explained below, I have found no reviewable errors by the Federal Court.

[9] Before continuing, I feel compelled to say a few words about the lack of wisdom of raising so many issues on appeal, especially so many issues that are so factually suffused, without due attention to the standard of review on such issues. Firstly, the appellants' approach suggests that they themselves cannot identify any issues that are particularly strong. This suggestion was compounded at the hearing of the appeal when, despite the Court's suggestion that the appellants focus on their strongest points, the appellants insisted on addressing all of the issues raised in their memorandum of fact and law. Not only did this approach miss an opportunity to highlight certain of the issues, but it also prevented the appellants from delving deeper into points that might have merited more discussion. In addition to hurting the appellants' own case on appeal, this approach also made unnecessary additional work for the Court and delayed the release of this decision. I have additional comments below about the appellants' treatment of the standard of review.

III. Standard of Review

[10] The appellants pay scant attention to the standard of review in their submissions, and therefore it is important to state the applicable standard here.

[11] As indicated in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*), the standard of correctness applies to questions of law (see paragraph 8), but findings of fact or of mixed fact and law are reviewable only where the Federal Court has made a palpable and overriding error (see paragraphs 10 and 36). The standard of palpable and overriding error is not easily met. As stated by this Court in *Canada v. South Yukon Forest Corporation*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31, at paragraph 46, and quoted with approval by the

[8] Comme je l'explique ci-dessous, j'ai conclu que la Cour fédérale n'a commis aucune erreur susceptible de révision.

[9] Avant de poursuivre, je me sens obligé de dire quelques mots au sujet du manque de jugement que dénote le fait d'avoir soulevé un aussi grand nombre de questions en appel, sans tenir dûment compte de la norme de contrôle applicable en l'espèce, d'autant plus qu'il s'agissait de questions intimement liées aux faits. Premièrement, il ressort de la démarche adoptée par les appelantes qu'elles ne sont pas elles-mêmes capables de relever les questions qui posent particulièrement problème. Cela est d'autant plus vrai que, lors de l'audition de l'appel, les appelantes ont insisté pour examiner toutes les questions soulevées dans leur mémoire des faits et du droit, bien que la Cour ait suggéré que les appelantes se concentrent sur leurs points les plus impératifs. Les appelantes, en adoptant cette démarche, ont non seulement manqué l'occasion de mettre en évidence certaines des questions, mais cela les a également empêché d'examiner plus en profondeur des points qui le méritaient peut-être. Cette démarche, en plus de nuire à la propre cause des appelantes, a entraîné du travail supplémentaire pour la Cour et a retardé l'annonce de cette décision. J'ai des commentaires supplémentaires ci-dessous concernant la manière dont les appelantes ont considéré la norme de contrôle.

III. Norme de contrôle

[10] Les appelantes ont accordé une attention insuffisante à la norme de contrôle dans leurs observations et c'est pourquoi il est important de mentionner la norme applicable en l'espèce.

[11] Tel que le mentionne la Cour suprême dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 (arrêt *Housen*), la norme de la décision correcte s'applique aux questions de droit (voir le paragraphe 8), mais les conclusions de fait ou mixtes de fait et de droit ne sont susceptibles de révision que lorsque la Cour fédérale a commis une erreur manifeste et dominante (voir les paragraphes 10 et 36). La norme de l'erreur manifeste et dominante n'est pas facile à satisfaire. Comme l'a déclaré notre Cour dans l'arrêt *Canada c. South Yukon*

majority of the Supreme Court of Canada in *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at paragraph 38:

Palpable and overriding error is a highly deferential standard of review...“Palpable” means an error that is obvious. “Overriding” means an error that goes to the very core of the outcome of the case. When arguing palpable and overriding error, it is not enough to pull at leaves and branches and leave the tree standing. The entire tree must fall.

[12] The deference given to the Federal Court on issues of fact is warranted for several reasons, not least because the judge at first instance was present throughout the trial to hear all the witnesses and see all the evidence on the many issues in this case, and was hence in a much better position than members of this Court to consider and weigh the evidence: see *Housen*, at paragraph 12.

[13] Though the parties do not seem to disagree on the applicable standard of review, it will be necessary to address its application to certain of the issues discussed below. As a general comment, I note that the appellants could not hope to be successful on any issue in which the standard of review is palpable and overriding error applies without identifying the alleged error by the Federal Court, and explaining why the error should be considered palpable and overriding. Even after this reality was noted at the hearing, most of the appellants’ arguments failed to focus on the appropriate points, and were instead misguided attempts to have this Court re-weigh the evidence and re-characterize the facts. That is not our role.

IV. Construction of claim elements

[14] Because of the importance of claim construction to subsequent issues of infringement, validity and remedies, the analysis in this section is determinative of many such issues.

Forest Corporation, 2012 CAF 165, au paragraphe 46, cité avec l’approbation de la majorité de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, au paragraphe 38 :

L’erreur manifeste et dominante constitue une norme de contrôle appelant un degré élevé de retenue [...] Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente, et par erreur « dominante », une erreur qui touche directement à l’issue de l’affaire. Lorsque l’on invoque une erreur manifeste et dominante, on ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l’arbre debout. On doit faire tomber l’arbre tout entier.

[12] La retenue à l’égard de la Cour fédérale sur les questions de fait est justifiée pour plusieurs raisons, notamment parce que le juge de première instance était présent tout au long du procès pour entendre tous les témoins et examiner l’ensemble de la preuve concernant les nombreuses questions en l’espèce. Il était donc bien mieux placé que les membres de notre Cour pour examiner et soupeser la preuve : voir l’arrêt *Housen*, au paragraphe 12.

[13] Bien que les parties semblent être d’accord sur la norme de contrôle applicable, il sera nécessaire de se pencher sur son application à certaines des questions examinées ci-dessous. À titre d’observation générale, je remarque que les appelantes ne pourraient pas espérer obtenir gain de cause sur toute question pour laquelle la norme de contrôle qui s’applique est celle de l’erreur manifeste et dominante, sans mettre en évidence l’erreur alléguée de la Cour fédérale et expliquer pourquoi l’erreur devrait être considérée comme manifeste et dominante. Même après ce constat lors de l’audience, la plupart des arguments des appelantes n’étaient pas axés sur les points appropriés et ils constituaient plutôt des tentatives malavisées d’amener notre Cour à apprécier à nouveau la preuve et à requalifier les faits. Ce n’est pas notre rôle.

IV. L’interprétation des éléments de la revendication

[14] Dans la présente section, compte tenu de l’importance de l’interprétation des revendications par rapport aux questions de contrefaçon, de validité et de redressement, l’examen de ces nombreuses questions est déterminant.

[15] A patent is not addressed to an ordinary member of the public, but to a worker skilled in the art to which it pertains. As stated in *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183, at page 243, [1981] F.S.R. 60 (H.L.) (*Catnic*), and quoted by the Supreme Court of Canada in *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067 (*Whirlpool*) at paragraph 44:

.... A patent specification should be given a purposive construction rather than a purely literal one derived from applying to it the kind of meticulous verbal analysis in which lawyers are too often tempted by their training to indulge....

[16] The Supreme Court in *Whirlpool* went on to state as follows at paragraph 49(g):

While “purposive construction” is a label introduced into claims construction by *Catnic*, *supra*, the approach itself is quite consistent, in my view, with what was said by Dickson J. the previous year in *Consolboard [Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.]*, [1981] 1 S.C.R. 504, (1981), 56 C.P.R. (2d) 145], on the topic of claims construction, at pages 520–521:

We must look to the whole of the disclosure and the claims to ascertain the nature of the invention and methods of its performance, (*Noranda Mines Limited v. Minerals Separation North American Corporation*, [1950] S.C.R. 36), being neither benevolent nor harsh, but rather seeking a construction which is reasonable and fair to both patentee and public. There is no occasion for being too astute or technical in the matter of objections to either title or specification for, as Duff C.J.C. said, giving the judgment of the Court in *Western Electric Company, Incorporated, and Northern Electric Company v. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] S.C.R. 570, at p. 574, “where the language of the specification, upon a reasonable view of it, can be so read as to afford the inventor protection for that which he has actually in good faith invented, the court, as a rule, will endeavour to give effect to that construction”.

Not only is “purposive construction” consistent with these well-established principles, it advances Dickson J.’s objective of an interpretation of the patent claims that “is reasonable and fair to both patentee and public”.

[15] Un brevet ne s’adresse pas au citoyen ordinaire, mais au travailleur versé dans l’art dont relève l’objet. Comme cela est indiqué dans l’arrêt *Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.*, [1982] R.P.C. 183, à la page 243, [1981] F.S.R. 60 (H.L.) (arrêt *Catnic*) et cité par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067 (arrêt *Whirlpool*), au paragraphe 44 :

[TRADUCTION] [...] Le mémoire descriptif d’un brevet doit recevoir une interprétation téléologique plutôt que l’interprétation purement littérale découlant du genre d’analyse terminologique méticuleuse que les avocats sont trop souvent tentés de faire en raison de leur formation.

[16] La Cour suprême poursuit en déclarant ce qui suit au paragraphe 49(g) de l’arrêt *Whirlpool* :

Même si elle est une appellation qui a été appliquée à l’interprétation des revendications par l’arrêt *Catnic*, précité, l’« interprétation téléologique » elle-même est fort compatible, selon moi, avec ce que le juge Dickson avait affirmé, l’année précédente, dans l’arrêt *Consolboard [Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.) Ltd.]*, [1981] 1 R.C.S. 504, 56 C.P.R. (2d) 145], au sujet de l’interprétation des revendications (aux pp. 520 et 521) :

Il faut considérer l’ensemble de la divulgation et des revendications pour déterminer la nature de l’invention et son mode de fonctionnement (*Noranda Mines Limited c. Minerals Separation North American Corporation*, [1950] R.C.S. 36), sans être ni indulgent ni dur, mais plutôt en cherchant une interprétation qui soit raisonnable et équitable à la fois pour le titulaire du brevet et pour le public. Ce n’est pas le moment d’être trop rusé ou formaliste en matière d’oppositions soit au titre ou au mémoire descriptif puisque, comme le dit le juge en chef Duff, au nom de la Cour, dans l’arrêt *Western Electric Company, Incorporated, et Northern Electric Company c. Baldwin International Radio of Canada*, [1934] R.C.S. 570, à la p. 574 : [TRADUCTION] « quand le texte du mémoire descriptif, interprété de façon raisonnable, peut se lire de façon à accorder à l’inventeur l’exclusivité de ce qu’il a inventé de bonne foi, la Cour, en règle générale, cherche à mettre cette interprétation à effet ».

Non seulement l’« interprétation téléologique » est-elle compatible avec ces principes bien établis, mais encore elle favorise l’atteinte de l’objectif visé par le juge Dickson, à savoir une interprétation des revendications de

[17] On standard of review, the appellants argue that claim construction is a question of law to which the standard of correctness applies. For its part, the respondent notes correctly that claim construction is typically assisted by expert evidence, and the weighing of such evidence by the trial judge is reviewed on a standard of palpable and overriding error: see *Tearlab Corporation v. I-MED Pharma Inc.*, 2019 FCA 179, 166 C.P.R. (4th) 367, at paragraph 29. Accordingly, even if I would not have reached the same conclusions on the expert evidence heard by the Federal Court, I must defer to its weighing of the evidence unless I find an error that meets this high standard.

[18] Before beginning my review of the specific issues of claim construction to be addressed, I must comment on an argument raised by the appellants at the hearing of this appeal (though not mentioned in their memorandum). They argue that this Court may consider section 53.1 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, in dealing with construction of the claims. The key part of this provision, subsection 53.1(1) reads as follows:

Legal Proceedings in Respect of Patents

...

Admissible in evidence

53.1 (1) In any action or proceeding respecting a patent, a written communication, or any part of such a communication, may be admitted into evidence to rebut any representation made by the patentee in the action or proceeding as to the construction of a claim in the patent if

- (a) it is prepared in respect of
 - (i) the prosecution of the application for the patent,

brevet qui « soit raisonnable et équitable à la fois pour le titulaire du brevet et pour le public ».

[17] Les appelantes affirment que, selon la norme de contrôle, l'interprétation des revendications est une question de droit à laquelle la norme de la décision correcte s'applique. De son côté, l'intimée fait remarquer, à juste titre, que l'interprétation des revendications est généralement guidée par la preuve d'expert et que la pondération de cette preuve par le juge de première instance est examinée selon la norme de l'erreur manifeste et dominante : voir l'arrêt *Tearlab Corporation c. I-MED Pharma Inc.*, 2019 CAF 179, au paragraphe 29. Par conséquent, bien que je n'aurais pas tiré les mêmes conclusions quant à la preuve d'expert entendue par la Cour fédérale, je dois m'en remettre à sa pondération de la preuve, sauf si je trouve une erreur qui satisfait à cette norme élevée.

[18] Avant de commencer à me pencher sur les questions particulières d'interprétation des revendications à examiner, je dois me prononcer sur un argument que les appelantes ont soulevé lors de l'audience du présent appel (bien qu'il n'ait pas été mentionné dans leur mémoire). Elles soutiennent que notre Cour pourrait examiner l'article 53.1 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, qui traite de l'interprétation des revendications. La partie clé de cette disposition, le paragraphe 53.1(1) énonce ce qui suit :

Procédures judiciaires relatives aux brevets

[...]

Admissibilité en preuve

53.1 (1) Dans toute action ou procédure relative à un brevet, toute communication écrite ou partie de celle-ci peut être admise en preuve pour réfuter une déclaration faite, dans le cadre de l'action ou de la procédure, par le titulaire du brevet relativement à l'interprétation des revendications se rapportant au brevet si les conditions suivantes sont réunies:

- a) elle est produite dans le cadre de la poursuite de la demande du brevet ou, à l'égard de ce brevet, d'une renonciation ou d'une demande ou procédure de réexamen;

(ii) a disclaimer made in respect of the patent, or

(iii) a request for re-examination, or a re-examination proceeding, in respect of the patent; and

(b) it is between

(i) the applicant for the patent or the patentee; and

(ii) the Commissioner, an officer or employee of the patent Office or a member of a re-examination board.

b) elle est faite entre, d’une part, le demandeur ou le titulaire du brevet, et d’autre part, le commissaire, un membre du personnel du Bureau des brevets ou un conseiller du conseil de réexamen.

[19] Though the appellants refer to this provision as the “file wrapper estoppel” provision, it is important to note that it does not refer to an estoppel. Rather, it provides that certain communications between a patentee or applicant and the Patent Office pertaining to a patent or a patent application are admissible in a patent action or proceeding as evidence “to rebut any representation made by the patentee in the action or proceeding as to the construction of a claim in the patent”. This provision appears to have been enacted to address a prior prohibition against considering the prosecution history of a patent when construing its claims (see *Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024 (*Free World Trust*), at paragraph 66; *Pollard Banknote Limited v. BABN Technologies Corp.*, 2016 FC 883, 141 C.P.R. (4th) 329, at paragraphs 79–81). For a broader discussion of this provision, see *CanMar Foods Ltd. v. TA Foods Ltd.*, 2021 FCA 7, [2021] 1 F.C.R. 799, at paragraphs 48–77.

[19] Bien que les appelantes qualifient cette disposition de [TRADUCTION] « préclusion fondée sur les notes apposées au dossier », il est important de noter qu’elle ne se rapporte pas à une préclusion. Elle dispose plutôt que certaines communications concernant un brevet ou la demande de brevet, entre un breveté ou un requérant et le Bureau des brevets, sont admissibles à titre de preuve dans le cadre d’une action ou d’une instance relative à un brevet [TRADUCTION] « pour réfuter une déclaration faite, dans le cadre de l’action ou de l’instance, par le titulaire du brevet relativement à l’interprétation des revendications se rapportant au brevet ». Cette disposition semble avoir été adoptée pour traiter une interdiction antérieure d’examen de l’historique de poursuite relatif à un brevet au moment d’interpréter ses revendications (voir l’arrêt *Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024 (arrêt *Free World Trust*), au paragraphe 66; et la décision *Pollard Banknote Limited c. BABN Technologies Corp.*, 2016 CF 883, aux paragraphes 79 et 81). Pour un plus vaste débat sur cette disposition, voir l’arrêt *CanMar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd.*, 2021 CAF 7, [2021] 1 R.C.F. 799, aux paragraphes 48 à 77.

[20] Section 53.1 came into force in December 2018, upon enactment of the *Budget Implementation Act, 2018, No. 2*, S.C. 2018, c. 27. According to section 201 thereof, section 53.1 of the *Patent Act* applies “in respect of any action or proceeding that has not been finally disposed of on the coming into force of that section 53.1.” Though the trial had finished prior to the coming into force of section 53.1, the Federal Court did not release

[20] L’article 53.1 est entré en vigueur en décembre 2018, lors de l’adoption de la *Loi n° 2 d’exécution du budget de 2018*, L.C. 2018, ch. 27. Selon l’article 201 de cette loi, l’article 53.1 de la *Loi sur les brevets* s’applique « à toute action ou procédure qui n’est pas décidée de façon définitive à l’entrée en vigueur de cet article 53.1 ». Bien que le procès se soit terminé avant l’entrée en vigueur de l’article 53.1, la Cour fédérale n’a

the decision until December 2019. Regardless of whether an action is considered “finally disposed of” upon release of a Federal Court decision or a final decision on appeal, it appears that the action in this case had not been finally disposed of when section 53.1 came into force, and therefore section 53.1 applies in the present case.

[21] That said, I note that the Federal Court heard no argument related to section 53.1, even after it came into force following the trial. Therefore, it would be difficult to find any error to ascribe to the Federal Court on this point. Further, though the appellants argue that this Court should construe the claims of the '173 patent in view of the claims as they appeared in the original patent application, they do not identify any representation made by the respondent before the Federal Court that they seek to rebut. The appellants' main complaint seems to be that the original claims were broadened during prosecution of the patent application to encompass the appellants' VSS. Each of the claim construction and patent validity issues raised by the appellants is dealt with in the following paragraphs. However, as I said in *Camsco Inc. v. Soucy International Inc.*, 2019 FC 255, 165 C.P.R. (4th) 1 (*Camsco*), at paragraph 197, aff'd 2020 FCA 183:

.... A patent applicant is perfectly entitled, and indeed is well-advised, to draft patent claims with an eye on competitors' products. The limitation is that the applicant must respect all of the requirements for valid claims.

[22] Therefore, the respondent's motivation in amending the claims is not, by itself, telling in terms of claim construction or patent validity.

A. *First Screen*

[23] The essence of this issue is the appellants' argument, before both the Federal Court and this Court, that the term “first screen” refers to the screen closest to the input end of the shaker, and excludes the screen at the

pas communiqué la décision avant décembre 2019. Il importe peu, au moment de la publication d'une décision de la Cour fédérale ou d'une décision définitive en appel, de savoir si on considère qu'une action est « décidée de façon définitive ». Il semble que l'action en l'espèce n'avait pas été décidée de façon définitive lorsque l'article 53.1 est entré en vigueur et, par conséquent, l'article 53.1 s'applique en l'espèce.

[21] Cela dit, je note que la Cour fédérale n'a entendu aucun argument relatif à l'article 53.1, même après son entrée en vigueur qui a suivi le procès. Par conséquent, il serait difficile d'imputer une erreur à la Cour fédérale sur ce point. En outre, bien que les appelantes affirment que notre Cour devrait interpréter les revendications du brevet '173 à la lumière des revendications qui figuraient dans la demande de brevet initiale, elles n'indiquent aucune observation présentée par l'intimée à la Cour fédérale qu'elles cherchent à réfuter. La principale plainte des appelantes semble se rapporter au fait que la portée des revendications initiales a été élargie au cours de la poursuite de demande de brevet de manière à inclure le système VS des appelantes. Chacune des questions d'interprétation des revendications et de validité du brevet soulevées par les appelantes est traitée dans les paragraphes suivants. Cependant, comme je l'ai dit dans la décision *Camsco Inc. c. Soucy International Inc.*, 2019 CF 255 (décision *Camsco*), au paragraphe 197, conf. par 2020 CAF 183 :

[...] Un demandeur de brevet a parfaitement le droit, et serait bien avisé, de rédiger des revendications de brevet en tenant compte des produits des compétiteurs. La limite est que le demandeur doit respecter toutes les exigences liées aux revendications valides.

[22] Par conséquent, l'intention de l'intimée de modifier les revendications n'est pas, en soi, révélatrice pour ce qui est de l'interprétation des revendications ou de la validité du brevet.

A. *Premier crible*

[23] La présente question concerne essentiellement l'argument des appelantes présenté à la Cour fédérale et à notre Cour, selon lequel le « premier crible » correspond au crible le plus près de l'entrée du tamis et exclut

discharge end of the screen. The appellants cite common general knowledge of the use of this term.

[24] The Federal Court disagreed with this construction. In doing so, the Federal Court noted the disagreement between the experts on this point (Peter Matthews and Bernard Murphy for the appellants, and Robert Palmer for the respondent), but favoured the evidence of Mr. Palmer. The Decision noted that Mr. Murphy reached his interpretation without having read anything in the '173 patent, and ultimately accepted that, in the context of the '173 patent, the first screen could be any screen (see paragraph 60). Mr. Matthews also accepted that the '173 patent makes clear that a pressure differential can be applied to the screen at the discharge end of the shaker (see paragraph 61).

[25] For his part, Mr. Palmer opined that there is no requirement that the first screen be closest to the inlet, and a skilled reader of the '173 patent would understand that the key difference between the first and second screens is not location but function. The Federal Court agreed and noted that, where it is necessary to make clear which screen is which, the patent specifically tells the reader (see paragraph 65).

[26] The Federal Court did not misunderstand the evidence and was entitled to weigh it in this way. I see no error.

B. *Controlling Air Flow*

[27] The principal challenge in construing the term “controlling air flow” is that the manner most discussed in the '173 patent for addressing the problem of pressure differential causing stalling of slurry on the screen is pulsing of the pressure. This pulsing is also referred to in the '173 patent as toggling or intermittent interruption of the vacuum. The appellants argue that construction of the term “controlling air flow” should be limited to such pulsing, and should not encompass simply adjusting a continuous pressure differential. They argue that

le crible à la sortie du tamis. Les appelantes invoquent les connaissances générales courantes liées à l'utilisation de ce terme.

[24] La Cour fédérale n'était pas d'accord avec cette interprétation. Ce faisant, la Cour fédérale a noté le désaccord entre les experts sur ce point (Peter Matthews et Bernard Murphy pour les appelantes et Robert Palmer pour l'intimée), mais elle a privilégié le témoignage de M. Palmer. Dans la décision, il a été souligné que M. Murphy est parvenu à son interprétation sans avoir lu quoi que ce soit dans le brevet '173 et qu'en fin de compte, il a reconnu que, dans le brevet '173, le premier crible pourrait être n'importe quel crible (voir le paragraphe 60). M. Matthews a également admis que le brevet '173 mentionne clairement qu'une pression différentielle peut être appliquée au crible à la sortie du tamis (voir le paragraphe 61).

[25] De son côté, M. Palmer a fait valoir qu'il n'est pas nécessaire que le premier crible soit celui le plus près de l'entrée et qu'une personne versée dans l'art qui lirait le brevet '173 comprendrait que la principale différence entre le premier et le deuxième crible n'est pas l'emplacement, mais le fonctionnement. La Cour fédérale a souscrit à cet argument et a souligné que, lorsqu'il est nécessaire de distinguer les cribles, le brevet dit expressément au lecteur quel crible est lequel (voir le paragraphe 65).

[26] La Cour fédérale n'a pas mal interprété la preuve et elle avait le droit de la soulever de cette façon. Je ne constate aucune erreur.

B. [TRADUCTION] « Contrôler le débit d'air »

[27] La principale difficulté pour interpréter l'expression [TRADUCTION] « contrôler le débit d'air » réside dans le fait que la méthode dont il est le plus souvent question, dans le brevet '173, afin de résoudre le problème de la pression différentielle qui cause un blocage par la boue sur le crible, est la pulsation de la pression. Cette pulsation est également qualifiée de variation ou d'interruption intermittente de la pression à vide dans le brevet '173. Les appelantes affirment que l'interprétation de l'expression [TRADUCTION] « contrôler le débit d'air »

a broader construction would render claims using this term obvious, since adjustment of a continuous pressure differential to prevent stalling of slurry was part of the common general knowledge of a skilled person prior to the '173 patent.

[28] The obviousness argument is addressed later in these reasons. However, claim construction is a separate exercise.

[29] As with the term “first screen,” I am of the view that the Federal Court understood the expert evidence and explained why it reached a conclusion that it was entitled to reach. At paragraph 77 of the Decision, the Federal Court noted that the '173 patent refers not just to toggling or pulsing of pressure differential, but also to “manipulating the valve,” and that the experts agreed that some of the valves mentioned in the patent were designed for controlling air flow (and not just for on/off applications). This supports the Federal Court’s conclusion at paragraph 76 of the Decision that the term “controlling air flow” is broader than toggling or pulsing the pressure differential.

C. Vapor

[30] The appellants argue that the experts agreed that the term “vapor” in the claims is confusing, but that the Federal Court disagreed, finding that vapor is a mist, not a gas. I do not accept that the Federal Court disagreed with the experts’ view that the term “vapor” in the claims is confusing. Paragraph 69 of the Decision acknowledged the experts’ agreement, and the subsequent discussion addressed the confusion. At paragraph 70, the Federal Court indicated that “[o]n its own, the term ‘vapor’ has a fairly uncomplicated meaning – air or gas containing suspended liquids.” The subsequent discussion left that definition substantially unaltered. At

devrait se limiter à ce type de pulsation et ne devrait pas inclure simplement l’ajustement d’une pression différentielle continue. Elles soutiennent qu’une interprétation plus large rendrait évidentes les revendications qui utilisent ce terme, puisque l’ajustement d’une pression différentielle continue, afin d’empêcher tout blocage par la boue, faisait partie des connaissances générales courantes, antérieures à la délivrance du brevet '173, d’une personne versée dans l’art.

[28] L’argument concernant l’évidence est examiné plus loin dans les présents motifs. Cependant, l’interprétation des revendications est une étape distincte.

[29] En ce qui concerne l’expression [TRADUCTION] « premier crible », je suis d’avis que la Cour fédérale comprenait la preuve d’expert et qu’elle a expliqué pourquoi elle est parvenue à une conclusion qu’elle était en droit de tirer. Au paragraphe 77 de sa décision, la Cour fédérale a souligné que le brevet '173 ne se rapporte pas simplement à la variation ou à la pulsation de la pression différentielle, mais aussi à la « manipulation du robinet » et que les experts étaient d’accord pour dire que certains des robinets mentionnés dans le brevet étaient destinés à contrôler le débit d’air (et qu’ils n’étaient pas simplement conçus pour des applications marche/arrêt). Cela appuie la conclusion de la Cour fédérale au paragraphe 76 de la décision selon laquelle l’expression [TRADUCTION] « contrôler le débit d’air » est plus vague que la variation ou la pulsation de la pression différentielle.

C. [TRADUCTION] « vapeur »

[30] Les appelantes affirment que les experts ont convenu que le terme [TRADUCTION] « vapeur » dans les revendications prête à confusion, mais que la Cour fédérale n’était pas d’accord, concluant que la vapeur est un brouillard, et non un gaz. Je ne crois pas que la Cour fédérale n’était pas d’accord avec l’opinion des experts selon laquelle le terme [TRADUCTION] « vapeur » dans les revendications prête à confusion. Il a été reconnu, au paragraphe 69 de la décision, que les experts étaient d’accord sur ce point et la discussion subséquente portait sur la confusion. Au paragraphe 70, la Cour fédérale a indiqué que « [l]a signification du terme « vapeur » n’est

paragraph 72, the Federal Court stated, “[a] vapour is not an entrained gas. Nor is a gas a vapour.” (N.B. an entrained gas is a gas that is trapped within a fluid.)

[31] The appellants appear to draw an important distinction between vapor and mist. I find that there is no such important distinction. Either term can refer to a gas containing suspended liquids. The Federal Court also does not draw such a distinction. The appellants seem to suggest that a mist is different because it is created when the drilling fluid is pulled through the screen, and therefore the suspended liquid is drilling fluid. However, this view is not supported in the Decision, nor did the evidence cited by the appellants compel the Federal Court to accept that view.

[32] The appellants also build arguments based on the Federal Court’s use of the word “gases” and not “vapor” in paragraphs 102, 108 and 115 of the Decision. First, they point to the statement at paragraph 72 of the Decision that a gas is not a vapor. Then they point to the Federal Court’s language in the above-listed paragraphs. I will address each of these, but I agree with the respondent’s argument that the Federal Court’s language is infelicitous, but unimportant.

[33] The difference between a gas and a vapor is simply that the latter contains suspended liquids and the former, technically speaking, does not. In paragraph 102 of the Decision the tray under the screen of the appellants’ VSS was described as collecting “fluid, fine particles, and gases that pass through the screen.” The appellants infer that the Federal Court intended to exclude gases containing suspended liquids (vapor). Having read the Decision in detail, I do not believe that this was the Federal Court’s intention. Nor do I accept that the Federal Court misunderstood the evidence on this issue in any significant way.

en soi pas très compliquée — air ou gaz contenant des particules liquides en suspension ». La discussion subséquente n’a pas sensiblement modifié la définition. Au paragraphe 72, la Cour fédérale a déclaré qu’« [u]ne vapeur n’est pas un gaz entraîné. Et un gaz n’est pas une vapeur ». (Note : un gaz entraîné est un gaz qui est emprisonné dans un fluide.)

[31] Les appelantes semblent établir une importante distinction entre la vapeur et le brouillard. J’estime que cette importante distinction n’existe pas. L’un ou l’autre de ces termes peut faire référence à un gaz contenant des particules liquides en suspension. La Cour fédérale n’établit pas non plus cette distinction. Les appelantes semblent vouloir dire qu’un brouillard est différent, car il se crée lorsque le fluide de forage est aspiré au travers du crible et, par conséquent, les particules liquides en suspension constituent le fluide de forage. Ce point de vue n’est toutefois pas étayé dans la décision et la preuve invoquée par les appelantes n’oblige pas non plus la Cour fédérale à souscrire à ce point de vue.

[32] Les appelantes appuient également leurs arguments en se fondant sur l’utilisation par la Cour fédérale du terme « gaz » et non du terme « vapeur » aux paragraphes 102, 108 et 115 de la décision. Premièrement, elles mentionnent la déclaration, au paragraphe 72 de la décision, selon laquelle un gaz n’est pas une vapeur. Puis elles soulignent le libellé utilisé par la Cour fédérale dans les paragraphes énumérés ci-dessus. J’examinerai chacun de ces points, mais je suis d’accord avec l’intimée quand elle fait valoir l’argument selon lequel le libellé utilisé par la Cour fédérale est malheureux, mais insignifiant.

[33] Un gaz est différent d’une vapeur simplement en ce sens que la vapeur contient des particules liquides en suspension, ce qui, techniquement parlant, n’est pas le cas du gaz. Au paragraphe 102 de la décision, le plateau situé sous le crible du système VS des appelantes a été décrit comme recueillant le « le fluide, les particules fines et les gaz qui passent au travers du crible ». Les appelantes infèrent que la Cour fédérale entendait exclure les gaz contenant des particules liquides en suspension (vapeur). Ayant examiné la décision en détail, je ne crois pas que c’était l’intention de la Cour fédérale. Je ne crois pas non plus que la Cour fédérale a particulièrement mal compris la preuve sur cette question.

[34] At paragraph 108, the Decision stated that a true degasser (one as understood in the common general knowledge, not as construed in the context of the '173 patent) is “used to recover gases entrained within the drilling fluid.” I see no problem with the use of “gases” here, even following the appellants’ strict interpretation of “gases.”

[35] Finally, paragraph 115 of the Decision described the appellants’ VSS as having a tray below the screen “to collect liquid and gases”. This is consistent with paragraph 102, and my view is the same.

D. *Degassing Chamber*

[36] The appellants argue that the term “degassing chamber” used in some of the claims in issue refers to a degasser, which is well-known to the skilled person and refers to a device that removes entrained gases from drilling fluid. The appellants point to repeated references in the '173 patent to entrained gases. The appellants object to the Federal Court’s broader construction of this term to encompass any chamber that separates air or vapor from drilling fluid.

[37] The Federal Court accepted the evidence of the respondent’s expert Mr. Palmer (and the other experts) that the degassing chamber described and claimed in the '173 patent is not a true degasser as understood by the skilled person. The Federal Court was entitled to accept the evidence of Mr. Palmer concerning the meaning of “degassing chamber” in the '173 patent. I see no reviewable error in the Federal Court’s conclusion in this respect. Even though the '173 patent refers to entrained gases, the element described as a degassing chamber in Figure 6 of the '173 patent is simply a holding tank for liquid in which air is exhausted, much like a household wet-vac. The appellants’ expert Mr. Murphy acknowledged this. The '173 patent does not describe any means for removing entrained gases.

[34] Au paragraphe 108 de la décision, il est indiqué qu’un véritable dégazeur (au regard des connaissances générales courantes, qui n’est pas interprété dans le contexte du brevet '173) est « utilisé pour récupérer les gaz entraînés dans le fluide de forage ». Je ne vois aucun problème avec l’utilisation du terme « gaz » en l’espèce, même si l’on suit l’interprétation stricte de ce terme donnée par les appelantes.

[35] Enfin, le paragraphe 115 de la décision décrivait le système VS des appelantes comme ayant un plateau situé sous le crible « pour récupérer le liquide et les gaz ». Cela concorde avec le paragraphe 102 et mon point de vue à cet égard est le même.

D. [TRADUCTION] « chambre de dégazage »

[36] Les appelantes affirment que le terme [TRADUCTION] « chambre de dégazage » utilisé dans certaines des revendications en litige se rapporte à un dégazeur, que la personne versée dans l’art connaît bien, et qui désigne un appareil qui sépare les gaz entraînés du fluide de forage. Les appelantes attirent l’attention sur les références répétées aux gaz entraînés qui figurent dans le brevet '173. Les appelantes s’opposent à l’interprétation plus large de ce terme donnée par la Cour fédérale pour inclure toute chambre qui sépare l’air ou la vapeur du fluide de forage.

[37] La Cour fédérale a retenu le témoignage de l’expert de l’intimée, M. Palmer (et des autres experts) selon lequel la chambre de dégazage, décrite et revendiquée dans le brevet '173, n’est pas un véritable dégazeur tel que la personne versée dans l’art le comprend. La Cour fédérale avait le droit de retenir le témoignage de M. Palmer concernant le sens de l’expression [TRADUCTION] « chambre de dégazage » dans le brevet '173. Je ne vois aucune erreur susceptible de révision dans la conclusion de la Cour fédérale à cet égard. Bien que le brevet '173 mentionne des gaz entraînés, l’élément décrit comme une chambre de dégazage à la figure 6 du brevet '173 est simplement un réservoir de rétention pour le liquide dans lequel l’air est évacué et qui ressemble beaucoup à un aspirateur de liquides domestique. L’expert des appelantes, M. Murphy, l’a reconnu. Le brevet '173 ne décrit pas des moyens permettant de supprimer les gaz entraînés.

[38] At the hearing, the appellants added an argument that the Federal Court erred in construing the term “degassing chamber” in claims 10, 17 and 20 as having the same scope as the term “chamber” in claims 12 and 16. The appellants argue that this conclusion failed to recognize the principle of claim differentiation and claim 17, which differs from claim 12 only in defining the chamber to be a degassing chamber. This argument cannot succeed. Firstly, the principle of claim differentiation is not absolute. Rather, it contemplates a rebuttable presumption: where one claim differs from another in only a single feature it is difficult to argue that the different feature has not been made essential to the claim: *Whirlpool*, at paragraph 79; *Camso*, at paragraph 103. Moreover, the appellants’ argument conflicts with the opinion of their own expert Mr. Murphy who construed the two terms as consistent with one another (see paragraph 72 of the Murphy Invalidity Report, appeal book, Vol. 33, tab 302, at page A6567).

E. *All*

[39] Claims 12 and 20 of the '173 patent specify that “all” the air or vapor and drilling fluid that passes through the first screen is conveyed to a degassing chamber (or chamber). The appellants object to the Federal Court’s characterisation of the word “all” in these claims as essential. The appellants argue that the Federal Court provided no purposive analysis of the word “all.”

[40] It is not clear to me precisely what the appellants found missing in the Federal Court’s analysis here. It considered Mr. Murphy’s assertion concerning the possibility of hazardous gases being present in the slurry, but dismissed this assertion on the basis that the '173 patent has no claims concerning treatment of such gases. The Federal Court also noted the absence of the word “all” in claim 10 as a basis for concluding that this word

[38] Lors de l’audience, les appelantes ont ajouté un argument selon lequel la Cour fédérale a commis une erreur en interprétant l’expression [TRADUCTION] « chambre de dégazage », dans les revendications 10, 17 et 20, comme ayant la même portée que le terme [TRADUCTION] « chambre », dans les revendications 12 et 16. Les appelantes affirment que, dans cette conclusion, on omettait de reconnaître le principe de la différenciation des revendications et la revendication 17 qui diffère de la revendication 12 uniquement par le fait que la chambre est définie comme une chambre de dégazage. Cet argument ne peut être retenu. D’abord, le principe de la différenciation des revendications n’est pas absolu. Il porte plutôt sur une présomption réfutable : lorsque des revendications diffèrent l’une de l’autre à un seul égard, il est difficile de prétendre que l’on n’a pas fait de la caractéristique différente un élément essentiel de la revendication : arrêt *Whirlpool*, au paragraphe 79; décision *Camso*, au paragraphe 103. En outre, l’argument des appelantes contredit l’opinion de leur propre expert, M. Murphy, qui a interprété les deux termes en indiquant qu’ils étaient équivalents (voir le paragraphe 72 du rapport de M. Murphy sur l’invalidité, dossier d’appel, vol. 33, onglet 302, à la page A6567).

E. [TRADUCTION] « la totalité »

[39] Les revendications 12 et 20 du brevet '173 précisent que [TRADUCTION] « la totalité » de l’air ou de la vapeur et du fluide de forage qui passe au travers du premier crible est acheminée vers une chambre de dégazage (ou une chambre). Les appelantes s’opposent à la Cour fédérale qui qualifie d’élément essentiel le terme [TRADUCTION] « la totalité » dans les présentes revendications. Les appelantes affirment que la Cour fédérale n’a pas fourni d’analyse téléologique du terme [TRADUCTION] « la totalité ».

[40] Je ne suis pas certain de savoir précisément ce qui, en l’espèce, manquait dans l’analyse de la Cour fédérale, selon les appelantes. Elle a tenu compte de l’affirmation de M. Murphy au sujet de la présence possible de gaz dangereux dans la boue, mais elle l’a rejetée pour le motif que le brevet '173 ne renferme pas de revendications concernant le traitement de ces gaz. La Cour fédérale a également souligné l’absence du terme [TRADUCTION]

in claims 12 and 20 is essential. I see no flaw in this analysis.

[41] I note also the principle that elements of patent claims are presumed to be essential: *Free World Trust*, at paragraph 57. The appellants make no reasonable argument as to why the word “all” in claims 12 and 20 should be treated as non-essential.

F. *Or*

[42] The appellants argue that the word “or” in the expression “air or vapor” in claims 19 and 20 should be construed conjunctively, and that the Federal Court erred in concluding that the expression contemplates air or vapor or a combination of the two. The expression “air or vapor” refers to what is pulled through the first screen and then conveyed to the degassing chamber. The appellants argue, on the one hand, that vapor cannot be pulled through the first screen without also pulling through air. The appellants also argue that vapor must be sent to the degassing chamber, because the degassing chamber would be unnecessary if it received only air.

[43] The Federal Court considered this argument but reached its conclusion based on the opinion of Mr. Palmer. In my view, it was open to the Federal Court to favour Mr. Palmer’s evidence. The appellants’ argument assumes that the purpose of the claimed degassing chamber is to recover liquids suspended in a vapor. It is not. Its purpose is instead to remove air or vapor from the drilling fluid recovered from the slurry.

G. *Within a Shaker*

[44] Claims 20, 21 and 22 of the '173 patent depend from claim 19, which defines “a second screen within a shaker.” The appellants argue that these claims require that the second screen be located within the shaker, and

« la totalité » dans la revendication 10 pour conclure que ce terme est essentiel dans les revendications 12 et 20. Je ne décèle dans cette analyse aucune erreur.

[41] Je remarque aussi le principe selon lequel les éléments des revendications du brevet sont présumés essentiels : arrêt *Free World Trust*, au paragraphe 57. Les appelantes ne font aucun argument raisonnable quant à la raison pour laquelle le terme « la totalité », dans les revendications 12 et 20, devrait être considéré comme non essentiel.

F. [TRADUCTION] « ou »

[42] Les appelantes affirment que le terme [TRADUCTION] « ou », dans l’expression [TRADUCTION] « l’air ou la vapeur », dans les revendications 19 et 20, devrait être interprété au sens conjonctif et que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l’expression porte sur l’air ou sur la vapeur ou sur les deux combinés. L’expression « l’air ou la vapeur » renvoie à ce qui est aspiré au travers du premier crible, puis acheminé vers la chambre de dégazage. D’une part, les appelantes affirment que la vapeur ne peut pas être aspirée au travers du premier crible sans que l’air le soit aussi. Les appelantes soutiennent également que la vapeur doit être acheminée vers la chambre de dégazage, car celle-ci ne servirait à rien si elle ne recueillait que de l’air.

[43] La Cour fédérale a tenu compte de cet argument, mais elle a tiré sa conclusion en se fondant sur l’opinion de M. Palmer. À mon avis, il était loisible à la Cour fédérale de privilégier le témoignage de M. Palmer. L’argument des appelantes suppose que l’objet de la chambre de dégazage revendiquée est de récupérer les particules liquides en suspension sous forme de vapeur. Ce n’est pas le cas. Son objet est plutôt de séparer l’air ou la vapeur du fluide de forage récupéré de la boue.

G. [TRADUCTION] « intégré à un tamis »

[44] Les revendications 20, 21 et 22 du brevet '173 dépendent de la revendication 19 qui définit [TRADUCTION] « un deuxième crible intégré à un tamis ». Les appelantes affirment que ces revendications exigent que le deuxième

that it is not enough for the second screen to be attached to the outside of the shaker.

[45] The Federal Court did not explicitly construe the expression “within a shaker.” However, it is implicit in the Decision that the Federal Court was satisfied that a second screen is “within a shaker” if it is firmly attached to, or integrated into, the shaker: see paragraphs 16 and 87 of the Decision. The evidence of Mr. Palmer supported this conclusion; paragraph 40 of his Reply Report stated that a screen “mounted externally onto the shaker and becoming part and parcel of the shaker ... effectively becomes part of the shaker, extending the shaker bed”, and is therefore considered “within” the shaker (appeal book, Vol. 21, tab 83, page A4211). It was open to the Federal Court to reach this conclusion.

V. Infringement

[46] This section addresses those non-infringement arguments raised by the appellants that are not defeated by the claim construction discussion in the previous section of these reasons.

[47] It is useful to preface the analysis in this section with a few words concerning the claims that are in issue in this appeal. They are not limited to those that were found to infringe. Because the appellants’ invalidity arguments concern all of the claims of the ‘173 patent that the respondent does not admit are invalid, these claims are also in issue.

[48] Claims 1 to 18 concern a method comprising certain steps. These claims are directly infringed where one performs all of the steps of the claimed method. One who omits an essential step in a claimed method does not directly infringe the claim. However, one who knowingly induces another to perform all of the steps of the claimed method (i.e. to directly infringe) may be liable for inducing infringement: *Corlac Inc. v. Weatherford Canada Inc.*, 2011 FCA 228, 95 C.P.R. (4th) 101, at paragraph 162.

crible soit situé à l’intérieur du tamis et qu’il ne suffit pas que le deuxième crible soit installé à l’extérieur du tamis.

[45] La Cour fédérale n’a pas interprété explicitement l’expression [TRADUCTION] « intégré à un tamis ». Cependant, il est implicite, dans la décision, que la Cour fédérale a conclu qu’un deuxième crible est « intégré au tamis » s’il est bien fixé ou intégré à ce dernier, le tamis : voir les paragraphes 16 et 87 de la décision. Le témoignage de M. Palmer étayait cette conclusion : il était indiqué, au paragraphe 40 de son rapport en réponse, qu’un crible [TRADUCTION] « monté à l’extérieur sur le tamis et qui devient partie intégrante du tamis [...] devient véritablement un élément du tamis en prolongeant le lit du tamis ». On considère donc qu’il est « intégré » au tamis (dossier d’appel, vol. 21, onglet 83, à la page A4211). Il était loisible à la Cour fédérale de tirer cette conclusion.

V. La contrefaçon

[46] La présente section porte sur ces arguments de non-contrefaçon soulevés par les appelantes qui ne sont pas réfutés par l’analyse de l’interprétation des revendications dans la section précédente des présents motifs.

[47] Il est utile, en guise d’introduction à l’analyse de la présente section, de dire quelques mots au sujet des revendications qui sont en litige dans le présent appel. Elles ne se limitent pas aux revendications qui ont été jugées comme constituant une contrefaçon. Les arguments de non-validité des appelantes portant sur toutes les revendications du brevet ‘173 que l’intimée ne reconnaît pas comme étant non valides, ces revendications sont également en litige.

[48] Les revendications 1 à 18 concernent une méthode comprenant certaines étapes. Ces revendications sont directement contrefaites lorsqu’on exécute toutes les étapes de la méthode revendiquée. Omettre une étape essentielle d’une méthode revendiquée ne constitue pas une contrefaçon directe de la revendication. Cependant, celui qui incite sciemment un autre à exécuter toutes les étapes de la méthode revendiquée (c.-à-d. une contrefaçon directe) pourrait être tenu responsable d’incitation à la contrefaçon : *Corlac Inc. c. Weatherford Canada Ltd.*, 2011 CAF 228, au paragraphe 162.

[49] Claims 19 to 23 of the '173 patent concern a system. These claims are directly infringed where one makes, constructs, uses or sells a system that comprises all of the essential claim elements. As with method claims, there is no direct infringement of a system claim where one omits an essential element thereof, but one may be liable for inducing infringement if one knowingly induces another to infringe.

[50] The issue of inducing infringement is particularly relevant in this case in relation to the method claims. This is because all of the method claims in issue include the step of introducing (or delivering) a slurry to a shaker. Typically, this step is performed by the appellants' customer rather than by the appellants themselves.

[51] It is also useful to preface the infringement analysis with a brief discussion of the issue of liability to a patentee for activities prior to the issuance of the patent. Subsection 55(1) of the *Patent Act* provides for liability for all damages sustained resulting from infringement of an issued patent. But subsection 55(2) also contemplates liability for certain activities prior to issuance of the patent. The current version of subsection 55(2), which differs insubstantially from the text that was in force before the Federal Court, reads as follows:

Infringement

...

55

Liability damage before patent is granted

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

[49] Les revendications 19 à 23 du brevet '173 concernent un système. Celui qui fabrique, construit, utilise ou vend un système qui comprend tous les éléments essentiels des revendications contrefait directement ces revendications. Comme avec les revendications relatives à une méthode, omettre un élément essentiel de la méthode ne constitue pas une contrefaçon directe de la revendication d'un système, mais celui qui incite sciemment un autre à contrefaire pourrait être tenu responsable d'incitation à la contrefaçon.

[50] En l'espèce, la question de l'incitation à la contrefaçon, en lien avec les revendications relatives à la méthode, est particulièrement pertinente, car toutes les revendications en litige relatives à la méthode comprennent l'étape de l'introduction (ou de l'acheminement) d'une boue sur un tamis. Cette étape est généralement exécutée par le client des appelantes, plutôt que par les appelantes elles-mêmes.

[51] Il est aussi utile, en guise d'introduction à l'analyse de la contrefaçon, de discuter brièvement de la question de la responsabilité d'un breveté relativement à des activités qui précèdent la délivrance du brevet. Le paragraphe 55(1) de la *Loi sur les brevets* prévoit une responsabilité pour tous les dommages que la contrefaçon d'un brevet délivré fait subir. Cependant, le paragraphe 55(2) porte sur la responsabilité relativement à certaines activités qui précèdent la délivrance du brevet. La version actuelle du paragraphe 55(2), qui ne diffère pas considérablement du libellé en vigueur présenté à la Cour fédérale, est rédigée ainsi :

Contrefaçon

[...]

55 [...]

Indemnité raisonnable

(2) Est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci, à concurrence d'une indemnité raisonnable, quiconque accomplit un acte leur faisant subir un dommage après la date à laquelle le mémoire descriptif compris dans la demande de brevet est devenu accessible au public, en français ou en anglais, sous le régime de l'article 10 et avant la date de l'octroi du brevet, dans le cas où cet acte aurait constitué une contrefaçon si le

of the patent if the patent had been granted on the day the specification became open to public inspection, in English or French, under that section.

[52] Though activities of the kind contemplated in subsection 55(2) are not true patent infringement because they take place in a time when no patent yet exists, I will refer to them in these reasons as “pre-issuance infringement” for the sake of simplicity. The following aspects of subsection 55(2) are notable:

- i. Liability for pre-issuance infringement is not for “all damage sustained” (as it is in cases of true patent infringement), but rather for “reasonable compensation ... for any damage sustained”;
- ii. The period of liability is from the date the patent application became open to public inspection until issuance of the patent; and
- iii. Liability arises from activities “that would have constituted an infringement of the patent if the patent had been granted on the day the specification became open to public inspection”.

[53] An important fact is that the application for the '173 patent, which has a filing date of October 1, 2007 and a publication date (the date the application became open to public inspection) of April 10, 2008, was amended on October 2, 2013 to introduce, among other things, new claims. Prior to that date, all of the claims in the application defined toggling the pressure differential across the screen. The appellants' activities therefore did not fall within the scope of the prior claims. These facts are not in dispute, and there is no argument that either of the appellants is liable for any of its activities prior to October 2, 2013.

[54] I now consider the specific arguments raised by the appellants.

brevet avait été octroyé à la date où ce mémoire descriptif est ainsi devenu accessible.

[52] Bien que les activités de ce type prévues au paragraphe 55(2) ne constituent pas une véritable contrefaçon de brevet, puisque leur exécution a lieu alors qu'aucun brevet n'existe encore, par souci de simplicité, je les qualifierai de [TRADUCTION] « contrefaçon antérieure à la délivrance d'un brevet » dans les présents motifs. Les éléments suivants du paragraphe 55(2) sont importants :

- i. la responsabilité relative à la contrefaçon antérieure à la délivrance d'un brevet n'est pas engagée au titre « d'un acte [...] faisant subir un dommage » (comme cela est le cas dans des affaires de véritable contrefaçon de brevet), mais plutôt « à concurrence d'une indemnité raisonnable [...] [au titre d']un dommage [subi] »;
- ii. la période de responsabilité commence à la date à laquelle la demande de brevet est devenue accessible au public, jusqu'à la délivrance du brevet;
- iii. la responsabilité découle d'activités « [qui] aurai[ent] constitué une contrefaçon si le brevet avait été octroyé à la date où ce mémoire descriptif est ainsi devenu accessible ».

[53] Fait important, la demande concernant le brevet '173, dont la date de dépôt est le 1^{er} octobre 2007 et dont la date de publication (la date à laquelle la demande est devenue accessible au public) est le 10 avril 2008, a été modifiée le 2 octobre 2013 en vue d'ajouter notamment de nouvelles revendications. Avant cette date, toutes les revendications dans la demande définissaient la variation de la pression différentielle dans le crible. Les activités des appelantes n'étaient donc pas visées par les revendications précédentes. Ces faits ne sont pas en litige et il n'existe aucun argument selon lequel l'une ou l'autre des appelantes est responsable de toutes ses activités avant le 2 octobre 2013.

[54] J'examinerai maintenant les arguments précis soulevés par les appelantes.

A. By FPM

[55] The appellants argue that FPM stopped doing business in 2014, prior to the issuance of the '173 patent, and hence cannot be liable for infringement. The appellants argue that a party is not liable under the *Patent Act* for pre-issuance infringement if it discontinues the activities in question prior to issuance of the patent. The appellants also argue that, regardless of its activities after issuance of the patent, a party cannot be liable for pre-issuance infringement by inducement. The appellants acknowledge that there is no authority in support of these arguments, but they note that there is also no authority that contradicts their position.

[56] I note first that, even accepting the appellants' argument that FPM stopped doing business in 2014, this stoppage occurred after the October 2, 2013 claims amendment. Accordingly, some of FPM's pre-issuance activities in issue took place while the amended claims were on record. This means that FPM could not avoid liability based on its activities being entirely prior to the amendment, even if that were a basis for avoiding liability. I express no opinion here as to whether that would be a basis for avoiding liability.

[57] The more important questions here are (i) whether one who engages in pre-issuance infringement can avoid liability under subsection 55(2) by discontinuing the activities in question prior to issuance of the patent, and (ii) whether liability under subsection 55(2) extends to one whose pre-issuance infringement is by inducement. These questions require an interpretation of subsection 55(2).

A. Par FPM

[55] Les appelantes affirment que FPM a cessé ses activités en 2014, avant la délivrance du brevet '173. Elle ne peut pas être tenue responsable de contrefaçon. Les appelantes soutiennent qu'aux termes de la *Loi sur les brevets*, une partie n'est pas tenue responsable d'une contrefaçon antérieure à la délivrance d'un brevet si elle cesse les activités en question avant la délivrance du brevet. Les appelantes avancent également qu'une partie, quelles que soient ses activités après la délivrance d'un brevet, ne peut pas être tenue responsable d'une contrefaçon par incitation antérieure à la délivrance d'un brevet. Les appelantes reconnaissent qu'il n'existe aucune jurisprudence à l'appui de ces prétentions, mais elles soulignent qu'il n'existe pas non plus de jurisprudence qui contredit leur thèse.

[56] D'abord, je remarque que, même si je retiens l'argument des appelantes, selon lequel FPM a cessé ses activités en 2014, cet événement s'est produit après la modification des revendications survenue le 2 octobre 2013. Par conséquent, certaines des activités en cause antérieures à la délivrance du brevet, qui ont été menées par FPM, ont eu lieu alors que les revendications modifiées étaient versées au dossier. Cela signifie que FPM ne pouvait pas se dégager de sa responsabilité en invoquant le fait que ses activités ont toutes été menées avant la modification, même si cela constituait un motif pour se dégager de sa responsabilité. En l'espèce, je n'exprime aucune opinion sur la question de savoir si cela constituerait un motif pour se dégager de ses responsabilités.

[57] Les questions les plus importantes, en l'espèce, sont celles de savoir (i) si quelqu'un, qui exécute un acte de contrefaçon antérieur à la délivrance d'un brevet, peut se dégager de sa responsabilité, en application du paragraphe 55(2), en cessant les activités en question avant la délivrance du brevet et (ii) si la responsabilité aux termes du paragraphe 55(2) s'étend à quelqu'un qui a exécuté un acte de contrefaçon par incitation antérieure à la délivrance d'un brevet. Pour répondre à ces questions, il faut interpréter le paragraphe 55(2).

[58] The Supreme Court of Canada, in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10, has provided the following guidance in interpreting statutory provisions:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that “the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament”: see 65302 *British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

[59] Beginning with the text of subsection 55(2) (reproduced at paragraph 51 above), I note that nothing therein suggests that a pre-issuance infringer can avoid liability by discontinuing its activities prior to issuance of the patent. The text is concerned with the period from publication of the patent application until issuance of the patent, and with activities during that period that would have constituted an infringement if the patent had already been granted. There is no indication in the text that the infringing activity must continue after issuance of the patent.

[60] As regards the question of inducing infringement, I note that this is merely a form of patent infringement, not a distinct tort: *Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 FCA 30 (*Hospira 2020*), at paragraph 45, leave to appeal to S.C.C. refused, 39099 (23 December 2020) [[2020 S.C.C.A. No. 79 (QL)]; *Bauer Hockey Corp. v. Easton Sports Canada Inc.*, 2010 FC 361, 8 B.C.L.R. (5th) 1, 366 F.T.R. 242 (*Bauer*), at paragraph 199, affd 2011 FCA 83,

[58] La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10, a énoncé la directive suivante relative à l'interprétation des dispositions législatives :

Il est depuis longtemps établi en matière d'interprétation des lois qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur : voir 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d'un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L'incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l'objet sur le processus d'interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d'une loi comme formant un tout harmonieux.

[59] Si l'on commence par l'examen du libellé du paragraphe 55(2) (reproduit au paragraphe 51 ci-dessus), je remarque que rien dans ce dernier n'indique qu'une personne, qui accomplit un acte de contrefaçon antérieur à la délivrance d'un brevet, peut se dégager de sa responsabilité en cessant ses activités avant la délivrance du brevet. Le libellé porte sur la période qui va de la publication de la demande de brevet à la délivrance du brevet, ainsi que sur les activités pendant cette période qui auraient constitué une contrefaçon si le brevet avait déjà été octroyé. Rien n'indique dans le libellé que l'activité de contrefaçon doit se poursuivre après la délivrance du brevet.

[60] Quant à la question de l'incitation à la contrefaçon, je remarque qu'il s'agit simplement d'une forme de contrefaçon de brevet, et non un délit distinct : *Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Trust for Rheumatology Research*, 2020 CAF 30 (arrêt *Hospira 2020*), au paragraphe 45, autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. refusée, 39099 (23 décembre 2020) [[2020] C.S.C.R. n° 79 (QL)]; *Bauer Hockey Corp. c. Easton Sports Canada Inc.*, 2010 CF 361 (décision

92 C.P.R. (4th) 103. There is no reason to treat pre-issuance infringement by inducement differently from direct pre-issuance infringement.

[61] The context of subsection 55(2) does not suggest that a pre-issuance infringer can avoid liability therefor by discontinuing its activities prior to issuance of the patent. The concept of pre-issuance infringement was added to Canada's patent regime when Canada adopted the practice in place in most of the rest of the world, and began (i) publishing patent applications prior to issuance, and (ii) counting the life of the patent from the date of filing rather than the date of issuance. Given that the life of the patent was counting during the pendency of the application, and that the public had access to the invention once the application was published (usually 18 months after the priority date of the application), it was decided that the patent system would impose liability for "reasonable compensation" on those who use inventions without permission during this pre-issuance period. No cause of action exists under subsection 55(2) until the patent has issued (see *Premier Tech Ltée v. Équipements Tardif Inc.* (1993), 48 C.P.R. (3d) 42, 63 F.T.R. 114 (F.C.T.D.)), but liability relates to the period from publication to issuance. The concern remains that an invention that has been made public but has not yet issued will be exploited by a third party during this period when the inventor cannot prevent such exploitation. The discontinuance of that exploitation prior to issuance of the patent does not reduce the inventor's loss resulting from third party exploitation during the pre-issuance period.

[62] Similarly, the context of subsection 55(2) does not suggest that pre-issuance infringement by inducement should be treated differently from direct pre-issuance infringement. In either case, the concerns for the unlicensed use of an invention prior to issuance of the patent are present.

Bauer), au paragraphe 199, conf. par 2011 CAF 83. Il n'y a pas lieu de faire une distinction entre une contrefaçon par incitation antérieure à la délivrance d'un brevet et une contrefaçon directe antérieure à la délivrance d'un brevet.

[61] Le contexte du paragraphe 55(2) n'indique pas qu'une personne qui accomplit un acte de contrefaçon antérieur à la délivrance d'un brevet peut se dégager de toute responsabilité y afférente en cessant ses activités avant la délivrance du brevet. La notion de contrefaçon antérieure à la délivrance d'un brevet a été ajoutée au régime canadien des brevets lorsque le Canada a adopté la pratique existante dans la majeure partie du reste du monde et a commencé à (i) publier des demandes de brevets avant la délivrance de ceux-ci et (ii) à compter la durée de validité du brevet à partir de la date du dépôt de la demande du brevet, plutôt qu'à partir de la date de sa délivrance. Étant donné que la durée de validité du brevet comptait pendant le traitement de la demande et que le public avait accès à l'invention une fois que la demande était publiée (généralement 18 mois après la date de priorité de la demande), il a été décidé que le régime des brevets imposerait une responsabilité, à concurrence d'une « indemnité raisonnable », à quiconque utilise des inventions sans y être autorisé pendant la période antérieure à la délivrance d'un brevet. Aucun motif d'instance n'existe aux termes du paragraphe 55(2) tant que le brevet n'a pas été délivré (voir la décision *Premier Tech Ltée c. Équipements Tardif Inc.*, [1993] A.C.F. n° 283 (QL) (1^{re} inst.)), mais la responsabilité se rapporte à la période comprise entre la publication et la délivrance du brevet. Il n'en reste pas moins qu'une invention qui a été rendue publique, mais qui n'a pas encore fait l'objet de la délivrance d'un brevet, pourrait être exploitée par un tiers pendant cette période, alors que l'inventeur ne pourrait empêcher cette exploitation. L'arrêt de cette exploitation avant la délivrance du brevet n'a pas pour effet de réduire les pertes que son exploitation par un tiers fait subir à l'inventeur pendant la période antérieure à la délivrance du brevet.

[62] De même, le contexte du paragraphe 55(2) n'indique pas qu'il faut faire une distinction entre une contrefaçon par incitation antérieure à la délivrance d'un brevet et une contrefaçon directe antérieure à la délivrance d'un brevet. Dans un cas comme dans l'autre, la question de l'utilisation non autorisée d'une invention avant la délivrance du brevet est présente.

[63] The discussion in the previous two paragraphs concerning the context of subsection 55(2) also explains its purpose: to compensate inventors whose published inventions are used without permission before they can enforce their rights. Nothing in the context or the purpose suggests any exclusion from liability to a patentee where the pre-issuance infringement stops prior to issuance, or where such infringement is by inducement. Presumably, the earlier such activity stops the lower the liability for reasonable compensation will be, but it would defeat the purpose of the provision if the pre-issuance infringer could continue its activities, possibly for many years, and then avoid all liability by discontinuing those activities just before the patent issues. Likewise, it would defeat the purpose of the provision if one could avoid liability by inducing another to directly infringe. The reasons for imposing liability for infringement on one who knowingly induces a third party to infringe after a patent has issued apply equally before issuance.

[64] There is precedent for finding that pre-issuance infringement can occur by inducement. The Federal Court, Trial Division made such a finding in *Baker Petrolite Corp. v. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, 2001 FCT 889, [2002] 2 F.C. 3 where it concluded that one defendant, Canwell Enviro-Industries Ltd., had induced another defendant, the City of Medicine Hat, to perform pre-issuance infringement. The Federal Court of Appeal, in *Baker Petrolite Corp. v. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, 2002 FCA 158, [2003] 1 F.C. 49 reversed the result on the basis that the patent in suit was invalid. However, the Federal Court of Appeal made no comment on the issue of liability for inducing pre-issuance infringement.

[65] Another case in which a trial led to a conclusion that inducement gave rise to liability for pre-issuance

[63] La discussion dans les deux précédents paragraphes au sujet du contexte du paragraphe 55(2) explique aussi son objectif : indemniser les inventeurs dont les brevets publiés sont utilisés sans autorisation avant qu'ils puissent faire valoir leurs droits. Rien dans le contexte ou l'objectif n'indique une exclusion de responsabilité à l'égard d'un breveté lorsque la contrefaçon antérieure à la délivrance d'un brevet cesse avant la délivrance du brevet ou lorsqu'il s'agit d'une contrefaçon par incitation. On peut supposer que plus tôt une telle activité cesse, plus la responsabilité, à concurrence d'une indemnité raisonnable, diminuera. Or, si la personne qui accomplit un acte de contrefaçon antérieur à la délivrance d'un brevet pouvait poursuivre ses activités, possiblement pendant plusieurs années, puis se dégager de toute responsabilité en cessant ces activités juste avant la délivrance du brevet, cela irait à l'encontre de l'objet de la disposition. De même, si, en incitant un tiers à accomplir un acte de contrefaçon directe, une personne pouvait se dégager de sa responsabilité, cela contrecarrerait l'objet de la disposition. Les motifs liés à l'imposition d'une responsabilité pour contrefaçon à quelqu'un qui incite sciemment un tiers à accomplir un acte de contrefaçon après la délivrance d'un brevet sont également valables avant la délivrance du brevet.

[64] Il existe un précédent où il a été conclu qu'un acte de contrefaçon antérieur à la délivrance d'un brevet peut être accompli par incitation. La Section de première instance de la Cour fédérale est parvenue à cette conclusion dans la décision *Baker Petrolite Corp. c. Canwell Enviro Industries Ltd.*, 2001 CFPI 889, [2002] 2 C.F. 3, où elle a conclu qu'un défendeur, Canwell Enviro-Industries Ltd., avait incité un autre défendeur, la ville de Medicine Hat, à commettre des actes de contrefaçon avant la délivrance d'un brevet. La Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Baker Petrolite Corp. c. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, 2002 CAF 158, [2003] 1 C.F. 49, a infirmé cette décision au motif que le brevet en litige était non valide. Cependant, la Cour d'appel fédérale n'a formulé aucun commentaire sur la question de la responsabilité liée à l'incitation à commettre un acte de contrefaçon antérieur à la délivrance d'un brevet.

[65] Une autre affaire dans laquelle un procès a amené un tribunal à conclure qu'une incitation donnait

infringement is *Bauer*. There, the Federal Court found the defendant liable for pre-issuance infringement both by inducement and directly. On appeal, the Federal Court of Appeal maintained the result, but found it unnecessary to address the defendant's argument that the trial judge had applied the wrong test for inducement, since she had also found that there was direct pre-issuance infringement.

[66] In conclusion, I find no error by the Federal Court with regard to the finding of infringement against FPM.

B. *Inducement by Western*

[67] The appellants argue that, though the Federal Court concluded that they had provided instructions on the use of their VSS, it did not state when or in what circumstances this happened. The appellants argue that there was no direct evidence of Western's customers receiving instructions and being induced to infringe.

[68] However, the evidence accepted by the Federal Court (see paragraphs 131 and 132 of the Decision) was that written instructions were always given. One reason given in the evidence for this was that rig crews are transient and need the instructions. Another reason is that shale shakers are potentially dangerous to the uninstructed. There is no basis for Western to avoid liability based on the timing of its instructions.

[69] There is also no basis for Western to avoid liability based on any lack of evidence that its customers were induced by the instructions. The description at paragraphs 131 and 132 of the Decision of the interactions with customers was sufficient to support the conclusion at paragraph 134 that Western's influence had been effective.

ouverture à une responsabilité liée à une contrefaçon antérieure à la délivrance d'un brevet est la décision *Bauer*. Dans cette décision, la Cour fédérale a conclu que la défenderesse était responsable d'avoir contrefait directement et par incitation un brevet avant sa délivrance. La Cour d'appel fédérale a maintenu la décision, mais elle n'a pas jugé nécessaire d'examiner l'argument de la défenderesse selon lequel la juge de première instance avait appliqué le mauvais critère en ce qui concerne l'incitation, étant donné qu'elle avait aussi conclu qu'il y a eu une contrefaçon directe avant la délivrance du brevet.

[66] En conclusion, je ne décèle aucune erreur commise par la Cour fédérale en ce qui concerne la conclusion de contrefaçon à l'encontre de FPM.

B. *Incitation par Western*

[67] Les appelantes affirment que, bien que la Cour fédérale ait conclu qu'elles avaient fourni des instructions sur l'utilisation de leur système VS, elle n'a pas indiqué quand ou dans quelles circonstances cela s'est produit. Les appelantes soutiennent qu'il n'y avait aucune preuve directe selon laquelle les clients de Western ont reçu des instructions et ont été incités à contrefaire.

[68] Cependant, la Cour fédérale a retenu les éléments de preuve (voir les paragraphes 131 et 132 de la décision) selon lesquels des instructions écrites étaient toujours données. À cet égard, un motif ressort des éléments de preuve : des instructions sont nécessaires, car les équipes de forage sont temporaires. Un autre motif invoqué est que les tamis vibrants sont potentiellement dangereux si aucune instruction n'est donnée. Rien ne justifie que Western se dégage de sa responsabilité en se fondant sur la date à laquelle elle a donné ses instructions.

[69] Rien ne justifie non plus que Western se dégage de sa responsabilité en se fondant sur l'absence de preuve selon laquelle elle incitait ses clients à contrefaire au moyen des instructions. La description des interactions avec les clients, aux paragraphes 131 et 132 de la décision, suffisait pour appuyer la conclusion au paragraphe 134 selon laquelle l'influence exercée par Western avait été réelle.

[70] Western also argues that one cannot induce an obvious act, and that it was obvious to address the problem of slurry stalling by turning down the pressure differential. This argument cannot succeed. Inducement arises when the inducer's influence results in an act of direct infringement. Direct infringement occurs when the direct infringer has performed all of the essential steps in the claimed invention. The fact that one or more of those steps is not, in and of itself, inventive does not relieve the direct infringer from liability. Likewise, it does not relieve the inducer from liability. Inducement is concerned with influence to directly infringe, and the Federal Court properly found such influence.

C. *Whether VSS Pulls Vapor*

[71] The appellants argue that there was no evidence to support the Federal Court's conclusion that their VSS infringes claims 10 and 20 to 22 because it can separate gas from drilling fluid. But the appellants' submissions on this point depend on their earlier submissions (which I have rejected) concerning the meaning of "vapor" and "or", and the Federal Court's infelicitous use of the word "gas" in certain paragraphs of the Decision (see paragraphs 30 to 35 and 42 to 43 above).

[72] The appellants also argue that, if the word "all" in claim 20 is essential, then there is no infringement because there is no evidence that all of the vapor pulled through the screen is removed from the drilling fluid. This argument misreads claim 20. Claim 20 refers to a degassing chamber "located external to the shaker for collecting all of the air or vapor and the drilling fluid in the sump [located below the screen] and removing air or vapor from the drilling fluid." The word "all" relates to the air, vapor and drilling fluid that is collected by the degassing chamber. It does not refer to the air or vapor that is removed from the drilling fluid. Accordingly, there is no requirement that all of the vapor pulled through the screen be removed from the drilling fluid.

[70] Western affirme aussi qu'on ne peut pas inciter quelqu'un à commettre un acte évident et qu'il était évident qu'il fallait diminuer la pression différentielle pour résoudre le problème lié au blocage causé par la boue. Cet argument ne peut être retenu. Il y a incitation lorsque l'influence exercée par l'incitateur donne lieu à un acte de contrefaçon directe. Il y a contrefaçon directe lorsque le contrefacteur direct a exécuté toutes les étapes essentielles de l'invention revendiquée. Le fait qu'au moins une de ces étapes, en soi, ne constitue pas une idée originale ne dégage pas le contrefacteur direct de sa responsabilité. De même, ce fait ne dégage pas l'incitateur de sa responsabilité. L'incitation est l'influence exercée en vue de contrefaire directement et la Cour fédérale a, à juste titre, relevé cette influence.

C. *Si le système VS aspire la vapeur*

[71] Les appelantes affirment qu'il n'y a aucune preuve pour appuyer la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle leur système VS contrefait les revendications 10 et 20 à 22, car il peut séparer les gaz du fluide de forage. Cependant, les arguments des appelantes sur ce point dépendent de leurs arguments précédents (que j'ai rejetés) concernant la signification du terme [TRADUCTION] « vapeur » et de la conjonction [TRADUCTION] « ou » et l'utilisation malheureuse par la Cour fédérale du terme [TRADUCTION] « gaz » dans certains paragraphes de la décision (voir les paragraphes 30 à 35 et 42 à 43 ci-dessus).

[72] Les appelantes soutiennent aussi que, si le terme [TRADUCTION] « totalité » dans la revendication 20 est essentiel, il n'y a alors pas de contrefaçon, car il n'y a aucune preuve selon laquelle la totalité de la vapeur aspirée au travers du crible est séparée du fluide de forage. Cet argument est une mauvaise interprétation de la revendication 20. La revendication 20 mentionne une chambre de dégazage [TRADUCTION] « externe pour recueillir la totalité de l'air ou de la vapeur et le fluide de forage dans le bac [situé sous le crible] et séparer l'air ou la vapeur du fluide de forage ». Le terme [TRADUCTION] « totalité » se rapporte à l'air, à la vapeur et au fluide de forage qui est recueilli par la chambre de dégazage. Il ne se rapporte pas à la vapeur ou à l'air qui est séparé du fluide de forage. Par conséquent, il n'est pas nécessaire

D. Gillette Defence

[73] The appellants argue that the Federal Court erred because it failed to consider their *Gillette* defence, based principally on the Derrick patent application (see discussion in the Anticipation section below). The respondent counters that the Federal Court determined that Derrick did not anticipate the infringed claims, and “[t]he *Gillette* defence was thus dealt with in substance, if not name.”

[74] Though I see no error in the Federal Court’s consideration (or non-consideration) of the *Gillette* defence, the respondent’s submission suggests a common misunderstanding about the nature of this issue, which prompts me to say a few words on the subject.

[75] The *Gillette* defence gets its name from the U.K. House of Lords decision in *Gillette Safety Razor Company v. Anglo-American Trading Company Ltd.* (1913), 30 R.P.C. 465 (*Gillette*). This case gave rise to the principle that if a defendant is accused of infringing a patent with a product that is the same as, or not patentably distinct from, the prior art, the patentee finds itself on the horns of a dilemma in pursuing its claim; in the words of Lord Moulton in *Gillette*, at page 480:

.... If the claims of such a patent were so wide as to include [the Defendants’ product], the patent would be bad, because it would include something which differed by no patentable difference from that which was already in possession of the public. Such a patent would be bad for want of novelty. If the Claims were not sufficiently wide to include the Defendants’ [product], the patentee could not complain of the public making it. In other words, the Defendants must succeed either on invalidity or on non-infringement.

que la totalité de la vapeur aspirée au travers du crible soit séparée du fluide de forage.

D. Moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette*

[73] Les appelantes affirment que la Cour fédérale a commis une erreur, car elle a omis d’examiner leur moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette*, en se fondant principalement sur la demande de brevet de Derrick (voir la discussion dans la section intitulée Antériorité ci-dessous). L’intimée répond que la Cour fédérale a établi que Derrick n’antériorisait pas les revendications contrefaites et que [TRADUCTION] « par conséquent, s’il n’était pas nommé, [l]e moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette* était traité en gros ».

[74] Bien que je ne constate aucune erreur dans l’examen qu’a fait la Cour fédérale du moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette* (ou dans le fait qu’elle ne l’ait pas examiné), les observations de l’intimée indiquent une incompréhension commune quant à la nature de cette question, ce qui me pousse à dire quelques mots sur le sujet.

[75] Le moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette* tire son nom de l’arrêt *Gillette Safety Razor Company v. Anglo-American Trading Company Ltd.* (1913), 30 R.P.C. 465 (arrêt *Gillette*) rendu par la Chambre des lords du Royaume-Uni. Cet arrêt a généré le principe selon lequel, si un défendeur est accusé de contrefaire un brevet avec un produit qui est identique à l’art antérieur ou qui n’est pas suffisamment différent de celui-ci, le breveté se trouve devant un dilemme s’il fait valoir sa demande. Selon les propos de Lord Moulton dans l’arrêt *Gillette*, à la page 480 :

[TRADUCTION] [...] Si les revendications de ce brevet avaient une portée suffisamment large pour l’inclure, le brevet serait défectueux, car ce qui s’y retrouverait ne se distinguerait pas de façon brevetable de ce qui était déjà en possession du public. Un tel brevet serait défectueux, faute de nouveauté. Si les revendications n’avaient pas une portée suffisamment large pour y inclure [le produit] de la défenderesse, le breveté ne pourrait pas se plaindre qu’il en soit fait usage par le public. Autrement dit, les défenderesses doivent avoir gain de cause soit au sujet de l’invalidité du brevet ou de l’absence de contrefaçon.

[76] A similar approach was taken by the Supreme Court of Canada in *J. K. Smit & Sons, Inc. v. McClintock*, [1940] S.C.R. 279, [1940] 1 D.L.R. 507, where the appellant sought a declaration of non-infringement on the basis that it was using a method known in the prior art. At page 286 [of S.C.R.], the Court asked itself “could the respondent at the time he applied for his patent have got a patent for the process which the appellants employ”? Answering the question in the negative, the Court concluded that there could be no infringement of any valid patent claim.

[77] The *Gillette* defence permits a defendant (or a court) a shortcut around the often difficult and time-consuming process of construing the claims of a patent, and then determining whether those claims are valid and whether they have been infringed.

[78] However, the application of the *Gillette* defence has proved less simple in practice, and this has led to some misunderstanding and misapplication of the defence. Though the *Gillette* defence is frequently asserted by parties accused of patent infringement, it is rare for such parties to rely exclusively on this defence and actually omit analysis of claim construction, validity and infringement. Typically, a court will be faced with arguments on all of these issues. Likewise, courts dealing with a *Gillette* defence as well as issues of claim construction, validity and infringement rarely skip the other issues and limit themselves to the *Gillette* defence.

[79] It is perhaps because the *Gillette* defence is typically asserted along with other defences that its nature as an alternative to claim construction and analysis of validity and infringement is sometimes misunderstood or misapplied, by counsel and by courts. For example, contrary to some of the jurisprudence of the Federal Court, the success of a *Gillette* defence does not depend on a conclusion that the claim in question is invalid for anticipation

[76] La Cour suprême du Canada a adopté une approche similaire dans l’arrêt *J. K. Smit & Sons, Inc. v. McClintock*, [1940] R.C.S. 279, où l’appelante a demandé d’obtenir une déclaration d’absence de contrefaçon au motif qu’elle utilisait une méthode connue dans l’art antérieur. À la page 286, la Cour s’est demandé [TRADUCTION] « si l’intimé, au moment où il a présenté une demande relative à son brevet, s’est vu octroyer un brevet pour le procédé que les appelantes utilisent ». La Cour, en répondant à cette question par la négative, a conclu qu’il ne pouvait pas y avoir de contrefaçon d’une revendication valide d’un brevet.

[77] Le moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette* permet à un défendeur (ou à une cour) d’accélérer le processus d’interprétation des revendications d’un brevet, puis celui visant à établir si ces revendications sont valides ou si elles ont été contrefaites, qui s’avèrent souvent longs et difficiles.

[78] Cependant, en pratique, l’application du moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette* s’est révélée moins simple et cela a entraîné une mauvaise application du moyen de défense et une certaine incompréhension à l’égard de ce dernier. Bien que les parties accusées de contrefaçon de brevet fassent souvent valoir le moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette*, il est rare qu’elles s’appuient uniquement sur ce moyen de défense et qu’elles omettent l’analyse sur l’interprétation, la validité et la contrefaçon des revendications. Généralement, ce sont les arguments concernant toutes ces questions qui seront présentés à une cour. De même, il est rare que les tribunaux, qui traitent un moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette*, ainsi que les questions d’interprétation, de validité et de contrefaçon des revendications, ignorent les autres questions et se limitent au moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette*.

[79] Cela s’explique peut-être par le fait que le moyen de défense fondé sur l’arrêt *Gillette* invoqué s’accompagne généralement d’autres moyens de défense et qu’en qualité de moyen subsidaire pour interpréter des revendications et effectuer une analyse sur leur validité et leur contrefaçon, il est parfois mal compris ou mal appliqué par les avocats et les tribunaux. Par exemple, contrairement à ce qu’enseigne la jurisprudence de la

or obviousness (cf. *Sanofi-Aventis Canada v. Apotex Inc.*, 2009 FC 676, 350 F.T.R. 165, at paragraph 349; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2009 FC 1294, 360 F.T.R. 200, at paragraph 72, affd 2011 FCA 102, 92 C.P.R. (4th) 301; *Biovail Corporation v. Canada (Health)*, 2010 FC 46, 361 F.T.R. 158, at paragraph 122; *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2010 FC 447, 367 F.T.R. 179, at paragraph 86, revd 2011 FCA 236, 95 C.P.R. (4th) 193; *Eurocopter v. Bell Helicopter Textron Canada Limitée*, 2012 FC 113, 404 F.T.R. 193 (*Eurocopter*), at paragraph 52, affd 2013 FCA 219, 120 C.P.R. (4th) 394). Quite the contrary, the principal benefit of a *Gillette* defence is to avoid the need to construe the claims and reach a conclusion on validity and infringement issues. Where a court has (i) construed the claims in issue, (ii) determined which claims are valid and which are not, and (iii) found certain valid claims to be infringed (as did the Federal Court in the present case), consideration of the *Gillette* defence is superfluous and unnecessary. It may also create confusion. In fact, it is arguably preferable in some cases for the court not to take the shortcut offered by the *Gillette* defence because the more laborious claim construction process may lead to a conclusion that the claims in question are invalid. Such a conclusion would be of interest not just to the parties, but also to the broader public.

[80] It is notable that the Federal Court of Appeal in *Eurocopter*, at paragraph 115, found that the respondent's *Gillette* defence in that case failed "[a]s a logical consequence" of the failure of its anticipation argument. I do not take this as a statement that a *Gillette* defence will always fail where anticipation has not been established. In *Eurocopter*, the Federal Court of Appeal noted at paragraph 37 that the respondent had promoted its allegedly infringing product as innovative, and that the trial judge had considered this fact in dismissing the *Gillette* defence. In this context, dismissal of the *Gillette* defence makes sense: an assertion that a product is innovative would seem to be inconsistent with an assertion that one is practising the prior art.

Cour fédérale, pour qu'un moyen de défense fondé sur l'arrêt *Gillette* soit accueilli, il n'est pas nécessaire de conclure que la revendication en question est non valide pour cause d'antériorité ou d'évidence (voir les décisions *Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CF 676, au paragraphe 349; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2009 CF 1294, au paragraphe 72, conf. par 2011 CAF 102; *Biovail Corporation c. Canada (Santé)*, 2010 CF 46, au paragraphe 122; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2010 CF 447, au paragraphe 86, inf. par 2011 CAF 236; *Eurocopter c. Bell Helicopter Textron Canada Limitée*, 2012 CF 113 (décision *Eurocopter*), au paragraphe 52, conf. par 2013 CAF 219). Bien au contraire, le principal avantage d'un moyen de défense fondé sur l'arrêt *Gillette* est d'éviter de devoir interpréter les revendications et tirer une conclusion sur les questions de validité et de contrefaçon. Si la cour a (i) interprété les revendications en litige, (ii) établi les revendications qui sont valides et celles qui ne le sont pas et (iii) conclu que certaines revendications valides ont été contrefaites (comme l'a fait la Cour fédérale en l'espèce), l'examen du moyen de défense fondé sur l'arrêt *Gillette* est inutile. Cela pourrait aussi créer de la confusion. En fait, il est sans doute préférable, dans certains cas, que la cour n'accueille pas le moyen de défense fondé sur l'arrêt *Gillette* pour écarter le processus, car le processus d'interprétation des revendications qui est le plus laborieux pourrait amener la Cour à conclure que les revendications en question sont non valides. Une telle conclusion présenterait un intérêt non seulement pour les parties, mais aussi pour le grand public.

[80] Il convient de souligner que la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Eurocopter* au paragraphe 115, a conclu que, dans cette affaire, « [p]ar voie de conséquence », la défense *Gillette* invoquée par l'intimée, au regard de son argument relatif à l'antériorité, a échoué. Je n'interprète pas cette déclaration comme un enseignement portant que la défense *Gillette* échouera toujours si une antériorité n'a pas été établie. Dans l'arrêt *Eurocopter*, la Cour d'appel fédérale a souligné, au paragraphe 37, que l'intimée avait fait la promotion de son produit censément contrefait en le qualifiant d'innovant et que le juge de première instance avait examiné ce fait en rejetant la défense *Gillette*. Dans ce contexte, le rejet de la défense *Gillette* est logique : il semblerait contradictoire de faire

VI. Invalidity

A. *Anticipation*

[81] The appellants argue that several patent publications and activities constitute prior art that anticipates the claims in issue. The appellants observe correctly that assessing anticipation (also known as lack of novelty) is a two-step process; the party attacking a claim must establish both disclosure and enablement of the invention. The appellants argue that disclosure is based on whether performing the subject matter of the prior art would result in infringement. With regard to enablement, the appellants argue that the test is whether the skilled person “would have been able to perform the prior art without undue burden”. A comment is necessary on both of these arguments.

[82] On disclosure, the appellants fail to acknowledge two important requirements. Firstly, the disclosure “must contain so clear a direction that a skilled person reading and following it would in every case and without possibility of error be led to the claimed invention” (emphasis added): *Free World Trust*, at paragraph 26, citing *Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289, at page 297, 64 N.R. 287 (F.C.A.) (*Beloit*). “A signpost, however clear, upon the road to the patentee’s invention will not suffice”; “[t]he prior inventor must be clearly shown to have planted their flag at the precise destination before the patentee”: *Free World Trust*, at paragraph 26, citing *Beloit*; *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457 (Eng. C.A.) (*General Tire & Rubber*), at page 486.

[83] The second important disclosure requirement that the appellants fail to acknowledge is that there is no room for trial and error or experimentation by the skilled person at this stage; that person is simply reading the prior reference for the purposes of understanding it:

valoir qu’un produit est innovant tout en affirmant qu’on applique l’art antérieur.

VI. Invalidité

A. *Antériorité*

[81] Les appelantes affirment que plusieurs publications et activités en matière de brevets constituent l’art antérieur qui antécipise les revendications en litige. Les appelantes font observer, à juste titre, que l’évaluation de l’antériorité (également appelée absence de nouveauté) est un processus en deux étapes : la partie qui conteste une revendication doit établir que l’invention a été divulguée et réalisée. Les appelantes affirment que la divulgation est fondée sur la question de savoir si la réalisation de l’objet de l’art antérieur entraînerait une contrefaçon. En ce qui concerne le caractère réalisable, les appelantes avancent que le critère à satisfaire consiste à déterminer si la personne versée dans l’art [TRADUCTION] « aurait été en mesure d’exécuter l’art antérieur sans trop de difficulté ». Il convient de commenter ces deux arguments.

[82] Au sujet de la divulgation, les appelantes omettent de reconnaître deux exigences importantes. Premièrement, la divulgation « [doit] être d’une clarté telle qu’une personne au fait de l’art qui en prend connaissance et s’y conforme arrivera infailliblement à l’invention revendiquée » (non souligné dans l’original) : arrêt *Free World Trust*, au paragraphe 26, renvoyant à l’arrêt *Beloit Canada Ltd. c. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289, à la page 297, 64 N.R. 287 (C.A.F.) (arrêt *Beloit*). « Aussi clair qu’il soit, un poteau indicateur placé sur la voie menant à l’invention du breveté ne suffit pas »; « [i]l faut prouver clairement que l’inventeur préalable a pris possession de la destination précise en y laissant sa marque avant le breveté » : arrêt *Free World Trust*, au paragraphe 26, renvoyant à l’arrêt *Beloit*; arrêt *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457 (C.A. Angl.) (arrêt *General Tire & Rubber*), à la page 486.

[83] La deuxième exigence importante à remplir en ce qui concerne la divulgation, que les appelantes ont omis de reconnaître, est que les essais successifs sont exclus à cette étape. La personne versée dans l’art se contente de lire le brevet antérieur pour en comprendre la teneur :

Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc., 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265 (*Sanofi-Synthelabo*), at paragraph 25. Non-inventive experimentation is a consideration in assessing enablement, but not disclosure.

[84] On enablement, it is important to bear in mind that the question is whether the skilled person would be enabled to perform the claimed invention without undue burden, not the prior art: *Sanofi-Synthelabo*, at paragraph 27. The appellants' argument quoted near the end of paragraph 81 above focusses on enablement of the prior art.

[85] Another important requirement for anticipation is that all of the essential elements of the claim in issue must be disclosed and enabled in a single prior art reference: *Free World Trust*, at paragraph 26; *General Tire & Rubber*, at page 486. This means that a separate anticipation analysis must be done for each of the prior art references in issue.

[86] The appellants argue that anticipation (and obviousness) must be viewed from the perspective of a skilled person taking into account the common general knowledge of which that person would have been aware. Certainly, the teachings of the prior art are to be read as a skilled person would understand them. It is also true that, by definition, that skilled person is aware of the common general knowledge. But it does not follow that a party attacking a patent claim is necessarily entitled to fill in gaps in a prior art reference with such common general knowledge. As stated above, the skilled person must find in the prior art reference sufficient information that he or she could not possibly fail to arrive at the claimed invention. That may or may not be so in a case where the skilled person is required to fill in gaps with the common general knowledge.

Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc., 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265 (arrêt *Sanofi-Synthelabo*), au paragraphe 25. L'évaluation du caractère réalisable, mais pas de la divulgation, doit tenir compte des expériences dépourvues d'originalité.

[84] En ce qui concerne le caractère réalisable, il est important de garder à l'esprit que la question est de savoir si la personne versée dans l'art pourrait réaliser l'invention revendiquée sans trop de difficultés, et non l'art antérieur : arrêt *Sanofi-Synthelabo*, au paragraphe 27. L'argument des appelantes cité vers la fin du paragraphe 81 ci-dessus porte sur le caractère réalisable de l'art antérieur.

[85] Une autre exigence importante en matière d'antériorité est que tous les éléments essentiels de la revendication en litige doivent être divulgués et réalisés dans une seule référence d'antériorité : arrêt *Free World Trust*, au paragraphe 26; arrêt *General Tire & Rubber*, à la page 486. Cela signifie qu'il faut effectuer une analyse sur l'antériorité distincte pour chacune des références d'antériorité en litige.

[86] Les appelantes affirment qu'il faut examiner l'antériorité (et l'évidence) du point de vue d'une personne versée dans l'art, en tenant compte des connaissances générales courantes que cette personne aurait possédées. Assurément, il faut interpréter les enseignements de l'art antérieur de la manière dont une personne versée dans l'art les comprendrait. Il est également vrai que, par définition, cette personne versée dans l'art possède les connaissances générales courantes. Cependant, il ne s'ensuit pas qu'une partie, qui conteste la revendication d'un brevet, a nécessairement le droit de combler des défaillances dans une référence d'antériorité à l'aide de ces connaissances générales courantes. Comme cela a été indiqué ci-dessus, la personne versée dans l'art doit trouver dans la référence d'antériorité suffisamment de renseignements qui lui permettent de réaliser l'invention revendiquée, sans échouer. Cela pourrait ne pas être nécessairement le cas lorsque la personne versée dans l'art doit combler des défaillances à l'aide des connaissances générales courantes.

[87] This same comment applies to a related argument by the appellants: that anticipation is measured against the inventive concept of a claim. The appellants argue that the Federal Court erred in failing to consider anticipation on a claim-by-claim basis. I do not accept that. The Federal Court found that some of the claims of the '173 patent were anticipated, and some were not. Clearly, the Federal Court understood that analysis of anticipation is to be done on a claim-by-claim basis, and performed its analysis that way.

[88] At this point, it is wise to recall the standard that this Court must respect in reviewing the Federal Court's Decision: correctness on questions of law, and palpable and overriding error on questions of fact or mixed fact and law. For example, it is generally open to the Federal Court to favour one expert's evidence over another. At paragraph 148 of the Decision, the Federal Court indicated agreement with the opinions of the respondent's expert, Mr. Palmer, on anticipation.

[89] Before entering into an analysis of the appellants' individual anticipation arguments, I note that I need not address certain arguments that fail because of my claim construction analysis above.

(1) Derrick Patent Application

[90] The Federal Court accepted the respondent's admission that U.S. Patent Application Publication No. 2005/0082236 (Derrick) anticipates claims 1, 11, 16 and 19 of the '173 patent. But the Federal Court was not satisfied that any of the other claims of the '173 patent are anticipated.

[91] The appellants argue that the Federal Court erred when it concluded that Derrick does not teach how to control air flow to prevent stalling, as defined in claims 2 and 10. Similarly, claim 22 defines adjustability of air flow to prevent stalling. The appellants argue that the Federal Court failed to consider the embodiment described in Figure 23 and paragraphs 78–79 of Derrick.

[87] Ce même commentaire s'applique à un argument connexe présenté par les appelantes : l'antériorité dépend de l'idée originale d'une revendication. Les appelantes affirment que la Cour fédérale a commis une erreur en ne tenant pas compte de l'antériorité pour chacune des revendications. Je rejette cet argument. La Cour fédérale a conclu que certaines des revendications du brevet '173 ont été antériorisées, tandis que cela n'a pas été le cas pour d'autres. Manifestement, la Cour fédérale a compris qu'il faut effectuer une analyse de l'antériorité pour chacune des revendications, et c'est ce qu'elle a fait.

[88] À ce stade, il convient de rappeler la norme que notre Cour doit appliquer pour examiner la décision de la Cour fédérale : celle de la décision correcte en ce qui concerne les questions de droit et de l'erreur manifeste et dominante en ce qui a trait aux questions de fait ou aux questions mixtes de fait et de droit. Par exemple, il est généralement loisible à la Cour fédérale de favoriser un témoignage d'expert au détriment d'un autre. Au paragraphe 148 de sa décision, la Cour fédérale a indiqué qu'elle était d'accord avec les opinions de l'expert de l'intimée, M. Palmer, au sujet de l'antériorité.

[89] Avant d'entrer dans une analyse de chaque argument des appelantes concernant l'antériorité, je souligne que je n'ai pas besoin d'examiner certains arguments rejetés en raison de mon analyse sur l'interprétation des revendications ci-dessus.

1) La demande de brevet de Derrick

[90] La Cour fédérale a accueilli l'aveu de l'intimée selon lequel la publication de la demande n° 2005/0082236 relative au brevet américain (Derrick) antériorise les revendications 1, 11, 16 et 19 du brevet '173. Cependant, la Cour fédérale n'était pas convaincue de l'antériorité de toutes les autres revendications du brevet '173.

[91] Les appelantes affirment que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le brevet de Derrick ne montre pas comment contrôler le débit d'air pour éviter tout blocage, comme cela est défini dans les revendications 2 et 10. De même, la revendication 22 définit le réglage du débit d'air pour empêcher tout blocage. Les appelantes soutiennent que la Cour fédérale n'a pas

[92] The passage on which the appellants focus is from paragraph 79:

In a preferred embodiment, a vacuum or suction in the range of 20-80 inches of water is applied to suction chamber 75, and this suction is intermittently released. This alternate application of suction and release of suction causes the coarse particles traveling along undulating screen 4 to have liquid and fine particles withdrawn therefrom, and the coarse particles are thereafter conveyed off of the vibratory screening machine 221 into oversize container 227....

[93] In my view, the reference to causing the coarse particles to have liquid and fine particles withdrawn therefrom, and thereafter to being conveyed off the screen is not inconsistent with the Federal Court's conclusion. The Federal Court was clearly concerned with the distinction between unclogging a screen with stalled cuttings, and preventing the stalling problem in the first place. While the above-quoted passage clearly contemplates a solution to the problem of stalled cuttings, I see no palpable and overriding error in the Federal Court's conclusion that Derrick does not teach the prevention of stalling. The Federal Court relied on the evidence of the respondent's expert Mr. Palmer, who clearly provided support for this conclusion. Moreover, the reference in paragraph 168 of the Decision to the cyclone separator described in Derrick suggests that the Federal Court did indeed consider the embodiment shown in Figure 23 of Derrick.

[94] The appellants also argue that Derrick anticipates claim 20. This argument is based on Mr. Palmer's acknowledgement that Derrick anticipates claim 16 (and hence describes all of the elements thereof), and that element 232 in Derrick is the equivalent to the degassing chamber in the '173 patent. However, claim 20 defines elements that are not defined in claim 16. For instance, the degassing chamber of claim 20 is defined as "collecting all of the air or vapor and the drilling fluid in the sump", which sump is defined as being located below

examiné la réalisation décrite à la figure 23 et aux paragraphes 78 à 79 du brevet de Derrick.

[92] Le passage sur lequel les appelantes se concentrent est tiré du paragraphe 79 :

[TRADUCTION] Dans une réalisation privilégiée, une pression à vide ou une succion de l'ordre de 20 à 80 po d'eau est appliquée à la chambre de succion 75 et cette succion est relâchée par intermittence. Cette application de succion et de relâchement de la succion par intervalle cause le déplacement des particules grossières le long du crible ondulé 4, desquelles les particules liquides et fines sont séparées et les particules grossières sont par la suite acheminées dans le conteneur surdimensionné 227 depuis la machine vibrante équipée de cribles 221 [...]

[93] À mon avis, la référence à la séparation entre les particules grossières et les particules liquides et fines, puis au fait que ces particules grossières sont acheminées depuis le crible ne contredit pas la conclusion rendue par la Cour fédérale. La Cour fédérale était manifestement intéressée par la distinction établie entre le déblocage d'un crible sur lequel étaient collés des déblais et le fait d'empêcher en premier lieu que le problème de blocage ne survienne. Bien que le passage mentionné ci-dessus prévienne manifestement une solution au problème de déblais collés, je ne constate aucune erreur manifeste et dominante dans la conclusion rendue par la Cour fédérale selon laquelle le brevet de Derrick ne montre pas comment empêcher tout blocage. La Cour fédérale s'est appuyée sur le témoignage de l'expert de l'intimée, M. Palmer, qui a clairement étayé cette conclusion. En outre, au paragraphe 168 de la décision, la référence au séparateur cyclone décrit dans le brevet de Derrick indique que la Cour fédérale a en effet examiné la réalisation présentée à la figure 23 du brevet de Derrick.

[94] Les appelantes affirment aussi que le brevet de Derrick antécipise la revendication 20. Cet argument est fondé sur l'aveu de M. Palmer selon lequel le brevet de Derrick antécipise la revendication 16 (et décrit ainsi tous les éléments y afférents) et l'élément 232 dans le brevet de Derrick est l'équivalent de la chambre de dégazage mentionnée dans le brevet '173. Cependant, la revendication 20 définit des éléments qui ne le sont pas dans la revendication 16. Par exemple, la chambre de dégazage de la revendication 20 est définie comme

the first screen. Element 232 in Derrick does not collect anything from tank 224, which appears to be the equivalent of the sump. Therefore, I see no error in the conclusion that Derrick does not anticipate claim 20.

(2) Derrick Prior Use

[95] The appellants argue that evidence of testing of the system described in Derrick was also sufficient to establish anticipation of the asserted claims of the '173 patent. The Federal Court disagreed with this argument on the grounds that (i) the evidence concerning the testing was based on the uncorroborated recollections of the appellant's expert Mr. Murphy, and (ii) the testing was confidential, and therefore not citable for anticipation.

[96] The appellants contest both of these findings. With regard to corroboration, they note that the respondent and the inventor of the '173 patent were aware of the testing and took pictures of the machine tested. They also note that the Derrick patent application corroborates Mr. Murphy's recollection. However, the appellants cite no evidence concerning testing that is sufficiently detailed to fill the gaps that led the Federal Court to conclude that the Derrick patent application does not anticipate the claims in dispute. I would not interfere with the Federal Court's conclusion that the evidence of testing tendered in this case is insufficient to establish anticipation. It was open to the Federal Court to be concerned about the lack of corroboration of Mr. Murphy's memory: *Camso*, at paragraph 117.

[97] Having reached this conclusion, it is not necessary to consider whether the testing in question was indeed confidential, and hence not citable.

[TRADUCTION] « recueillant la totalité de l'air ou de la vapeur et le fluide de forage dans le bac », le bac étant défini comme se trouvant sous le premier crible. L'élément 232 dans le brevet de Derrick ne recueille rien provenant du réservoir 224 qui semble être l'équivalent du bac. Par conséquent, je ne constate aucune erreur dans la conclusion selon laquelle le brevet de Derrick n'antécédent pas la revendication 20.

2) Usage antérieur du brevet de Derrick

[95] Les appelantes affirment que la preuve d'essais réalisés sur le système décrit dans le brevet de Derrick suffisait aussi pour établir une antériorité des revendications invoquées du brevet '173. La Cour fédérale n'a pas souscrit à cet argument au motif que (i) la preuve quant aux essais reposait sur les souvenirs non corroborés de l'expert de l'appelante, M. Murphy et (ii) les essais étant confidentiels, ils ne pouvaient pas être invoqués aux fins d'antériorité.

[96] Les appelantes contestent ces deux conclusions. En ce qui a trait à la corroboration, elles soulignent que l'intimée et l'inventeur du brevet '173 étaient au courant des essais et qu'ils ont pris des photos de la machine mise à l'essai. Elles soulignent également que la demande de brevet relative au brevet de Derrick corrobore les souvenirs de M. Murphy. Cependant, les appelantes n'invoquent aucun élément de preuve relatif aux essais qui est suffisamment détaillé pour combler les défaillances qui ont amené la Cour fédérale à conclure que la demande de brevet Derrick n'antécédent pas les revendications en litige. Je n'infirmerais pas la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle la preuve d'essais réalisés présentée en l'espèce ne suffit pas pour établir une antériorité. Il était loisible à la Cour fédérale de soulever l'absence de corroboration des souvenirs de M. Murphy : décision *Camso*, au paragraphe 117.

[97] Étant parvenu à cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner si les essais en question étaient en effet confidentiels et d'en déduire qu'ils ne pouvaient ainsi pas être invoqués.

(3) Vasshus Patent

[98] The Federal Court found that Canadian Patent No. 2613043 (Vasshus) does not anticipate the disputed claims of the '173 patent. The Federal Court based itself on the fact that the apparatus shown in Vasshus is not a shale shaker. The Federal Court noted that said apparatus has a filter belt (rather than the vibratory screen of a shale shaker), and that even though Vasshus notes the possibility of replacing the belt with a vibratory screen, it does not describe how to do so, and both Mr. Murphy and Mr. Palmer agreed that doing so would require inventive ingenuity.

[99] The appellants argue that the skilled person would know how to make this substitution, but do not deny that their expert Mr. Murphy acknowledged the need for inventive ingenuity. The appellants also note that Mr. Palmer indicated that he “paid no heed” to the passage in Vasshus contemplating this substitution. However, Mr. Palmer explained that he did so because the substitution would make a completely different device, and it was unclear from the patent how to make the substitution.

[100] In my view, there was evidence to support the Federal Court’s conclusion concerning Vasshus, and I find no palpable and overriding error in the Federal Court’s application of that evidence.

(4) Hensley Patent Application

[101] The Federal Court cited several reasons asserted by Mr. Palmer that U.S. Patent Application Publication No. 2005/0183994 (Hensley) does not anticipate the '173 patent. These include: (i) it applies a continuous pressure differential over all of the screens, rather than varying it over one and not the others, (ii) it does not involve any means of controlling air flow to prevent stalling, and (iii) it does not incorporate an external degassing chamber to remove air or vapor from drilling fluid.

3) Le brevet de Vasshus

[98] La Cour fédérale a conclu que le brevet canadien n° 2613043 (Vasshus) n’antécédent pas les revendications contestées du brevet '173. La Cour fédérale s’est appuyée sur le fait que l’appareil montré dans le brevet de Vasshus n’est pas un tamis vibrant. La Cour fédérale a souligné que l’appareil est muni d’une courroie filtrante (au lieu du crible vibrant d’un tamis vibrant) et que, même s’il est mentionné dans le brevet de Vasshus qu’il est possible de remplacer la courroie par un crible vibrant, le brevet n’explique pas comment le faire et MM. Murphy et Palmer ont convenu que cela nécessiterait une ingéniosité inventive.

[99] Les appelantes affirment que la personne versée dans l’art saurait comment effectuer ce remplacement, mais elles ne nient pas que leur expert, M. Murphy, reconnaissait la nécessité d’une ingéniosité inventive. Les appelantes font aussi observer que M. Palmer a indiqué qu’il [TRADUCTION] « ne prêtait pas attention » au passage dans le brevet de Vasshus qui prévoyait ce remplacement. Cependant, M. Palmer a expliqué qu’il n’y prêtait pas attention, car le remplacement produirait un appareil complètement différent et le brevet n’indiquait pas clairement comment effectuer le remplacement.

[100] À mon avis, il existait des éléments de preuve étayant la conclusion de la Cour fédérale concernant le brevet de Vasshus et je ne constate aucune erreur manifeste et dominante dans la façon dont la Cour fédérale a examiné ces éléments de preuve.

4) La demande de brevet d’Hensley

[101] La Cour fédérale a énoncé plusieurs motifs invoqués par M. Palmer selon lesquels la publication de la demande n° 2005/0183994 relative au brevet américain (Hensley) n’antécédent pas le brevet '173. Ces motifs étaient notamment les suivants : (i) une pression différentielle continue est appliquée sur tous les cribles, au lieu d’appliquer une pression différentielle intermittente sur un crible et non sur les autres, (ii) aucun moyen de contrôle du débit d’air n’intervient pour empêcher tout blocage et (iii) une chambre de dégazage externe n’est pas intégrée pour séparer l’air ou la vapeur du fluide de forage.

[102] Regardless of whether the Federal Court erred in respect of the first of the foregoing differences, I find that it did not err in respect of the second and third, and that this is sufficient to conclude that there is no reviewable error as regards Hensley. With regard to the second difference, the appellants have not argued any error in the Federal Court's conclusion that, though Hensley refers to the possibility of synchronizing pressure differential with the rate of vibration of the shaker, it does not provide for any means for doing so. Mr. Palmer was of the view that this function would be virtually impossible to achieve.

[103] With regard to the third difference, the appellants assert that the experts agreed that, in Hensley, the pressure differential generator would be located external to the shaker and that a holding tank would need to be associated with that pressure differential generator. I see no evidence of such agreement between the experts in the references cited by the appellants. The appellants argue that the pressure differential generator of Hensley is not shown, but Mr. Palmer saw it as air pump 42, located within the shaker unit: see paragraph 11 of Exhibit 2 of responding report (Validity) of Robert Palmer (appeal book, Vol. 21, tab 82, page A4093); cross-examination of Robert Palmer, November 6, 2018, page 98, ll. 10–14 (appeal book, Vol. 10, tab 29, page A1838).

(5) Logue, Bongert, Ennis, Cook and Fast Patent Publications

[104] All of the references contemplated in this section were found not to anticipate the '173 patent because they relate primarily to devices for removing liquids from solids (i.e. recovering the solids), rather than recovering liquid. The appellants challenge this distinction on the basis that it is inconsistent with the testimony of experts on both sides. However, the appellants do not point to any inconsistent testimony of Mr. Palmer, whose evidence on anticipation the Federal Court preferred.

[102] Que la Cour fédérale ait commis ou non une erreur en ce qui concerne la première des différences mentionnées précédemment, je conclus qu'elle n'a pas commis d'erreur en ce qui concerne les deuxième et troisième différences et cela suffit pour conclure qu'il n'y a aucune erreur susceptible de révision en ce qui a trait au brevet d'Hensley. Quant à la deuxième différence, les appelantes n'ont relevé aucune erreur dans la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle, bien que le brevet d'Hensley mentionne la possibilité de synchroniser la pression différentielle et le taux de vibration du tamis, il ne prévoit aucun moyen pour y arriver. M. Palmer était d'avis qu'il serait pratiquement impossible d'y arriver.

[103] Quant à la troisième différence, les appelantes affirment que les experts ont convenu que, dans le brevet d'Hensley, le générateur de pression différentielle ne serait pas intégré au tamis et qu'un réservoir de rétention devrait être associé à ce générateur de pression différentielle. Je ne constate aucune preuve de cet accord entre les experts dans les références invoquées par les appelantes. Les appelantes soutiennent que le générateur de pression différentielle du brevet d'Hensley n'est pas présenté, mais M. Palmer l'a assimilé à la pompe à air 42 intégrée à l'unité vibrante : consulter le paragraphe 11 de la pièce 2 du rapport en réponse (validité) de Robert Palmer (dossier d'appel, vol. 21, onglet 82, à la page A4093); contre-interrogatoire de Robert Palmer, le 6 novembre 2018, aux lignes 10 à 14 de la page 98 (dossier d'appel, vol. 10, onglet 29, à la page A1838).

5) Les publications des brevets de Logue, de Bongert, d'Ennis, de Cook et de Fast

[104] La Cour fédérale a conclu que l'ensemble des références décrites dans la présente section antériorisait le brevet '173, car elles concernent principalement des appareils destinés à séparer les liquides des solides (c.-à-d. récupérer les solides), plutôt qu'à récupérer le liquide. Les appelantes contestent cette distinction au motif qu'elle va à l'encontre des témoignages des experts des deux parties. Cependant, les appelantes ne relèvent aucune contradiction dans le témoignage de M. Palmer dont les éléments de preuve sur l'antériorité sont privilégiés par la Cour fédérale.

[105] I am not convinced that the Federal Court made any reviewable error in distinguishing the prior art references contemplated in this section on the basis that they are not directed to the recovery of liquid, and in finding therefore that they do not anticipate the '173 patent.

[106] The Federal Court also distinguished these prior art references on other grounds (see paragraphs 196, 198 and 200 of the Decision), which distinctions have likewise not been shown to be erroneous.

B. *Obviousness*

[107] The appellants argue that the Federal Court erred in finding that the prior art does not include reference to adjusting pressure differential to prevent stalling of slurry. They rely on Mr. Palmer's acknowledgement that a skilled person applying pressure differential and seeing slurry stalling would turn down the pressure. This argument must fail because Mr. Palmer's statement concerned unclogging slurry, not preventing the clogging in the first place. The appellants attempt to overcome this shortcoming by pointing to paragraph 79 and Figure 23 of Derrick, but that argument has already been dismissed in discussion of anticipation by Derrick (see paragraphs 91 to 94 above).

[108] The appellants also argue that the Federal Court erred by failing, in its assessment of the obviousness arguments, to (i) identify the inventive concept of the claims and their differences from the prior art, and (ii) ask whether those differences would have been obvious to a skilled person. While the Federal Court did not divide its analysis into the well-known four steps identified in *Sanofi-Synthelabo*, at paragraph 67, the appellants do not argue that it failed to address any of the obviousness arguments they raised. In its analysis of obviousness at paragraphs 212 to 226 of the Decision, the Federal Court considered each of the potential inventive concepts identified by Mr. Murphy, taking into account the opinions of both Mr. Murphy and Mr. Palmer, and indicated a

[105] Je ne suis pas convaincu que la Cour fédérale a commis une erreur susceptible de révision en établissant une distinction avec les références d'antériorité décrites dans la présente section, au motif qu'elles ne portent pas sur la récupération de liquide, et en concluant, par conséquent, qu'elles n'antériorisent pas le brevet '173.

[106] La Cour fédérale a aussi établi une distinction avec ces références d'antériorité pour d'autres motifs (voir les paragraphes 196, 198 et 200 de la décision) et il n'a pas non plus été révélé que ces distinctions étaient erronées.

B. *L'évidence*

[107] Les appelantes affirment que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que l'art antérieur ne comprend pas la référence à l'ajustement de la pression différentielle pour éviter tout blocage par la boue. Elles invoquent l'aveu de M. Palmer selon lequel une personne versée dans l'art qui applique une pression différentielle et constate un blocage causé par la boue diminuerait la pression. Cet argument doit être rejeté, car la déclaration de M. Palmer concernait le fait de régler le problème de blocage causé par la boue et non de l'empêcher en premier lieu. Les appelantes tentent de pallier cette défaillance en mettant en évidence le paragraphe 79 et la figure 23 du brevet de Derrick, mais cet argument a déjà été rejeté dans une discussion sur l'antériorité fondée sur le brevet de Derrick (voir les paragraphes 91 à 94 ci-dessus).

[108] Les appelantes affirment aussi que la Cour fédérale a commis une erreur en omettant, dans son évaluation des arguments d'évidence, (i) de relever le concept inventif des revendications et leurs différences par rapport à l'art antérieur et (ii) de demander si ces différences auraient été évidentes pour une personne versée dans l'art. Bien que la Cour fédérale n'ait pas divisé son analyse en quatre volets bien connus dans l'arrêt *Sanofi-Synthelabo* au paragraphe 67, les appelantes ne soutiennent pas qu'elle a omis d'examiner les arguments d'évidence qu'elles ont soulevés. Dans son analyse de l'évidence, aux paragraphes 212 à 226 de la décision, la Cour fédérale a examiné chacun des concepts inventifs relevés par M. Murphy, en tenant compte des opinions

preference for Mr. Palmer’s view that the claims in dispute are valid. The Federal Court’s analysis essentially merged steps 2, 3 and 4 of the four-step test. I see no indication that the Federal Court’s approach resulted in any reviewable error.

[109] The four-step test set out in *Sanofi-Synthelabo*, at paragraph 67 is one way to assess obviousness, but it is not mandatory. The Supreme Court of Canada warns in *Sanofi-Synthelabo*, at paragraph 63 that one should avoid “an overly rigid rule that limits the obviousness inquiry.” The Court characterizes the four-step test as a useful approach. This Court has repeatedly commented that the framework provided in *Sanofi-Synthelabo* is not mandatory: *Corlac Inc. v. Weatherford Canada Inc.*, 2011 FCA 228, 95 C.P.R. (4th) 101 [cited above], at paragraphs 67–68; *Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2012 FCA 333, [2014] 2 F.C.R. 459, at paragraph 105; *Teva Canada Limited v. Novartis Pharmaceuticals Canada inc.*, 2013 FCA 244, 451 N.R. 246, at paragraph 7. In my view, the only mandatory considerations are those laid out in section 28.3 of the *Patent Act*, which is concerned with obviousness to a person skilled in the art or science to which the invention pertains, having regard to “information disclosed before the [relevant date] in such a manner that the information became available to the public in Canada or elsewhere.”

[110] It is also helpful to observe that the four-step test set out in *Sanofi-Synthelabo* provides a framework for assessing obviousness (calling for the identification of the skilled person and that person’s common general knowledge, as well as the inventive concept and the differences, if any, from the state of the art), but it does not delve into the determination of whether those differences are obvious to the skilled person, except to say that it should be done without any knowledge of the alleged invention.

[111] The appellants also cite Mr. Palmer’s admission that holding tanks corresponding to the construction given by the Federal Court to the term “degassing chamber” were part of the relevant prior art. However, this is

de MM. Murphy et Palmer et elle a privilégié l’opinion de M. Palmer selon laquelle les revendications en litige sont valides. L’analyse de la Cour fédérale a essentiellement consisté à faire fusionner les volets 2, 3 et 4 de la démarche à quatre volets. Je ne vois rien qui indique que l’approche adoptée par la Cour fédérale a entraîné une erreur susceptible de révision.

[109] La démarche à quatre volets énoncée dans l’arrêt *Sanofi-Synthelabo* au paragraphe 67, est un moyen d’évaluer l’évidence, mais il n’est pas obligatoire. Dans l’arrêt *Sanofi-Synthelabo*, au paragraphe 63, la Cour suprême du Canada avertit qu’il faut éviter « une règle trop rigide qui restreint l’examen portant sur l’évidence ». La Cour qualifie la démarche à quatre volets d’approche utile. À maintes reprises, notre Cour a affirmé que le cadre fourni dans l’arrêt *Sanofi-Synthelabo* n’est pas obligatoire : arrêts *Corlac Inc. c. Weatherford Canada Ltd.*, 2011 CAF 228 [précité], aux paragraphes 67 et 68; *Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd.*, 2012 CAF 333, [2014] 2 R.C.F. 459, au paragraphe 105; *Teva Canada Limitée c. Novartis Pharmaceuticals Canada inc.*, 2013 CAF 244, au paragraphe 7. À mon avis, les seuls examens obligatoires sont ceux exposés à l’article 28.3 de la *Loi sur les brevets* qui porte sur l’évidence pour une personne versée dans l’art ou la science dont relève l’invention, eu égard à « toute communication [...] qui a été faite [...] avant la [date pertinente] de manière telle qu’elle est devenue accessible au public au Canada ou ailleurs ».

[110] Il est également utile de constater que la démarche à quatre volets exposée dans l’arrêt *Sanofi-Synthelabo* fournit un cadre pour évaluer l’évidence (qui préconise d’identifier la personne versée dans l’art et de déterminer les connaissances générales courantes de cette personne, ainsi que de définir l’idée originale et de recenser les différences, s’il en est, par rapport à l’état de la technique). En revanche, elle n’approfondit pas la question de savoir si ces différences sont évidentes pour la personne versée dans l’art, sauf pour dire qu’il faut faire abstraction de toute connaissance de l’invention alléguée.

[111] Les appelantes invoquent aussi l’aveu de M. Palmer selon lequel les réservoirs de rétention, qui correspondent à l’interprétation de l’expression [TRANSLATION] « chambre de dégazage » donnée par la Cour

not enough to establish that it was obvious to incorporate such a degassing chamber into the method and system as claimed in the '173 patent.

[112] I cannot say whether I would have reached the same conclusion on obviousness if I had been tasked with considering this issue at first instance. But that is not relevant. I must defer to the Federal Court unless there has been an error of law or a palpable and overriding error on an issue of fact or mixed fact and law, especially on such factually suffused issues as obviousness. I see no such error.

C. *Insufficiency*

[113] The appellants' argument on insufficiency of the specification of the '173 patent is based on the requirements set out in subsection 27(3) of the *Patent Act*:

Application for Patents

Specification

27 (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.

fédérale, faisaient partie de l'art antérieur pertinent. Cependant, cela ne suffit pas pour établir qu'il était évident que la méthode et le système revendiqués dans le brevet '173 comportent cette chambre de dégazage.

[112] Je ne peux pas dire si j'aurais tiré la même conclusion sur l'évidence si j'avais été chargé d'examiner cette question en première instance, mais cela n'est pas pertinent. Je dois en déférer à la Cour fédérale, sauf s'il y a eu une erreur de droit ou une erreur manifeste et dominante sur une question de fait ou une question mixte de fait et de droit, en particulier sur ces questions qui sont intimement liées aux faits comme l'évidence. Je ne vois pas d'erreur de la sorte.

C. *L'insuffisance*

[113] L'argument des appelantes sur l'insuffisance du mémoire descriptif du brevet '173 est fondé sur les exigences indiquées au paragraphe 27(3) de la *Loi sur les brevets* :

Demandes de brevets

Mémoire descriptif

27 (3) Le mémoire descriptif doit:

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

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

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

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

[114] With regard to paragraph 27(3)(a), the appellants argue that the specification fails to describe certain claim elements if those elements are construed as the Federal Court did. With regard to paragraph 27(3)(b), the appellants argue that it is not enough that a skilled person can “figure it out” from the specification. The appellants cite no authority on this last point, and I must disagree with this statement as it is phrased. It may well be enough if a skilled person can figure out how to make the invention. The fact that some non-inventive trial and error experiments may be required to practise a properly disclosed invention will not *per se* invalidate a patent on the basis that it fails to meet the requirements of subsection 27(3): *Bombardier Recreational Products Inc. v. Arctic Cat, Inc.*, 2018 FCA 172, 159 C.P.R. (4th) 319, at paragraph 78.

[115] The Federal Court considered the issues raised by the appellants. It noted Mr. Murphy’s opinion that a skilled person would have trouble making the invention described and claimed in the '173 patent because it fails to describe certain features of the claims. However, the Federal Court preferred the opinion of Mr. Palmer who explained that the skilled person would readily solve all of the alleged insufficiencies in the '173 patent. The Federal Court found that the invention in issue was not in any inventive component, but rather in the inventive combination of known components.

[116] The appellants also argue that the specification is insufficient because it misleads the public by failing to share with the reader the inventor’s knowledge that some components were necessary to make the invention work. As support for this argument, the appellants cite technical challenges that the inventor faced during the development of the patented system before the application for the '173 patent was filed. While it does appear that these challenges were real, the details that the appellants argue are missing from the specification are not necessarily of the kind that had to be included. I am not convinced that that the Federal Court failed to consider any of the

[114] Au sujet de l’alinéa 27(3)a) de la *Loi sur les brevets*, les appelantes affirment que le mémoire descriptif ne décrit pas certains éléments des revendications si l’interprétation de ces éléments correspond à celle donnée par la Cour fédérale. Au sujet de l’alinéa 27(3)b), les appelantes soutiennent que le fait qu’une personne versée dans l’art puisse « comprendre » en consultant le mémoire descriptif ne suffit pas. Les appelantes n’invoquent aucune jurisprudence sur ce dernier point et je ne suis pas d’accord avec la formulation de cette affirmation. Le fait qu’une personne versée dans l’art puisse comprendre comment confectionner l’invention pourrait bien suffire. Un brevet n’est pas invalidé pour avoir manqué aux exigences du paragraphe 27(3) de la Loi du seul fait qu’il pourrait être nécessaire de procéder à quelques essais dénués de caractère inventif pour réaliser une invention adéquatement divulguée : arrêt *Bombardier Produits Récréatifs Inc. c. Arctic Cat, Inc.*, 2018 CAF 172, au paragraphe 78.

[115] La Cour fédérale a examiné les questions soulevées par les appelantes. Elle a noté l’opinion de M. Murphy, selon laquelle une personne versée dans l’art aurait du mal à réaliser l’invention décrite et revendiquée dans le brevet '173, du fait que certaines caractéristiques des revendications n’y sont pas décrites. Cependant, la Cour fédérale a privilégié l’opinion de M. Palmer qui a expliqué que la personne versée dans l’art résoudrait facilement la totalité des insuffisances présumées dans le brevet '173. La Cour fédérale a conclu que l’invention en litige ne décrivait aucun composant inventif, mais qu’elle avait plutôt trait à une combinaison de dispositifs connus.

[116] Les appelantes ont aussi affirmé que le mémoire descriptif est insuffisant, car il induit le public en erreur en ne communiquant pas au lecteur les connaissances de l’inventeur quant au fait que certains composants étaient nécessaires pour que l’invention fonctionne. Pour appuyer cet argument, les appelantes invoquent des difficultés techniques auxquelles l’inventeur a dû faire face pendant la mise au point du système breveté avant le dépôt de la demande relative au brevet '173. Bien qu’il semble que ces difficultés aient été réelles, les détails qui, selon ce qu’affirment les appelantes, ne sont pas contenus dans le mémoire descriptif ne sont pas

evidence or that the evidence was such that it was a reviewable error not to find the '173 patent insufficient.

[117] The appellants also rely on the “best mode” requirement for machines set out in paragraph 27(3)(c) of the *Patent Act*, and argue that the Federal Court erred in failing to accept that the system claims of the '173 patent (claims 19 to 23) were subject to that requirement.

[118] The Federal Court dismissed the appellants’ best-mode argument by saying that paragraph 27(3)(c) “relates solely to machines and, as I understand the patent, it claims a method and a system, not a machine” (see paragraph 146 of the Decision).

[119] I must say that it is difficult to understand how the claims to a system in the '173 patent are not to a machine. I note that even the Federal Court referred to the patented shale shaker system as a machine at paragraphs 6 and 15 of the Decision. It is not clear to me that defining an invention as a system rather than a machine should eliminate the need to comply with paragraph 27(3)(c) of the *Patent Act*. In addition, there is considerable doubt as to whether, despite the wording of paragraph 27(3)(c), the best-mode requirement is limited to machines: Donald MacOdrum, *Fox on the Canadian Law of Patents*, 5th ed., loose-leaf (Toronto: Carswell, 2002), at 7.8(d)(iv); Robert Barrigar & Andrew Shaughnessy, *Canadian Patent Act Annotated*, 2nd ed., loose-leaf (Toronto: Carswell, 1994), at 27:1570 ff; David Vaver, “Best Mode Disclosure in Canadian Patents” (2013), 25 *I.P.J.* 303.

[120] Notwithstanding these concerns, I am not convinced that the Federal Court committed a reviewable error in refusing to find the specification of the '173 patent insufficient for failure to comply with the best-mode requirement. The appellants argue that the Federal Court

nécessairement ceux qui devaient y être inclus. Je ne suis pas convaincu que la Cour fédérale a omis d’examiner les éléments de preuve ou qu’ils étaient tels que la conclusion selon laquelle le brevet '173 était insuffisant constituait une erreur susceptible de révision.

[117] Les appelantes invoquent aussi l’exigence de la « meilleure manière » en ce qui concerne les machines qui est énoncée à l’alinéa 27(3)c) de la *Loi sur les brevets* et elles affirment que la Cour fédérale a commis une erreur en n’admettant pas que les revendications relatives au système du brevet '173 (revendications 19 à 23) faisaient l’objet de cette exigence.

[118] La Cour fédérale a rejeté l’argument de la « meilleure manière » invoqué par les appelantes en indiquant que l’alinéa 27(3)c) « se rapporte uniquement aux machines et, selon ma compréhension du brevet, celui-ci revendique une méthode et un système, et non une machine » (voir le paragraphe 146 de la décision).

[119] Je dois dire qu’on voit mal comment les revendications relatives à un système dans le brevet '173 ne se rapportent pas à une machine. Je remarque que même la Cour fédérale, aux paragraphes 6 et 15 de la décision, a qualifié le tamis vibrant breveté de machine. Il ne m’apparaît pas évident que le fait de définir une invention comme un système plutôt que comme une machine devrait éliminer la nécessité de se conformer à l’alinéa 27(3)c) de la *Loi sur les brevets*. En outre, il existe un doute considérable quant à la question de savoir si, malgré le libellé de l’alinéa 27(3)c), l’exigence de la meilleure manière se limite aux machines : Donald MacOdrum, *Fox on the Canadian Law of Patents*, 5^e éd., feuilles mobiles (Toronto : Carswell, 2002), au paragraphe 7.8(d)(iv); Robert Barrigar et Andrew Shaughnessy, *Canadian Patent Act Annotated*, 2^e éd., feuilles mobiles (Toronto : Carswell, 1994), au paragraphe 27:1570ff; David Vaver, « Best Mode Disclosure in Canadian Patents » (2013), 25 *I.P.J.* 303.

[120] Malgré ces doutes, je ne suis pas convaincu que la Cour fédérale a commis une erreur susceptible de révision en refusant de conclure que le mémoire descriptif du brevet '173 est insuffisant du fait qu’il ne remplit pas l’exigence de la meilleure manière. Les appelantes

found that problems with a prototype were resolved prior to the filing date, but no solution was disclosed in the specification. However, the appellants do not provide sufficient detail to convince me that any error that may have been made by the Federal Court with regard to the best-mode requirement was of sufficient importance to make a difference to the result. As noted in the paragraphs above, I am not convinced that the details mentioned by the appellants in respect of their other arguments on insufficiency are of the kind that had to be included in the specification.

D. Ambiguity

[121] The appellants argue that the Federal Court erred in concluding that various claims in the '173 patent are not invalid for ambiguity because the Federal Court was able to construe the terms in issue used therein. The appellants characterize this approach as inconsistent with the case law and representing an error of law. However, the appellants have cited no authority that provides that the Federal Court's approach to ambiguity is an error of law. In fact, jurisprudence supports this approach: e.g. *Mobil Oil Corp. v. Hercules Canada Inc.*, 63 C.P.R. (3d) 473, at page 484, 188 N.R. 382 (F.C.A.); *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)*, 2005 FC 1725, 285 F.T.R. 1, at paragraph 37. The basis for invalidity due to ambiguity is that the patent must give adequate notice to the public as to what activities are claimed as exclusive to the patentee. If a skilled person is able to construe the claims, then it follows that that notice is provided.

[122] The appellants' principal complaint seems to be more factual: that the Federal Court should not have found that the terms in question, "vapor" and "degassing chamber", could be construed. These issues have been dealt with above in the construction of claims section.

affirment que la Cour fédérale a constaté que les problèmes liés à un prototype ont été résolus avant la date de dépôt, mais aucune solution n'a été divulguée dans le mémoire descriptif. Cependant, les appelantes n'ont pas fourni suffisamment de détails pour me convaincre que toute erreur qui pourrait avoir été commise par la Cour fédérale relativement à l'exigence de la meilleure manière était suffisamment importante pour changer l'issue. Comme je l'ai mentionné dans les paragraphes ci-dessus, je ne suis pas convaincu que les détails mentionnés par les appelantes à l'égard de leurs autres arguments sur l'insuffisance sont ceux qui devaient être inclus dans le mémoire descriptif.

D. Ambiguïté

[121] Les appelantes affirment que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que diverses revendications dans le brevet '173 ne sont pas non valides pour cause d'ambiguïté, car la Cour fédérale a été en mesure d'interpréter les termes en litige utilisés dans ces revendications. Les appelantes qualifient cette approche de non conforme à la jurisprudence et d'erreur de droit. Cependant, les appelantes ne renvoient à aucune jurisprudence qui enseigne que l'approche de la Cour fédérale à l'égard de l'ambiguïté est une erreur de droit. En fait, la jurisprudence appuie cette approche : p. ex. *Mobil Oil Corp. c. Hercules Canada Inc.*, [1995] A.C.F. n° 1243 (QL), 63 C.P.R. (3d) 473 (C.A.), à la page 484; *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2005 CF 1725, au paragraphe 37. Le fondement d'invalidité pour cause d'ambiguïté est celui selon lequel le brevet doit aviser comme il se doit le public quant aux activités revendiquées comme se rapportant uniquement au breveté. Si une personne versée dans l'art est en mesure d'interpréter les revendications, il s'ensuit que cet avis est alors fourni.

[122] La principale plainte des appelantes semble être plus factuelle : la Cour fédérale n'aurait pas dû conclure que les terme et expression en question [TRADUCTION] « vapeur » et [TRADUCTION] « chambre de dégazage » pouvaient être interprétés. Ces questions ont été traitées dans la section sur l'interprétation des revendications ci-dessus.

E. Inutility

[123] The appellants argue that the Federal Court misunderstood their arguments on inutility, and applied the wrong legal test. The appellants have three main arguments on inutility:

- (i) The claims lack utility because the inventor was not able to produce a practical working prototype before his development work on the invention ended near the end of 2006;
- (ii) The only practical means conceived to address the problem of liquid entering into the vacuum system inlet was to employ an external degassing chamber; however, some of the claims in issue do not define an external degassing chamber, and such claims therefore lack utility because they encompass embodiments that do not work; and
- (iii) Any claims that encompass the version of the appellants' VSS where the tray is cantilevered onto the end of the shaker lack utility because the inventor believed that such a version would fall apart, and hence there could be no sound prediction of utility.

[124] I am not convinced that the Federal Court made any error in law, or misunderstood or failed to consider the evidence or the appellants' arguments on inutility. The Decision alluded to the first two of the arguments identified above at paragraphs 136 and 138, respectively. With regard to the first argument, the Federal Court noted correctly at paragraph 139 of the Decision that the fact that the inventor did not initially arrive at a prototype that could immediately be commercialized does not mean that his testing did not reveal a useful invention. The threshold for utility in a patent context is not commercial usefulness. A scintilla of utility will do: *AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2017 SCC 36, [2017] 1 S.C.R. 943, at paragraph 55. In my view, this passage from the Decision represents consideration of

E. L'inutilité

[123] Les appelantes affirment que la Cour fédérale n'a pas bien compris leurs arguments concernant l'inutilité et qu'elle a appliqué le mauvais critère juridique. Les appelantes ont trois principaux arguments concernant l'inutilité :

- i. les revendications manquent d'utilité parce que l'inventeur n'a pas été en mesure de produire un prototype fonctionnel pratique avant son travail de mise au point sur l'invention qui s'est achevé vers la fin de l'année 2006;
- ii. l'unique moyen pratique imaginé pour résoudre le problème d'introduction de liquide dans l'entrée du système d'aspiration a consisté à utiliser une chambre de dégazage externe; cependant, certaines des revendications en litige ne définissent pas une chambre de dégazage externe et ces revendications manquent donc d'utilité, car elles comprennent des réalisations qui ne fonctionnent pas;
- iii. toutes les revendications qui comprennent la version du système VS des appelantes où le plateau est en porte-à-faux sur l'extrémité du tamis manque d'utilité, car l'inventeur pensait que cette version s'effondrerait et il ne pouvait donc pas y avoir de prédiction d'utilité valable.

[124] Je ne suis pas convaincu que la Cour fédérale a commis une erreur de droit, qu'elle n'a pas bien compris les éléments de preuve ou les arguments des appelantes sur l'inutilité ou qu'elle a omis de les examiner. La décision a fait référence aux deux premiers arguments mentionnés ci-dessus, aux paragraphes 136 et 138, respectivement. En ce qui concerne le premier argument, la Cour fédérale a souligné, à juste titre, au paragraphe 139 de sa décision, que le fait que l'inventeur n'ait pas créé au départ un prototype qu'il était possible de commercialiser sur-le-champ ne veut pas dire que ses essais ne révélaient pas une invention utile. Le critère d'utilité à remplir dans le contexte d'un brevet n'est pas l'utilité commerciale. La moindre parcelle d'utilité suffit : *AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2017 CSC 36, [2017] 1 R.C.S. 943, au

the first argument. The Federal Court was clearly satisfied that the inventor had made a useful invention.

[125] Turning to the second of the above-noted arguments, it is not very clear how, or even whether, the Federal Court reached a conclusion on this point. However, paragraph 139 of the Decision did observe that, “a claim will not be found to lack utility for failure to mention a component that a skilled person would recognize as necessary, such as a valve to regulate the flow of liquid through a conduit.” While it seems to be common ground that an external degassing chamber was not a component that an uninventive person would have considered to protect the vacuum system from the entry of liquid, this passage does appear to acknowledge that there were other ways to achieve such protection which an uninventive person using known components would have thought to employ. Accordingly, it appears that the Federal Court was of the view that an external degassing chamber was not essential to the invention of the '173 patent, and hence claims not including such an element do not lack utility.

[126] The third of the appellants' arguments on inutility must fail for two reasons. First, utility is assessed from the point of view of the skilled person, not the inventor. Doubts that the inventor expressed about the utility of a certain embodiment would not necessarily lead to a conclusion of inutility. The second reason this argument must fail is that the inventor's doubts about whether the embodiment in question would function were based on the specific shaker that he observed. It was not a conclusion that no system with a cantilevered tray could work.

[127] I am not convinced that the Federal Court made any reviewable error in considering the appellants' arguments on inutility as described above.

paragraphe 55. À mon avis, ce passage de la décision constitue l'examen du premier argument. La Cour fédérale était de toute évidence convaincue que l'inventeur avait créé une invention utile.

[125] En ce qui concerne le deuxième argument, il n'est pas très clair comment la Cour fédérale est parvenue à une conclusion sur ce point ou même si elle est parvenue à une telle conclusion. Cependant, au paragraphe 139 de la décision, on a fait l'observation suivante : « on ne considère pas qu'une revendication manque d'utilité parce qu'elle omet de mentionner un composant qu'une personne versée dans l'art reconnaîtrait comme nécessaire, comme un robinet permettant de régler le débit d'un liquide passant dans un conduit ». Bien qu'il semble communément admis qu'une chambre de dégazage externe n'était pas un composant auquel une personne dépourvue d'esprit inventif aurait pensé pour protéger le système d'aspiration contre l'introduction de liquide, ce passage ne semble pas reconnaître qu'il existait d'autres moyens d'obtenir cette protection auxquels une personne dépourvue d'esprit inventif et utilisant des composants connus aurait pensé à utiliser. Par conséquent, il semble que la Cour fédérale était d'avis qu'une chambre de dégazage externe n'était pas essentielle pour l'invention du brevet '173 et les revendications qui ne comprennent pas cet élément ne manquent donc pas d'utilité.

[126] Le troisième argument des appelantes sur l'inutilité doit être rejeté pour deux raisons. Premièrement, l'utilité est évaluée du point de vue de la personne versée dans l'art, non de celui de l'inventeur. Les doutes exprimés par l'inventeur quant à l'utilité d'une certaine réalisation ne donneraient pas nécessairement lieu à une conclusion d'inutilité. La deuxième raison pour laquelle cet argument doit être rejeté est que les doutes de l'inventeur quant à la question de savoir si la réalisation en question fonctionnerait étaient fondés sur le tamis précis qu'il a observé. Il ne s'agissait pas d'une conclusion selon laquelle aucun système équipé d'un plateau en porte-à-faux ne pouvait fonctionner.

[127] Je ne suis pas convaincu que la Cour fédérale a commis une erreur susceptible de révision lors de son examen des arguments des appelantes sur l'inutilité mentionnés ci-dessus.

F. *Overbreadth*

[128] There are two ways that a patent claim can fail for overbreadth (or overclaiming): it can be broader than the invention disclosed in the specification, or it can be broader than the invention made by the inventor: *Pfizer Canada Inc. v. Canada (Health)*, 2007 FCA 209, 60 C.P.R. (4th) 81, at paragraph 115.

[129] The concept of claim invalidity for overbreadth (or overclaiming) arises from the combination of the requirements that a patent specification (i) correctly and fully describe the invention (see subsection 27(3) of the *Patent Act*), and (ii) include “claims defining distinctly and in explicit terms the subject-matter of the invention for which an exclusive privilege or property is claimed” (see subsection 27(4)). One may also consider overclaiming as a natural consequence of the bargain theory of patent law as described in *Free World Trust*, at paragraph 13: “[i]n return for disclosure of the invention to the public, the inventor acquires for a limited time the exclusive right to exploit it.” If a patent claims more than it describes, or more than the inventor has made, it gives the patentee more than the bargain entitles them to. Such a claim violates the bargain and is therefore invalid.

[130] Overbreadth often overlaps with other grounds of invalidity. For example, a claim that is invalid for anticipation because it encompasses embodiments that are described in the prior art may also be considered overbroad for claiming more than the inventor has truly invented. In addition, overbreadth might be considered the other side of the coin of insufficiency. Where a claim is broader than the description, it may fail for overbreadth, but it may also fail because the description does not adequately describe how to put it into practice. Despite this possibility of overlap, overbreadth is a distinct ground of invalidity that must be considered separately.

F. *Portée excessive*

[128] Il existe deux cas où la revendication d’un brevet peut être jugée non valide pour cause de portée excessive (ou de revendication excessive) : sa portée peut être plus large que l’invention divulguée dans le mémoire descriptif ou sa portée peut être plus étendue que l’invention créée par l’inventeur : *Pfizer Canada Inc. c. Canada (Santé)*, 2007 CAF 209, au paragraphe 115.

[129] La notion de non-validité d’une revendication pour cause de portée excessive (ou de revendication excessive) découle de la combinaison des exigences selon lesquelles le mémoire descriptif d’un brevet (i) doit décrire d’une façon exacte et complète l’invention (voir le paragraphe 27(3) de la *Loi sur les brevets*) et (ii) doit comprendre des « revendications définissant distinctement et en des termes explicites l’objet de l’invention dont le demandeur revendique la propriété ou le privilège exclusif » (voir le paragraphe 27(4)). On pourrait aussi considérer qu’une revendication excessive est une conséquence naturelle de la théorie d’un marché en droit des brevets décrite dans l’arrêt *Free World Trust*, au paragraphe 13 : « [e]n contrepartie de la divulgation de l’invention, l’inventeur obtient, pour un certain laps de temps, le droit exclusif de l’exploiter ». Si une revendication réclame plus que ce qu’elle décrit ou plus que ce que l’inventeur a créé, elle accorde au breveté plus de droits que ce que le marché lui confère. Une telle revendication contrevient au marché et est donc non valide.

[130] La portée excessive chevauche souvent d’autres motifs de non-validité. Par exemple, une revendication qui est non valide pour cause d’antériorité, du fait qu’elle comprend des réalisations qui sont décrites dans les antériorités, pourrait aussi être jugée excessive du fait qu’elle réclame plus que ce que l’inventeur a véritablement inventé. En outre, la portée excessive pourrait être considérée comme l’opposé de l’insuffisance. Si la portée d’une revendication est plus étendue que la description, elle pourrait être non valide pour cause de portée excessive, mais elle pourrait aussi être non valide parce que la description quant à sa mise en pratique n’est pas adéquate. Malgré ce chevauchement possible, la portée excessive est un motif d’invalidité distinct qui doit être examiné séparément.

[131] The appellants argue that the claims of the '173 patent are invalid on both grounds of overbreadth.

(1) Claims broader than invention disclosed

[132] The appellants argue that the Federal Court found that vapor is a mist, and that nothing in the '173 patent describes pulling mist through a screen and separating it from drilling fluid. I have addressed in paragraphs 30 and 31 above the aspect of vapor as a mist. I note in passing that this argument seems more like one of insufficiency than of overclaiming. In any case, I see nothing in the scope of the term “vapor” in the claims that encompasses anything that was not contemplated in the disclosure.

[133] The appellants also argue that claim 20 is overbroad because nothing in the '173 patent describes pulling all air, vapor and drilling fluid through a first screen but not through a second. Again, this argument seems more like one of insufficiency than of overclaiming. In any case, I see nothing in the scope of claim 20 that encompasses anything that would not have been apparent to a skilled person reading the disclosure.

(2) Claims broader than invention made

[134] The appellants argue that the inventor of the '173 patent never contemplated (i) applying a constant pressure differential (only pulsed pressure), or (ii) applying a pressure differential to the screen at the discharge end of the shaker and not to other screens. The appellants refer to a number of documents as evidence of the inventor's intentions, but the specification of the '173 patent itself is a reliable indicator of what the inventor had in mind.

[135] In construing the term “controlling air flow”, I have explained my conclusion that the Federal Court

[131] Les appelantes affirment que les revendications du brevet '173 sont non valides relativement aux deux motifs de portée excessive.

1) Portée des revendications plus large que l'invention divulguée

[132] Les appelantes soutiennent que la Cour fédérale a conclu que la vapeur désigne un brouillard et que rien dans le brevet '173 ne décrit l'aspiration d'un brouillard au travers d'un crible et sa séparation du fluide de forage. Aux paragraphes 30 et 31 ci-dessus, j'ai traité de l'aspect de brouillard de la vapeur. Je remarque au passage que cet argument semble plus se rapporter à une insuffisance qu'à une revendication excessive. Quoi qu'il en soit, je ne constate rien qui, dans la portée du terme [TRADUCTION] « vapeur » contenu dans les revendications, comprend quelque chose qui n'a pas été envisagé dans la divulgation.

[133] Les appelantes affirment aussi que la portée de la revendication 20 est excessive, car rien dans le brevet '173 ne décrit l'aspiration de la totalité de l'air, de la vapeur et du fluide de forage au travers d'un premier crible, mais pas d'un second. Encore une fois, cet argument semble plus se rapporter à une insuffisance qu'à une revendication excessive. Quoi qu'il en soit, je ne constate rien dans la portée de la revendication 20 qui comprend quelque chose qui n'aurait pas été évident pour une personne versée dans l'art qui lit la divulgation.

2) Revendications de portée excessive par rapport à l'invention créée

[134] Les appelantes affirment que l'inventeur du brevet '173 n'a jamais prévu (i) l'application d'une pression différentielle constante (seulement une pression pulsée) ou (ii) l'application d'une pression différentielle au crible à la sortie du tamis et non aux autres cribles. Les appelantes mentionnent comme éléments de preuve des intentions de l'inventeur plusieurs documents, mais le mémoire descriptif du brevet '173 est lui-même un indicateur fiable de ce que l'inventeur avait à l'esprit.

[135] En interprétant l'expression [TRADUCTION] « contrôler le débit d'air », j'ai expliqué ma conclusion

did not err in finding that the '173 patent contemplates a constant pressure differential. Moreover, the Federal Court accepted the inventor's own testimony that he contemplated a constant pressure differential. I see no error here.

[136] The same is true with regard to the application of pressure only to the screen at the discharge end of the shaker. The Federal Court accepted the inventor's testimony that he considered this arrangement. The Federal Court also cited paragraph 37 of the '173 patent, which clearly describes a shaker with two sets of screens, and contemplates the application of a pressure differential "across either or both sets of screens." The appellants urge this Court to find an error on the basis that paragraph 37 refers to sets of screens rather than individual screens, but I see no reason to agree based on this distinction.

G. Addition of new subject matter

[137] Subsection 38.2(2) of the *Patent Act* provides as follows:

Amendments to Specifications and Drawings

...

38.2

Restriction

(2) The specification and drawings contained in an application, other than a divisional application, may not be amended to add matter that cannot reasonably be inferred from the specification or drawings contained in the application on its filing date.

[138] The appellants argue that the '173 patent is invalid because the claims to "controlling air flow" define the purpose thereof to be "to prevent stalling of the slurry on the screen," and this purpose was not reasonably inferable from the patent application as filed. It should be noted also that this purpose has been given importance in distinguishing the '173 patent from Derrick. The appellants

selon laquelle la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur en concluant que le brevet '173 prévoit une pression différentielle constante. En outre, la Cour fédérale a retenu le propre témoignage de l'inventeur selon lequel il envisageait une pression différentielle constante. Je ne constate aucune erreur en l'espèce.

[136] Il en va de même de l'application de la pression uniquement au crible, à la sortie du tamis. La Cour fédérale a retenu le témoignage de l'inventeur selon lequel il prévoyait cet arrangement. La Cour fédérale a également invoqué le paragraphe 37 du brevet '173 qui décrit clairement un tamis muni de deux ensembles de cribles et qui prévoit l'application d'une pression différentielle [TRANSDUCTION] « sur l'un ou l'autre des ensembles de cribles ou sur les deux ». Les appelantes demandent instamment à notre Cour de conclure qu'une erreur a été commise au motif que le paragraphe 37 renvoie aux ensembles de cribles, plutôt qu'à des cribles individuels, mais je ne vois aucune raison d'accueillir cette demande en raison de cette distinction.

G. L'ajout d'un nouvel objet

[137] Le paragraphe 38.2(2) de la *Loi sur les brevets* est ainsi libellé :

Modification du mémoire descriptif et des dessins

[...]

38.2 [...]

Limite

(2) Les dessins et le mémoire descriptif qui sont compris dans une demande autre qu'une demande divisionnaire ne peuvent être modifiés pour y ajouter des éléments qui ne peuvent raisonnablement s'inférer des dessins ou du mémoire descriptif qui sont compris dans la demande à sa date de dépôt.

[138] Les appelantes affirment que le brevet '173 est non valide, car les revendications pour [TRANSDUCTION] « contrôler le débit d'air » expliquent que l'objet de ce concept est d'« éviter tout blocage de la boue sur le crible » et cet objet ne pouvait pas être inféré de manière raisonnable de la demande de brevet déposée. Il convient de mentionner également que cet objet a été

also argue that the original application for the '173 patent contemplated only pulsing pressure differential, not continuous pressure as the Federal Court found to be within the scope of the claims. The '173 patent, according to the appellants, is therefore invalid because continuous pressure was not reasonably inferable from the original patent application.

[139] The appellants also criticize the Federal Court's refusal to admit evidence concerning the circumstances surrounding the addition of the subject matter in issue. They point out that the Federal Court had no authority supporting its ruling.

[140] The appellants note the dearth of jurisprudence on section 38.2 of the *Patent Act*. They argue that the test for reasonable inferability of new subject matter is strict: that subject matter should be considered to have been added unless such matter is clearly and unambiguously disclosed in the original application either explicitly or implicitly. They cite two U.K. decisions in support of their position: *Bonzel v. Intervention Ltd.* (No. 3), [1991] R.P.C. 553 (Pat. Ct.); *Gedeon Richter plc v. Bayer Pharma AG*, [2012] EWCA Civ. 235, [2012] All E.R. 87, at paragraph 13.

[141] There are at least three good reasons to be wary of following the U.K. approach. The first is that this approach presumes that matter has been improperly added, and places the burden on the respondent to establish otherwise. Under Canada's *Patent Act*, a patent is presumed to be valid in the absence of evidence to the contrary (see subsection 43(2)). The burden is on the appellants to establish that the '173 patent is invalid, regardless of the ground of invalidity.

[142] The second reason to be wary of following the strict U.K. test is that the U.K. provision in question (paragraph 72(1)(d) of the *Patents Act 1977* [(U.K.), 1977, c. 37]) does not mention the concept of reasonable inferability. It simply provides that a patent may be revoked if "the matter disclosed in the specification of

mis en évidence pour distinguer le brevet '173 de celui de Derrick. Les appelantes soutiennent aussi que la demande originale relative au brevet '173 prévoyait seulement une pression différentielle pulsée, et non une pression continue considérée par la Cour fédérale comme relevant de la portée des revendications. Selon les appelantes, le brevet '173 est donc non valide, car une pression continue ne pouvait pas être inférée de manière raisonnable de la demande de brevet originale.

[139] Les appelantes critiquent aussi le refus par la Cour fédérale d'admettre des éléments de preuve sur les circonstances qui entourent l'ajout de l'objet en litige. Elles font remarquer que la Cour fédérale n'avait pas compétence pour appuyer sa décision.

[140] Les appelantes soulignent le peu de jurisprudence concernant l'article 38.2 de la *Loi sur les brevets*. Elles affirment que le critère pour établir la possibilité d'inférence raisonnable relative au nouvel objet est strict : on devrait considérer que cet objet a été ajouté, sauf s'il est divulgué explicitement ou implicitement, de façon claire et non équivoque, dans la demande originale. Elles invoquent deux décisions du Royaume-Uni pour appuyer leur thèse : *Bonzel v. Intervention Ltd.* (No. 3), [1991] R.P.C. 553 (Pat. Ct.); *Gedeon Richter plc v. Bayer Pharma AG*, [2012] EWCA Civ 235, [2012] All E.R. 87, au paragraphe 13.

[141] Il existe au moins trois bonnes raisons de faire preuve de prudence par rapport à l'adoption de l'approche du Royaume-Uni. La première raison est que cette approche suppose que cet objet a été ajouté à tort et elle impose à l'intimée la charge de prouver qu'il en est autrement. Aux termes de la *Loi sur les brevets* du Canada, un brevet est supposé valide, sauf preuve contraire (voir le paragraphe 43(2)). Il incombe aux appelantes d'établir que le brevet '173 est non valide, quel que soit le motif de non-validité.

[142] La deuxième raison de faire preuve de prudence par rapport à l'adoption du critère strict du Royaume-Uni est que la disposition en question (alinéa 72(1)(d) de la *Patents Act 1977* [(U.K.), 1977, ch. 37] du Royaume-Uni) ne mentionne pas la notion de possibilité d'inférence raisonnable. Elle dispose simplement qu'un brevet

the patent extends beyond that disclosed in the application for a patent, as filed.” Given such a provision, with no exception for subject matter that can reasonably be inferred, it is not surprising that the U.K. courts apply a strict test. The Canadian provision on the other hand does not suggest a strict test.

[143] The third reason to be wary of the strict U.K. test is that the U.K. provision provides explicitly for patent revocation. Section 38.2 does not. On the contrary, subsection 38.2(1) provides that, subject to certain limitations, a patent application may be amended. The provision of particular interest in the present appeal, subsection 38.2(2), provides for one of the contemplated limitations.

[144] A final comment on the law concerns the appellants’ criticism of the Federal Court’s ruling that surrounding circumstances are not relevant to whether subsection 38.2(2) has been respected. The Federal Court reasoned that this issue is one of logic, not fact (see paragraph 236 of the Decision). It appears that the particular facts that the appellants sought to have considered concerned the respondent’s motivation to amend the claims to broaden them and encompass the appellants’ VSS. I have already indicated (see paragraphs 21 and 22 above) that such a motivation is not improper. The respondent’s motivation in amending the claims is likewise not relevant to whether the new matter therein can reasonably be inferred from the original application. The Federal Court was correct to exclude evidence on the point.

[145] I turn now to the facts. I have already noted in my discussion of “controlling air flow” that the Federal Court recognized that the ‘173 patent, even as originally filed, contemplated a continuous pressure differential as well as toggling pressure (see paragraph 29 above). This also disposes of this aspect of the appellants’ argument concerning the addition of new subject matter.

peut être invalidé si [TRADUCTION] « la portée de l’objet divulgué dans le mémoire descriptif du brevet dépasse celle de l’objet divulgué dans la demande déposée d’un brevet ». Compte tenu de cette disposition, qui ne prévoit aucune exception pour un objet que l’on peut raisonnablement déduire, il n’est pas surprenant que les tribunaux au Royaume-Uni appliquent un critère strict. La disposition canadienne, par contre, n’indique pas un critère strict.

[143] La troisième raison de faire preuve de prudence par rapport au critère strict du Royaume-Uni est que la disposition de ce pays envisage explicitement la révocation d’un brevet. Ce n’est pas ce que l’article 38.2 envisage. Au contraire, le paragraphe 38.2(1) dispose que, sous réserve de certaines limites, une demande de brevet peut être modifiée. La disposition qui revêt un intérêt particulier dans le présent appel, le paragraphe 38.2(2), prévoit l’une des limites envisagées.

[144] Un dernier commentaire sur la Loi porte sur la critique par les appelantes de la décision de la Cour fédérale selon laquelle les circonstances ne sont pas pertinentes pour déterminer si le paragraphe 38.2(2) a été respecté. La Cour fédérale a indiqué qu’il s’agit d’une question de logique, et non de fait (voir le paragraphe 236 de la décision). Il semble que les faits précis que les appelantes ont cherché à faire examiner concernaient l’intention de l’intimée de modifier les revendications pour élargir leur portée et inclure le système VS des appelantes. J’ai déjà indiqué (voir les paragraphes 21 et 22 ci-dessus) qu’un tel motif est légitime. De même, l’intention de l’intimée de modifier les revendications n’est pas pertinente pour déterminer si le nouvel objet qui y est ajouté peut être inféré de manière raisonnable de la demande originale. La Cour fédérale a eu raison d’exclure des éléments de preuve sur ce point.

[145] Passons aux faits. J’ai déjà souligné dans ma discussion sur l’expression [TRADUCTION] « contrôler le débit d’air » que la Cour fédérale reconnaissait que le brevet ‘173, même initialement déposé, envisageait une pression différentielle continue ainsi qu’une variation de la pression (voir le paragraphe 29 ci-dessus). Cela permet aussi de statuer sur cet aspect de l’argument des appelantes concernant l’ajout d’un nouvel objet.

[146] As regards the purpose of preventing slurry from stalling, rather than simply unclogging the slurry, the Federal Court noted at paragraph 252 of the Decision the following passage from paragraph 33 of the '173 patent:

By toggling the pressure between vacuum and static, conveyance of solids across the screen may proceed unhindered, thereby avoiding solids accumulating or sticking on the screen, and thus not preventing fluid flow through the screen.

[147] Though this passage does not assist the respondent on the earlier point concerning continuous pressure differential vs. toggling, it does contemplate solids being conveyed across the screen “unhindered,” thereby “avoiding” solids accumulating. In my view, this is support in the '173 patent, as originally filed, for claims defining the purpose of preventing the stalling of slurry. Accordingly, I find that the Federal Court did not err in finding that this feature was at least reasonably inferable from the original patent application.

VII. Procedural Fairness

[148] Patent trials typically involve the testimony of experts. Because expert testimony is often voluminous and complicated, the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, provide that all such evidence must be supported by an affidavit or statement of the expert that has been duly served and filed: see rules 52.2, 258 and 279. Such expert affidavits or statements (reports) are typically exchanged in the context of the pre-trial conference or in accordance with an Order of the Court.

[149] Rule 267 provides that, except by order of the Court or agreement of the parties, a trial judge will not receive any expert report before trial when it is submitted in support of the expert’s testimony. While this rule is useful for ensuring that the trial judge is not exposed to unsworn evidence, it is often felt that the conduct of the trial will be more efficient if the trial judge, as part

[146] Quant à l’objet qui est d’éviter tout blocage causé par la boue, au lieu de simplement débloquer le composant sur lequel colle la boue, la Cour fédérale a souligné, au paragraphe 252 de la décision, le passage suivant tiré du paragraphe 33 du brevet '173 :

[TRADUCTION] En modifiant la pression pour passer d’une pression à vide à une pression statique et inversement, les solides peuvent être acheminés sur le crible sans obstacles, ce qui évite que des solides s’accumulent sur le crible ou y adhèrent, et n’empêchent donc pas le fluide de traverser le crible.

[147] Bien que ce passage ne soit d’aucune utilité à l’intimée relativement au point précédent qui porte sur la pression différentielle continue par rapport à la variation de la pression, il prévoit l’acheminement de solides sur le crible [TRADUCTION] « sans obstacles », [TRADUCTION] « évitant » ainsi l’accumulation des solides. À mon avis, ce passage, dans le brevet '173 initialement déposé, appuie les revendications qui définissent l’intention d’éviter le blocage par la boue. Par conséquent, je conclus que la Cour fédérale n’a pas commis d’erreur en concluant que cette caractéristique pouvait, à tout le moins, être inférée de manière raisonnable de la demande de brevet originale.

VII. Équité procédurale

[148] Les procès en contrefaçon de brevets comprennent généralement les témoignages des experts. Les témoignages des experts étant souvent abondants et complexes, les *Règles des Cours fédérales*, DORS./98-106, disposent que ces éléments de preuve soient accompagnés d’un affidavit ou d’une déclaration de l’expert dûment signifiés et déposés : voir les règles 52.2, 258 et 279. Ces affidavits ou déclarations (rapports) d’experts sont généralement échangés dans le contexte de la conférence préparatoire à l’audience ou conformément à une ordonnance de la Cour.

[149] La règle 267 porte qu’aucun rapport d’expert étayant le témoignage de l’expert ne sera adressé avant l’instruction à un juge d’instruction, à moins d’une entente entre les parties ou d’une ordonnance de la Cour. Bien que cet article soit utile pour s’assurer que le juge d’instruction n’est pas exposé à des témoignages sans serments, on a souvent l’impression que le procès se

of their preparation, has the opportunity to review expert reports, and thereby become more familiar with the technological issues in play. Accordingly, a practice has developed whereby the parties may submit expert reports to the trial judge before trial for this purpose.

[150] However, there remains a concern that the trial judge should avoid exposure to unsworn evidence and should not waste their time. The Federal Court Notice to the Parties and the Profession – Trial Management Guidelines dated April 2017 states as follows at paragraph 7:

By submitting an expert report to the Court, the party is undertaking to the Court to call such expert as a witness at trial. If the calling of an expert is contingent on a subsequent event at trial, the expert report shall not be delivered until such undertaking to call the witness can be made.

[151] In their trial management conference memorandum dated July 19, 2018, the appellants agreed that, except as indicated otherwise in the memorandum, the Trial Management Guidelines should apply. The parties later submitted their expert reports. Pursuant to the Trial Management Guidelines, this submission of expert reports constituted an undertaking to the Court to call those experts as witnesses at trial.

[152] This undertaking became particularly important in this case because the parties also agreed to present the experts' evidence out of the usual order. The usual order would have had the respondent begin by presenting its evidence in chief on infringement issues, on which it had the burden of proof. The appellants would then follow with their evidence in chief on invalidity issues, upon which they had the burden of proof. The respondent's evidence on invalidity would come only after the appellants' evidence. In this case, the parties agreed that the respondent's expert, Mr. Palmer, would testify on issues of infringement and validity together, before the appellants' evidence. This would avoid Mr. Palmer having to appear more than once.

déroulera plus efficacement si le juge d'instruction, dans le cadre de sa préparation, a l'occasion d'examiner les rapports d'experts et d'ainsi plus se familiariser avec les questions technologiques en jeu. Par conséquent, une pratique, par laquelle les parties peuvent présenter au juge d'instruction des rapports d'experts avant l'instruction, a été mise au point à cet effet.

[150] Le juge d'instruction devrait toutefois veiller à éviter d'être exposé à des témoignages sans serments et à ne pas perdre son temps. Dans l'Avis aux parties et à la communauté juridique de la Cour fédérale – Directives en matière de gestion de l'instruction, daté d'avril 2017, il est indiqué ce qui suit au paragraphe 7 :

En présentant un rapport d'expert à la Cour, la partie s'engage devant la Cour à appeler cet expert à comparaître à l'instruction. Si la production d'un expert dépend d'un événement subséquent à l'instruction, le rapport ne doit pas être présenté tant que la partie ne peut s'engager à produire le témoin.

[151] Dans leur mémoire relatif à la conférence de gestion de l'instruction et daté du 19 juillet 2018, les appelantes ont convenu que, sauf indication contraire dans le mémoire, les lignes directrices sur la gestion des instances s'appliqueraient. Les parties ont plus tard présenté leurs rapports d'experts. Conformément aux Directives en matière de gestion de l'instruction, cette présentation des rapports d'experts constituait un engagement devant la Cour à appeler ces experts à comparaître à l'instruction.

[152] Cet engagement est devenu particulièrement important en l'espèce, car les parties ont également accepté de présenter les éléments de preuve des experts en suivant un ordre inhabituel. Si l'ordre habituel avait été suivi, l'intimée aurait commencé par présenter sa preuve principale sur les questions de contrefaçon sur lesquelles elle avait le fardeau de la preuve. Les appelantes auraient ensuite présenté leur preuve principale sur les questions de non-validité sur lesquelles elles avaient le fardeau de la preuve. L'intimée n'aurait présenté ses éléments de preuve sur la non-validité qu'après la soumission par les appelantes de leurs éléments de preuve. En l'espèce, les parties ont convenu que l'expert de l'intimée, M. Palmer, témoignerait sur les questions de contrefaçon et de validité, avant la présentation par les appelantes de leurs

[153] The appellants deny agreeing to have the evidence presented out of order, but this position is disingenuous. Firstly, the appellants were aware of the proposed order of evidence and made no objection. They were also present at trial and participated in the proposed order. Even more important, the minutes of the trial management conference dated September 10, 2018 indicate that the appellants expressly agreed to the proposed order.

[154] At trial, Mr. Palmer was examined and cross-examined on issues of infringement and validity. During the cross-examination, the appellants put portions of their experts' reports on invalidity to Mr. Palmer, and even attached part of one as a trial exhibit.

[155] At a certain point during the cross-examination, the appellants indicated that they might not call their expert witnesses after all. In light of this, the respondent asked that any evidence of Mr. Palmer on invalidity issues (including testimony, expert report and exhibits thereto) be excluded, and that no further cross-examination on such issues be allowed. After hearing the parties, the Federal Court ordered the appellants to choose to either withdraw their expert reports or confirm that they would call their experts as witnesses.

[156] The appellants argue that they were entitled to cross-examine the respondent's witnesses without significant and unwarranted constraint, and that they had the right to decide whether to call witnesses of their own or to rely instead on evidence obtained in cross-examination. The appellants cite authorities in support of their position, and argue that the denial of their right to conduct cross-examination as they wished was procedurally unfair.

éléments de preuve. De cette façon, M. Palmer ne devait comparaître qu'une fois.

[153] Les appelantes nient avoir convenu de présenter les éléments de preuve en suivant un autre ordre, mais cette thèse est fallacieuse. Premièrement, les appelantes ont été avisées de l'ordre proposé de présentation des éléments de preuve et elles ne s'y sont pas opposées. Elles étaient également présentes au procès et y ont participé en suivant l'ordre proposé. Fait encore plus important, le procès-verbal de la conférence de gestion de l'instruction daté du 10 septembre 2018 indique que les appelantes ont accepté expressément l'ordre proposé.

[154] Au procès, M. Palmer a été interrogé et contre-interrogé sur des questions de contrefaçon et de validité. Au cours du contre-interrogatoire, les appelantes ont adressé à M. Palmer des parties des rapports de leurs experts sur la non-validité et y ont même joint une partie d'un rapport à titre de preuve au procès.

[155] À un moment donné pendant le contre-interrogatoire, les appelantes ont signalé qu'elles pourraient finalement ne pas appeler leurs témoins experts à comparaître. Compte tenu de cela, l'intimée a demandé que tous les éléments de preuve de M. Palmer sur les questions de non-validité (y compris le témoignage, le rapport d'expert et les pièces y afférentes) soient exclus et qu'aucune poursuite du contre-interrogatoire sur ces questions ne soit autorisée. Après avoir entendu les parties, la Cour fédérale a ordonné aux appelantes de retirer leurs rapports d'experts ou de confirmer qu'elles appelleraient leurs experts à comparaître à titre de témoins.

[156] Les appelantes ont avancé qu'elles avaient le droit de contre-interroger les témoins de l'intimée, sans se voir imposer d'entraves importantes et injustifiées, et qu'elles avaient le droit de décider d'appeler leurs propres témoins à comparaître ou d'invoquer plutôt les éléments de preuve qu'elles ont obtenus pendant le contre-interrogatoire. Pour appuyer leur thèse, les appelantes invoquent la jurisprudence et affirment que le fait qu'on leur ait refusé le droit de mener un contre-interrogatoire comme elles le souhaitaient était inéquitable sur le plan procédural.

[157] I do not doubt their position as a general principle. But in my view, their right to cross-examine was constrained by their undertaking to the Federal Court to call their experts as witnesses. This undertaking was voluntary; the appellants could instead have chosen not to submit their expert reports before trial. At trial, the Federal Court went so far as to give the appellants the option of withdrawing their undertaking instead of complying with it. Of course, since that undertaking was the basis for having submitted their expert reports in the first place, it naturally followed that those reports would have to be withdrawn along with the undertaking.

[158] I agree with the respondent that, not only was it appropriate for the Federal Court to require the appellants to choose, but it was necessary to ensure a fair trial. Otherwise, the appellants would have been in a position to rely on unsworn evidence that had been put to Mr. Palmer, without having to expose that evidence to cross-examination. Moreover, under normal circumstances, the respondent's evidence on invalidity would come after that of the appellant. It would be the respondent (not the appellants) who could decide whether to adduce evidence after having seen their opponent's evidence. The appellants want to have their cake and eat it too. They seek the benefit of the reversed order without the cost.

[159] In addition, failing to require the appellants either to comply with their undertaking or withdraw their expert reports would have discouraged the kind of cooperation that led the parties to agree in the first place (i) to submit expert reports to the Federal Court before trial, and (ii) to alter the normal order of evidence for the sake of efficiency. These were desirable measures, which presumably assisted the Federal Court and made the trial more efficient. Parties may disagree with the submission of expert reports to the court before trial or with a proposed order of evidence, but having agreed, they should not complain about the natural consequences of such agreement. Cooperation between parties before and during trial should be encouraged.

[157] Je ne mets pas en doute leur thèse du point de vue du principe général. Cependant, à mon avis, leur droit de contre-interroger était limité par leur engagement devant la Cour fédérale à appeler leurs experts à comparaître à titre de témoins. Cet engagement était volontaire; les appelantes auraient pu choisir de ne pas présenter les rapports de leurs experts avant l'instruction. Au procès, la Cour fédérale est allée jusqu'à donner aux appelantes la possibilité de retirer leur engagement plutôt que de le respecter. Bien sûr, comme cet engagement était la raison pour laquelle les rapports de leurs experts avaient été présentés en premier lieu, le retrait de ces rapports aurait naturellement suivi celui de leur engagement.

[158] Je suis d'accord avec l'intimée pour dire que non seulement il convenait que la Cour fédérale enjoigne aux appelantes de choisir, mais qu'il était nécessaire de veiller à ce que le procès soit équitable. Autrement, les appelantes auraient pu se fonder sur les témoignages sans serments qui avaient été présentés à M. Palmer, sans devoir les soumettre à un contre-interrogatoire. En outre, dans des circonstances normales, les éléments de preuve de l'intimée sur la non-validité auraient été présentés après ceux des appelantes. L'intimée (et non les appelantes) aurait pu décider s'il y avait lieu ou non de produire des éléments de preuve après avoir pris connaissance de ceux de la partie adverse. Les appelantes ne veulent faire aucune concession. Elles cherchent à tirer profit de l'ordre inversé proposé au procès sans en assumer les conséquences.

[159] De plus, le fait de ne pas exiger des appelantes qu'elles respectent leur engagement ou qu'elles retirent les rapports de leurs experts aurait découragé le type de coopération qui a amené les parties à accepter en premier lieu (i) de présenter à la Cour fédérale des rapports d'experts avant l'instruction et (ii) de modifier l'ordre de la présentation des éléments de preuve pour des raisons d'efficacité. Il s'agissait de mesures souhaitables qui étaient censées aider la Cour fédérale et améliorer l'efficacité du procès. Les parties ne souscrivent peut-être pas à la présentation devant la Cour des rapports d'experts avant l'instruction ou à la proposition de l'ordre de présentation des éléments de preuve, mais après y avoir consenti, elles ne devraient pas se plaindre des conséquences naturelles de ce consentement. La coopération

[160] I should add that parties also should not expect to be given the option, partway through trial, to withdraw an undertaking. Though that option was granted to the appellants in this case, it was in the discretion of the Federal Court. The Federal Court might instead have simply required the appellants to comply with their undertaking.

VIII. Remedies

[161] The appellants' arguments concerning remedies apply only in the event that this Court concludes that the Federal Court erred in some of its invalidity findings. Having concluded that the Federal Court did not so err, I find it unnecessary to address the appellants' arguments on remedies.

IX. Conclusion

[162] For the reasons given above, I would dismiss this appeal with costs. Because of the appellants' failure to reasonably limit the issues before the Court, and the respondent's success on each argument raised, I would award costs at the top of column V to the Tariff [B].

[163] Further to the respondent's request, I would also order the release to the respondent of such security for costs that the appellants have been required to post.

GLEASON J.A.: I agree.

MACTAVISH J.A.: I agree.

entre les parties avant et pendant le procès devrait être encouragée.

[160] Je devrais ajouter que les parties ne devraient pas non plus s'attendre à se voir offrir la possibilité, en cours de procès, de retirer un consentement. Bien que cette possibilité ait été accordée aux appelantes en l'espèce, la décision de le faire a été laissée à l'appréciation de la Cour fédérale. La Cour fédérale aurait pu simplement exiger que les appelantes respectent leur consentement.

VIII. Mesures de redressement

[161] Les prétentions des appelantes concernant les mesures de redressement s'appliquent uniquement si la Cour conclut que la Cour fédérale a commis une erreur dans certaines de ses conclusions concernant la non-validité. Ayant conclu que la Cour fédérale n'a pas commis d'erreur, j'estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les prétentions des appelantes concernant les mesures de redressement.

IX. Conclusion

[162] Pour les motifs énoncés ci-dessus, je rejetterais le présent appel avec dépens. Les appelantes n'ayant pas raisonnablement limité les questions dont la Cour a été saisie et l'intimée ayant obtenu gain de cause à l'égard de chaque argument soulevé, j'adjugerais des dépens suivant le maximum de la fourchette prévue à la colonne V du tarif [B].

[163] Pour faire suite à la demande de l'intimée, j'ordonnerais que le cautionnement pour dépens que les appelantes ont été tenues de déposer soit remis à l'intimée.

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

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

A-138-20
2021 FCA 71

A-138-20
2021 CAF 71

The Minister of Health (*Appellant*)

Le ministre de la Santé (*appelant*)

v.

c.

GlaxoSmithKline Biologicals S.A. (*Respondent*)

GlaxoSmithKline Biologicals S.A. (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA (HEALTH) v. GLAXOSMITHKLINE BIOLOGICALS S.A.

RÉPERTORIÉ : CANADA (SANTÉ) c. GLAXOSMITHKLINE BIOLOGICALS S.A.

Federal Court of Appeal, Gauthier, Rivoalen and Locke J.J.A.—By videoconference, February 10; Ottawa, April 14, 2021.

Cour d'appel fédérale, juges Gauthier, Rivoalen et Locke, J.C.A.—Par vidéoconférence, 10 février; Ottawa, 14 avril 2021.

Patents — Appeal from Federal Court decision setting aside Minister of Health's decision refusing to issue certificate of supplementary protection (CSP) to respondent in respect of its Canadian Patent No. 2600905 ('905 patent), drug SHINGRIX — Notice of compliance issued for SHINGRIX identifying antigen as only medicinal ingredient — Minister of view '905 Patent not meeting Certificate of Supplementary Protection Regulations (CSP Regulations), s. 3(2) requirements since claims directed to formulation, not to "the medicinal ingredient or combination of all the medicinal ingredients" contained in SHINGRIX vaccine — Holding that '905 patent not including claim for approved medicinal ingredient (antigen) contained in drug SHINGRIX — Also holding that position consistent with Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European and its Member States (CETA) — Respondent arguing key active part of vaccine must include adjuvant — Federal Court noting that "active ingredient", term used in CETA, would include adjuvant — Of view that Minister adopting administrative tunnel vision by requiring that medicinal ingredient have independent desired effect on body — Whether Minister's interpretation, application of term "medicinal ingredient" reasonable — Whether Minister's interpretation, application of CSP provisions to exclude patent claims directed to a formulation reasonable — Minister's decision reasonable — Federal Court not applying applicable standard of review correctly — Legislator using words "claim for the medicinal ingredient" in Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations (PMNOC Regulations) to make it clearer that such claim not a claim to the drug — Terms "active ingredient", "medicinal ingredient" referring to same thing — Minister adopting construction consistent with CETA, interpretation of medicinal ingredient applied under Canada's domestic legislation — Minister adopting reasonable interpretation of words "medicinal ingredient" — Making scientific determination that adjuvant not medicinal ingredient — Minister reasonably

Brevets — Appel d'une décision rendue par la Cour fédérale, qui a annulé la décision du ministre de la Santé de refuser de délivrer un certificat de protection supplémentaire (CPS) à l'intimée à l'égard du brevet canadien n° 2600905 (le brevet '905) et du médicament SHINGRIX — Selon un avis de conformité délivré pour SHINGRIX, l'antigène était le seul ingrédient médicinal — Le ministre estimait que le brevet '905 ne répondait pas aux exigences de l'art. 3(2) du Règlement sur les certificats de protection supplémentaire (Règlement sur les CPS), car ses revendications portaient sur une formulation et non sur « l'ingrédient médicinal ou [...] la combinaison de tous les ingrédients médicinaux » contenus dans le vaccin SHINGRIX — Il a conclu que le brevet '905 ne contenait pas de revendication de l'ingrédient médicinal approuvé (l'antigène) contenu dans la drogue SHINGRIX — Il a conclu aussi que cette thèse était conforme à l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne (l'AECG) — L'intimée a fait valoir que la partie active essentielle du vaccin doit comprendre l'adjuvant — La Cour fédérale a indiqué que l'expression « principe actif », qui est utilisée dans l'AECG, vise les adjuvants — Elle a dit être d'avis que le ministre a adopté un point de vue administratif étroit en exigeant que l'ingrédient médicinal produise, de façon indépendante, l'effet recherché dans l'organisme — Il s'agissait de savoir si l'interprétation et l'application qu'a faites le ministre du terme « ingrédient médicinal » étaient raisonnables — Il s'agissait également de savoir si l'interprétation et l'application qu'a faites le ministre des dispositions du Règlement sur les CPS, de manière à exclure les revendications de brevet portant sur une formulation, étaient raisonnables — La décision du ministre était raisonnable — La Cour fédérale n'a pas correctement appliqué la norme de contrôle applicable — Le législateur a utilisé l'expression « revendication de l'ingrédient médicinal » dans le Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) (Règlement sur les MB(AC)) afin d'établir plus clairement que

concluding that antigen only medicinal ingredient here — Not incumbent on legislator to exclude expressly from eligibility patent claims directed to a formulation — 2006 amendments to PMNOC Regulations acknowledging distinction between claim for medicinal ingredient, claim for formulation — New definitions intending to bear their established meaning under extensive body of case law interpreting “claim for the medicine itself” — Reasonable to conclude that claim for medicinal ingredient referring only to claim for antigen, not mixture of ingredients in approved drug — Legislator endeavouring to adopt text consistent with definition of “basic patent” at CETA, Article 20.27 — No reason to conclude that s. 3(2) inconsistent with Canada’s obligation under Article 20.27 — Patent protecting the product (i.e. active ingredient) consistent with requirement that there be claim for medicinal ingredient — Appeal allowed.

This was an appeal from a Federal Court decision setting aside the Minister of Health’s decision refusing to issue a certificate of supplementary protection (CSP) to the respondent in respect of its Canadian Patent No. 2600905 (‘905 patent) and the drug SHINGRIX, a vaccine against shingles.

The CSP regime extends the rights under an eligible patent but only with respect to the making, using and selling of the actual drug or pharmaceutical product containing the medicinal ingredient or combination of medicinal ingredients set out in the CSP for a maximum of two years. A notice of compliance issued for SHINGRIX in 2017 identifies the antigen as the only medicinal ingredient. The Minister informed the respondent that she was of the preliminary view that the ‘905 Patent did not meet the requirements of subsection 3(2) of the *Certificate of Supplementary Protection Regulations* (CSP Regulations) since its claims were directed to a formulation (a composition containing medicinal ingredients and non-medicinal ingredients) and not to “the medicinal ingredient or combination of all the medicinal ingredients” contained in the SHINGRIX vaccine. The respondent’s position was that the adjuvant was itself an active ingredient, in that it had biological activity, and that the ‘905 patent was directed to a combination of medicinal

cette revendication n’en est pas une portant sur la drogue — Les expressions « ingrédient ou principe actif » et « ingrédient médicinal » désignent la même chose — L’interprétation faite par le ministre est compatible avec l’AECG ainsi qu’avec l’interprétation du terme « ingrédient médicinal » au sens des lois canadiennes — Le ministre a adopté une interprétation raisonnable des mots « ingrédient médicinal » — Il a rendu une décision scientifique selon laquelle l’adjuvant n’était pas un ingrédient médicinal — Il a conclu raisonnablement que le seul ingrédient médicinal en l’espèce était l’antigène — Le législateur n’était pas tenu de rendre expressément inadmissibles les revendications de brevet visant une formulation — Les modifications apportées au Règlement sur les MB(AC) en 2006 ont eu pour effet de reconnaître la distinction entre la revendication de l’ingrédient médicinal et la revendication de la formulation — Le sens des nouvelles définitions devait être celui que leur avait conféré l’abondante jurisprudence interprétant l’expression « revendication pour le médicament en soi » — Il était raisonnable de conclure que la revendication de l’ingrédient médicinal vise uniquement la revendication de l’antigène, et non un mélange d’ingrédients dans un médicament approuvé — Le législateur a tenté d’adopter un texte qui serait compatible avec la définition de « brevet de base » figurant à l’art. 20.27 de l’AECG — Il n’y avait aucune raison de conclure que l’art. 3(2) va à l’encontre de l’obligation qui incombe au Canada au titre de l’art. 20.27 — Un brevet qui protège le produit (c’est-à-dire le principe actif) est conforme à l’exigence voulant que le brevet doive comporter une revendication de l’ingrédient médicinal — Appel accueilli.

Il s’agissait d’un appel d’une décision rendue par la Cour fédérale, qui a annulé la décision du ministre de la Santé de refuser de délivrer un certificat de protection supplémentaire (CPS) à l’intimée à l’égard du brevet canadien n° 2600905 (le brevet ‘905) et du médicament SHINGRIX, un vaccin contre le zona.

Le régime des CPS prolonge les droits conférés par un brevet admissible, mais seulement en ce qui a trait à la fabrication, à l’exploitation et à la vente de la drogue ou du produit pharmaceutique qui contient l’ingrédient médicinal ou la combinaison d’ingrédients médicinaux mentionnés dans le CPS, et ce pour une durée maximale de deux ans. Selon un avis de conformité délivré pour SHINGRIX en 2017, l’antigène était le seul ingrédient médicinal. Le ministre a informé l’intimée qu’il estimait, à titre préliminaire, que le brevet ‘905 ne répondait pas aux exigences du paragraphe 3(2) du *Règlement sur les certificats de protection supplémentaire* (Règlement sur les CPS), car ses revendications portaient sur une formulation (une composition contenant des ingrédients médicinaux et des ingrédients non médicinaux) et non sur « l’ingrédient médicinal ou [...] la combinaison de tous les ingrédients médicinaux » contenus dans le vaccin SHINGRIX. La thèse que faisait valoir l’intimée était que l’adjuvant était en soi un ingrédient médicinal, car il

ingredients (an immunogenic composition). It argued that the claims at issue were not formulation claims. In refusing the CSP, the Minister held that, contrary to paragraph 106(1)(c) of the *Patent Act*, and subsection 3(2) of the CSP, the '905 patent did not include a claim for the approved medicinal ingredient (the antigen) contained in the drug SHINGRIX. The Minister also found that because the claims are directed at compositions comprising medicinal and non-medicinal ingredients i.e. a formulation, the patent is ineligible for a CSP. Relying on the CSP Regulations Regulatory Impact Analysis Statement¹ (RIAS), the Minister held that her position in that respect is consistent with the *Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European and its Member States* (CETA). For the respondent, the key active part of the vaccine can and must include the adjuvant because it is a key biologically active ingredient of the composition claimed in the '905 Patent. The Minister relied on her own scientific expertise to say that her interpretation was in line with the general understanding of what is an active ingredient in the pharmaceutical field and what role the adjuvant plays in this case. The Federal Court noted that “active ingredient”, the term used in the CETA, would include an ingredient such as the adjuvant whose biological activity is necessary for the clinical efficacy of the vaccine. The Federal Court was also of the view, *inter alia*, that the Minister adopted administrative tunnel vision by requiring that a medicinal ingredient have an independent desired effect on the body, i.e. in this case, the antigen specific cellular and immune response.

At issue was whether the Minister’s interpretation and application of the term “medicinal ingredient” was reasonable, and whether the Minister’s interpretation and application of the CSP provisions to exclude patent claims directed to a formulation, particularly the one at issue, was reasonable.

Held, the appeal should be allowed.

The Minister’s decision was reasonable. The Federal Court did not apply the applicable standard of review correctly.

It needed to be determined whether the Minister’s interpretation was consistent with CETA. The expression “medicinal ingredient” is not used in CETA. Instead, the expression “active ingredient or combination of active ingredients of a pharmaceutical product” is used to define “product”. Active

avait une activité biologique, et que le brevet '905 visait une combinaison d’ingrédients médicinaux (une composition immunogène). Elle soutenait que les revendications en litige n’étaient pas des revendications liées à une formulation. Le ministre a refusé de délivrer un CPS après avoir conclu que, contrairement à l’alinéa 106(1)c) de la *Loi sur les brevets* et au paragraphe 3(2) du Règlement sur les CPS, le brevet '905 ne contenait pas de revendication de l’ingrédient médicamenteux approuvé (l’antigène) contenu dans la drogue SHINGRIX. Le ministre a conclu aussi que, puisque les revendications portent sur des compositions constituées d’ingrédients médicinaux et non médicinaux, c’est-à-dire une formulation, le brevet n’est pas admissible à un CPS. En se fondant sur le résumé de l’étude d’impact de la réglementation¹ (REIR) du Règlement sur les CPS, le ministre a conclu que sa thèse sur cette question était conforme à l’*Accord économique et commercial global entre le Canada et l’Union européenne* (l’AECG). L’intimée, pour sa part, a fait valoir que la partie active essentielle du vaccin peut, et doit, comprendre l’adjuvant, car il s’agit d’un ingrédient biologiquement actif essentiel de la composition revendiquée dans le brevet '905. Le ministre s’est fondé sur sa propre expertise scientifique pour déclarer que son interprétation était conforme à ce que l’on considère généralement comme étant un ingrédient ou principe actif dans le domaine pharmaceutique et à ce que l’on considère comme étant le rôle joué par l’adjuvant en l’espèce. La Cour fédérale a indiqué que l’expression « principe actif », qui est utilisée dans l’AECG, vise les ingrédients tels que les adjuvants, dont l’activité biologique est nécessaire à l’efficacité clinique du vaccin. La Cour fédérale a dit également être d’avis, entre autres choses, que le ministre a adopté un point de vue administratif étroit en exigeant que l’ingrédient médicamenteux produise, de façon indépendante, l’effet recherché dans l’organisme, c’est-à-dire, en l’espèce, qu’il déclenche la réponse cellulaire et immunitaire de l’antigène.

Il s’agissait de savoir si l’interprétation et l’application qu’a faites le ministre du terme « ingrédient médicamenteux » étaient raisonnables, et si l’interprétation et l’application qu’a faites le ministre des dispositions du Règlement sur les CPS, de manière à exclure les revendications de brevet portant sur une formulation, en particulier celle en litige, étaient raisonnables.

Arrêt : l’appel doit être accueilli.

La décision du ministre était raisonnable. La Cour fédérale n’a pas correctement appliqué la norme de contrôle applicable.

Il fallait déterminer si l’interprétation faite par le ministre était conforme à l’AECG. L’expression « ingrédient médicamenteux » n’est pas utilisée dans l’AECG. On y utilise plutôt l’expression « le principe actif ou la composition de principes actifs d’un médicament » pour définir le terme « produit ». L’expression

¹ SOR/2017-165, *C. Gaz.* 2017.II.6 (Extra No. 1).

¹ DORS/2017-165, *Gaz. C.* 2017.II.6 (Édition spéciale n° 1).

pharmaceutical ingredient (API) is a word commonly used by regulators around the world and by IP lawyers in Canada in their memoranda or oral submissions. In fact, the words “active ingredient” were used regularly in the case law when dealing with whether or not a substance was a medicine in the pre-2006 version of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (PMNOC Regulations). The legislator removed the reference to “medicine” and “claim to a medicine”, and used the words “claim for the medicinal ingredient” to make it clearer that such claim was not a claim to the drug. The legislator also added a definition for “claim for the formulation” i.e. a mixture of medicinal and non-medicinal ingredients (in other words a drug), and subsection 2(2) of the PMNOC Regulations to clarify that for the purpose of the definition of “claim for the formulation”, the claim for the formulation did not need to specify all of the non-medicinal ingredients contained in the drug. This indicates that “active ingredient” and “medicinal ingredient” referred to the same thing in these regulations. One cannot discern any other intention of Parliament in CETA or the CSP Regulations in that respect. The construction adopted by the Minister is consistent with CETA and with the interpretation of medicinal ingredient applied under Canada’s domestic legislation pertaining to pharmaceutical products. That consistency does not mean that the Canadian system must be identical to the system that was already in place in the European Union (EU). Nor should it be inferred from the reasons herein that foreign case law binds Canadian courts in any way. It is obvious that the administrative classification of adjuvants is a non-binding administrative policy; it cannot supplant the words of the legislation. Here, the Minister adopted a reasonable interpretation of the words “medicinal ingredient” and made a scientific determination that in this case, the adjuvant was not in fact a medicinal ingredient because it had no independent therapeutic effect on the body. The Minister’s decision was based on a legal and scientific position backed up by the consistency between the medicinal ingredient listed in the NOC issued under the *Food and Drug Regulations*, the medicinal ingredient referred to in the application for a CSP and the *Patent Act*.

It was reasonable for the Minister to conclude that the only medicinal ingredient here was the antigen. When paragraph 3(2)(a) of the CSP Regulations is read alongside paragraphs 3(2)(b) and (c), one would conclude that paragraph 3(2)(a) does not include a product-by-process claim for the medicinal ingredients for these are expressly covered by paragraph (b). Given the enumeration at subsection 3(2), and the fact that unless listed, another specific

« ingrédient pharmaceutique actif » (IPA) est couramment utilisée par des organismes de réglementation du monde entier, ainsi que par des avocats spécialisés en propriété intellectuelle au Canada dans leurs mémoires ou leurs observations orales. En fait, les mots « ingrédient actif » ont été utilisés régulièrement dans la jurisprudence dans des affaires où il fallait déterminer si une substance était un médicament au sens du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (*Règlement sur les MB(AC)*) dans sa version antérieure à 2006. Le législateur a supprimé les mentions « médicament » et « revendication pour un médicament » et en utilisant plutôt l’expression « revendication de l’ingrédient médicinal » afin d’établir plus clairement que cette revendication n’en est pas une portant sur la drogue. Il a aussi ajouté une définition de l’expression « revendication de la formulation », soit un mélange formé d’ingrédients médicinaux et non médicinaux (en d’autres mots, une drogue), et le paragraphe 2(2) du *Règlement sur les MB(AC)* pour préciser que, pour l’application de la définition de « revendication de la formulation », il n’était pas impératif que la revendication de la formulation précise tous les ingrédients non médicinaux contenus dans la drogue. Il faut en conclure que les expressions « ingrédient ou principe actif » et « ingrédient médicinal » désignent la même chose dans ce *Règlement*. L’on ne peut tout simplement pas dégager quelque autre intention du législateur à ce sujet à l’AECG ou au *Règlement sur les CPS*. L’interprétation faite par le ministre est compatible avec l’AECG ainsi qu’avec l’interprétation du terme « ingrédient médicinal » au sens des lois canadiennes concernant les produits pharmaceutiques. Cette compatibilité ne signifie pas que le système canadien doit être identique au système déjà en place dans l’Union européenne (UE). Pas plus qu’il ne faille déduire des motifs dans la présente affaire que la jurisprudence étrangère lie de quelque manière les tribunaux canadiens. Il ne fait aucun doute que la classification administrative des adjuvants constitue une politique administrative non contraignante, laquelle ne peut l’emporter sur le libellé d’un texte législatif. En l’espèce, le ministre a adopté une interprétation raisonnable des mots « ingrédient médicinal » et a rendu une décision scientifique selon laquelle, en l’espèce, l’adjuvant n’était pas en fait un ingrédient médicinal, car il ne produisait aucun effet thérapeutique indépendant dans l’organisme. La décision du ministre était fondée sur une thèse juridique et scientifique, qui trouve aussi appui dans le fait que l’ingrédient médicinal mentionné dans l’avis de conformité délivré en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues* et l’ingrédient médicinal visé par la demande de CPS et la *Loi sur les brevets* sont les mêmes.

Il était raisonnable pour le ministre de conclure que le seul ingrédient médicinal en l’espèce était l’antigène. Si on interprète l’alinéa 3(2)a) du *Règlement sur les CPS* conjointement avec les alinéas 3(2)b) et c), on pourrait conclure que l’alinéa 3(2)a) ne comprend pas les revendications de produit par le procédé visant des ingrédients médicinaux, car celles-ci sont expressément visées par l’alinéa b). Compte tenu de l’énumération figurant au

type of claim will not be sufficient to qualify a patent in the prescribed manner, it was not incumbent on the legislator to exclude expressly from eligibility patent claims directed to a formulation. Courts have been quite capable of excluding pure process claims or other types of claims (such as claims for intermediate compounds) from the definition of “claims for the medicine” without the need for express exclusions. Courts have also been capable of including compositions or formulation claims when the wording of the subject matter of the claim enabled them to do so. The 2006 amendments to the PMNOC Regulations acknowledged the distinction between a claim for a medicinal ingredient and a claim for a formulation. It is clear that the new definitions were intended to bear their established meaning under the extensive body of case law interpreting “claim for the medicine itself”. It was reasonable to conclude that a claim for the medicinal ingredient refers only to a claim for the antigen and not a mixture of ingredients in an approved drug. It is made clear in the section of the RIAS dealing with patent eligibility that there is no need for the patent to protect the medicinal ingredient that was approved, but only that it protect what is described as “the same medicinal ingredient” in the RIAS. This is understood to mean that if the approved medicinal ingredient only differs from the claimed medicinal ingredient with respect to a minor variation such as an enantiomer or an appendage (e.g. ester or salt) within a particular molecular structure, it is nevertheless eligible for a CSP. The same concept applies to use claims and product-by-process claims. On a fair reading of the RIAS, one could reasonably conclude that the legislator endeavoured to adopt a text that would be consistent with the definition of “basic patent” at Article 20.27 of CETA. There was no reason to conclude that subsection 3(2), as it was intended to be read and applied by the legislator, is inconsistent with Canada’s obligation under Article 20.27. A patent that protects the product (i.e. the active ingredient) as such is consistent with the requirement that there be a claim for the medicinal ingredient; that is, a claim which defines the subject matter of the invention as the medicinal ingredient or the combination of medicinal ingredients.

paragraphe 3(2) et du fait qu’à moins d’y figurer, aucun autre type donné de revendication ne rendra un brevet admissible de la manière réglementaire, le législateur n’était pas tenu de rendre expressément inadmissibles les revendications de brevet visant une formulation. Les tribunaux ont été parfaitement capables d’exclure les revendications au titre d’un procédé pur ou d’autres types de revendications (par exemple, des revendications visant des composés intermédiaires) de la définition de « revendication pour le médicament », sans qu’il y ait d’exclusion expresse. Les tribunaux ont également été en mesure d’inclure des revendications de compositions ou de formulations lorsque le libellé de l’objet de la revendication leur permettait de le faire. Les modifications apportées au Règlement sur les MB(AC) en 2006 ont eu pour effet de reconnaître la distinction entre la revendication de l’ingrédient médicinal et la revendication de la formulation. Il ne fait aucun doute que le sens des nouvelles définitions devait être celui que leur avait conféré l’abondante jurisprudence interprétant l’expression « revendication pour le médicament en soi ». Il était raisonnable de conclure que la revendication de l’ingrédient médicinal vise uniquement la revendication de l’antigène, et non un mélange d’ingrédients dans un médicament approuvé. La section du REIR portant sur l’admissibilité des brevets établit clairement qu’il n’est pas nécessaire que le brevet protège l’ingrédient médicinal qui a été approuvé; il doit seulement protéger ce qui, dans le REIR, est appelé « le même ingrédient médicinal ». Il est entendu que cela signifie que, si l’ingrédient médicinal approuvé ne diffère de l’ingrédient médicinal revendiqué que par une variation mineure, comme un énantiomère ou un appendice (par exemple, un ester ou un sel), à l’intérieur d’une structure moléculaire donnée, il demeure néanmoins admissible à un CPS. La même notion s’applique aux revendications d’utilisation et aux revendications de produit par le procédé. L’on pourrait raisonnablement conclure, après une interprétation raisonnable du REIR, que le législateur a tenté d’adopter un texte qui serait compatible avec la définition de « brevet de base » figurant à l’article 20.27 de l’AECG. Il n’y avait aucune raison de conclure que le paragraphe 3(2), tel que le législateur voulait qu’il soit interprété et appliqué, va à l’encontre de l’obligation qui incombe au Canada au titre de l’article 20.27. Un brevet qui protège le produit (c’est-à-dire le principe actif) en tant que tel est conforme à l’exigence voulant que le brevet doive comporter une revendication de l’ingrédient médicinal, soit une revendication qui définit l’objet de l’invention comme étant l’ingrédient médicinal ou la combinaison d’ingrédients médicinaux.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

Canada–European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement Implementation Act, S.C. 2017, c. 6, ss. 3, 7.
Certificate of Supplementary Protection Regulations, SOR/2017-165, ss. 2, 3(2)

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Communautés européennes. *Règlement (CE) n° 469/2009 du Parlement Européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments*, [2009] J.O. L. 152/1.

European Community. *Regulation (EC) No. 469/2009 of the European Parliament and of the Council of May 6 2009, concerning the supplementary protection certificate for medicinal products*, [2009] O.J. L. 152/1.
Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, ss. 2, C.08.001, C.08.004, C.08.004.1(1),(3), C.08.004.01.
Patent Act, R.C.S. 1952 c. 203, s. 41.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 12(1)(g),(h),(k), 55.2, 104–112, 104–134, 105, 106(1),(4), 115, 116, 134(1).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 2(1) “claim for the formulation”, “claim for the medicinal ingredient”, “claim for the use of the medicinal ingredient”, 2(2), 4(2).

Loi de mise en œuvre de l’Accord économique et commercial global entre le Canada et l’Union européenne, L.C. 2017, ch. 6, art. 3, 7.
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 12(1)(g),(h),(k), 55.2, 104–112, 104–134, 105, 106(1),(4), 115, 116, 134(1).
Loi sur les brevets, S.R.C. 1952, ch. 203, art. 41.
Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. 2, C.08.001, C.08.004, C.08.004.1(1),(3), C.08.004.01.
Règlement sur les certificats de protection supplémentaire, DORS/2017-165, art. 2, 3(2).
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 2(1) « revendication de la formulation », « revendication de l’ingrédient médicinal », « revendication de l’utilisation de l’ingrédient médicinal », 2(2), 4(2).

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union and its Member States, done at Brussels on October 30, 2016, Arts. 20.1, 20.2, 20.6, 20.27.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Accord économique et commercial global entre le Canada et l’Union européenne et ses États membres, fait à Bruxelles le 30 octobre 2016, art. 20.1, 20.2, 20.6, 20.27.

CASES CITED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1; *Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601.

DISTINGUISHED:

ViiV Healthcare ULC v. Canada (Health), 2020 FC 756.

CONSIDERED:

Bayer Inc. v. Canada (Health), 2009 FC 1171, 79 C.P.R. (4th) 1, aff’d 2010 FCA 161, 86 C.P.R. (4th) 81; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health & Welfare)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58, [1995] F.C.J. No. 985 (QL) (T.D.), aff’d (1995), 67 C.P.R. (3d) 25, [1995] F.C.J. No. 1775 (QL) (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused [1996] 3 S.C.R. xi; *Glaxosmithkline Biological S.A. v. Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks*, [2013] EUECJ C-210/13 (BAILII); *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49, (1963), 41 C.P.R. 9.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

ViiV Soins de santé ULC c. Canada (Santé), 2020 CF 756.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Bayer Inc. c. Canada (Santé), 2009 CF 1171, conf. par 2010 CAF 161; *Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. n° 985 (QL) (1^{re} inst.), conf. par [1995] A.C.F. n° 1775 (QL) (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1996] 3 R.C.S. xi; *Glaxosmithkline Biological S.A. v. Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks*, [2013] EUECJ C-210/13 (BAILII); *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49, (1963), 41 C.P.R. 9.

REFERRED TO:

Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100, [2020] 1 F.C.R. 374; *Massachusetts Institute of Technology*, [2006] EUECJ C-431/04 (BAILII); *Glaxosmithkline Biologicals S.A.*, [2012] UKInteIP o50612 (BAILII); *Deprenyl Research Ltd. v. Apotex Inc.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 171, [1994] F.C.J. No. 542 (QL) (T.D.), affd (1995), 60 C.P.R. (3d) 501, [1995] F.C.J. No. 532 (QL) (C.A.); *Actavis Group PTC EHf et al. v. Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG*, [2015] EUECJ C-577/13 (BAILII).

AUTHORS CITED

Canada. Parliament. Senate. Proceeding of the Standing Senate Committee on Foreign Affairs and International Trade, *Evidence*, 42nd Parl., 1st Sess., Issue No. 23 (May 4, 2017) (Chair.: A. Raynell Andreychuk).

Health Canada. Guidance Document. “Harmonized Requirements for the Licensing of Vaccines and Guidelines for the Preparation of an Application”, Minister of Public Works and Government Services Canada, 2016.

Oxford English Dictionary Online, Oxford University Press, *sub verbo* “claim”.

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2006-242, *C. Gaz.* 2006.II.1510.

Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2017-165, *C. Gaz.* 2017.II.6 (Extra No. 1).

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Uexküll, Alexa von et Oswin Ridderbusch, *European SPCs Unravelling: A Practitioner’s Guide to Supplementary Protection Certificates in Europe*, Wolters Kluwer, 2018.

APPEAL from a Federal Court decision (2020 FC 397, 173 C.P.R. (4th) 362) setting aside the Minister of Health’s decision refusing to issue a certificate of supplementary protection to the respondent in respect of Canadian Patent No. 2600905 and the drug SHINGRIX. Appeal allowed.

APPEARANCES

J. Sanderson Graham, Abigail Browne and Charles Maher for appellant.
Kristin Wall, Morgan Westgate and Colin Hyslop for respondent.

DÉCISIONS CITÉES :

Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile), 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100, [2020] 1 R.C.F. 374; *Massachusetts Institute of Technology*, [2006] EUECJ C-431/04 (BAILII); *Glaxosmithkline Biologicals S.A.*, [2012] UKInteIP o50612 (BAILII); *Deprenyl Research Ltd. c. Apotex Inc.*, [1994] A.C.F. n° 542 (QL) (1^{re} inst.), conf. par [1995] A.C.F. n° 532 (QL) (C.A.); *Actavis Group PTC EHf et al. c. Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG*, [2015] EUECJ C-577/13 (BAILII).

DOCTRINE CITÉE

Canada. Parlement. Sénat. Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires étrangères et du commerce international, *Témoignages*, 42^e lég., 1^{re} sess., fascicule n° 23 (4 mai 2017) (Présidente : A. Raynell Andreychuk).

Oxford English Dictionary Online, Oxford University Press, *sub verbo* “claim”.

Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, DORS/2006-242, *Gaz. C.* 2006.II.1510.

Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, SOR/2017-165, *Gaz. C.* 2017.II.6 (Édition spéciale n° 1).

Santé Canada. Ligne directrice. « Exigences harmonisées pour l’homologation de vaccins et lignes directrices de rédaction d’une demande », Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 2016.

Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.

Uexküll, Alexa von et Oswin Ridderbusch, *European SPCs Unravelling: A Practitioner’s Guide to Supplementary Protection Certificates in Europe*, Wolters Kluwer, 2018.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale (2020 CF 397), qui a annulé la décision du ministre de la Santé de refuser de délivrer un certificat de protection supplémentaire à l’intimée à l’égard du brevet canadien n° 2600905 et du médicament SHINGRIX. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

J. Sanderson Graham, Abigail Browne et Charles Maher pour l’appelant.
Kristin Wall, Morgan Westgate et Colin Hyslop pour l’intimée.

SOLICITORS OF RECORD

Deputy Attorney General of Canada for appellant.

Norton Rose Fulbright Canada LLP, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] GAUTHIER J.A.: This is an appeal from the Federal Court decision (*per* Barnes J., *Glaxosmithkline Biologicals S.A. v. Canada (Health)*, 2020 FC 397, 173 C.P.R. (4th) 362) (F.C. decision) setting aside the Minister of Health's decision refusing to issue a certificate of supplementary protection (CSP) to GlaxoSmithKline Biologicals S.A. (GSK) in respect of Canadian Patent No. 2600905 ('905 Patent) and the drug SHINGRIX, a vaccine against shingles.

[2] This is the first time that the Minister's interpretation of the expressions "medicinal ingredient" and "a claim for the medicinal ingredient or combination of all the medicinal ingredients" under subsection 3(2) of the *Certificate of Supplementary Protection Regulations*, SOR/2017-165 (CSP Regulations) are challenged before this Court.

[3] For the reasons below, I find that the Federal Court erred in concluding that the Minister's interpretation of "medicinal ingredient" under the CSP Regulations was unreasonable, that the Minister's decision to refuse the CSP in this case was reasonable and that the appeal should be allowed.

I. General Background

[4] GSK is the owner of the '905 Patent, which relates to a vaccine useful in the prevention or amelioration of shingles. The '905 Patent contains five claims: claim 4 claims an immunogenic composition comprising an antigen, an adjuvant referred to as AS01B and other non-medicinal ingredients, claims 1 to 3 claim uses of the said composition, and claim 5, a kit comprising the composition components.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

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

Norton Rose Fulbright Canada S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE GAUTHIER, J.C.A. : Notre Cour est saisie d'un appel visant la décision rendue par la Cour fédérale (*Glaxosmithkline Biologicals S.A. c. Canada (Santé)*, 2020 CF 397, motifs du juge Barnes) (la décision de la C.F.), qui a annulé la décision du ministre de la Santé de refuser de délivrer un certificat de protection supplémentaire (CPS) à GlaxoSmithKline Biologicals S.A. (GSK) à l'égard du brevet canadien n° 2600905 (le brevet '905) et du médicament SHINGRIX, un vaccin contre le zona.

[2] C'est la première fois que l'interprétation faite par le ministre des expressions « ingrédient médicinal » et « une revendication de l'ingrédient médicinal ou de la combinaison de tous les ingrédients médicinaux » pour l'application du paragraphe 3(2) du *Règlement sur les certificats de protection supplémentaire*, DORS/2017-165 (le Règlement sur les CPS), est contestée devant notre Cour.

[3] Pour les motifs exposés ci-après, j'estime que la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que le ministre avait fait une interprétation déraisonnable de l'expression « ingrédient médicinal » pour l'application du Règlement sur les CPS, que la décision du ministre de refuser le CPS en l'espèce était raisonnable et que l'appel devrait être accueilli.

I. Rappel des faits

[4] La société GSK est la titulaire du brevet '905, qui concerne un vaccin utile pour prévenir ou atténuer le zona. Le brevet '905 contient cinq revendications : la revendication 4 porte sur une composition immunogène constituée d'un antigène, d'un adjuvant appelé AS01B ainsi que d'autres ingrédients non médicinaux; les revendications 1 à 3 sont liées à l'utilisation de cette composition et la revendication 5, à une trousse constituée des composantes de la composition.

[5] It is not disputed that while the antigen induces the immune response in humans to prevent shingles, it could not do so in the absence of the adjuvant, which enhances the immune response to the level necessary for its use in a vaccine to prevent or ameliorate shingles.

[6] The '905 Patent was filed on March 1, 2006; it would normally expire on March 1, 2026. In the CSP application referred to below, it is identified as an eligible patent. The goal of the CSP regime is to extend the rights under an eligible patent but only with respect to the making, using and selling of the actual drug or pharmaceutical product containing the medicinal ingredient or combination of medicinal ingredients set out in the CSP for a maximum of two years (see sections 115–116 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (*Patent Act*)).

[7] Health Canada issued a notice of compliance (NOC) for SHINGRIX on October 13, 2017, which identifies the antigen as the only medicinal ingredient (appeal book (AB), Vol. 1, at page 111, Janet Wagner affidavit, Exhibit A). On the same day, SHINGRIX was listed in the register of innovative drugs where again the antigen is the only medicinal ingredient identified. This listing entitles GSK to benefit from the period of data protection described in subsection C.08.004.1(3) of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870.

[8] On January 25, 2018, GSK filed its CSP application for the '905 Patent in relation to SHINGRIX and identified the antigen as the single medicinal ingredient (AB, Vol. 1, at page 256, Janet Wagner affidavit, Exhibit F).

[9] On April 10, 2018, the Minister informed GSK that she was of the preliminary view that the '905 Patent did not meet the requirements of subsection 3(2) of the CSP Regulations since its claims were directed to a formulation (a composition containing medicinal ingredients and non-medicinal ingredients) and not to “the medicinal ingredient or combination of all the medicinal ingredients” contained in the SHINGRIX vaccine, as contemplated in subsection 3(2) of the CSP Regulations. The Minister also

[5] Nul ne conteste le fait que, bien que l'antigène déclenche chez les humains une réponse immunitaire pour prévenir le zona, il ne pourrait produire cet effet sans l'adjuvant, qui élève la réponse immunitaire au niveau nécessaire pour que l'antigène soit utilisé dans un vaccin pour prévenir ou atténuer le zona.

[6] Le brevet '905 a été déposé le 1^{er} mars 2006 et il doit normalement expirer le 1^{er} mars 2026. Dans la demande de CPS dont il est question plus loin, le brevet est présenté comme brevet admissible. Le régime des CPS a pour but de prolonger les droits conférés par un brevet admissible, mais seulement en ce qui a trait à la fabrication, à l'exploitation et à la vente de la drogue ou du produit pharmaceutique qui contient l'ingrédient médicinal ou la combinaison d'ingrédients médicinaux mentionnés dans le CPS, et ce pour une durée maximale de deux ans (voir les articles 115 et 116 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4).

[7] Le 13 octobre 2017, Santé Canada a délivré un avis de conformité (AC) pour SHINGRIX, selon lequel l'antigène était le seul ingrédient médicinal (dossier d'appel, vol. 1, à la page 111, affidavit de Janet Wagner, pièce A). Le même jour, SHINGRIX a été inscrit au registre des drogues innovantes; là aussi, l'antigène est le seul ingrédient médicinal mentionné. Cette inscription permet à GSK de bénéficier de la période de protection des données prévue au paragraphe C.08.004.1(3) du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870.

[8] Le 25 janvier 2018, GSK a déposé sa demande de CPS à l'égard du brevet '905 portant sur SHINGRIX, y décrivant l'antigène comme seul ingrédient médicinal (dossier d'appel, vol. 1, à la page 256, affidavit de Janet Wagner, pièce F).

[9] Le 10 avril 2018, le ministre a informé GSK qu'il estimait, à titre préliminaire, que le brevet '905 ne répondait pas aux exigences du paragraphe 3(2) du Règlement sur les CPS, car ses revendications portaient sur une formulation (une composition contenant des ingrédients médicinaux et des ingrédients non médicinaux) et non sur « l'ingrédient médicinal ou [...] la combinaison de tous les ingrédients médicinaux » contenus dans le vaccin SHINGRIX, comme le prévoit le paragraphe 3(2) du

noted that the antigen itself was not novel, having been the subject of two prior patents.

[10] On May 24, 2018, GSK submitted written representations, including the affidavit of Dr. Brian Barber, an expert immunologist, in response to the preliminary decision. At this stage, GSK's position was that the adjuvant was itself an active ingredient, in that it had biological activity, and that the '905 Patent was directed to a combination of medicinal ingredients (an immunogenic composition). It argued that the claims at issue were not formulation claims.

[11] On August 3, 2018, the Minister issued the final decision refusing the CSP to GSK. The Minister held that, contrary to paragraph 106(1)(c) of the *Patent Act*, and subsection 3(2) of the CSP Regulations, the '905 Patent does not include a claim for the approved medicinal ingredient (the antigen) contained in the drug SHINGRIX. The Minister explained that after reviewing various documents referred to by GSK, Health Canada's position is that adjuvants, even those with biological activity, are not medicinal ingredients. This is clearly set out in the Health Canada, Guidance Document: "Harmonized Requirements for the Licensing of Vaccines and Guidelines for the Preparation of an Application". The Minister also dealt with GSK's submissions regarding various alleged inconsistencies in her position regarding the classification of adjuvants and in other documentation relating to SHINGRIX.

[12] The Minister held that an adjuvant in a vaccine is not responsible for the vaccine's desired effect in the body as it only improved the specific cellular and immune response induced by the antigen itself. This, even if the response without the adjuvant is itself too negligible to be efficient for use in a vaccine. I understand that the Minister meant to apply here the definition of "medicinal ingredient" she normally uses when applying other regulations such as the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (PMNOC Regulations) to the particular facts of this matter.

Règlement sur les CPS. Le ministre a également noté que l'antigène en soi n'était pas nouveau, puisqu'il avait fait l'objet de deux brevets antérieurs.

[10] Le 24 mai 2018, GSK a présenté des observations écrites, notamment l'affidavit de Brian Barber, Ph. D., un immunologiste expert, en réponse à la décision préliminaire. La thèse que faisait alors valoir GSK était que l'adjuvant était en soi un ingrédient médicinal, car il avait une activité biologique, et que le brevet '905 visait une combinaison d'ingrédients médicinaux (une composition immunogène). GSK soutenait que les revendications en litige n'étaient pas des revendications liées à une formulation.

[11] Le 3 août 2018, le ministre a rendu sa décision définitive, par laquelle il a refusé de délivrer un CPS à GSK. Le ministre a conclu que, contrairement à l'alinéa 106(1)c) de la *Loi sur les brevets* et au paragraphe 3(2) du Règlement sur les CPS, le brevet '905 ne contenait pas de revendication de l'ingrédient médicinal approuvé (l'antigène) contenu dans la drogue SHINGRIX. Le ministre a expliqué que Santé Canada, après avoir examiné divers documents invoqués par GSK, était d'avis que les adjuvants, même ceux ayant une activité biologique, ne sont pas des ingrédients médicinaux. Ces règles sont clairement énoncées dans la ligne directrice de Santé Canada intitulée « Exigences harmonisées pour l'homologation de vaccins et lignes directrices de rédaction d'une demande ». Le ministre a aussi examiné les observations de GSK selon lesquelles il y aurait des incohérences dans la classification des adjuvants ainsi que dans d'autres documents concernant SHINGRIX.

[12] Le ministre a conclu que l'adjuvant d'un vaccin n'est pas la cause de l'effet recherché du vaccin dans l'organisme, car il ne fait qu'améliorer la réponse cellulaire et immunitaire précise déclenchée par l'antigène. Il en est ainsi même si la réponse sans l'adjuvant est en soi trop faible pour rendre le vaccin efficace. Je crois comprendre que le ministre a voulu appliquer aux faits particuliers de l'espèce la définition d'« ingrédient médicinal » qu'il utilise normalement lorsqu'il applique d'autres règlements, notamment le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement sur les MB(AC)).

[13] The Minister found that because the claims are directed at compositions comprising medicinal and non-medicinal ingredients i.e. a formulation, the patent is ineligible for a CSP. Relying on the CSP Regulations Regulatory Impact Analysis Statement (RIAS) [*C. Gaz.* 2017.II.6 (Extra No. 1)] and the Health Canada Guidance Document on the CSP Regulations, the Minister held that her position in that respect is consistent with the *Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European and its Member States*, done at Brussels on October 30, 2016 (CETA), which only requires the protection of a medicinal ingredient or a combination of medicinal ingredients when claimed “as such”.

[14] GSK applied for judicial review of this decision, and the Federal Court allowed the application, ordering the matter to be remitted to the Minister for redetermination. In doing so, the Federal Court noted its view that “active ingredient”, the term used in CETA, would include an ingredient such as the adjuvant whose biological activity is necessary for the clinical efficacy of the vaccine.

[15] I note that although GSK argued that the Minister failed to consider the objective of the legislation in interpreting the CSP Regulations, it never argued before the Minister or before the Federal Court that “active ingredient”, the term used in CETA, contemplated biological activity and that therefore, the Minister had failed to interpret the CSP Regulations consistently with CETA. GSK’s argument was that the Minister had adopted an interpretation of medicinal ingredient that was not in line with the judicial definition of this term under the PMNOC Regulations.

[16] In the reviewing court’s view, the Minister adopted administrative tunnel vision by requiring that a medicinal ingredient have an independent desired effect on the body, i.e. in this case, the antigen specific cellular and immune response. The Court also commented that the Minister’s interpretation of “claim for the medicinal ingredient” was hard to justify, for nothing other than the RIAS could support the exclusion of formulation claims nor justify excluding novel and useful vaccines, such as SHINGRIX.

[13] Le ministre a conclu que, puisque les revendications portent sur des compositions constituées d’ingrédients médicinaux et non médicinaux, c’est-à-dire une formulation, le brevet n’est pas admissible à un CPS. En se fondant sur le résumé de l’étude d’impact de la réglementation (REIR) du Règlement sur les CPS [*Gaz. C.* 2017.II.6 (Édition spéciale n° 1)], ainsi que sur la ligne directrice sur les certificats de protection supplémentaire de Santé Canada, le ministre a conclu que sa thèse sur cette question était conforme à l’*Accord économique et commercial global entre le Canada et l’Union européenne et ses États membres*, fait à Bruxelles le 30 octobre 2016 (l’AECG), qui ne requiert que la protection de l’ingrédient médicinal ou de la combinaison d’ingrédients médicinaux lorsque revendiqués « comme tels ».

[14] GSK a demandé le contrôle judiciaire de cette décision, et la Cour fédérale a accueilli cette demande et ordonné que l’affaire soit renvoyée au ministre pour nouvelle décision. Dans sa décision, la Cour fédérale a indiqué que, selon elle, l’expression « principe actif », qui est utilisée dans l’AECG, vise les ingrédients tels que les adjuvants, dont l’activité biologique est nécessaire à l’efficacité clinique du vaccin.

[15] Je prends note que, bien que GSK ait affirmé que le ministre n’a pas tenu compte de l’objectif du texte législatif en interprétant le Règlement sur les CPS, GSK n’a jamais fait valoir, que ce soit auprès du ministre ou de la Cour fédérale, que le « principe actif » — l’expression utilisée dans l’AECG — visait l’activité biologique et donc que le ministre n’a pas interprété le Règlement sur les CPS en conformité avec l’AECG. GSK a soutenu que le ministre avait fait du terme « ingrédient médicinal » une interprétation qui n’était pas conforme à la définition judiciaire de ce terme selon le Règlement sur les MB(AC).

[16] De l’avis de la cour de révision, le ministre a adopté un point de vue administratif étroit en exigeant que l’ingrédient médicinal produise, de façon indépendante, l’effet recherché dans l’organisme, c’est-à-dire, en l’espèce, qu’il déclenche la réponse cellulaire et immunitaire de l’antigène. La Cour a également fait observer que le ministre avait fait une interprétation du terme « revendication de l’ingrédient médicinal » qui était difficile à justifier, car rien, sauf le REIR, ne pouvait étayer l’exclusion de

II. Legislative Background

[17] As this is the first time that this Court deals with this regulatory scheme, it is worth describing in more detail than is normally expected the background of the particular provisions before us.

[18] CETA covers a large number of subjects including, at Chapter 20, intellectual property. Section A contains the general provisions that apply to the Chapter as a whole. It includes at Article 20.1 two general objectives:

Article 20.1 – Objectives

...

- a. Facilitate the production and commercialisation of innovative and creative products, and the provision of services, between the Parties; and
- b. Achieve an adequate and effective level of protection and enforcement of intellectual property rights.

[19] Obviously the reference to innovative and creative products is a somewhat general description given that the Chapter deals with a variety of topics such as copyright, protection of technological measures, trademarks and geographical indications, data protection for pharmaceutical products, designs and patents, etc.

[20] At Article 20.2, it states that each Party shall be free to determine the appropriate method for implementing CETA's provisions within its own legal system and practice.

[21] Section B includes a definition of “pharmaceutical product” which applies to the most relevant portion of this Chapter in so far as the present matter is concerned, that is subsection E entitled “Patents” and more particularly Article 20.27 which deals with the *sui generis* protection for pharmaceuticals (see the most relevant portions reproduced in Appendix A).

revendications portant sur une formulation, ni justifier l'exclusion de vaccins nouveaux et utiles comme SHINGRIX.

II. Contexte légal

[17] Comme c'est la première fois que notre Cour est appelée à examiner ce régime réglementaire, il est utile de décrire d'une manière plus détaillée qu'à l'habitude le contexte dans lequel s'inscrivent les dispositions particulières qui s'appliquent.

[18] L'AECG couvre un large éventail de sujets, dont la propriété intellectuelle, au chapitre 20. La section A énonce les dispositions générales qui s'appliquent à l'ensemble de ce chapitre. On y retrouve notamment l'énoncé de deux objectifs généraux, à l'article 20.1 :

Article 20.1 – Objectifs

[...]

- a. faciliter la production et la commercialisation de produits novateurs et créatifs et la prestation de services entre les Parties;
- b. atteindre un niveau approprié et efficace de protection et de mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle.

[19] Manifestement, les mots « produits novateurs et créatifs » sont une description plutôt générale, étant donné que le chapitre porte sur plusieurs sujets, dont le droit d'auteur, la protection des mesures techniques, les marques et les indications géographiques, la protection des données concernant les produits pharmaceutiques, les dessins et modèles et les brevets, pour ne nommer que ceux-ci.

[20] L'article 20.2 dispose que chaque partie est libre de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions de l'AECG dans le cadre de son système et de ses pratiques juridiques.

[21] La section B comprend une définition de « produit pharmaceutique » qui s'applique à la portion la plus pertinente de ce chapitre en l'espèce, soit la sous-section E intitulée « Brevets », et plus précisément l'article 20.27 qui porte sur la protection *sui generis* des produits pharmaceutiques (les passages les plus pertinents sont reproduits à l'annexe A).

[22] After CETA was signed, the parties issued a joint interpretative instrument dealing with many important subject matters covered. It does not include anything specific about Chapter 20 of CETA dealing with intellectual property. It does however put emphasis on the fact that the Parties preserved their ability to adopt and apply their own laws and regulations that regulate economic activity in the public interest and to achieve legitimate public policy objectives in respect of various issues including public health and social services.

[23] Thereafter, the Canadian government adopted the *Canada–European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 2017, c. 6 (Implementation Act). The two most relevant sections of the Implementation Act in this case are sections 3 and 7, which respectively deal with the need for the Canadian legislation to be interpreted in a manner consistent with CETA and its purpose and objectives. The most relevant objective here is set out in paragraph 7(f) *viz*:

Purpose

7 ...

(f) provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights in the territory where [CETA] applies.

[24] The Canadian government then issued a Canadian Statement on Implementation (of more than 275 pages) that purports to explain what it understood its rights and obligations to be under CETA. The portion that is most relevant to our purpose here is brief. It is found under the title “Patents” and includes a paragraph dealing expressly with Article 20.27 of CETA as follows:

Article 20.27 requires the Parties to provide a period of additional protection of two to five years for eligible new patented pharmaceutical products. This protection is intended to address a portion of the patent term that is spent in research and development and regulatory review towards the approval of a pharmaceutical product that contains a new active ingredient or a new combination of active ingredients. This protection takes effect after the expiration of

[22] Après la signature de l’AECG, les parties ont publié un instrument interprétatif commun qui traite d’un grand nombre des sujets importants visés par cet accord. Cet instrument ne contient rien concernant précisément le chapitre 20 de l’AECG, qui porte sur la propriété intellectuelle. Il y est toutefois mis en évidence que les parties conservent la capacité d’adopter et d’appliquer leurs propres dispositions législatives et réglementaires destinées à réglementer les activités économiques dans l’intérêt public, ainsi que de réaliser des objectifs légitimes de politique publique à l’égard de diverses questions, notamment la santé publique et les services sociaux.

[23] Le gouvernement canadien a par la suite adopté la *Loi de mise en œuvre de l’Accord économique et commercial global entre le Canada et l’Union européenne*, L.C. 2017, ch. 6 (la Loi de mise en œuvre). Les deux dispositions de la Loi de mise en œuvre les plus pertinentes en l’espèce sont les articles 3 et 7, qui portent respectivement sur l’obligation d’interpréter les textes législatifs canadiens d’une manière qui soit compatible avec l’AECG et sur l’objet et les objectifs de cette loi. L’objectif le plus pertinent en l’espèce est celui énoncé à l’alinéa 7f) :

Objet

7 [...]

f) assurer de façon efficace et suffisante la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle sur le territoire auquel l’[AECG] s’applique.

[24] Le gouvernement canadien a ensuite publié l’Énoncé canadien des mesures de mise en œuvre (un document de plus de 275 pages), dans lequel il explique ce qu’il croit être ses droits et ses obligations au titre de l’AECG. La portion la plus utile à l’affaire qui nous intéresse est brève. Elle se trouve sous le titre « Brevets » et comprend un paragraphe rédigé ainsi, qui porte expressément sur l’article 20.27 de l’AECG :

L’article 20.27 énonce que les Parties doivent prévoir une période de protection supplémentaire de deux à cinq ans pour les nouveaux produits pharmaceutiques brevetés qui répondent aux critères applicables. Cette protection vise à prendre en compte la fraction de la durée du brevet qui est consacrée à la recherche et au développement et à l’examen réglementaire en vue de l’approbation d’un produit pharmaceutique contenant un nouveau principe actif

the term of the patent on which it is granted and gives the same rights as the patent but only as it pertains to the active ingredient or combination of active ingredients when used in a drug, subject to limits and conditions. The Article allows for an exception to the protection to enable export of generic versions of products that would otherwise infringe the protection during the period of protection. It also allows the Parties to limit the availability of protection in various ways, such as having deadlines for applying for the protection and limiting the circumstances when the protection can be sought. [My emphasis.]

[25] The Canadian legislator thereafter adopted a new section in the *Patent Act* entitled “Supplementary Protection for Inventions — Medicinal Ingredients” which comprises sections 104 to 134. Subsection 106(1) sets out the conditions to obtain a CSP and paragraph 106(1)(c) deals with patent eligibility. It is worth reproducing the key elements here (full text in Appendix A):

Application

106 (1) On the payment of the prescribed fee, a patentee may apply to the Minister for a certificate of supplementary protection for a patented invention if all of the following conditions are met:

(a) the patent is not void and it meets any prescribed requirements;

...

(c) the patent pertains in the prescribed manner to a medicinal ingredient, or combination of medicinal ingredients, contained in a drug for which an authorization for sale of the prescribed kind was issued on or after the day on which this section comes into force;

(d) the authorization for sale is the first authorization for sale that has been issued with respect to the medicinal ingredient or the combination of medicinal ingredients, as the case may be;

ou une nouvelle composition de principes actifs. Cette protection prend effet après l’expiration de la durée du brevet concerné, et elle confère les mêmes droits que le brevet mais seulement à l’égard du principe actif ou de la composition de principes actifs utilisés dans un médicament, sous réserve de certaines limites et conditions. Cet article prévoit la possibilité d’établir des exceptions pour permettre l’exportation de versions génériques de produits qui, autrement, porteraient atteinte aux droits protégés pendant la période de protection. De plus, il permet aux Parties de prendre diverses mesures pour limiter les possibilités de protection, comme imposer des délais pour le dépôt des demandes de protection et restreindre les circonstances dans lesquelles la protection peut être demandée. [Non souligné dans l’original.]

[25] Le législateur canadien a par la suite ajouté une nouvelle section à la *Loi sur les brevets*, intitulée « Protection supplémentaire pour les inventions — ingrédients médicinaux », qui est constituée des articles 104 à 134. Le paragraphe 106(1) énonce les conditions auxquelles il faut satisfaire pour obtenir un CPS et l’alinéa 106(1)c) porte sur l’admissibilité des brevets. Il convient d’en reproduire ici les principaux éléments (le texte intégral est présenté à l’annexe A) :

Demande

106 (1) Le titulaire d’un brevet peut, sur paiement des taxes réglementaires, présenter au ministre une demande de certificat de protection supplémentaire pour l’invention à laquelle le brevet se rapporte si, à la fois :

a) le brevet n’est pas nul et il satisfait aux exigences réglementaires;

[...]

c) le brevet est lié, de la manière prévue par règlement, à un ingrédient médicinal ou à une combinaison d’ingrédients médicinaux contenus dans une drogue pour laquelle une autorisation de mise en marché prévue par règlement a été délivrée à la date d’entrée en vigueur du présent article ou après cette date;

d) l’autorisation de mise en marché est la première autorisation de mise en marché à avoir été délivrée à l’égard de l’ingrédient médicinal ou de la combinaison d’ingrédients médicinaux, selon le cas;

(e) no other certificate of supplementary protection has been issued with respect to the medicinal ingredient or the combination of medicinal ingredients, as the case may be.

[26] Under paragraphs 134(1)(c) and 12(1)(h) of the *Patent Act*, the Governor in Council is given authority to regulate the form and content for CSP applications and to adopt regulations necessary to put into effect the terms of any treaty. The CSP Regulations were adopted on the recommendation of the Minister of Industry pursuant to paragraphs 12(1)(g), (h), (k) and subsection 134(1) of the *Patent Act*. They provide among other things for the prescribed eligibility referred to as a main condition in paragraph 106(1)(c) of the *Patent Act*. Subsection 3(2) of the CSP Regulations reads as follows:

3

Eligible patents — manners of pertinence to medicinal ingredients

(2) For the purpose of paragraph 106(1)(c) of the Act, the prescribed manners in which a patent may pertain to a medicinal ingredient or combination of medicinal ingredients are the following:

(a) the patent contains a claim for the medicinal ingredient or combination of all the medicinal ingredients contained in a drug for which the authorization for sale set out in the application for a certificate of supplementary protection was issued;

(b) the patent contains a claim for the medicinal ingredient or combination of all the medicinal ingredients as obtained by a specified process and contained in a drug for which the authorization for sale set out in the application for a certificate of supplementary protection was issued; and

(c) the patent contains a claim for a use of the medicinal ingredient or combination of all the medicinal ingredients contained in a drug for which the authorization for sale set out in the application for a certificate of supplementary protection was issued.

[27] The RIAS is lengthy and addresses in some detail all the main concepts. I have reproduced in Appendix A the portion dealing with the conditions referred to in

e) aucun autre certificat de protection supplémentaire n'a été délivré à l'égard de l'ingrédient médicinal ou de la combinaison d'ingrédients médicinaux, selon le cas.

[26] Les alinéas 134(1)c) et 12(1)h) de la *Loi sur les brevets* disposent que le gouverneur en conseil peut régir la forme et le contenu des demandes de CPS et prendre les règlements nécessaires à la mise en œuvre des stipulations de tout traité. Le Règlement sur les CPS a été pris sur la recommandation du ministre de l'Industrie, en vertu des alinéas 12(1)g), h) et k) et du paragraphe 134(1) de la *Loi sur les brevets*. Il prévoit notamment les critères d'admissibilité constituant une condition essentielle selon l'alinéa 106(1)c) de la *Loi sur les brevets*. Le paragraphe 3(2) du Règlement sur les CPS est rédigé ainsi :

3 [...]

Brevets admissibles — manières de lier aux ingrédients médicinaux

(2) Pour l'application de l'alinéa 106(1)c) de la Loi, le brevet est lié à un ingrédient médicinal ou à une combinaison d'ingrédients médicinaux de l'une ou l'autre des manières suivantes :

a) le brevet contient une revendication de l'ingrédient médicinal ou de la combinaison de tous les ingrédients médicinaux contenus dans une drogue pour laquelle l'autorisation de mise en marché mentionnée dans la demande de certificat de protection supplémentaire a été délivrée;

b) le brevet contient une revendication de l'ingrédient médicinal ou de la combinaison de tous les ingrédients médicinaux tels qu'ils sont obtenus au moyen d'un procédé déterminé et tels qu'ils sont contenus dans une drogue pour laquelle l'autorisation de mise en marché mentionnée dans la demande de certificat de protection supplémentaire a été délivrée;

c) le brevet contient une revendication d'une utilisation de l'ingrédient médicinal ou de la combinaison de tous les ingrédients médicinaux contenus dans une drogue pour laquelle l'autorisation de mise en marché mentionnée dans la demande de certificat de protection supplémentaire a été délivrée.

[27] Le REIR est long et examine d'une manière assez détaillée toutes les notions principales. Je reproduis à l'annexe A la portion de ce résumé qui porte sur les

subsection 106(1) including particularly patent eligibility. It is worthwhile to quote the first part of the section entitled “Rationale” (full paragraph in Appendix A) [*C. Gaz.* 2017.II.6 (Extra No. 1), at page 14]:

Rationale

The Canadian CSP regime is created with the aim of meeting obligations under Article 20.27 of the CETA, which requires Parties to provide an additional period of protection for patent-protected pharmaceutical products, while continuing to balance the interests of stakeholders and the public within the *Patent Act*...

[28] As indicated to the Senate Committee reviewing the bill that would become the Implementation Act, it appears that both the text of the CSP Regulations and of the RIAs were the subject of intensive consultation with the various players in the pharmaceutical industry (Senate, Proceedings of the Standing Senate Committee on Foreign Affairs and International Trade, *Evidence*, 42nd Parl., 1st Sess., Issue No. 23 (4 May 2017) (Chair: A. Raynell Andreychuk)).

[29] It is important to describe what appears to be the policy that is embodied in Article 20.27 of CETA as understood by Canada. For later on in construing the CSP Regulations, one will have to determine, among other things, if the text properly reflects this policy.

[30] Although generally, the objective is to grant some “patent-like rights” to compensate for the time lost in obtaining approval of innovative drugs and vaccines, Canada only understood and agreed to a very specific and limited way of doing so.

[31] Indeed, if one only considers the general objective, Canada could have simply agreed to grant such *sui generis* protection for all newly patented innovative drugs (or pharmaceutical products to use the CETA wording). However, this is not the policy described in the various documents issued to explain the Canadian position. It is only those innovative drugs or pharmaceutical products that contain a new active or medicinal ingredient or a new

conditions énoncées au paragraphe 106(1), notamment l’admissibilité du brevet. Il est utile de citer la première phrase de la section intitulée « Justification » (le paragraphe intégral est reproduit à l’annexe A) [*Gaz. C.* 2017.II.6 (Édition spéciale n° 1), à la page 14]:

Justification

Le régime canadien de CPS a pour objet de respecter les obligations prévues à l’article 20.27 de l’AECG, selon lequel les Parties doivent prévoir une protection supplémentaire à l’égard des produits pharmaceutiques protégés par brevet, tout en conciliant les intérêts des intervenants et du public au sens de la *Loi sur les brevets* [...]

[28] Comme l’a indiqué le Comité du Sénat chargé d’examiner le projet de loi qui deviendrait la Loi de mise en œuvre, il semble que le texte du Règlement sur les CPS et du REIR ait fait l’objet de vastes consultations auprès des divers intervenants de l’industrie pharmaceutique (Sénat, Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires étrangères et du commerce international, *Témoignages*, 42^e lég., 1^{re} sess., fascicule n° 23 (4 mai 2017) (Présidente : A. Raynell Andreychuk)).

[29] Il est important de décrire ce qui semble être la politique prévue à l’article 20.27 de l’AECG, selon l’interprétation faite par le Canada, car plus tard, pour l’interprétation du Règlement sur les CPS, il faudra notamment déterminer si le texte de ce Règlement représente adéquatement cette politique.

[30] Bien que l’objectif général soit d’accorder des « droits similaires à ceux des brevets » afin de compenser le temps consacré à obtenir l’approbation de drogues et vaccins innovants, le Canada a fait une interprétation très précise et limitée de cet objectif et n’a consenti qu’à une manière très précise et restreinte de le réaliser.

[31] De fait, si l’on tient compte uniquement de l’objectif général, le Canada aurait pu simplement accepter de conférer cette protection *sui generis* à toutes les drogues innovantes (ou produits pharmaceutiques, pour reprendre les termes de l’AECG) nouvellement brevetées. Il ne s’agit toutefois pas de la politique qui est décrite dans les divers documents qui ont été publiés pour expliquer la position du Canada. Selon cette politique, ce ne sont

combination of active or medicinal ingredients that are eligible. Moreover, not all those innovative drugs or pharmaceutical products will be eligible for protection. Indeed, to benefit from this additional period of supplementary protection, the authorization for sale for the pharmaceutical product or drug must be the first issued in Canada with respect to this new active or medicinal ingredient or new combination of active or medicinal ingredients.

[32] Thus, a drug or pharmaceutical product may well be innovative but not have the benefit of a CSP if it is not the first to make actual use of the medicinal ingredient or combination of medicinal ingredients. Further, if a CSP has already been issued for the active or medicinal ingredient, it will not be entitled to the supplementary protection. The policy appears focused on rewarding those that bring to the Canadian market the actual benefit of new medicinal ingredients or new combinations of medicinal ingredients. At the core, it would appear that the goal is to promote research into new medicinal ingredients or new combinations of medicinal ingredients and to give an incentive to put them into practice for the benefit of the public. That incentive is to compensate for part of the time lost in obtaining approval for that first drug or pharmaceutical product.

III. Issues

[33] The issues before us are as follows:

1. Is the Minister's interpretation and application of the term "medicinal ingredient" reasonable?
2. Is the Minister's interpretation and application of the CSP provisions to exclude patent claims

que les drogues ou produits pharmaceutiques innovants qui contiennent un nouveau principe actif ou un nouvel ingrédient médicinal, ou une nouvelle combinaison de principes actifs ou d'ingrédients médicinaux, qui sont admissibles. Qui plus est, ce ne sont pas toutes ces drogues ou tous ces produits pharmaceutiques innovants qui sont admissibles à la protection. En effet, pour que cette période de protection supplémentaire soit accordée, l'autorisation de mise en marché du produit pharmaceutique ou de la drogue doit être la première autorisation délivrée au Canada à l'égard de ce nouveau principe actif ou nouvel ingrédient médicinal, ou de cette nouvelle combinaison de principes actifs ou d'ingrédients médicinaux.

[32] Par conséquent, une drogue ou un produit pharmaceutique pourrait être innovant mais ne pas être admissible à un CPS si cette drogue ou ce produit pharmaceutique n'est pas le premier à utiliser réellement l'ingrédient médicinal ou la combinaison d'ingrédients médicinaux. De plus, si un CPS a déjà été délivré à l'égard du principe actif ou de l'ingrédient médicinal, ce principe ou cet ingrédient ne pourra avoir droit à une protection supplémentaire. La politique semble vouloir récompenser les produits qui procurent au marché canadien le véritable avantage des nouveaux ingrédients médicinaux ou des nouvelles combinaisons d'ingrédients médicinaux. Il semblerait que son objectif soit essentiellement de promouvoir la recherche sur de nouveaux ingrédients médicinaux ou de nouvelles combinaisons d'ingrédients médicinaux et d'offrir des incitatifs afin que ces nouveaux ingrédients ou nouvelles combinaisons soient mis en pratique au profit du public. Ces incitatifs visent à compenser en partie le temps qui a dû être consacré afin d'obtenir l'autorisation pour cette première drogue ou ce premier produit pharmaceutique.

III. Questions en litige

[33] Les questions que notre Cour doit trancher sont les suivantes :

1. L'interprétation et l'application qu'a faites le ministre du terme « ingrédient médicinal » sont-elles raisonnables?
2. L'interprétation et l'application qu'a faites le ministre des dispositions du Règlement sur les CPS,

directed to a formulation, particularly the one at issue, reasonable?

IV. Standard of Review

[34] It is not disputed that the standard of review chosen by the Federal Court—reasonableness—was the appropriate standard to apply. This is consistent with the *Vavilov* framework, because the presumption of reasonableness applies when no exception calls for derogation from that standard, as in this case (*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1, at paragraph 17).

V. Analysis

[35] As there is no dispute that the Federal Court applied the appropriate standard of review, our Court’s task is simply to assess whether it applied it correctly. In performing this exercise, our Court must focus on the administrative decision rather than the decision of the reviewing court; our Court effectively steps in the shoes of the Federal Court (*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraph 46). As mentioned, I must now assess whether the Minister’s construction of the expressions “medicinal ingredient” and “claim for the medicinal ingredient” is reasonable. I will deal first with the expression “medicinal ingredient”.

[36] It is trite law that this Court must apply the modern approach to statutory interpretation which calls for reading the words of the statute in their context harmoniously with the scheme and object of the legislation at issue and the intention of Parliament (*Re Rizzo & Rizzo Shoes Ltd.*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601).

[37] I have already described the scheme and object of the CSP Regulations and of the relevant provisions of the

de manière à exclure les revendications de brevet portant sur une formulation, en particulier celle en litige, sont-elles raisonnables?

IV. Norme de contrôle

[34] Il n’est pas contesté que la norme de contrôle choisie par la Cour fédérale — la norme de la décision raisonnable — était celle qui devait s’appliquer. Ce choix s’inscrit dans le cadre défini dans l’arrêt *Vavilov*, selon lequel il est présumé que la norme de la décision raisonnable s’applique lorsqu’il n’existe aucune exception justifiant que l’on déroge à cette norme, comme c’est le cas en l’espèce (*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653, au paragraphe 17).

V. Analyse

[35] Comme il n’est pas contesté que la Cour fédérale a appliqué la bonne norme de contrôle, la tâche de notre Cour consiste simplement à examiner si cette norme a été appliquée correctement. À cette fin, notre Cour doit se concentrer sur la décision administrative, et non sur la décision de la cour de révision; notre Cour doit en fait se mettre à la place de la Cour fédérale (*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 46). Comme je l’ai mentionné, je dois maintenant examiner si l’interprétation que le ministre a faite des expressions « ingrédient médicamenteux » et « revendication de l’ingrédient médicamenteux » est raisonnable. J’examinerai d’abord l’expression « ingrédient médicamenteux ».

[36] Il est de droit constant que notre Cour doit procéder à l’interprétation des lois selon l’approche moderne, c’est-à-dire qu’elle doit interpréter le libellé des dispositions dans leur contexte, d’une manière qui s’harmonise avec l’esprit et l’objet de la loi visée et avec l’intention du législateur (*Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601).

[37] J’ai déjà parlé de l’esprit et de l’objet du Règlement sur les CPS et des dispositions pertinentes de la *Loi sur les*

Patent Act as well as all the information available as to the intention of Parliament. There is no need to repeat it. I have reviewed all the relevant transcripts of debates and found nothing that would be particularly relevant here.

A. Medicinal Ingredient

[38] There is no definition of “medicinal ingredient” in the *Patent Act* or any regulations issued under it, even though the expression is used abundantly in the new sections 104 to 112 of the *Patent Act*. As will be mentioned later on, this expression is also used in the PMNOC Regulations issued pursuant to section 55.2 of the *Patent Act*. The expression is further found in a few instances in the *Food and Drug Regulations*, Part C, Division 8, C.08.001 “New Drugs” in the definition of “pharmaceutical equivalent” and C.08.004.1(1) in the definition of “innovative drug”.

[39] The parties are agreed that the only guiding definition in Canada at this stage is the one used in *Bayer Inc. v. Canada (Health)*, 2009 FC 1171, 79 C.P.R. (4th) 1 (*Bayer*), affirmed in 2010 FCA 161, 86 C.P.R. (4th) 81, which has since been used in the case law. GSK agrees that, although used in the context of the PMNOC Regulations, this definition can and should be used for construing the CSP Regulations. As will be discussed, both sides rely on the same words used in *Bayer* to reach a different conclusion as to what “medicinal ingredient” means in this case. As a matter of first impression, this may indicate that both parties’ interpretations may be consistent with the definition used in *Bayer* as applied to the particular facts of this case.

[40] In *Bayer*, the Federal Court had to determine whether a patent including a claim to a formulation containing two medicinal ingredients could be listed under the PMNOC Regulations (subsection 4(2)) as it read after the 2006 amendments), in respect of a drug containing a formulation, which only included one of the medicinal ingredients (a combination) claimed.

brevets, et j’ai donné tous les renseignements disponibles sur l’intention du législateur. Il n’y a pas lieu de les répéter. J’ai examiné toutes les transcriptions pertinentes des débats et n’y ai rien relevé qui serait particulièrement pertinent en l’espèce.

A. Ingrédient médicinal

[38] Il n’existe aucune définition du terme « ingrédient médicinal » dans la *Loi sur les brevets* ni dans quelque règlement pris sous le régime de cette loi, bien que cette expression soit abondamment utilisée dans les nouveaux articles 104 à 112 de cette loi. Comme nous le verrons plus loin, cette expression figure également dans le Règlement sur les MB(AC) pris en vertu de l’article 55.2 de la *Loi sur les brevets*. Cette expression est aussi utilisée à quelques reprises dans le *Règlement sur les aliments et drogues*, partie C, titre 8, notamment dans la définition d’« équivalent pharmaceutique » à l’article C.08.001 sous l’intertitre « Drogues nouvelles » et dans la définition de « drogue innovante » au paragraphe C.08.004.1(1).

[39] Les parties reconnaissent que la seule définition au Canada qui s’applique à ce stade est celle qui a été utilisée dans la décision *Bayer Inc. c. Canada (Santé)*, 2009 CF 1171 (*Bayer*), confirmée par 2010 CAF 161, et qui est depuis utilisée par les tribunaux. GSK convient que, bien qu’elle soit utilisée dans le contexte du Règlement sur les MB(AC), cette définition peut et devrait être utilisée pour interpréter le Règlement sur les CPS. Comme nous le verrons plus loin, les deux parties se fondent sur les mêmes mots tirés de la décision *Bayer* pour parvenir à des conclusions différentes quant au sens de l’expression « ingrédient médicinal » en l’espèce. À première vue, il peut s’agir d’un signe que les interprétations des deux parties peuvent être conformes à la définition énoncée dans la décision *Bayer* lorsqu’elle est appliquée aux faits propres à la présente affaire.

[40] Dans la décision *Bayer*, la Cour fédérale devait déterminer si un brevet comprenant une revendication de la formulation contenant deux ingrédients médicinaux pouvait être inscrit sur la liste au titre du Règlement sur les MB(AC) (paragraphe 4(2), dans sa version postérieure aux modifications de 2006) à l’égard d’une drogue contenant une formulation qui ne comprenait

[41] To better understand the *Bayer* decision, it is worth reproducing the following definitions contained in the PMNOC Regulations:

2 (1) ...

claim for the formulation means a claim for a mixture that is composed of medicinal and non-medicinal ingredients, that is contained in a drug and that is administered to a patient in a particular dosage form; (*revendication de la formulation*)

claim for the medicinal ingredient includes a claim in the patent for the medicinal ingredient, whether chemical or biological in nature, when prepared or produced by the methods or processes of manufacture particularly described and claimed in the patent, or by their obvious chemical equivalents, and also includes a claim for different polymorphs of the medicinal ingredient, but does not include different chemical forms of the medicinal ingredient; (*revendication de l'ingrédient médicinal*)

...

claim for the use of the medicinal ingredient means a claim for the use of the medicinal ingredient for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or its symptoms; (*revendication de l'utilisation de l'ingrédient médicinal*)

[42] It is important to note that there was no dispute in *Bayer* that both ingredients claimed in the formulation were medicinal ingredients (*Bayer*, at paragraph 68), nor was there a dispute as to the meaning of “medicinal ingredient” (*Bayer*, at paragraph 67). The Federal Court had to consider the new definition of “formulation” as this term was introduced for the first time in the 2006 version of the PMNOC Regulations in the definition of “claim for the formulation” under subsection 2(1) of the said Regulations.

[43] It is clear that the Federal Court in *Bayer* relied on the 2006 PMNOC Regulations [SOR/2006-242] RIAS to say that “medicinal ingredient” refers to the substance in the formulation, which, once administered, is responsible

qu'un seul des ingrédients médicinaux (une combinaison) revendiqués.

[41] Pour mieux comprendre la décision *Bayer*, il est utile de reproduire les définitions suivantes extraites du Règlement sur les MB(AC) :

2 (1) [...]

revendication de la formulation Revendication à l'égard d'un mélange formé d'ingrédients médicinaux et non médicinaux qui est contenu dans une drogue et est administré à un patient sous une forme posologique donnée. (*claim for the formulation*)

revendication de l'ingrédient médicinal S'entend, d'une part, d'une revendication, dans le brevet, de l'ingrédient médicinal — chimique ou biologique — préparé ou produit selon les modes ou procédés de fabrication décrits en détail et revendiqués dans le brevet ou selon leurs équivalents chimiques manifestes, et, d'autre part, d'une revendication pour différents polymorphes de celui-ci, à l'exclusion de ses différentes formes chimiques. (*claim for the medicinal ingredient*)

revendication de l'utilisation de l'ingrédient médicinal Revendication de l'utilisation de l'ingrédient médicinal aux fins du diagnostic, du traitement, de l'atténuation ou de la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal, ou de leurs symptômes. (*claim for the use of the medicinal ingredient*)

[42] Il est important de noter que, dans l'affaire *Bayer*, nul ne contestait que les deux ingrédients revendiqués dans la formulation étaient des ingrédients médicinaux (*Bayer*, au paragraphe 68), ni ne contestait le sens de l'expression « ingrédient médicinal » (*Bayer*, au paragraphe 67). La Cour fédérale devait prendre en considération la nouvelle définition de « formulation », ce terme ayant été introduit pour la première fois dans la version de 2006 du Règlement sur les MB(AC) dans la définition de « revendication de la formulation », à l'article 2 de ce Règlement.

[43] Il est manifeste que la Cour fédérale, dans la décision *Bayer*, s'est fondée sur le REIR du Règlement sur les MB(AC) de 2006 [DORS/2006-242] pour affirmer que l'expression « ingrédient médicinal » renvoie à la subs-

for the drug's desired effect in the body (*Bayer*, at paragraphs 21, 86 and 88).

[44] In the course of its analysis, and while discussing the difference between a compound patent and a formulation patent, the Federal Court described the compound patent as containing a claim for the approved medicinal ingredient which is the key active part of the drug formulation (*Bayer*, at paragraph 77).

[45] The Minister says that in the case of the SHINGRIX vaccine, the antigen is the only active ingredient that has the desired effect in the body that is, for inducing the antigen specific cellular and humoral immune response against shingles (AB, Vol. 1, at page 57). As mentioned, in the expert opinion of the Minister, the adjuvant does not independently contribute to the proposed therapeutic use of the vaccine. It may have biological activity, but this activity only enhances the efficacy of the antigen, i.e. the medicinal ingredient. It is thus not itself a medicinal ingredient.

[46] For GSK, the key active part of the vaccine can and must include the adjuvant because it is a key biologically active ingredient of the composition claimed in the '905 Patent. Without it, the vaccine would not provide sufficient immunological response to prevent shingles. The whole composition in this case is the medicinal ingredient or combination of medicinal ingredients.

[47] As one can appreciate, *Bayer* is not helpful in determining whether the key active ingredient refers simply to the biological activity necessary for the drug to be clinically useful. We do not know on this record whether there is another adjuvant or composition that could also make the antigen sufficiently effective, albeit offering a different level of protection. Nor does *Bayer* tell us precisely whether the key active ingredient refers to an ingredient that actually produces the therapeutic effect as understood by the regulator. The Court in *Bayer* never had to turn its mind to this particular issue.

tance dans la formulation qui, une fois administrée, est responsable de l'effet désiré de la drogue dans l'organisme (*Bayer*, aux paragraphes 21, 86 et 88).

[44] Dans son analyse, la Cour fédérale, en examinant la différence entre un brevet de composition et un brevet de formulation, a décrit le brevet de composition comme étant un brevet contenant une revendication de l'ingrédient médicinal approuvé qui forme la partie active essentielle de la formulation de la drogue (*Bayer*, au paragraphe 77).

[45] Dans le cas du vaccin SHINGRIX, le ministre affirme que l'antigène est le seul ingrédient actif qui produit l'effet désiré dans l'organisme, c'est-à-dire qui déclenche la réponse immunitaire cellulaire et humorale précise de l'antigène contre le zona (dossier d'appel, vol. 1, à la page 57). Ainsi qu'il a été mentionné, selon l'avis d'expert du ministre, l'adjuvant ne contribue pas de manière indépendante à l'usage thérapeutique proposé du vaccin. Il peut avoir une activité biologique, mais cette activité ne fait que renforcer l'efficacité de l'antigène, c'est-à-dire l'ingrédient médicinal. Il ne s'agit donc pas d'un ingrédient médicinal en soi.

[46] GSK, pour sa part, fait valoir que la partie active essentielle du vaccin peut, et doit, comprendre l'adjuvant, car il s'agit d'un ingrédient biologiquement actif essentiel de la composition revendiquée dans le brevet '905. Sans l'adjuvant, le vaccin ne produirait pas de réponse immunologique suffisante pour prévenir le zona. En l'espèce, c'est l'ingrédient médicinal ou la combinaison d'ingrédients médicinaux qui forme l'ensemble de la composition.

[47] Comme on peut le constater, la décision *Bayer* ne nous est pas utile pour déterminer si l'ingrédient actif essentiel renvoie simplement à l'activité biologique nécessaire pour que la drogue soit cliniquement utile. Rien dans le dossier dont nous sommes saisis ne nous permet de savoir s'il existe un autre adjuvant ou une autre composition qui pourrait également rendre l'antigène suffisamment efficace, quoiqu'en offrant un niveau de protection différent. La décision *Bayer* ne nous indique pas non plus précisément si l'ingrédient actif essentiel désigne un ingrédient qui, en fait, produit l'effet thérapeutique selon l'interprétation faite par l'organisme de réglementation.

[48] The Minister relied on her own scientific expertise to say that her interpretation is in line with the general understanding of what is an active ingredient in the pharmaceutical field and what role the adjuvant plays in this case (as confirmed by Health Canada's Therapeutic Product Directorate in consultation with the Biologics and Genetic Therapies Directorate) (AB, Vol. 1, at page 55). She says that her position in this respect is in line with the understanding of working groups dealing with such issues in the Pan American Network for Drug Regulatory Harmonization and the World Health Organization. The Minister also notes that the composition includes ingredients other than QS21 (adjuvant enhancer) that are indisputably non-medicinal such as cholesterol and dioleoyl phosphatidylcholine (AB, Vol. 1, at pages 55 and 57).

[49] GSK relies on common sense and logic, saying that it is a logical fallacy to understand that key active ingredient would not include an ingredient that is clinically useful, if not indispensable, because of its biological activity, as found by the Federal Court (F.C. decision, at paragraph 38). At the hearing before this Court, it also appeared to support the position developed by the Federal Court that "biological activity" was the measure by which CSP relief under CETA was to be made available in Canada (F.C. decision, at paragraph 35). It is not clear to me whether it continues to support this view after I reviewed its additional submissions filed after the hearing (particularly paragraph 33). Its main argument now seems to be that whatever the meaning of "active ingredient" in the European Union (a subject that I will discuss later on), "medicinal ingredient" as defined in *Bayer* is wider and it does not require that a key ingredient have an independent therapeutic effect.

La Cour dans la décision *Bayer* n'a jamais eu à se pencher sur cette question précise.

[48] Le ministre s'est fondé sur sa propre expertise scientifique pour déclarer que son interprétation est conforme à ce que l'on considère généralement comme étant un ingrédient ou principe actif dans le domaine pharmaceutique et à ce que l'on considère comme étant le rôle joué par l'adjuvant en l'espèce (comme l'a confirmé la Direction des produits thérapeutiques de Santé Canada, en consultation avec la Direction des produits biologiques et des thérapies génétiques) (dossier d'appel, vol. 1, à la page 55). Il affirme que sa position sur cette question est conforme à l'interprétation faite par les groupes de travail chargés d'examiner de telles questions au sein du Réseau panaméricain d'harmonisation de la réglementation pharmaceutique et de l'Organisation mondiale de la santé. Le ministre note par ailleurs que la composition comprend des ingrédients autres que le QS21 (adjuvant renforteur), notamment le cholestérol et la dioleoyl phosphatidylcholine, qui sont incontestablement des ingrédients non médicinaux (dossier d'appel, vol. 1, aux pages 55 et 57).

[49] GSK invoque le bon sens et la logique pour soutenir qu'il y a une logique fallacieuse à conclure qu'un des ingrédients qui est cliniquement utile, voire indispensable, à cause de son activité biologique ne constitue pas un ingrédient ou principe actif, comme l'a jugé la Cour fédérale (décision de la C.F., au paragraphe 38). Durant l'audience devant notre Cour, GSK a également semblé appuyer la conclusion énoncée par la Cour fédérale selon laquelle l'« activité biologique » est la mesure qui doit sous-tendre l'octroi, au titre de l'AECG, d'un CPS au Canada (décision de la C.F., au paragraphe 35). Après avoir examiné les observations supplémentaires que GSK a déposées après l'audience (en particulier le paragraphe 33), je ne sais pas vraiment si cette thèse est toujours celle qu'elle défend. Il semble maintenant que son principal argument soit que, quel que soit le sens que l'Union européenne donne à l'expression « principe actif » (une question que j'examinerai plus loin), l'expression « ingrédient médicinal » au sens de la décision *Bayer* a un sens plus large et n'exige pas qu'un ingrédient essentiel produise un effet thérapeutique indépendant.

[50] Be that as it may, it is appropriate as mandated by section 3 of the Implementation Act to consider whether the Minister's interpretation is consistent with CETA. In my view, it is appropriate to do so, considering that examining international law may bring to light, and possibly resolve, latent ambiguities in the domestic legislation (*Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada*, 2020 FCA 100, [2020] 1 F.C.R. 374, at paragraph 84).

[51] That said, one should be careful not to put aside a regulator's interpretation of a term that is used across the regulatory system dealing with pharmaceutical products, albeit for a variety of purposes, solely because of a seemingly logical alternative interpretation. This is so unless there is some clear indication that the words can and should be construed in a specific manner, at least in the context of the CSP Regulations, because of CETA.

[52] As is readily apparent, the expression "medicinal ingredient" is not used in CETA. Instead, the expression "active ingredient or combination of active ingredients of a pharmaceutical product" is used to define "product". I note that the use of the word "product" may lead to some confusion with the defined term "pharmaceutical product" (the actual drug or vaccine, Article 20.6 of CETA). They are not the same, and one should be careful in using them indistinctly. For my part, to avoid any confusion, I will use the words "pharmaceutical product" and "active ingredient" as this is what the definition of "product" in CETA refers to (Article 20.27(1)).

[53] It is not disputed that the definition of "product" comes from the EU Regulations dealing with Supplementary Protection Certificates, a regime put in place in 1992 (see article 1(b) of the latest version of *Regulation (EC) No. 469/2009 of the European Parliament and of the Council of May 6, 2009, concerning the supplementary protection certificate for medicinal products*, [2009] O.J. L. 152/1 [European Regulation] (see Appendix A). This will also be discussed later on (in section B) in my analysis

[50] Quoi qu'il en soit, comme le prévoit l'article 3 de la Loi de mise en œuvre, il y a lieu d'examiner si l'interprétation du ministre est compatible avec l'AECG. Je suis d'avis qu'il convient de le faire, étant donné qu'un examen du droit international peut mettre en lumière, et peut-être même résoudre, des ambiguïtés latentes dans la législation nationale (*Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100, [2020] 1 R.C.F. 374, au paragraphe 84).

[51] Cela dit, il faut prendre soin de ne pas écarter l'interprétation que fait un organisme de réglementation d'un terme qui est utilisé dans l'ensemble du système de réglementation des produits pharmaceutiques, même si cette utilisation est liée à des objectifs divers, au seul motif qu'il semble exister une autre interprétation logique. Il en est ainsi sauf s'il y a des indications claires que les mots peuvent, et devraient, être interprétés d'une manière précise, du moins dans le contexte du Règlement sur les CPS, à cause de l'AECG.

[52] Comme on le voit clairement, l'expression « ingrédient médicinal » n'est pas utilisée dans l'AECG. On y utilise plutôt l'expression « le principe actif ou la composition de principes actifs d'un médicament » pour définir le terme « produit ». Je note que l'utilisation du mot « produit » peut créer une certaine confusion avec le terme défini « produit pharmaceutique » (le médicament ou le vaccin, au sens de l'article 20.6 de l'AECG). Il s'agit de deux notions différentes et il faut prendre soin de ne pas utiliser les termes indistinctement. Pour ma part, afin d'éviter toute confusion, j'utiliserai les mots « produit pharmaceutique » et « principe actif », car ce sont les termes utilisés dans la définition de « produit » dans l'AECG (paragraphe 20.27(1)).

[53] Nul ne conteste que la définition de « produit » est tirée du Règlement de l'Union européenne concernant le certificat complémentaire de protection, un régime qui a été mis en place en 1992 (voir l'alinéa 1b) de la plus récente version du *Règlement (CE) n° 469/2009 du Parlement Européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments*, [2009] J.O. L. 152/1 (à l'annexe A). Cette question sera également examinée plus loin (dans la section B) dans

of “basic patent” found in CETA at Article 20.27. It is also not disputed that Canada was entitled to adapt this wording in its domestic legislation to ensure that the new rules can be applied effectively within its institutional framework of domestic law (*Ruth Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham, Ontario: Lexis Nexis, 2014, at §18.45).

[54] As one can see, the wording in CETA is not particularly illuminating and certainly not more precise than the definition of key active ingredient in the formulation used in *Bayer*. There is nothing in the joint statement on CETA that is particularly helpful. I note that in the Canadian statement on implementation, the Canadian government uses the words “active ingredient” (as well as the word “drug” when referring to pharmaceutical product) and that there is no indication that the government understood the words “active ingredient” as something other than the term regularly used in its domestic legislation.

[55] I also note that in my experience active pharmaceutical ingredient (API) is a word commonly used by regulators around the world and by IP lawyers in Canada in their memoranda or oral submissions. In fact, the words “active ingredient” were used regularly in the case law when dealing with whether or not a substance was a medicine in the pre-2006 version of the PMNOC Regulations. I will discuss this further in examining the second issue before us, but my understanding for this change is that the word “medicine” in “claim for a medicine (*médicament*) itself” was construed in our case law to include a claim to the drug itself i.e. a formulation of active and non-active ingredients (see for example, *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health & Welfare)* (1995), 62 C.P.R. (3d) 58, [1995] F.C.J. No. 985 (QL) (T.D.) (*Hoffmann*), affd (1995), 67 C.P.R. (3d) 25, [1995] F.C.J. No. 1775 (QL) (C.A.), leave to appeal to SCC refused, 25136 (12 September 1996) [[1996] 3 S.C.R. xi]). The legislator decided to clarify its intention by removing the reference to medicine and claim to a medicine, and used the words “claim for the medicinal ingredient” to make it clearer that such claim was not a claim to the drug. It did however add a definition for “claim for the formulation”

mon analyse du terme « brevet de base » au sens de l’article 20.27 de l’AECG. Nul ne conteste non plus que le Canada avait le droit d’adapter ce libellé à sa législation intérieure, afin que les nouvelles règles puissent s’appliquer efficacement à l’intérieur du cadre institutionnel du droit national (*Ruth Sullivan, Sullivan on the Construction of Statutes*, 6^e éd., Markham, Ontario : Lexis Nexis, 2014, paragraphe 18.45).

[54] Comme on peut le constater, le libellé de l’AECG n’est pas particulièrement éclairant et il n’est certainement pas plus précis que la définition de l’ingrédient actif essentiel de la formulation utilisée dans la décision *Bayer*. Il n’y a rien dans l’instrument interprétatif commun sur l’AECG qui soit particulièrement utile. Je note que, dans l’Énoncé canadien des mesures de mise en œuvre, le gouvernement canadien utilise les mots « principe actif » (ainsi que le mot « drogue » pour désigner un produit pharmaceutique) et que rien n’y indique que le gouvernement donne aux mots « principe actif » un sens différent de celui des termes utilisés couramment dans la législation nationale.

[55] Je note par ailleurs que, selon mon expérience, l’expression « ingrédient pharmaceutique actif » (IPA) est couramment utilisée par des organismes de réglementation du monde entier, ainsi que par des avocats spécialisés en propriété intellectuelle au Canada dans leurs mémoires ou leurs observations orales. En fait, les mots « ingrédient actif » ont été utilisés régulièrement dans la jurisprudence dans des affaires où il fallait déterminer si une substance était un médicament au sens du Règlement sur les MB(AC) dans sa version antérieure à 2006. Je discuterai de cette question plus en détail lorsque j’examinerai la deuxième question en litige. Cela dit, je crois comprendre que les changements ont été apportés parce que le mot « médicament » (« *medicine* » en anglais) dans l’expression « revendication pour le médicament en soi » a été interprété dans notre jurisprudence de manière à inclure les revendications relatives au médicament proprement dit, c’est-à-dire une formulation composée d’ingrédients actifs et non actifs (voir, par exemple, *Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1995] A.C.F. n° 985 (QL) (1^{er} inst.), conf. par [1995] A.C.F. n° 1775 (QL) (C.A.) (*Hoffmann*), autorisation de pourvoi auprès de la C.S.C. refusée, 25136

i.e. a mixture of medicinal and non-medicinal ingredients (in other words a drug). In 2015, the legislator added subsection 2(2) of the PMNOC Regulations [SOR/2015-169, s. 2], to clarify that for the purpose of the definition of “claim for the formulation”, the claim for the formulation did not need to specify all of the non-medicinal ingredients contained in the drug.

[56] This indicates to me that “active ingredient” and “medicinal ingredient” referred to the same thing in these regulations. I simply cannot discern any other intention of Parliament in respect of CETA or the CSP Regulations in that respect.

[57] I ought to mention that the Canadian Generic Pharmaceutical Association had sought leave to intervene in this appeal. However, leave was refused because its main contribution would have been to highlight the similarity of the Minister’s interpretation concerning the term “medicinal ingredient” with the interpretation given by the European Court of Justice (E.C.J.) to “active ingredient” as to whether it encompasses substances that do not have a therapeutic effect on their own.

[58] This similarity in interpretation is relevant to determine the reasonableness of the Minister’s decision for, as mentioned, the Canadian case law on the meaning of “medicinal ingredient” had yet to provide a sufficiently precise answer in this respect. I agree with the parties that one must be cautious in using foreign case law, but in this particular case, I find it persuasive based on its reasoning.

(12 septembre 1996) [[1996] 3 R.C.S. xi]). Le législateur a décidé de clarifier son intention en supprimant les mentions « médicament » et « revendication pour un médicament » et en utilisant plutôt l’expression « revendication de l’ingrédient médicinal » afin d’établir plus clairement que cette revendication n’en est pas une portant sur la drogue. Par contre, il a ajouté une définition de l’expression « revendication de la formulation », soit un mélange formé d’ingrédients médicinaux et non médicinaux (en d’autres mots, une drogue). En 2015, le législateur a ajouté le paragraphe 2(2) [DORS/2015-269, art. 2] du Règlement sur les MB(AC) pour préciser que, pour l’application de la définition de « revendication de la formulation », il n’était pas impératif que la revendication de la formulation précise tous les ingrédients non médicinaux contenus dans la drogue.

[56] J’en conclus que les expressions « ingrédient ou principe actif » et « ingrédient médicinal » désignent la même chose dans ce Règlement. Je ne peux tout simplement pas dégager quelque autre intention du législateur à ce sujet, en ce qui a trait à l’AECG ou au Règlement sur les CPS.

[57] Je dois mentionner que l’Association canadienne du médicament générique a demandé l’autorisation d’intervenir dans le présent appel. Cette autorisation lui a toutefois été refusée, car sa principale contribution aurait été de souligner la similarité entre l’interprétation faite par le ministre du terme « ingrédient médicinal » et l’interprétation faite par la Cour de justice de l’Union européenne (C.J.U.E.) du terme « principe actif » sur la question de savoir si ces termes visent les substances qui en soi n’ont pas d’effet thérapeutique.

[58] Cette similarité d’interprétation est pertinente quand il s’agit de déterminer le caractère raisonnable de la décision du ministre, car, comme je l’ai mentionné, la jurisprudence canadienne n’a pas encore fourni de réponse suffisamment précise sur le sens du terme « ingrédient médicinal ». Je conviens avec les parties qu’il faut être prudent avec la jurisprudence étrangère, mais, en l’espèce, j’estime qu’elle est convaincante vu le raisonnement sur lequel elle est fondée.

[59] I note here that CETA negotiations ended in 2014, the review of the English text was completed in February 2016, and the agreement was signed in October 2016.

[60] During this period, the E.C.J., to whom national courts of the members of European Union referred matters of interpretation in respect of the European SPC Regulations, had already judicially considered the meaning of “active ingredient” in the definition of “product” in the European Regulation from which the definition in CETA originates. It first did so in 2006 in *Massachusetts Institute of Technology*, case C-431/04, May 4, 2006 [[2006] EUECJ C-431/04 (BAILII)] (*MIT*), and then in a decision that GSK was presumably aware of, given that it was a party to it and it involved another vaccine comprising an antigen and an adjuvant known as the AS03, which also appear to have been necessary to make the vaccine Prepandrix clinically effective (*Glaxosmithkline Biological S.A. v. Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks*, case C-210/13, 14 November 2013 [[2013] EUECJ C-210/13 (BAILII)] (*Glaxo*)).

[61] In *Glaxo*, the regulatory body in the U.K. (the Patent office which has a similar role to that of the Minister in this respect) refused to issue a supplementary protection certificate because the adjuvant was not an active ingredient within the meaning of the definition of “product”. From my review of this decision, it appears that the adjuvant in question had biological activity and that its mechanism of action was somewhat similar to the one described in the SHINGRIX Product Monograph (see *Glaxosmithkline Biologicals S.A.*, BL O/506/12, December 19, 2012 [[2012] UKIntelP o50612 (BAILII)], at paragraphs 3 and 27–31). GSK applied to the Patents Court of England and Wales, who referred the matter to the E.C.J. The E.C.J. first noted that it is “generally accepted in pharmacology that the term active ‘ingredient’ does not include substances forming part of the medicinal product which do not have an effect of their own on the human or animal body” (*Glaxo*, at paragraph 28). This was the definition adopted by the E.C.J. in *MIT*. In the E.C.J.’s view, though an excipient such as the one under review in that case could contribute to the pharmaceutical form of the medicinal product, it did not form part of the definition of “product”.

[59] Je note que les négociations de l’AECG ont pris fin en 2014, que l’examen du texte anglais a été terminé en février 2016 et que l’accord a été signé en octobre 2016.

[60] Durant cette période, la C.J.U.E., à laquelle les cours nationales des États membres de l’Union européenne renvoient les affaires portant sur l’interprétation du Règlement européen concernant le certificat complémentaire de protection, avait déjà eu à se prononcer sur le sens de l’expression « principe actif » dans la définition de « produit » figurant dans le règlement européen duquel est tirée la définition de l’AECG. La C.J.U.E. l’a fait une première fois en 2006, dans l’affaire *Massachusetts Institute of Technology*, affaire C-431/04, 4 mai 2006 [[2006] EUECJ C-431/04 (BAILII)] (*MIT*), puis dans une décision que GSK connaissait, on peut le présumer, puisqu’elle en était une des parties. Cette dernière affaire portait sur un autre vaccin composé d’un antigène et d’un adjuvant du nom d’AS03, qui semblait lui aussi essentiel pour rendre le vaccin Prepandrix cliniquement efficace (*Glaxosmithkline Biological S.A. v. Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks*, affaire C-210/13, 14 novembre 2013 [[2013] EUECJ C-210/13 (BAILII)] (*Glaxo*)).

[61] Dans l’affaire *Glaxo*, l’organisme de réglementation du Royaume-Uni (le bureau des brevets, dont le rôle s’apparente à celui du ministre à cet égard) a refusé de délivrer un certificat complémentaire de protection, car l’adjuvant n’était pas un principe actif au sens prévu dans la définition de « produit ». À la lecture de cette décision, il semble que l’adjuvant en question ait eu une activité biologique et que son mode d’action s’apparentait quelque peu à celui décrit dans la monographie de produit du vaccin SHINGRIX (voir *Glaxosmithkline Biologicals S.A.*, BL O/506/12, 19 décembre 2012 [[2012] UKIntelP o50612 (BAILII)], aux paragraphes 3 et 27 à 31). GSK a présenté une demande à la cour des brevets d’Angleterre et du Pays de Galles, laquelle a renvoyé l’affaire à la C.J.U.E. La C.J.U.E. a d’abord indiqué que « l’expression “principe actif” n’inclut pas, dans son acception commune en pharmacologie, les substances entrant dans la composition d’un médicament qui n’exercent pas une action propre sur l’organisme humain ou animal » (*Glaxo*, au paragraphe 28). Il s’agit de la définition que la C.J.U.E. avait adoptée dans l’arrêt *MIT*. Selon la C.J.U.E., même si un excipient comme celui visé dans cette affaire pouvait contribuer à

Therefore, “[w]hether a substance without any therapeutic effect of its own is necessary for the therapeutic efficacy of the active ingredient [could not] be regarded as a sufficiently precise test” (*Glaxo*, at paragraph 29). The E.C.J. held that the “active ingredient” does not cover a substance that does not have any therapeutic effect on its own (*Glaxo*, at paragraph 30). It also stated at paragraph 32 that the fact “that the substance without any therapeutic effect of its own renders possible a pharmaceutical form of the medicinal product necessary for the therapeutic efficacy of the substance which does not have therapeutic effect cannot invalidate that interpretation” (my emphasis).

[62] The E.C.J. then concluded at paragraph 45 that “just as an adjuvant does not fall within the definition of ‘active ingredient’ within the meaning of [article 1(b)], so a combination of two substances, namely an active ingredient having therapeutic effect on its own, and an adjuvant which, while enhancing those therapeutic effects, has no therapeutic effect on its own, does not fall within the definition of ‘combination of active ingredients’”. This essentially confirmed the definition given to “active ingredient” back in 2006 in *MIT*.

[63] Although the parties referred to other authorities, I do not consider it necessary to deal with them for I am satisfied that the construction adopted by the Minister is consistent with CETA and with the interpretation of medicinal ingredient applied under our domestic legislation pertaining to pharmaceutical products. I ought to mention that consistency does not mean that the Canadian system must be identical to the system that was already in place in the European Union. Nor should it be inferred from these reasons that foreign case law binds Canadian courts in any way. This is simply not so.

[64] To conclude on this line of reasoning, given the interpretation adopted by the Federal Court and the arguments put forth by GSK, I am prepared to accept that there is not only one possible reasonable interpretation of

la forme pharmaceutique du médicament, il ne faisait pas partie de la définition de « produit ». Par conséquent, « le caractère nécessaire, pour assurer l’efficacité thérapeutique recherchée du principe actif, d’une substance n’exerçant aucun effet thérapeutique propre ne saurait [...] être considéré comme un critère ayant un contenu suffisamment déterminé » (*Glaxo*, au paragraphe 29). La C.J.U.E. a conclu qu’une substance n’exerçant aucun effet thérapeutique propre ne relève pas de la notion de « principe actif » (*Glaxo*, au paragraphe 30). Elle a aussi déclaré, au paragraphe 32, que le fait « que la substance n’exerçant aucun effet thérapeutique propre permet d’obtenir une forme pharmaceutique du médicament qui est nécessaire à l’efficacité thérapeutique de la substance dotée d’effets thérapeutiques n’est pas susceptible d’infirmier cette interprétation » (non souligné dans l’original).

[62] La C.J.U.E. a ensuite conclu, au paragraphe 45, que, « de même qu’un adjuvant ne relève pas de la notion de “principe actif” au sens de [l’alinéa 1b)], une composition de deux substances dont l’une est un principe actif doté d’effets thérapeutiques qui lui sont propres tandis que l’autre, un adjuvant, permet d’accroître ces effets thérapeutiques tout en étant dépourvue, en elle-même, d’effet thérapeutique propre ne relève pas de la notion de “composition de principes actifs” ». Cette affirmation venait essentiellement confirmer la définition de « principe actif » qui avait été énoncée en 2006 dans l’arrêt *MIT*.

[63] Bien que les parties aient invoqué d’autres précédents, je ne crois pas qu’il soit nécessaire de les examiner, car j’estime que l’interprétation faite par le ministre est compatible avec l’AECG ainsi qu’avec l’interprétation du terme « ingrédient médicinal » au sens des lois canadiennes concernant les produits pharmaceutiques. Il convient de préciser que la compatibilité ne signifie pas que le système canadien doit être identique au système déjà en place dans l’Union européenne. Pas plus qu’il ne faille déduire des présents motifs que la jurisprudence étrangère lie de quelque manière les tribunaux canadiens. Ce n’est tout simplement pas le cas.

[64] En conclusion de ce raisonnement, étant donné l’interprétation adoptée par la Cour fédérale et les observations présentées par GSK, je suis disposée à admettre qu’il existe plus d’une interprétation raisonnable possible

the expression “medicinal ingredient”. That said, in such circumstances, it is not for reviewing courts to choose the one they prefer or that they find the most logical from their point of view. This is not what the applicable standard of review calls for.

[65] Although the above goes a long way in dealing with the reasonableness of the Minister’s decision in respect of whether the adjuvant in this matter is a medicinal ingredient, I will deal with the other arguments raised before the Minister by GSK.

[66] I will also say a few words about the view expressed by the Federal Court, which GSK adopted before us, that in this case, the Minister adopted tunnel vision unduly based on administrative efficiency and a “perceived need for administrative consistency” to “the exclusion of several highly relevant considerations” (F.C. decision, at paragraphs 29–33).

[67] First, there is a definite link in the CSP Regulations between the medicinal ingredient listed in the NOC issued by Health Canada for SHINGRIX and the medicinal ingredient referred to at paragraph 106(1)(c) of the *Patent Act* (see subsection 106(4)). The medicinal ingredient referred to in the *Patent Act* and CSP Regulations is the medicinal ingredient listed in the authorization for sale, i.e. the NOC issued under the *Food and Drug Regulations*, section C.08.004 or C.08.004.01.

[68] As mentioned earlier, the NOC for SHINGRIX listed only one medicinal ingredient, the antigen. This is the sole medicinal ingredient for which GSK had applied for a CSP. I therefore see no reviewable error in the Minister’s perceived desire for consistency between the two regimes. It is unfair to characterize her approach as based on unwarranted tunnel vision.

[69] In fact, the Minister had to offer a coherent and consistent treatment of the same subject i.e. what is the “medicinal ingredient” in the drug at issue.

de l’expression « ingrédient médicinal ». Cela dit, en pareilles circonstances, il n’appartient pas à la cour de révision de choisir l’interprétation qu’elle préfère ou celle qui lui semble la plus logique. Ce n’est pas ce que la norme de contrôle applicable commande.

[65] Bien que ce qui précède aide grandement note Cour à statuer sur le caractère raisonnable de la décision du ministre sur la question de savoir si l’adjuvant en l’espèce est un ingrédient médicinal, j’examinerai également les autres observations présentées par GSK au ministre.

[66] Je formulerai aussi quelques observations sur l’opinion exprimée par la Cour fédérale, et défendue par GSK devant notre Cour, selon laquelle le ministre, en l’espèce, a adopté une vision étroite indûment axée sur l’efficacité administrative et sur un « besoin perçu de cohérence administrative » qui a mené « à l’exclusion de plusieurs considérations très pertinentes » (décision de la C.F., aux paragraphes 29 à 33).

[67] Premièrement, le Règlement sur les CPS établit un lien explicite entre l’ingrédient médicinal figurant dans l’avis de conformité délivré par Santé Canada à l’égard de SHINGRIX et l’ingrédient médicinal visé à l’alinéa 106(1)c) de la *Loi sur les brevets* (voir le paragraphe 106(4)). L’ingrédient médicinal dont il est fait mention dans la *Loi sur les brevets* et le Règlement sur les CPS est l’ingrédient médicinal mentionné dans l’autorisation de mise en marché, c’est-à-dire dans l’avis de conformité délivré en vertu des articles C.08.004 ou C.08.004.01 du *Règlement sur les aliments et drogues*.

[68] Ainsi qu’il a été mentionné plus haut, l’avis de conformité de SHINGRIX ne fait état que d’un ingrédient médicinal, l’antigène. Il s’agit du seul ingrédient médicinal pour lequel GSK a présenté une demande de CPS. Je ne constate donc aucune erreur susceptible de contrôle dans ce qui semble être la volonté du ministre d’assurer une cohérence entre les deux régimes. Il est injuste de dire que son approche était fondée sur une vision étroite injustifiée.

[69] En réalité, le ministre est tenu de traiter de façon cohérente et uniforme la même question, c’est-à-dire déterminer quel est l’« ingrédient médicinal » de la drogue en cause.

[70] It is obvious that the administrative classification of adjuvants is a non-binding administrative policy; it cannot supplant the words of the legislation. But as mentioned, this is not what has happened here. The Minister adopted a reasonable interpretation of the words “medicinal ingredient” and made a scientific determination that in this case, the adjuvant was not in fact a medicinal ingredient because it had no independent therapeutic effect on the body; thus the Minister’s decision was based on a legal and scientific position backed up by the consistency between the medicinal ingredient listed in the NOC issued under the *Food and Drug Regulations*, the medicinal ingredient referred to in the application for a CSP and the *Patent Act*.

[71] Thus, whether or not in other contexts one regulatory regime may influence another is irrelevant. It all depends on the particular facts of the matter. In this case, there is no doubt that the link between these two regulatory regimes is established.

[72] GSK had raised inconsistencies between the Minister’s position on its application and an email received from the Minister, and with the content of the SHINGRIX Product Monograph that the Minister approved. In her reasons, the Minister deals with each of these, and I have not been persuaded that her position on these issues was unreasonable in any respect. In fact, the Minister was responsive to all the concerns expressed by GSK in its submissions before her and it is evident that she considered the scientific opinion and evidence that GSK put forward.

[73] I find the following passage from *Vavilov* especially instructive as to inform a reviewing court on the manner it should approach a situation like the one before us [at paragraph 93]:

An administrative decision maker may demonstrate through its reasons that a given decision was made by bringing that institutional expertise and experience to bear: see *Dunsmuir*, at para. 49. In conducting reasonableness review, judges should be attentive to the application by decision makers of specialized knowledge, as demonstrated by their reasons. Respectful attention to a decision maker’s demonstrated expertise may reveal to a

[70] Il ne fait aucun doute que la classification administrative des adjuvants constitue une politique administrative non contraignante, laquelle ne peut l’emporter sur le libellé d’un texte législatif. Mais, comme je l’ai indiqué, ce n’est pas ce qui s’est produit en l’espèce. Le ministre a adopté une interprétation raisonnable des mots « ingrédient médicinal » et a rendu une décision scientifique selon laquelle, en l’espèce, l’adjuvant n’était pas en fait un ingrédient médicinal, car il ne produisait aucun effet thérapeutique indépendant dans l’organisme; la décision du ministre était donc fondée sur une thèse juridique et scientifique, qui trouve aussi appui dans le fait que l’ingrédient médicinal mentionné dans l’avis de conformité délivré en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues* et l’ingrédient médicinal visé par la demande de CPS et la *Loi sur les brevets* sont les mêmes.

[71] Il n’est donc pas pertinent de savoir si un régime de réglementation pourrait en influencer un autre dans d’autres contextes. Tout dépend des faits propres à l’affaire. En l’espèce, il ne fait aucun doute que le lien entre ces deux régimes réglementaires a été établi.

[72] GSK a soulevé des incohérences entre d’une part la thèse du ministre à l’égard de sa demande et un courriel qu’il a envoyé et d’autre part le contenu de la monographie de produit de SHINGRIX qui a été approuvée par le ministre. Ce dernier se prononce sur chacun de ces points dans ses motifs et on ne m’a pas convaincue que sa position sur ces questions fût à quelque égard déraisonnable. En fait, le ministre a répondu à tous les éléments que GSK avait soulevés dans ses observations et il ne fait aucun doute qu’il a pris en considération les avis scientifiques et les éléments de preuve que GSK lui a présentés.

[73] J’estime que le passage suivant, extrait de l’arrêt *Vavilov*, est particulièrement révélateur de la manière dont une cour de révision devrait examiner une situation comme celle dont nous sommes saisis [au paragraphe 93] :

Par ses motifs, le décideur administratif peut démontrer qu’il a rendu une décision donnée en mettant à contribution son expertise et son expérience institutionnelle : voir *Dunsmuir*, par. 49. Lors du contrôle selon la norme de la décision raisonnable, le juge doit être attentif à la manière dont le décideur administratif met à profit son expertise, tel qu’en font foi les motifs de ce dernier. L’attention respectueuse accordée à l’expertise établie du décideur

reviewing court that an outcome that might be puzzling or counterintuitive on its face nevertheless accords with the purposes and practical realities of the relevant administrative regime and represents a reasonable approach given the consequences and the operational impact of the decision. This demonstrated experience and expertise may also explain why a given issue is treated in less detail.

[74] This leads me to the next point; that is, that the Minister's decision was unreasonable because it does not address specifically the consistency of her interpretation with CETA, particularly the meaning of "active ingredient" and the general purpose of the CSP Regulations.

[75] As mentioned earlier, GSK never raised expressly the issue of "active ingredient" in CETA being different from "medicinal ingredient" in the CSP Regulations. It simply referred generally to the overall purpose of Article 20.27 and of the CSP Regulations. Thus, there was no express need to discuss this in the Minister's reasons with respect to what was (were) the medicinal ingredient(s) in SHINGRIX other than to respect the criteria of justification discussed in *Vavilov*. As noted in *Vavilov* at paragraphs 119 and 120, although the merits of an administrative decision maker's interpretation must be consistent with the text, context and purpose of the legislative provisions, he or she is not required to engage in a formalistic statutory interpretation exercise in every case. In fact, as mentioned by the Supreme Court, like other aspects of the reasonableness review, the key question remains whether the omitted aspect of the analysis causes the reviewing court to lose confidence in the outcome reached by the decision maker (*Vavilov*, at paragraph 122).

[76] In this particular case, the lack of an express reference to CETA with regard to her interpretation of medicinal ingredient does not make me lose confidence in the reasoning of the Minister and the conclusion she reached. This is especially so considering that, as will be discussed in the next section of my analysis, she did refer to the RIAS and was thus clearly aware of the objective and rationale spelled out in it.

peut indiquer à une cour de révision qu'un résultat qui semble déroutant ou contre-intuitif à première vue est néanmoins conforme aux objets et aux réalités pratiques du régime administratif en cause et témoigne d'une approche raisonnable compte tenu des conséquences et des effets concrets de la décision. Lorsqu'établies, cette expérience et cette expertise peuvent elles aussi expliquer pourquoi l'analyse d'une question donnée est moins étoffée.

[74] Cela m'amène au point suivant, à savoir que la décision du ministre était déraisonnable parce qu'il n'a pas expressément tenu compte de la compatibilité de son interprétation avec l'AECG, plus particulièrement le sens de l'expression « principe actif » et l'objet général du Règlement sur les CPS.

[75] Comme je l'ai mentionné plus haut, GSK n'a jamais fait valoir que le « principe actif » au sens de l'AECG différerait de l'« ingrédient médicinal » au sens du Règlement sur les CPS. Elle n'a fait que renvoyer en termes généraux à l'objet global de l'article 20.27 de l'AECG et au Règlement sur les CPS. Le ministre n'était donc pas expressément tenu d'en discuter dans ses motifs concernant l'ingrédient médicinal ou les ingrédients médicinaux contenus dans SHINGRIX; il devait uniquement satisfaire aux critères de justification énoncés dans l'arrêt *Vavilov*. Ainsi qu'il est indiqué aux paragraphes 119 et 120 de l'arrêt *Vavilov*, bien que le fond de l'interprétation que fait un décideur administratif doit être conforme au texte, au contexte et à l'objet des dispositions législatives, le décideur n'est pas tenu dans tous les cas de procéder à une interprétation formaliste de la loi. De fait, comme l'a mentionné la Cour suprême, à l'instar d'autres aspects du contrôle selon la norme de la décision raisonnable, il s'agit principalement de savoir si l'aspect qui a été omis de l'analyse amène la cour de révision à perdre confiance dans le résultat auquel en est arrivé le décideur (*Vavilov*, au paragraphe 122).

[76] En l'espèce, l'absence de renvoi explicite à l'AECG dans l'interprétation que le ministre a faite de l'ingrédient médicinal ne m'amène pas à perdre confiance dans son raisonnement ni dans la conclusion qu'il a tirée. C'est d'autant plus le cas que, comme j'en discuterai dans la prochaine section de mon analyse, le ministre a renvoyé au REIR; il avait donc manifestement connaissance de l'objectif et des justifications qui y sont énoncés.

[77] Before addressing the second question before us, I wish to note that the present case may be quite different from the one before the Federal Court in *ViiV Healthcare ULC v. Canada (Health)*, 2020 FC 756, which GSK relies on. In that case, it appears that the Minister failed to grapple with quite specific submissions made before her on the issues referred to in paragraphs 26 to 28 of the reviewing court's decision. In addition, I have a specific concern, similar to that mentioned in paragraph 52 above, regarding the use of terminology in that case. It is not clear to me that the reviewing court was as careful as it should have been in its choice of words. At paragraph 26 of its decision (see also paragraph 18), it stated that it was persuaded by the view that the patent at issue “protects the product (i.e. JULUCA) as such” and that this view “is not inconsistent on its face with CETA”. However, JULUCA was the drug or pharmaceutical product and not the *product* i.e. medicinal ingredient or combination of the medicinal ingredients in this drug or pharmaceutical product. As this matter is not before us, I will not comment on whether or not this wording resulted from a misunderstanding or was simply a lack of precision in the wording used. Moving forward, reviewing courts must be careful as these kinds of errors can have serious consequences and distort the meaning intended by Parliament.

[78] At this stage, I have not identified any reviewable error that would justify our intervention. I will therefore examine the second issue before us.

B. *Subsection 3(2) of the CSP Regulations and the formulation in the '905 Patent*

[79] The second reason given by the Minister for refusing the issuance of a CSP was that the '905 Patent did not pertain to the antigen, i.e. the medicinal ingredient, within the meaning of subsection 3(2) of the CSP Regulations.

[80] GSK described this as a core issue in its oral arguments before us. However, its arguments before the Minister in that respect were quite limited and mostly interconnected with those advanced with respect to what a

[77] Avant d'examiner la deuxième question dont nous sommes saisis, je note que la présente affaire peut être très différente de celle examinée par la Cour fédérale dans la décision *ViiV Soins de santé ULC c. Canada (Santé)*, 2020 CF 756, et sur laquelle s'appuie GSK. Dans cette affaire, il semble que le ministre n'ait pas pris en compte certaines observations très précises qui lui avaient été présentées à l'égard des questions soulevées aux paragraphes 26 à 28 de la décision de la cour de révision. De plus, j'ai des réserves comparables à celles énoncées plus haut au paragraphe 52, au sujet de la terminologie utilisée dans cette affaire. Je ne suis pas certaine que la cour de révision a été aussi prudente qu'elle aurait dû l'être dans son choix de mots. Au paragraphe 26 de sa décision (voir aussi le paragraphe 18), la Cour indique qu'elle était persuadée que le brevet en litige « protège le produit (c.-à-d. le JULUCA) en tant que tel » et que ce point de vue n'était « pas incompatible à première vue avec l'AECG ». Or, le JULUCA était la drogue ou le produit pharmaceutique, et non le *produit*, c'est-à-dire l'ingrédient médicinal ou la combinaison d'ingrédients médicinaux contenus dans cette drogue ou ce produit pharmaceutique. Comme il ne s'agit pas d'une question dont nous sommes saisis, je ne me prononcerai pas sur la question de savoir si ce choix de mots était le résultat d'une méprise ou simplement d'un manque de précision. À l'avenir, les cours de révision devront toutefois faire preuve de prudence, car ce type d'erreur peut avoir de graves conséquences et fausser le sens voulu par le législateur.

[78] Je n'ai relevé à cette étape aucune erreur susceptible de révision qui justifierait notre intervention. Je passerai donc à l'examen de la deuxième question à trancher.

B. *Le paragraphe 3(2) du Règlement sur les CPS et la formulation dans le brevet '905*

[79] Le deuxième motif invoqué par le ministre pour refuser de délivrer un CPS était que le brevet '905 n'était pas lié à l'antigène, c'est-à-dire à l'ingrédient médicinal, au sens du paragraphe 3(2) du Règlement sur les CPS.

[80] Lorsqu'elle nous a présenté ses observations orales, GSK a soutenu qu'il s'agissait d'une question cruciale. Cependant, les observations qu'elle a exposées au ministre à ce sujet étaient très limitées et étaient essentiellement

“medicinal ingredient” is within the meaning of the CSP Regulations.

[81] This is especially so considering that, having received the preliminary decision of the Minister on April 10, 2018 (AB, Vol. 1, at pages 261–267), GSK was fully aware that:

- (i) The Minister considered its claim as directed to a formulation; i.e. a mixture composed of medicinal and non-medicinal ingredients;
- (ii) The only medicinal ingredient described on its NOC, the antigen, was not claimed as such under the '905 Patent as it was disclosed in EP0405867 and EP192902 (see description in the '905 Patent, AB, Vol. 1, at pages 186–187 and 266).

[82] In its written representations to the Minister, as mentioned, GSK submitted that the '905 Patent did not claim a formulation, but rather a composition that was itself a combination of medicinal ingredients. Its claims did not include non-medicinal ingredients, as both the antigen and its proprietary adjuvant system (a single structure) were medicinal ingredients (AB, Vol. 5, at pages 1046–1047).

[83] It argued that there was nothing in the grammatical and ordinary sense of the words in subsection 3(2) of the CSP Regulations that excluded claim 1 of the '905 Patent. For GSK, it qualified as a claim for the medicinal ingredient or a combination of medicinal ingredients. Also, other claims could be viewed as for the use of such medicinal ingredient in the preparation of a medicament against shingles for people of 50 years of age or older, and those with an immunocompromised system (AB, Vol. 5, at page 1049). According to GSK, this interpretation is consistent “with the object and purpose of the CSP Regulations to provide an additional period of protection for drugs containing new medicinal ingredients, like SHINGRIX, in order to compensate for the time such drugs spend in research and development and obtaining marketing authorization” (my emphasis). GSK did not dispute that the

liées à ses observations sur le sens d’« ingrédient médicinal » pour l’application du Règlement sur les CPS.

[81] C’est d’autant plus le cas que GSK avait déjà reçu la décision préliminaire rendue par le ministre le 10 avril 2018 (dossier d’appel, vol. 1, aux pages 261 à 267); elle savait donc pertinemment que :

- i) le ministre considérait sa revendication comme portant sur une formulation, c’est-à-dire un mélange composé d’ingrédients médicinaux et non médicinaux;
- ii) le seul ingrédient médicinal mentionné dans son AC, l’antigène, n’était pas revendiqué en soi dans le brevet '905, car il avait été divulgué dans les brevets EP0405867 et EP192902 (voir la description dans le brevet '905, dossier d’appel, vol. 1, aux pages 186, 187 et 266).

[82] Ainsi qu’il a été indiqué plus haut, GSK a fait valoir dans ses observations écrites au ministre que le brevet '905 n’était pas lié à une formulation, mais plutôt à une composition qui était elle-même une combinaison d’ingrédients médicinaux. Ses revendications ne comportaient pas d’ingrédients non médicinaux, car l’antigène et son système exclusif d’adjuvant (une structure unique) étaient des ingrédients médicinaux (dossier d’appel, vol. 5, aux pages 1046 et 1047).

[83] GSK a fait valoir qu’il n’y avait rien dans le sens grammatical et ordinaire des mots du paragraphe 3(2) du Règlement sur les CPS qui permettait d’exclure la revendication 1 du brevet '905. Selon GSK, cette revendication était admissible à titre de revendication de l’ingrédient médicinal ou de la combinaison d’ingrédients médicinaux. De plus, d’autres revendications auraient pu être considérées comme portant sur l’utilisation d’un tel ingrédient médicinal dans la préparation d’un médicament contre le zona pour les personnes âgées de 50 ans et plus et les sujets immunodéficients (dossier d’appel, vol. 5, à la page 1049). De l’avis de GSK, cette interprétation est compatible [TRADUCTION] « avec l’objet et le but du Règlement sur les CPS, soit d’offrir une période de protection supplémentaire pour les drogues contenant de nouveaux ingrédients médicinaux, comme SHINGRIX, afin de compenser le

antigen had already been disclosed and could not therefore be claimed as a compound.

[84] In the circumstances, it is not surprising that the Minister did not go into an elaborate statutory analysis of the wording of subsection 3(2) in her decision. In my view, on a fair reading of the decision, she did consider all the arguments put forth by GSK, even though they are not all grouped under the same heading given their interconnection with the determination of what was the medicinal ingredient in SHINGRIX.

[85] First, as already mentioned, the Minister made it clear that the claims included many non-medicinal ingredients. Apart from the adjuvant enhancers *per se*—QS21 and 3D-MPL, there were other non-medicinal ingredients such as cholesterol (see last paragraph in AB, Vol. 1, at page 57 and at paragraph 48 above). She then clearly found that the claim at issue was for a formulation within the generally understood meaning of such claims i.e. a mixture of medicinal and non-medicinal ingredients. The use claims were directed to such formulations only. As will be explained later on, previous case law used this definition of formulation before it was included in the definitions of the 2006 version of the PMNOC Regulations (see paragraph 41 above). In fact, GSK itself had made reference to one of those decisions, *Hoffmann*, in its submissions (see AB, Vol. 7, at page 1687, footnote 15). In the Minister's view, there was no provision in subsection 3(2) that made claims for a formulation sufficient to be eligible.

[86] With respect to GSK's argument that there was no legislative reference to exclude certain types of claims from CSP eligibility, the Minister expressly states that she disagrees and that her reading of subsection 3(2) was confirmed by the RIAs. The Minister also relied on a clear passage to that effect in the Health Canada Guidance Document dealing with the CSP Regulations, at page 17, which confirmed her understanding. She finally noted,

temps consacré à la recherche et au développement de ces drogues et à l'obtention d'une autorisation de mise en marché » (non souligné dans l'original). GSK ne conteste pas le fait que l'antigène avait déjà été divulgué et qu'il ne pouvait donc pas être revendiqué à titre de composé.

[84] Dans les circonstances, il n'est pas étonnant que le ministre n'ait pas procédé à l'analyse détaillée du libellé du paragraphe 3(2) dans sa décision. Je suis d'avis que, si on interprète raisonnablement la décision, le ministre a tenu compte de toutes les observations présentées par GSK, même si elles ne sont pas toutes regroupées sous la même rubrique, vu leur interconnexion avec la conclusion sur ce qui constituait l'ingrédient médicinal de SHINGRIX.

[85] Premièrement, comme je l'ai mentionné plus haut, le ministre a clairement établi que les revendications comprenaient de nombreux ingrédients non médicaux. Outre les adjuvants renforceurs en soi — QS21 et 3D-MPL — les revendications comprenaient d'autres ingrédients non médicaux, notamment le cholestérol (voir le dernier paragraphe du dossier d'appel, vol. 1, à la page 57 et le paragraphe 48 ci-dessus). Le ministre a ensuite conclu que la revendication en litige portait sur une formulation au sens généralement accepté de telles revendications, c'est-à-dire un mélange d'ingrédients médicaux et non médicaux. Les revendications d'utilisation portaient uniquement sur ces formulations. Comme je l'explique plus loin, la jurisprudence antérieure a utilisé cette définition de formulation avant qu'elle soit intégrée dans les définitions de la version de 2006 du Règlement sur les MB(AC) (voir le paragraphe 41 ci-dessus). En fait, GSK elle-même a invoqué l'une de ces décisions, *Hoffmann*, dans ses observations (voir le dossier d'appel, vol. 7, à la page 1687, note de bas de page 15). De l'avis du ministre, rien dans le paragraphe 3(2) ne permet d'établir l'admissibilité des revendications liées à une formulation.

[86] Quant aux observations de GSK selon lesquelles aucune disposition législative ne prévoit l'exclusion de certains types de revendications de l'admissibilité à un CPS, le ministre a clairement signifié son désaccord et indiqué que le REIR confirmait son interprétation du paragraphe 3(2). Le ministre s'est également fondé sur un passage explicite à ce sujet (à la page 17) de la ligne directrice de Santé Canada portant sur le Règlement sur les CPS, qui confirmait son

quoting the RIAS, that this was understood to be consistent with the wording in CETA which includes the expression “as such”.

[87] I have already summarized the legislative background and will not repeat it at length here.

[88] The word “claim” has many ordinary meanings. Among its dictionary definitions, the most appropriate here is “a right or title to something” (*Oxford English Dictionary Online*, Oxford University Press, *sub verbo* “claim”).

[89] Obviously, when one construes the words used, one has to consider their particular context. Here, subsection 27(4) of the *Patent Act* provides that claims in a patent are meant to define distinctly and in explicit terms “the subject matter of the invention” for which an exclusive privilege or property is claimed.

[90] The CSP Regulations prescribe the criteria to determine whether a patent pertains to the medicinal ingredient or the combination of medicinal ingredients as required at paragraph 106(1)(c) of the *Patent Act*. It is important here to recall that this new section of the *Patent Act* is entitled “Supplementary Protection for Inventions—Medicinal Ingredient” (my emphasis).

[91] In this context, the following patent law concepts are well understood and have been often used in the case law: product claims, product-by-process claims, formulation or composition claims and use claims. Today, there is rarely a need for one to explain what one means when referring to those expressions. This was so, even before the Governor in Council included definitions of “claim for medicine itself” or “claim for use of the medicine” in the 1993 version of the PMNOC Regulations and “claim for the formulation”, as well as “claim for the medicinal ingredient” in the 2006 version of the said Regulations; but when it did so, it gave rise to many judicial decisions which helped the Governor in Council refine those expressions. As will be explained, this case law can to a certain extent be useful here—just as *Bayer* was useful in

interprétation. Il a enfin mentionné, en citant le REIR, que cette interprétation était compatible avec le libellé de l’AECG, qui comprend l’expression « en tant que tel ».

[87] J’ai déjà résumé le contexte légal et je ne le répéterai pas ici en détail.

[88] Le mot « revendication » a de nombreuses acceptions courantes. Parmi les définitions du dictionnaire, la plus pertinente en l’espèce est la suivante : [TRADUCTION] « un droit ou un titre à quelque chose » (*Oxford English Dictionary Online*, Oxford University Press, *sub verbo* « *claim* » (revendication)).

[89] De toute évidence, lorsqu’on interprète les mots utilisés, il importe de tenir compte du contexte particulier dans lequel ils sont utilisés. En l’espèce, le paragraphe 27(4) de la *Loi sur les brevets* dispose que les revendications du brevet doivent définir distinctement et en des termes explicites « l’objet de l’invention » dont le demandeur revendique la propriété ou le privilège exclusif.

[90] Le Règlement sur les CPS définit les critères auxquels il faut satisfaire pour qu’un brevet soit lié à un ingrédient médicinal ou à une combinaison d’ingrédients médicinaux, comme l’exige l’alinéa 106(1)c) de la *Loi sur les brevets*. Il est important ici de rappeler que cette nouvelle section de la *Loi sur les brevets* est intitulée « Protection supplémentaire pour les inventions — ingrédients médicinaux » (non souligné dans l’original).

[91] Dans ce contexte, les notions suivantes du droit des brevets sont bien établies et ont souvent été utilisées dans la jurisprudence : revendications de produit, revendications de produit par le procédé, revendications de la formulation ou de la composition et revendications d’utilisation. Il est rare aujourd’hui qu’il faille expliquer ce que signifient ces expressions. Il en était ainsi même avant que le gouverneur en conseil ajoute les définitions des expressions « revendication pour le médicament en soi » ou « revendication pour l’utilisation du médicament » dans la version de 1993 du Règlement sur les MB(AC), et « revendication de la formulation » et « revendication de l’ingrédient médicinal » dans la version de 2006 de ce Règlement; cependant, lorsqu’elles ont été faites, ces adjonctions ont donné lieu à de nombreuses décisions

providing a definition of active or medicinal ingredient. The object of these regulations may be different but they have a link (see the numerous references to CSPs added to the PMNOC Regulations as part of the implementation of CETA).

[92] In this context, it would appear somewhat straightforward to say that a claim for a medicinal ingredient or a combination of all the medicinal ingredients would normally be understood as a claim for these compounds (products claims). Or they could be understood, given the particular history of medicines which were the subject of restrictions as to how they could be claimed under the *Patent Act* in the past, as including product-by-process claims (see for example section 41 of the *Patent Act*, R.C.S. 1952 c. 203 as discussed in *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49, (1963), 41 C.P.R. 9 [*Farbwerk*]). In such claims, the “medicinal substance” (wording from *Farbwerke*) had to be defined in terms of the process by which they were made.

[93] When paragraph 3(2)(a) is read alongside paragraphs 3(2)(b) and (c), one would conclude that paragraph 3(2)(a) does not include a product-by-process claim for the medicinal ingredients for these are expressly covered by paragraph (b).

[94] A claim for the use of a medicinal ingredient or a combination of all medicinal ingredients is also a well-understood concept. They include Swiss-type claims and are particularly helpful when the compounds are already known and the subject matter of the invention is the new use.

judiciaires qui ont aidé le gouverneur en conseil à préciser ces expressions. Comme nous le verrons plus loin, cette jurisprudence peut dans une certaine mesure être utile en l’espèce, tout comme la décision *Bayer* l’a été pour préciser la définition de principe ou ingrédient actif ou d’ingrédient médicinal. Bien que ces règlements puissent avoir des objets différents, ces derniers sont néanmoins liés (il suffit de penser aux nombreux renvois aux certificats de protection supplémentaire qui ont été ajoutés au Règlement sur les MB(AC) dans le cadre de la mise en œuvre de l’AECG).

[92] Dans le présent contexte, il semblerait assez simple de dire qu’une revendication de l’ingrédient médicinal ou d’une combinaison de tous les ingrédients médicinaux serait normalement considérée comme étant une revendication de ces composés (revendication de produits). Ou, compte tenu de l’historique particulier des médicaments, qui ont par le passé été assujettis à des restrictions quant à la façon dont ils pouvaient faire l’objet de revendications en vertu de la *Loi sur les brevets*, elle pourrait être considérée comme comprenant une revendication de produit par le procédé (voir, par exemple, l’article 41 de la *Loi sur les brevets*, S.R.C. 1952, ch. 203, tel qu’il est examiné dans l’arrêt *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49, (1963), 41 C.P.R. 9 [*Farbwerk*]). Dans ces revendications, la [TRADUCTION] « substance médicinale » (expression utilisée dans l’arrêt *Farbwerke*) devait être définie en fonction du procédé par lequel elle avait été fabriquée.

[93] Si on interprète l’alinéa 3(2)a conjointement avec les alinéas 3(2)b et c), on pourrait conclure que l’alinéa 3(2)a ne comprend pas les revendications de produit par le procédé visant des ingrédients médicinaux, car celles-ci sont expressément visées par l’alinéa b).

[94] La revendication de l’utilisation d’un ingrédient médicinal ou d’une combinaison de tous les ingrédients médicinaux est également une notion bien comprise. Ces revendications incluent les revendications dites de type « suisse » et elles sont particulièrement utiles lorsque les composés sont déjà connus et que l’objet de l’invention est lié à une utilisation nouvelle.

[95] Given this enumeration at subsection 3(2), and the fact that unless listed, another specific type of claim will not be sufficient to qualify a patent in the prescribed manner, I do not believe that it was incumbent on the legislator to exclude expressly from eligibility patent claims directed to a formulation. It would have certainly been easier for our statutory analysis, but it is not a sufficient reason in itself to find that the Minister's conclusion is unreasonable or to disregard the explanations in the RIAS as evidence of the legislative intent (F.C. decision, at paragraph 44).

[96] Courts have been quite capable of excluding pure process claims or other types of claims (such as claims for intermediate compounds) from the definition of "claims for the medicine" without the need for express exclusions (see for example *Deprenyl Research Ltd. v. Apotex Inc.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 171, [1994] F.C.J. No. 542 (QL) (T.D.), aff'd (1995), 60 C.P.R. (3d) 501, [1995] F.C.J. No. 532 (QL) (C.A.) and *Hoffmann*, at page 74 [paragraph 48]).

[97] Courts have also been capable of including compositions or formulation claims when the wording of the subject matter of the claim enabled them to do so.

[98] This is exactly what happened in *Hoffmann* when the Federal Court (confirmed by our Court) had to determine whether a claim for a composition of active and non-active ingredients in an approved drug was a "claim for the medicine itself".

[99] I will start by noting that in *Hoffmann* the expressions "formulation claim" and "composition claim" were used interchangeably. There was no issue that both expressions referred to a claim for a mixture of active and non-active ingredients (*Hoffmann*, at page 72 [paragraph 42]). What mattered was whether the claim was for the medicine (*médicament*). Using the modern approach to statutory interpretation, Noël J. (as he then was) concluded that "medicine" was not used in contradistinction to "drug". Rather, the word medicine was used to exclude a disinfectant, which would be included in the definition of drug at section 2 of the *Food and Drug Regulations*

[95] Compte tenu de l'énumération figurant au paragraphe 3(2) et du fait qu'à moins d'y figurer, aucun autre type donné de revendication ne rendra un brevet admissible de la manière réglementaire, je ne crois pas que le législateur était tenu de rendre expressément inadmissibles les revendications de brevet visant une formulation. Cela aurait certes facilité notre analyse de la loi, mais ce n'est pas en soi un motif suffisant pour juger que la conclusion du ministre était déraisonnable ou pour ignorer les explications fournies dans le REIR comme indication de l'intention du législateur (décision de la C.F., au paragraphe 44).

[96] Les tribunaux ont été parfaitement capables d'exclure les revendications au titre d'un procédé pur ou d'autres types de revendications (par exemple, des revendications visant des composés intermédiaires) de la définition de « revendication pour le médicament », sans qu'il y ait d'exclusion expresse (voir, par exemple, *Deprenyl Research Ltd. c. Apotex Inc.*, [1994] A.C.F. n° 542 (QL) (1^{re} inst.), conf. par [1995] A.C.F. n° 532 (QL) (C.A.), et *Hoffmann*, au paragraphe 48).

[97] Les tribunaux ont également été en mesure d'inclure des revendications de compositions ou de formulations lorsque le libellé de l'objet de la revendication leur permettait de le faire.

[98] C'est exactement ce qui a est arrivé dans l'affaire *Hoffmann*, lorsque la Cour fédérale (dont la décision a été confirmée par notre Cour) devait déterminer si une revendication visant une composition constituée de principes actifs et non actifs dans un médicament approuvé constituait une « revendication pour le médicament en soi ».

[99] Je commencerai par faire observer que, dans la décision *Hoffmann*, les expressions « revendication pour la formulation » et « revendication pour la composition » ont été utilisées de manière interchangeable. Il ne faisait aucun doute que les deux expressions renvoyaient à une revendication visant un mélange de principes actifs et non actifs (*Hoffmann*, au paragraphe 42). Ce qui importait, c'était de déterminer si la revendication était pour le médicament (« *médicine* »). Utilisant l'approche moderne en matière d'interprétation des lois, le juge Noël (aujourd'hui juge en chef de notre Cour) a conclu que le mot « médicament » n'était pas utilisé en opposition au mot « drogue ».

(*Hoffmann*, at pages 69 and 74 [paragraphs 37 and 47]). As the word “medicine” could refer either to the active ingredient itself or to the approved drug containing it, a claim to the formulation or composition, i.e. the mixture of active and inactive ingredients included in the approved drug, was a claim for the medicine.

[100] This interpretation was adopted in all cases until 2006, when as mentioned earlier, the PMNOC Regulations were amended to clarify certain matters. Among those was the acknowledgment of the distinction between a claim for a medicinal ingredient (i.e. as explained, the active ingredient in a drug or pharmaceutical product) and a claim for a formulation, i.e. a mixture composed of medicinal and non-medicinal ingredients in an approved drug. This even though the legislator agreed to keep both types of claims within the scope of the PMNOC Regulations. It is clear from the relevant RIAS that the new definitions were intended to bear their established meaning under the extensive body of case law interpreting “claim for the medicine itself” (RIAS, SOR/2006-242, *Canada Gazette*, Vol. 140, No. 21, at page 1516).

[101] Thus, given that I have already determined that it was reasonable for the Minister to conclude that the only medicinal ingredient here is the antigen, it also appears reasonable at this stage of the analysis (words read in context) to conclude that a claim for the medicinal ingredient refers only to a claim for the antigen and not a mixture of ingredients in an approved drug.

[102] The object and purpose of the CSP Regulations is not really in dispute. Nor is the purpose of the new section in the *Patent Act*. Those are clearly spelled out in the RIAS to which the Minister refers in her decision. It would be difficult, if not improper to presume that the Minister

Le mot « médicament » était plutôt utilisé pour exclure un désinfectant, qui aurait fait partie de la définition de « drogue » au sens de l’article 2 du *Règlement sur les aliments et drogues* (*Hoffmann*, aux paragraphes 37 et 47). Comme le mot « médicament » pouvait faire référence à la fois au principe actif proprement dit ou au médicament approuvé qui le contenait, la revendication de formulation ou de composition, c’est-à-dire le mélange de principes actifs et inactifs contenus dans le médicament approuvé, constituait une revendication pour le médicament.

[100] Cette interprétation est celle qui a été adoptée dans toutes les affaires jusqu’en 2006, au moment où, comme il a été mentionné plus haut, le Règlement sur les MB(AC) a été modifié pour en clarifier certains aspects. Parmi ces clarifications, mentionnons la reconnaissance de la distinction à faire entre revendication de l’ingrédient médicinal (c’est-à-dire le principe ou ingrédient actif contenu dans une drogue ou un produit pharmaceutique) et revendication de la formulation, c’est-à-dire un mélange composé d’ingrédients médicinaux et non médicinaux contenus dans une drogue approuvée. Cette distinction a été apportée même si le législateur a accepté que les deux types de revendications continuent de relever du champ d’application du Règlement sur les MB(AC). Il ne fait aucun doute, à la lecture des sections pertinentes du REIR, que le sens des nouvelles définitions devait être celui que leur avait conféré l’abondante jurisprudence interprétant l’expression « revendication pour le médicament en soi » (REIR, DORS/2006-242, *Gazette du Canada*, vol. 140, n° 21, à la page 1516).

[101] Par conséquent, puisque j’ai déjà déterminé qu’il était raisonnable pour le ministre de conclure que le seul ingrédient médicinal en l’espèce était l’antigène, il semble également raisonnable à cette étape de mon analyse (interprétation des mots dans leur contexte) de conclure que la revendication de l’ingrédient médicinal vise uniquement la revendication de l’antigène, et non d’un mélange d’ingrédients dans un médicament approuvé.

[102] L’objet et le but du Règlement sur les CPS ne sont pas vraiment en doute en l’espèce. Pas plus que ne l’est l’objet de la nouvelle section de la *Loi sur les brevets*. Ceux-ci sont clairement exposés dans le REIR auquel le ministre renvoie dans sa décision. Il serait difficile, voire

did not consider the RIAS because she does not recite it at length. The said RIAS starts by stating the following:

Issues

The *Certificate of Supplementary Protection Regulations* (the Regulations) are required, in conjunction with amendments to the *Patent Act* in the *Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement Implementation Act*, to establish an additional period of protection for drugs containing a new medicinal ingredient, or a new combination of medicinal ingredients, protected by an eligible patent. The legislative and regulatory changes are required to meet Canada's commitment under the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA).

Background

In order to meet Canada's CETA obligations, the *Patent Act* (the Act) was amended to create a framework for the issuance and administration of certificates of supplementary protection (CSP), for which patentees with patents relating to human and veterinary drugs may apply. As set out in the Act, the new CSP regime, which will be administered by the Minister of Health (Minister), will provide additional protection from the date of the expiry of the eligible pharmaceutical patent based on the first authorization for sale of a drug containing a new medicinal ingredient or combination of medicinal ingredients in Canada. This new protection, which is intended to partly compensate for time spent in research and obtaining marketing authorization, provides patent-like rights in respect of drugs containing the same medicinal ingredient or combination. The scope of protection can be no broader than the scope of protection afforded by the patent set out in the CSP, and is subject to the same limitations and exceptions as the patent.

[103] In its submissions to the Minister, GSK only referred to the RIAS to argue that its interpretation was consistent with the object and purpose pertinent to construing subsection 3(2) (AB, Vol. 7, at page 1685).

[104] What the Minister expressly referred to as evidencing the intention of the legislator (here the Governor in

mal à propos, de présumer que le ministre n'a pas tenu compte du REIR parce qu'il ne le cite pas en détail. Le REIR en question commence ainsi :

Enjeux

Le *Règlement sur les certificats de protection supplémentaire* (le Règlement) doit, en conjonction avec les modifications apportées à la *Loi sur les brevets* dans la *Loi de mise en œuvre de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*, établir une période de protection supplémentaire pour les médicaments contenant un nouvel ingrédient médicinal, ou une nouvelle combinaison d'ingrédients médicinaux, protégés par un brevet admissible. Les modifications législatives et réglementaires sont requises afin que le Canada respecte les engagements pris dans le cadre de l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne.

Contexte

Afin de remplir les obligations du Canada à l'égard de l'AECG, la *Loi sur les brevets* (la Loi) a été modifiée afin de créer un cadre pour la délivrance et l'administration des certificats de protection supplémentaires (CPS) pour lesquels les titulaires de brevets liés aux drogues à usage humain et à usage vétérinaire peuvent déposer une demande. Comme le prévoit la Loi, le nouveau régime de CPS, qui sera administré par la ministre de la Santé (la ministre), fournira une protection additionnelle à compter de la date d'expiration du brevet pharmaceutique admissible en fonction de la première autorisation de vente d'une drogue contenant un nouvel ingrédient médicinal ou une nouvelle combinaison d'ingrédients médicinaux au Canada. Cette nouvelle protection, qui vise en partie à compenser le temps consacré à la recherche et à l'obtention d'une autorisation de mise en marché, fournit des droits similaires à ceux des brevets relativement aux drogues contenant le même ingrédient médicinal ou la même combinaison d'ingrédients médicinaux. La portée de la protection ne peut être plus vaste que la protection conférée par le brevet mentionné dans le CPS, et elle est assujettie aux mêmes limites et exceptions que le brevet.

[103] Dans ses observations présentées au ministre, GSK n'invoque le REIR que pour faire valoir que son interprétation était conforme à l'objet et aux objectifs qui s'appliquent pour l'interprétation du paragraphe 3(2) (dossier d'appel, vol. 7, à la page 1685).

[104] À titre de preuve de l'intention du législateur (en l'espèce, le gouverneur en conseil), le ministre renvoie

Council) is the section of the RIAS dealing with patent eligibility which deals more specifically with the issue before her.

[105] In this section, the RIAS makes it clear that there is no need for the patent to protect the medicinal ingredient that was approved, but only that it protect what is described as “the same medicinal ingredient” in the RIAS (AB, Vol. 7, at page 1472, section 105 of the *Patent Act*, and section 2 of the CSP Regulations).

[106] I understand this to mean that, as explained at page 8 of the RIAS (see AB, Vol. 7, at page 1470) under the section entitled “Same medicinal ingredients”, if the approved medicinal ingredient only differs from the claimed medicinal ingredient with respect to a minor variation such as an enantiomer or an appendage (e.g. ester or salt) within a particular molecular structure, it is nevertheless eligible for a CSP. The same concept applies to use claims and product-by-process claims. I need not discuss the comments made in respect of combinations of medicinal ingredients as they are not relevant here.

[107] The RIAS also mentions that pure process claims do not make the patent eligible, as they do not protect “the product”—which, as discussed above, means the “active ingredient or combination of active ingredients” under CETA. This is an understanding that would also be derived from case law mentioned earlier.

[108] The RIAS then states:

Also, claims that are directed to a formulation containing the medicinal ingredient, including compositions, preparations or similar claim types, do not make a patent eligible for a CSP. A claim to a formulation does not protect the medicinal ingredient or combination of medicinal ingredients per se. A claim to a formulation may be directed, for example, to the improvement of the stability of medicinal ingredients. This is consistent with CETA, which only requires the protection of the medicinal ingredient or combination of medicinal ingredients when claimed “as such.”

expressément à la section du REIR sur l’admissibilité des brevets qui porte plus précisément sur la question qu’il devait trancher.

[105] Dans cette section, le REIR établit clairement qu’il n’est pas nécessaire que le brevet protège l’ingrédient médicinal qui a été approuvé; il doit seulement protéger ce qui, dans le REIR, est appelé « le même ingrédient médicinal » (dossier d’appel, vol. 7, à la page 1472, article 105 de la *Loi sur les brevets* et article 2 du Règlement sur les CPS).

[106] À mon avis cela signifie, comme il est expliqué à la page 8 du REIR (dossier d’appel, vol. 7, à la page 1470), dans la section intitulée « Mêmes ingrédients médicinaux », que, si l’ingrédient médicinal approuvé ne diffère de l’ingrédient médicinal revendiqué que par une variation mineure, comme un énantiomère ou un appendice (par exemple, un ester ou un sel), à l’intérieur d’une structure moléculaire donnée, il demeure néanmoins admissible à un CPS. La même notion s’applique aux revendications d’utilisation et aux revendications de produit par le procédé. Je n’examinerai pas les observations qui ont été formulées à l’égard des combinaisons d’ingrédients médicinaux, car elles ne sont pas pertinentes en l’espèce.

[107] Le REIR mentionne également que les revendications au titre d’un procédé pur ne rendent pas un brevet admissible, ni ne protègent le « produit » — lequel, comme je l’ai mentionné plus haut, désigne le « principe actif ou la composition de principes actifs » selon l’AECG. Cette interprétation serait elle aussi dérivée de la jurisprudence mentionnée plus haut.

[108] Le REIR établit ensuite ce qui suit :

De plus, les revendications qui visent une formulation contenant l’ingrédient médicinal, y compris les compositions, les préparations ou des revendications similaires, ne rendent pas un brevet admissible à un CPS. Une revendication relative à une formulation ne protège pas l’ingrédient médicinal ou la combinaison d’ingrédients médicinaux en soit. Par exemple, une revendication à l’égard d’une formulation peut être orientée vers l’amélioration de la stabilité des ingrédients médicinaux. Cela est conforme avec l’AECG, qui ne requiert que la protection de l’ingrédient médicinal ou de la combinaison d’ingrédients médicinaux lorsqu’ils sont revendiqués « comme tels ».

[109] The first sentence expresses very clearly a legislative intention in line with the meaning derived from the words used in subsection 3(2) read in their context.

[110] I note that the Federal Court appears to somewhat criticize the use of the words “*per se*” in this section of the RIAS stating that there are no such express words in the statutory provisions themselves (F.C. decision, at paragraph 26). First, as mentioned, the generally understood meaning of the words “a claim for the medicinal ingredient” read in their context offers sufficient support for saying that such a claim would cover the medicinal ingredient *per se*. Second, generally and unless one has poor claim drafting skills, when the subject of the invention is a medicinal ingredient, it would not be claimed solely through a formulation, as this would offer very limited protection for such an invention. Such a claim may well be in the cascade of claims in a patent. There is no limitation on what a patent as a whole may include and some may include a claim to the formulation of the approved drug (complete or not) while some may not. This is the point here—however many and diverse claims a patent may include, it must have at least one of the three type of claims described in subsection 3(2).

[111] The example used in the RIAS regarding a formulation that would improve stability indicates that the legislator did not intend to protect a simple improvement to a known medicinal ingredient. I do not agree that this example necessarily refers to a minor improvement (F.C. decision, at paragraph 44). Stability issues can be quite serious and if a claim was granted it benefits from the presumption that it is directed to a novel and useful invention. Be that as it may, the example does not limit the general statement.

[112] In fact, this example is not very far from what appears to be the present situation. The antigen in this case was known for use in a vaccine against the VZV virus, which causes chicken pox and shingles (see paragraph 81

[109] La première phrase expose très clairement une intention du législateur, qui est compatible avec le sens qui se dégage des mots utilisés au paragraphe 3(2) lorsqu'ils sont interprétés dans leur contexte.

[110] Je constate que la Cour fédérale semble critiquer quelque peu l'utilisation des mots « en soi » dans cette section du REIR, lorsqu'elle déclare que ces mots ne figurent pas expressément dans les dispositions législatives (décision de la C.F., au paragraphe 26). Premièrement, comme je l'ai mentionné, le sens généralement accepté de l'expression « revendication de l'ingrédient médicinal » interprétée dans son contexte constitue un motif suffisant d'affirmer qu'une telle revendication viserait l'ingrédient médicinal « en soi ». Deuxièmement, à moins d'être peu habile dans la rédaction de revendications, si l'objet de l'invention est un ingrédient médicinal, celui-ci ne serait généralement pas revendiqué uniquement au titre d'une formulation, car cela n'offrirait qu'une protection très limitée pour cette invention. Pareille revendication pourrait très bien faire partie d'une série de revendications figurant dans un brevet. Il n'existe aucune restriction quant à ce que peut contenir le brevet dans son ensemble; certains brevets contiendront une revendication liée à la formulation (complète ou non) de la drogue approuvée, alors que d'autres n'en contiendront pas. Il faut en retenir ceci : peu importe le nombre et la diversité des revendications figurant dans un brevet, il faut qu'il y ait au moins un des trois types de revendication visés au paragraphe 3(2).

[111] L'exemple utilisé dans le REIR concernant une formulation qui assurerait une plus grande stabilité montre que le législateur n'avait pas l'intention de protéger une simple amélioration à un ingrédient médicinal connu. Je ne suis pas d'accord pour dire que cet exemple renvoie nécessairement à une amélioration mineure (décision de la C.F., au paragraphe 44). Les questions de stabilité peuvent être très importantes et, si la revendication a été retenue, on peut présumer qu'elle était liée à une invention nouvelle et utile. Quoi qu'il en soit, l'exemple ne limite pas l'énoncé général.

[112] En fait, cet exemple n'est pas très loin de ce qui semble être la situation en l'espèce. L'antigène en l'espèce était connu pour son utilisation dans un vaccin contre le virus varicelle-zona (VZV) qui cause la varicelle et le

above). Its mixture with the patented non-medicinal ingredients in the '905 Patent (the so-called proprietary adjuvant system) resulted in an improved vaccine for the same indication, i.e. shingles. All the claims in this patent are directed to this combination.

[113] The last sentence of the RIAS quoted above brings me to CETA, which the RIAS refers to when quoting the words “as such”, and the definition of “basic patent”.

[114] In my view, on a fair reading of the RIAS, one could reasonably conclude that the legislator endeavoured to adopt a text that would be consistent with the definition of “basic patent” at Article 20.27 of CETA while adapting it to the language used and understood in its domestic patent legislation. Under Article 20.27(1), “basic patent means a patent which protects a product as such, a process to obtain a product or an application of a product”. There is no dispute before us that the word “application” means “use”.

[115] At this stage, I see no reason to conclude that subsection 3(2) as it was intended to be read and applied by the legislator is inconsistent with Canada’s obligation under Article 20.27.

[116] The RIAS indicates that the European Union was consulted on the wording of the CSP Regulations (see AB, Vol. 7, at page 1475).

[117] I further note that if the Canadian understanding of CETA, as set out in the Canadian Statement on Implementation or in the CSP Regulations is not consistent with CETA, the said agreement provides for a complete mechanism to deal with such issues (Chapter 29) and that there is a CETA Joint Committee with specialized subcommittees in place. We have no evidence that the European Union considers the Canadian government’s implementation of CETA to be inconsistent with its obligations.

zona (voir le paragraphe 81 plus haut). Le fait qu’il soit mélangé avec les ingrédients non médicinaux brevetés dans le brevet '905 (le soi-disant système d’adjuvant de propriété exclusive) a produit un vaccin amélioré pour la même indication, c’est-à-dire le zona. Toutes les revendications dans ce brevet sont liées à cette combinaison.

[113] La dernière phrase de l’extrait précité du REIR me ramène à l’AECG, auquel le REIR renvoie lorsqu’on y mentionne les mots « comme tels » et la définition du « brevet de base ».

[114] Je suis d’avis que l’on pourrait raisonnablement conclure, après une interprétation raisonnable du REIR, que le législateur a tenté d’adopter un texte qui serait compatible avec la définition de « brevet de base » figurant à l’article 20.27 de l’AECG, tout en l’adaptant au langage utilisé dans les lois canadiennes sur les brevets et à leur interprétation. Selon le paragraphe 20.27(1), « brevet de base désigne un brevet qui protège un produit en tant que tel, un procédé d’obtention d’un produit ou une application d’un produit ». Personne ne conteste le fait que le mot « application » signifie « utilisation ».

[115] À cette étape, je ne vois aucune raison de conclure que le paragraphe 3(2), tel que le législateur voulait qu’il soit interprété et appliqué, va à l’encontre de l’obligation qui incombe au Canada au titre de l’article 20.27.

[116] Il est précisé dans le REIR que l’Union européenne a été consultée sur le libellé du Règlement sur les CPS (dossier d’appel, vol. 7, à la page 1475).

[117] Je constate par ailleurs qu’au cas où l’interprétation que fait le Canada de l’AECG — telle qu’elle est présentée dans l’Énoncé canadien des mesures de mise en œuvre ou dans le Règlement sur les CPS — ne serait pas compatible avec l’AECG, ce dernier prévoit un mécanisme intégral de règlement des différends (chapitre 29) et qu’il existe un Comité mixte de l’AECG comportant divers sous-comités spécialisés. Aucun élément de preuve n’indique que l’Union européenne considère que la mise en œuvre de l’AECG par le gouvernement canadien est incompatible avec ses obligations.

[118] As a last point before concluding on whether the Minister's decision was reasonable, I will address a submission made by GSK in its additional written submissions in respect of E.C.J. case law dealing with the meaning of "basic patent".

[119] GSK noted that the word "protects" was construed in the European regulations as meaning that the active ingredient or combination of active ingredients is identified or identifiable in the claims when one reads them with the description of the patent and considers the general knowledge at the time of filing of the patent. Thus, any formulation claims specifying the active ingredient like those in the '905 Patent would be sufficient to meet the test.

[120] I have considered the authorities referred to, including the Minister's submissions that the European case law on this point is of limited assistance because of the particularities of the EU and its members' dual patent legal system and the precise wording used in the Canadian statutory provisions.

[121] I ought to mention that the E.C.J. has no jurisdiction on the application of national patent law and its interpretation by their national courts or the European Patent Convention and its interpretation. Looking at the E.C.J. case law, it becomes evident that the E.C.J. struggled over many years to find a workable interpretation for all its members. As noted by an author cited by the Minister it appears that the words "protected by" have been the subject of more referrals than any other provision of the said regulations and this since the 1990s (Alexa von Uexküll & Oswin Ridderbusch, *European SPCs Unravelling: A Practitioner's Guide to Supplementary Protection Certificates in Europe* (Wolters Kluwer, 2018) at page 58).

[122] GSK relies on paragraph 40 of *Glaxo*, to demonstrate that in the case of a patent like the '905 Patent, the E.C.J. found that a formulation claim protects the antigen "as such", and is therefore eligible for protection. This

[118] Il est un dernier point que j'aimerais examiner avant de déterminer si la décision du ministre était raisonnable. Il concerne une observation que GSK a formulée dans ses observations écrites supplémentaires et qui porte sur le sens donné à l'expression « brevet de base » dans la jurisprudence de la C.J.U.E..

[119] GSK a affirmé que le mot « protège » avait été interprété dans la réglementation européenne comme signifiant que le principe actif ou la composition de principes actifs étaient bien définis dans les revendications, ou pouvaient l'être, lorsque celles-ci sont interprétées en conjonction avec la description du brevet et en regard des connaissances générales au moment du dépôt du brevet. Par conséquent, toute revendication de formulation où est spécifié un ingrédient ou principe actif, comme c'est le cas pour le brevet '905, serait suffisante pour qu'il soit satisfait au critère.

[120] J'ai examiné la jurisprudence et les documents qui ont été invoqués, y compris les observations du ministre selon lesquelles la jurisprudence européenne sur cette question n'est guère utile en raison des particularités du double système juridique des brevets de l'Union européenne et de ses États membres ainsi qu'en raison du libellé précis utilisé dans les dispositions législatives canadiennes.

[121] Je dois mentionner que la C.J.U.E. n'a pas compétence sur l'application du droit national des brevets ou son interprétation par les cours nationales, ni sur la Convention sur le brevet européen ou son interprétation. Lorsqu'on examine la jurisprudence de la C.J.U.E., il est clair que cette cour a eu besoin de nombreuses années pour trouver une interprétation qui conviendrait à tous ses membres. Comme l'a affirmé un auteur cité par le ministre, il semble que les mots « protégé par » aient fait l'objet de plus de renvois que toute autre disposition de ce Règlement, et c'est le cas depuis les années 1990 (Alexa von Uexküll et Oswin Ridderbusch, *European SPCs Unravelling: A Practitioner's Guide to Supplementary Protection Certificates in Europe* (Wolters Kluwer, 2018), à la page 58).

[122] GSK se fonde sur le paragraphe 40 de l'arrêt *Glaxo* pour démontrer que, dans le cas d'un brevet comme le brevet '905, la C.J.U.E. a conclu qu'une revendication de formulation protège l'antigène « en tant que tel » et est donc

passage is not persuasive as the issue was not raised by the referring Court, and the basis for such statement is not really explained. We do not even know to which claim in this patent the statement relates. As mentioned, foreign case law is only useful insofar as its reasoning is persuasive. In fact, the only case before us where the E.C.J. turned its mind to the words “as such” is in *Actavis Group PTC EHF et al. v. Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG*, Case C-577/13, March 12, 2015 [[2015] EUECJ C-577/13 (BAILII)], at paragraphs 28–38. The interpretation and reasoning in this decision does not persuade me that the interpretation of the Canadian government is inconsistent with its obligation under CETA. The fierce and prolonged debate under the European regulations indicates that there may be more than one possible interpretation of the relevant wording in CETA depending on one’s own patent law and jurisprudence.

[123] A patent that protects the product (i.e. the active ingredient) as such is consistent with the requirement that there be a claim for the medicinal ingredient; that is, a claim which defines the subject matter of the invention as the medicinal ingredient or the combination of medicinal ingredients.

[124] If the general objectives described in Article 20.1 of CETA mandated a policy broader than the one understood by Canada, the parties could have easily said that any claim that identified the subject of the invention as all active ingredients in a pharmaceutical product combined with anything else is a basic patent. Why would the parties only refer to combinations of active ingredients?

[125] I conclude by reiterating the obvious. It is not for judges to rewrite government policies when they are of the view that such policies are not fair or broad enough to cover, as in this case, a vaccine that they believe to be a welcome improvement (F.C. decision, at paragraph 45). Like many other persons over 55, I know that the SHINGRIX vaccine is more efficient than previous vaccines for shingles, but according to the current Canadian government

admissible à une protection. Ce passage n’est pas convaincant, car la question en litige n’a pas été soulevée par la juridiction de renvoi et que le raisonnement qui sous-tend cet énoncé n’est pas vraiment expliqué. Nous ne savons même pas à quelle revendication de ce brevet l’énoncé se rapporte. Ainsi qu’il a été mentionné, la jurisprudence étrangère n’est utile que si son raisonnement est convaincant. En fait, la seule décision dont nous avons été saisis où la C.J.U.E. s’est penchée sur l’expression « en tant que tel » est *Actavis Group PTC EHF et al. c. Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG*, affaire C-577/13, 12 mars 2015 [[2015] EUECJ C-577/13 (BAILII)], aux paragraphes 28 à 38. L’interprétation et le raisonnement dans cette décision ne me convainquent pas que l’interprétation du gouvernement canadien va à l’encontre des obligations qui lui incombent au titre de l’AECG. Les longs et vifs débats suscités par la réglementation européenne montrent qu’il pourrait y avoir plus d’une manière d’interpréter le libellé en cause de l’AECG, selon le droit et la jurisprudence sur les brevets propres à chacun.

[123] Un brevet qui protège le produit (c’est-à-dire le principe actif) en tant que tel est conforme à l’exigence voulant que le brevet doive comporter une revendication de l’ingrédient médicinal, soit une revendication qui définit l’objet de l’invention comme étant l’ingrédient médicinal ou la combinaison d’ingrédients médicinaux.

[124] Si les objectifs généraux définis à l’article 20.1 de l’AECG exigeaient l’adoption d’une politique plus large que ce que pensait le Canada, les parties auraient pu facilement dire que toute revendication dans laquelle l’objet de l’invention était défini comme étant les principes actifs contenus dans le produit pharmaceutique combinés à tout autre ingrédient constituait un brevet de base. Pourquoi les parties parlent-elles seulement de combinaisons de principes actifs?

[125] Je vais conclure en rappelant une évidence. Il n’appartient pas aux juges de réécrire les politiques gouvernementales lorsqu’ils sont d’avis que ces politiques ne sont pas équitables ou qu’elles n’ont pas une portée suffisante pour couvrir, comme c’est le cas en l’espèce, un vaccin qui constitue à leur avis une amélioration bienvenue (décision de la C.F., au paragraphe 45). À l’instar d’un grand nombre de personnes âgées de plus de 55 ans, je sais que

policy, this is not enough to make it eligible for a CSP in respect of a patent essentially covering this improved vaccine or pharmaceutical product which does not include the type of claims prescribed by the Canadian legislator.

VI. Conclusion

[126] Considering the submissions before her, and her reasoning, I conclude that the Minister's decision was reasonable. Therefore, the Federal Court did not apply the applicable standard of review correctly, and I propose that the appeal be allowed. Neither party requested costs.

RIVOALEN J.A.: I agree.

LOCKE J.A.: I agree.

APPENDIX A

Canada–European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement Implementation Act, S.C. 2017, c. 6.

INTERPRETATION

Definitions

...

Interpretation consistent with Agreement

3 For greater certainty, this Act and any federal law that implements a provision of the Agreement or fulfils an obligation of the Government of Canada under the Agreement is to be interpreted in a manner consistent with the Agreement.

...

PURPOSE

Purpose

7 The purpose of this Act is to implement the Agreement, the objectives of which, as elaborated more specifically through its provisions, are to

le vaccin SHINGRIX est plus efficace que les vaccins précédents contre le zona; cependant, selon la politique actuelle du gouvernement canadien, cela ne suffit pas à le rendre admissible à un CPS à l'égard d'un brevet portant essentiellement sur ce vaccin ou ce produit pharmaceutique amélioré et ne comprenant pas le type de revendication prescrit par le législateur canadien.

VI. Conclusion

[126] Je conclus que la décision du ministre était raisonnable, compte tenu des observations qui lui ont été présentées et de son raisonnement. Par conséquent, la Cour fédérale n'a pas correctement appliqué la norme de contrôle applicable, et je propose que l'appel soit accueilli. Aucune des parties n'a demandé les dépens.

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

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

ANNEXE A

Loi de mise en œuvre de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne, L.C. 2017, ch. 6.

DÉFINITIONS ET INTERPRÉTATION

Définitions

[...]

Interprétation compatible

3 Il est entendu que la présente loi et tout texte législatif fédéral qui met en œuvre une disposition de l'Accord ou vise à permettre au gouvernement du Canada d'exécuter une obligation contractée par lui aux termes de l'Accord s'interprètent d'une manière compatible avec celui-ci.

[...]

OBJET

Objet

7 La présente loi a pour objet la mise en œuvre de l'Accord dont les objectifs — définis de façon plus précise dans ses dispositions — sont les suivants :

...

[...]

(f) provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights in the territory where the Agreement applies;

f) assurer de façon efficace et suffisante la protection et le respect des droits de propriété intellectuelle sur le territoire auquel l'Accord s'applique;

Certificate of Supplementary Protection Regulations, SOR/2017-165

Règlement sur les certificats de protection supplémentaire, DORS/2017-165

Variations

Variations

2 For the purposes of subsections 105(3) and (4) of the Act, the prescribed variations are

2 Pour l'application des paragraphes 105(3) et (4) de la Loi, sont des variations :

(a) a variation in any appendage within the molecular structure of a medicinal ingredient that causes it to be an ester, salt, complex, chelate, clathrate or any non-covalent derivative;

a) la variation de tout appendice dans la structure moléculaire de l'ingrédient médicinal qui en fait un ester, un sel, un complexe, un chélate, un clathrate ou un dérivé non covalent;

(b) a variation that is an enantiomer, or a mixture of enantiomers, of a medicinal ingredient;

b) la variation qui est un énantiomère, ou un mélange d'énantiomères, d'un ingrédient médicinal;

(c) a variation that is a solvate or polymorph of a medicinal ingredient;

c) la variation qui est un solvate ou un polymorphe d'un ingrédient médicinal;

(d) an in vivo or in vitro post-translational modification of a medicinal ingredient; and

d) toute modification post-traductionnelle in vivo ou in vitro d'un ingrédient médicinal;

(e) any combination of the variations set out in paragraphs (a) to (d).

e) toute combinaison des variations visées aux alinéas a) à d).

...

[...]

6 ...

6 [...]

Content of application

Contenu de la demande

(3) An application for a certificate of supplementary protection must contain

(3) Toute demande de certificat de protection supplémentaire contient ce qui suit :

...

[...]

(d) the applicant's attestation that

d) l'attestation du demandeur portant que :

(i) when the application was filed for the authorization for sale referred to in paragraph 106(1)(c) of the Act, no application for a marketing approval, equivalent to an authorization for sale, with respect to the medicinal ingredient or combination of medicinal ingredients, as the case may be, set out in the application for the certificate of supplementary protection had been submitted in a country prescribed by paragraph (1)(a), or

(i) au moment du dépôt de la demande d'autorisation de mise en marché visée à l'alinéa 106(1)c) de la Loi, aucune demande pour une autorisation de vente équivalant à une autorisation de mise en marché, relativement à l'ingrédient médicinal ou à la combinaison d'ingrédients médicinaux, selon le cas, mentionné dans la demande de certificat de protection supplémentaire, n'avait été présentée auprès d'un des pays visés à l'alinéa (1)a),

(ii) if one or more of those applications for a marketing approval had been submitted in one or more of those countries, the application for the authorization for sale referred to in paragraph 106(1)(c) of the Act was filed before the end of the prescribed period referred to in paragraph (1)(b) that begins on the day of submission of the first of those marketing approval applications.

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4.

Supplementary Protection for Inventions — Medicinal Ingredients

Interpretation

Definitions

104 The following definitions apply in this section and in sections 105 to 134.

authorization for sale has the meaning assigned by regulations. (*autorisation de mise en marché*)

drug means a substance or a mixture of substances manufactured, sold or represented for use in

(a) the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or its symptoms, in human beings or animals; or

(b) restoring, correcting or modifying organic functions in human beings or animals. (*drogue*)

...

Interpretation

105 (1) For the purposes of this section and sections 106 to 134, if a patent is reissued under section 47, it is deemed to have been granted on the day on which the original patent was granted and its application filing date is deemed to be the day on which the application for the original patent was filed.

...

Same medicinal ingredient — human use

(3) If medicinal ingredients contained in drugs authorized for human use differ from each other only with respect to a prescribed variation, they are to be treated as the same

(ii) si une ou plusieurs de ces demandes d'autorisation de vente avaient été présentées auprès d'un ou de plusieurs de ces pays, la demande d'autorisation de mise en marché visée à l'alinéa 106(1)c) de la Loi a été déposée avant la fin du délai prévu à l'alinéa (1)b) qui commence à la date de présentation de la première de ces demandes d'autorisation de vente.

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4.

Protection supplémentaire pour les inventions — ingrédients médicinaux

Définitions et interprétation

Définitions

104 Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 105 à 134.

autorisation de mise en marché S'entend au sens des règlements. (*authorization for sale*)

drogue Substance ou mélange de substances qui est fabriqué, vendu ou présenté comme pouvant servir à l'une des fins suivantes :

a) le diagnostic, le traitement, l'atténuation, la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal ou de leurs symptômes, chez l'être humain ou les animaux;

b) la restauration, la correction ou la modification des fonctions organiques chez l'être humain ou les animaux. (*drug*)

[...]

Interprétation

105 (1) Pour l'application du présent article et des articles 106 à 134, dans le cas où un brevet est redélivré en vertu de l'article 47, la date de dépôt de la demande de brevet est réputée être celle de la demande du brevet original et la date d'octroi du nouveau brevet est réputée être celle du brevet original.

[...]

Même ingrédient médicinaux — usage humain

(3) Pour l'application du présent article et des articles 106 à 134, lorsque des ingrédients médicinaux contenus dans des drogues autorisées pour un usage humain ne diffèrent

medicinal ingredient for the purposes of this section and sections 106 to 134.

...

Same combination — human use

(5) If combinations of medicinal ingredients contained in drugs authorized for human use differ from each other only with respect to a variation in the ratio between those ingredients, they are to be treated as the same combination of medicinal ingredients for the purposes of this section and sections 106 to 134.

...

Application for Certificate of Supplementary Protection

Application

106 (1) On the payment of the prescribed fee, a patentee may apply to the Minister for a certificate of supplementary protection for a patented invention if all of the following conditions are met:

- (a) the patent is not void and it meets any prescribed requirements;
- (b) the filing date for the application for the patent is on or after October 1, 1989;
- (c) the patent pertains in the prescribed manner to a medicinal ingredient, or combination of medicinal ingredients, contained in a drug for which an authorization for sale of the prescribed kind was issued on or after the day on which this section comes into force;
- (d) the authorization for sale is the first authorization for sale that has been issued with respect to the medicinal ingredient or the combination of medicinal ingredients, as the case may be;
- (e) no other certificate of supplementary protection has been issued with respect to the medicinal ingredient or the combination of medicinal ingredients, as the case may be;
- (f) if an application for a marketing approval, equivalent to an authorization for sale, was submitted in a prescribed country with respect to the medicinal ingredient or combination of medicinal ingredients, as the case may be, before the application for the authorization for sale was filed with the Minister, the application for the authorization for sale was filed

entre eux que par une variation prévue par règlement, ils sont considérés comme le même ingrédient.

[...]

Même combinaison — usage humain

(5) Pour l'application du présent article et des articles 106 à 134, lorsque des combinaisons d'ingrédients médicaux contenues dans des drogues autorisées pour un usage humain ne diffèrent entre elles que par une variation dans la proportion des ingrédients qu'elles contiennent, elles sont considérées comme la même combinaison.

[...]

Demande de certificat de protection supplémentaire

Demande

106 (1) Le titulaire d'un brevet peut, sur paiement des taxes réglementaires, présenter au ministre une demande de certificat de protection supplémentaire pour l'invention à laquelle le brevet se rapporte si, à la fois :

- a) le brevet n'est pas nul et il satisfait aux exigences réglementaires;
- b) la date de dépôt de la demande de brevet est le 1^{er} octobre 1989 ou est postérieure à cette date;
- c) le brevet est lié, de la manière prévue par règlement, à un ingrédient médicinal ou à une combinaison d'ingrédients médicaux contenus dans une drogue pour laquelle une autorisation de mise en marché prévue par règlement a été délivrée à la date d'entrée en vigueur du présent article ou après cette date;
- d) l'autorisation de mise en marché est la première autorisation de mise en marché à avoir été délivrée à l'égard de l'ingrédient médicinal ou de la combinaison d'ingrédients médicaux, selon le cas;
- e) aucun autre certificat de protection supplémentaire n'a été délivré à l'égard de l'ingrédient médicinal ou de la combinaison d'ingrédients médicaux, selon le cas;
- f) dans le cas où, avant le dépôt auprès du ministre de la demande d'autorisation de mise en marché, une demande a été présentée auprès d'un pays prévu par règlement relativement à l'ingrédient médicinal ou à la combinaison d'ingrédients médicaux, selon le cas, dans le but d'obtenir une autorisation de vente équivalant à une autorisation de mise en marché, la

before the end of the prescribed period that begins on the day on which the first such application for a marketing approval was submitted.

demande d'autorisation de mise en marché a été déposée avant l'expiration du délai réglementaire qui commence à la date à laquelle une telle demande d'autorisation de vente a été présentée pour la première fois.

Comprehensive Economic and Trade Agreement

Accord économique et commercial global

Chapter Twenty: Intellectual property

Chapitre vingt : Propriété intellectuelle

Section A – General Provisions

Section A – Dispositions générales

Article 20.1 – Objectives

Article 20.1 – Objectifs

The objectives of this Chapter are to:

Les objectifs du présent chapitre sont les suivants :

- a. facilitate the production and commercialisation of innovative and creative products, and the provision of services, between the Parties; and
- b. achieve an adequate and effective level of protection and enforcement of intellectual property rights.

- a. faciliter la production et la commercialisation de produits novateurs et créatifs et la prestation de services entre les Parties;
- b. atteindre un niveau approprié et efficace de protection et de mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle.

Article 20.2 – Nature and scope of obligations

Article 20.2 – Nature et portée des obligations

1. The provisions of this Chapter complement the rights and obligations between the Parties under the TRIPS Agreement.
2. Each Party shall be free to determine the appropriate method of implementing the provisions of this Agreement within its own legal system and practice.
3. This Agreement does not create any obligation with respect to the distribution of resources as between enforcement of intellectual property rights and enforcement of law in general.

1. Les dispositions du présent chapitre complètent les droits et obligations réciproques des Parties au titre de l'Accord sur les ADPIC.
2. Chaque Partie est libre de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de son système et de ses pratiques juridiques.
3. Le présent accord ne crée aucune obligation en ce qui concerne la répartition des ressources entre les moyens de faire respecter les droits de propriété intellectuelle et les moyens de faire respecter le droit en général.

...

[...]

Section B – Standards Concerning Intellectual Property Rights

Section B – Normes concernant les droits de propriété intellectuelle

Article 20.6 – Definition

Article 20.6 – Définition

For the purposes of this Section:

Pour l'application de la présente section :

pharmaceutical product means a product including a chemical drug, biologic drug, vaccine or radiopharmaceutical, that is manufactured, sold or represented for use in:

produit pharmaceutique désigne un produit, y compris un médicament chimique, un médicament biologique, un vaccin ou un médicament radiopharmaceutique, qui est fabriqué, vendu ou présenté pour servir, selon le cas :

- a. making a medical diagnosis, treating, mitigating or preventing disease, disorder, or abnormal physical state, or its symptoms, or
- b. restoring, correcting, or modifying physiological functions.

...

Sub-section E – Patents

...

Article 20.27 – *Sui generis* protection for pharmaceuticals

1. For the purposes of this Article:

basic patent means a patent which protects a product as such, a process to obtain a product or an application of a product, and which has been designated by the holder of a patent that may serve as a basic patent, as the basic patent for the purpose of the granting of *sui generis* protection; and

product means the active ingredient or combination of active ingredients of a pharmaceutical product.

2. Each Party shall provide a period of *sui generis* protection in respect of a product that is protected by a basic patent in force at the request of the holder of the patent or his successor in title, provided the following conditions have been met:
 - a. an authorisation has been granted to place the product on the market of that Party as a pharmaceutical product (referred to as “marketing authorisation” in this Article);
 - b. the product has not already been the subject of a period of *sui generis* protection; and
 - c. the marketing authorisation referred to in subparagraph (a) is the first authorisation to place the product on the market of that Party as a pharmaceutical product.

Certificate of Supplementary Protection Regulations, SOR/2017-165

- a. au diagnostic médical, au traitement, à l’atténuation ou à la prévention d’une maladie, d’un trouble, d’un état physique anormal ou de leurs symptômes;
- b. à la restauration, à la correction ou à la modification de fonctions physiologiques.

[...]

Sous-section E – Brevets

[...]

Article 20.27 – Protection *sui generis* des produits pharmaceutiques

1. Pour l’application du présent article :

brevet de base désigne un brevet qui protège un produit en tant que tel, un procédé d’obtention d’un produit ou une application d’un produit, et qui est désigné par le détenteur d’un brevet pouvant servir de brevet de base comme brevet de base aux fins de l’octroi d’une protection *sui generis*;

produit désigne le principe actif ou la composition de principes actifs d’un produit pharmaceutique.

2. Chaque Partie prévoit une période de protection *sui generis* à l’égard d’un produit qui est protégé par un brevet de base en cours de validité, sur demande du détenteur du brevet ou de son ayant droit, si les conditions suivantes sont réunies :
 - a. le produit a obtenu, en tant que produit pharmaceutique, l’autorisation de mise sur le marché de cette Partie (dénommée « autorisation de mise sur le marché » au présent article);
 - b. le produit n’a pas déjà fait l’objet d’une période de protection *sui generis*;
 - c. l’autorisation de mise sur le marché visée à l’alinéa a) est la première autorisation de mise sur le marché de cette Partie du produit en tant que produit pharmaceutique.

Règlement sur les certificats de protection supplémentaire, DORS/2017-165.

REGULATORY IMPACT ANALYSIS STATEMENT

Issues

The *Certificate of Supplementary Protection Regulations* (the Regulations) are required, in conjunction with amendments to the *Patent Act* in the *Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement Implementation Act*, to establish an additional period of protection for drugs containing a new medicinal ingredient, or a new combination of medicinal ingredients, protected by an eligible patent. The legislative and regulatory changes are required to meet Canada's commitment under the Canada-European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA).

Background

In order to meet Canada's CETA obligations, the *Patent Act* (the Act) was amended to create a framework for the issuance and administration of certificates of supplementary protection (CSP), for which patentees with patents relating to human and veterinary drugs may apply. As set out in the Act, the new CSP regime, which will be administered by the Minister of Health (Minister), will provide additional protection from the date of the expiry of the eligible pharmaceutical patent based on the first authorization for sale of a drug containing a new medicinal ingredient or combination of medicinal ingredients in Canada. This new protection, which is intended to partly compensate for time spent in research and obtaining marketing authorization, provides patent-like rights in respect of drugs containing the same medicinal ingredient or combination. The scope of protection can be no broader than the scope of protection afforded by the patent set out in the CSP, and is subject to the same limitations and exceptions as the patent.

The term of a CSP is the difference between the date of the filing of the application for the patent and the date of issuance of the authorization for sale, reduced by five years, and capped at two years (i.e. CSP term = [Notice of Compliance date – Patent filing date] – five years, with a cap of two years).

The Act allows CSP applications to be submitted within a prescribed timeframe from (i) the authorization for sale of a drug; or (ii) the subsequent grant of an eligible patent

RÉSUMÉ DE L'ÉTUDE D'IMPACT DE LA RÉGLEMENTATION

Enjeux

Le *Règlement sur les certificats de protection supplémentaire* (le Règlement) doit, en conjonction avec les modifications apportées à la *Loi sur les brevets* dans la *Loi de mise en œuvre de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne*, établir une période de protection supplémentaire pour les médicaments contenant un nouvel ingrédient médicinal, ou une nouvelle combinaison d'ingrédients médicinaux, protégés par un brevet admissible. Les modifications législatives et réglementaires sont requises afin que le Canada respecte les engagements pris dans le cadre de l'Accord économique et commercial global (AECG) entre le Canada et l'Union européenne.

Contexte

Afin de remplir les obligations du Canada à l'égard de l'AECG, la *Loi sur les brevets* (la Loi) a été modifiée afin de créer un cadre pour la délivrance et l'administration des certificats de protection supplémentaires (CPS) pour lesquels les titulaires de brevets liés aux drogues à usage humain et à usage vétérinaire peuvent déposer une demande. Comme le prévoit la Loi, le nouveau régime de CPS, qui sera administré par la ministre de la Santé (la ministre), fournira une protection additionnelle à compter de la date d'expiration du brevet pharmaceutique admissible en fonction de la première autorisation de vente d'une drogue contenant un nouvel ingrédient médicinal ou une nouvelle combinaison d'ingrédients médicinaux au Canada. Cette nouvelle protection, qui vise en partie à compenser le temps consacré à la recherche et à l'obtention d'une autorisation de mise en marché, fournit des droits similaires à ceux des brevets relativement aux drogues contenant le même ingrédient médicinal ou la même combinaison d'ingrédients médicinaux. La portée de la protection ne peut être plus vaste que la protection conférée par le brevet mentionné dans le CPS, et elle est assujettie aux mêmes limites et exceptions que le brevet.

La durée du CPS représente la différence entre la date de dépôt de la demande de brevet et la date d'émission de l'autorisation de mise en marché, réduite de cinq ans, et plafonnée à deux ans (c'est-à-dire durée du CPS = [date de l'avis de conformité – date de dépôt du brevet] – cinq ans, avec un plafond de deux ans).

La Loi prévoit que les demandes de CPS peuvent être présentées dans un délai prescrit à partir : (i) de l'autorisation de mise en marché d'une drogue; ou (ii) de la délivrance

that occurs after the authorization for sale of the drug. To be eligible, the application for authorization to sell a drug containing a medicinal ingredient or combination must be filed with the Minister before, or within a reasonable amount of time from, when the approval of a drug containing the same medicinal ingredient or combination was first sought in any comparable jurisdictions (the timely submission requirement). For a medicinal ingredient or combination to be eligible for a CSP, a drug containing it must not have been previously authorized for sale (as that phrase is defined) in Canada.

This regime is substantially defined in the amendments to the Act. The Regulations specify the various timelines and requirements necessary for the purpose of the regime.

Objectives

The Regulations accompany the Act amendments which establish the CSP regime. This regime implements Canada's commitment in the CETA by providing for an additional period of patent-like protection for drugs containing new medicinal ingredients and new combinations of medicinal ingredients.

The Regulations provide for various timelines, requirements and procedures needed to carry out the CSP regime defined in sections 104–134 of the Act.

Description

The following describes the various specific elements of the CSP regime prescribed in the Regulations.

(a) *Same* medicinal ingredients

In order to ensure that relatively minor variations in medicinal ingredients or combinations of medicinal ingredients cannot be used to circumvent the scope of protection granted by an issued CSP, or the eligibility requirements relating to the first authorization or timely submission, the Regulations prescribe the variations in medicinal ingredients that would lead to the medicinal ingredients being considered the *same*.

subéquente d'un brevet admissible qui a lieu après l'autorisation de mise en marché de la drogue. Pour être admissible, la demande d'autorisation de mise en marché d'une drogue contenant un ingrédient médicinal ou une combinaison d'ingrédients médicinaux doit être présentée au ministre avant que, ou dans un délai raisonnable à partir du moment où, la première demande visant une approbation d'une drogue contenant le même ingrédient médicinal ou la même combinaison d'ingrédients médicinaux a été déposée dans une des juridictions comparables (l'exigence de dépôt en temps opportun). Pour qu'un ingrédient médicinal ou une combinaison d'ingrédients médicinaux soit admissible à un CPS, la vente de la drogue qui contient l'ingrédient visé ne doit pas avoir été autorisée précédemment (au sens du projet de règlement) au Canada.

Ce régime est essentiellement défini dans les modifications apportées à la Loi. Le Règlement précise les différents délais ainsi que les exigences nécessaires aux fins du régime.

Objectifs

Le Règlement accompagne les modifications apportées à la Loi, qui établissent le régime de CPS. Ce régime met en œuvre l'engagement du Canada à l'égard de l'AECG en prévoyant une période additionnelle de protection similaire à celle des brevets pour les drogues contenant de nouveaux ingrédients médicinaux et de nouvelles combinaisons d'ingrédients médicinaux.

Le Règlement prévoit plusieurs délais, exigences et procédures nécessaires afin de mettre en œuvre le régime de CPS défini aux articles 104 à 134 de la Loi.

Description

La partie qui suit décrit les différents éléments spécifiques du régime de CPS prévu par le Règlement.

a) *Mêmes* ingrédients médicinaux

Afin de veiller à ce que des variations relativement mineures d'ingrédients médicinaux ou de combinaisons d'ingrédients médicinaux ne puissent être utilisées pour contourner la portée de la protection que confère un CPS, ou les exigences en matière d'admissibilité liées à la première autorisation ou le dépôt en temps opportun, le Règlement prévoit les variations d'ingrédients médicinaux qui pourraient faire en sorte que des ingrédients médicinaux soient considérés comme les *mêmes*.

Subject to subsection 105(2) of the Act regarding human and veterinary uses, if medicinal ingredients only differ from one another with respect to one or more of the following prescribed variations in any appendage within the molecular structure: an ester, salt, complex, chelate, clathrate or non-covalent derivative, then the medicinal ingredients are considered to be the same. The word “appendage” in the context of medicinal ingredients is intended to refer to a portion of the molecule that is connected or joined to a larger or more important part. It is meant to signify the non-principal part of the molecule which is not principally responsible for the mechanism of action of the medicinal ingredient. Also, if the medicinal ingredients only differ from one another with respect to a variation that is an enantiomer, mixture of enantiomers, solvate or polymorph, they are treated as the *same* medicinal ingredients. Medicinal ingredients that only differ from one another due to post-translational modifications which are done within a living cell (*in vivo*) or outside of it (*in vitro*) (e.g. PEGylation) are also treated as the *same*. Lastly, any differences that arise solely due to combining any of the prescribed variations would also render the medicinal ingredients to be the *same*.

It should be noted that two combinations, where the individual medicinal ingredients in one combination are prescribed variations of those in the other combination, are considered to be the *same* combination [e.g. Combo 1 (A+B) is the same as Combo 2 (A'+B') wherein A' and A are prescribed variations of one another, and B' and B are also prescribed variations of one another]. It should also be noted that where differences between two combinations lie only in the proportion of two or more medicinal ingredients that are to be treated as the *same*, the Act provides that the two combinations are considered to be the same combination of medicinal ingredients. For example, combination 1, containing 0.5 g of medicinal ingredient A and 0.5 g of medicinal ingredient B, would be considered the same combination as combination 2, containing 0.4 g of medicinal ingredient A and 0.6 g of medicinal ingredient B (i.e. changing the medicinal ingredient dose/strength in a combination does not make it a new medicinal ingredient or combination).

(b) Authorizations for sale

To be eligible, the medicinal ingredient or combination cannot have been the sole medicinal ingredient or the combination of all medicinal ingredients in a drug previously authorized for regular sale in Canada (e.g. by way of a Notice of Compliance, Drug Identification Number,

Sous réserve du paragraphe 105(2) de la Loi concernant les usages humains et les usages vétérinaires, si les ingrédients médicinaux ne diffèrent entre eux que par une ou plusieurs des variations prescrites de tout appendice dans la structure moléculaire (c'est-à-dire un ester, un sel, un complexe, un chélate, un clathrate ou un dérivé non covalent), alors les ingrédients médicinaux sont considérés les mêmes. Le terme « appendice », dans le contexte des ingrédients médicinaux, vise à faire référence à une portion de la molécule qui est rattachée ou jointe à une partie plus large ou plus importante. Il désigne la partie non principale de la molécule qui n'est pas essentiellement responsable du mécanisme de l'action de l'ingrédient médicamenteux. De plus, si les ingrédients médicinaux ne diffèrent entre eux que par la variation qui est un énantiomère, un mélange d'énantiomères, un solvate ou un polymorphe, ils sont traités comme les mêmes ingrédients médicinaux. Les ingrédients médicinaux qui ne diffèrent entre eux qu'en raison de modifications post-traductionnelles qui sont effectuées dans une cellule vivante (*in vivo*) ou à l'extérieur de celle-ci (*in vitro*) (par exemple pégylation) sont également traités comme les *mêmes*. Enfin, toute différence qui survient uniquement en raison de la combinaison de l'une des variations prescrites rendra aussi les ingrédients médicinaux les *mêmes*.

Il convient de noter que deux combinaisons, où les ingrédients médicinaux individuels dans une combinaison sont des variations prescrites de celles de l'autre combinaison, sont considérées être la même combinaison [par exemple Combo 1 (A+B) est la même que Combo 2 (A'+B') où A' et A sont des variations prescrites l'une de l'autre, et B' et B sont également des variations prescrites l'une de l'autre]. Il convient aussi de noter que lorsque les différences entre les deux combinaisons ne résident que dans la proportion de deux ou plusieurs ingrédients médicinaux qui doivent être traités comme étant les *mêmes*, la Loi prévoit que les deux combinaisons sont considérées être la *même* combinaison d'ingrédients médicinaux. Par exemple, la combinaison 1, contenant 0,5 g de l'ingrédient médicamenteux A et 0,5 g de l'ingrédient médicamenteux B, serait considérée comme la même combinaison que la combinaison 2, contenant 0,4 g de l'ingrédient médicamenteux A et 0,6 g de l'ingrédient médicamenteux B (c'est-à-dire changer la dose/la force de l'ingrédient médicamenteux d'une combinaison n'en fait pas un nouvel ingrédient médicamenteux ou une nouvelle combinaison).

b) Autorisations de mise en marché

Pour être admissible, l'ingrédient médicamenteux ou la combinaison ne peut avoir été le seul ingrédient médicamenteux ou la seule combinaison de tous les ingrédients médicinaux d'une drogue dont la mise en marché régulière a été autorisée précédemment au Canada (par exemple au moyen

Natural Health Product Number). Limited purpose authorizations and interim orders permitting drug sales do not prohibit a medicinal ingredient or combination of medicinal ingredients contained therein from eligibility for a CSP, if a drug containing that medicinal ingredient or combination is subsequently approved by way of a Notice of Compliance (NOC).

The Act also defines that in order for a medicinal ingredient or a combination of medicinal ingredients to be eligible for a CSP it must be the medicinal ingredient or combination of all medicinal ingredients in a drug which is authorized for sale in Canada. The Regulations prescribe the current authorization for sale which renders the medicinal ingredient eligible for a CSP as the NOC (section 4).

(c) Patent eligibility

The Regulations prescribe that a patent must be in force, which is a condition that applies at the time of filing a CSP application and at the time of the issuance of a CSP by the Minister.

To be eligible for a CSP, the patent claims must pertain, in the case of a drug containing one medicinal ingredient, to the one medicinal ingredient, or, in the case of a drug containing two or more medicinal ingredients, to the combination of all medicinal ingredients.

With the intention that the eligibility of a patent for a CSP will mirror the scope of protection of the resulting CSP, an eligible patent need not protect the approved medicinal ingredient but must pertain to the same medicinal ingredient [see (a) above] as contained in the drug for which the authorization for sale specified on the CSP application was issued. To pertain to the same medicinal ingredient, the patent must include at least one claim that is directed at

- the *same* medicinal ingredient;
- any use of the *same* medicinal ingredient; or
- the *same* medicinal ingredient as produced by a defined process (product-by-process).

Where the authorization is for a drug that contains a combination of medicinal ingredients, the eligible patent need not protect the approved combination of medicinal ingredients but it must pertain to the *same* combination

d'un avis de conformité, d'un numéro d'identification de la drogue, d'un numéro de produit naturel). Les autorisations en vue d'un usage restreint et les ordonnances intérimaires autorisant la mise en marché de drogues n'empêchent pas qu'un ingrédient médicinal ou une combinaison d'ingrédients médicinaux soient admissibles à un CPS, pour autant que la drogue contenant cet ingrédient médicinal ou une combinaison soit approuvé subséquemment au moyen d'un avis de conformité (AC).

La Loi prévoit également que pour qu'un ingrédient médicinal ou une combinaison d'ingrédients médicinaux soit admissible à un CPS, il faut que l'ingrédient médicinal ou la combinaison de tous les ingrédients médicinaux soit contenu dans une drogue visée par une autorisation de mise en marché au Canada. Le Règlement prévoit que l'autorisation de mise en marché actuelle qui rend l'ingrédient médicinal admissible à un CPS est un AC (article 4).

c) Admissibilité du brevet

Le Règlement prévoit qu'un brevet doit être en vigueur, une condition qui s'applique au moment du dépôt d'une demande de CPS ainsi qu'au moment de la délivrance d'un CPS par le ministre.

Afin d'être admissibles à un CPS, les revendications du brevet doivent, dans le cas d'une drogue contenant un ingrédient médicinal, être liées à un ingrédient médicinal ou, dans le cas d'une drogue contenant deux ou plusieurs ingrédients médicinaux, être liées à la combinaison de tous les ingrédients médicinaux.

De façon à ce que l'admissibilité d'un brevet à un CPS reflète la portée de la protection résultant du CPS, un brevet admissible n'a pas à protéger l'ingrédient médicinal approuvé, mais doit viser le *même* ingrédient médicinal [voir a) ci-dessus] tel qu'il figure dans la drogue pour laquelle l'autorisation de mise en marché précisée dans la demande de CPS a été délivrée. Afin de viser le *même* ingrédient médicinal, le brevet doit contenir au moins une revendication visant :

- le *même* ingrédient médicinal;
- toute utilisation du *même* ingrédient médicinal;
- le *même* ingrédient médicinal tel qu'il est obtenu au moyen d'un procédé déterminé (produit-par-procédé).

Lorsque l'autorisation vise une drogue qui contient une combinaison d'ingrédients médicinaux, le brevet admissible n'a pas à protéger la combinaison approuvée d'ingrédients médicinaux, mais il doit viser la *même* combinaison

of the *same* medicinal ingredients. To pertain to the same combination of the *same* medicinal ingredients, the patent must include at least one claim directed at

- the *same* combination of the same medicinal ingredients;
- any use of the *same* combination of the same medicinal ingredients; or
- the *same* combination of the same medicinal ingredients as produced by a defined process (product-by-process).

A patent which protects more than one medicinal ingredient or more than one combination of medicinal ingredients, subject to the rules on variations and combinations, would be eligible to support a CSP application in respect of each of those medicinal ingredients or combinations, as the case may be. However, pure process claims do not protect the product and therefore do not render a patent eligible for a CSP.

Also, claims that are directed to a formulation containing the medicinal ingredient, including compositions, preparations or similar claim types, do not make a patent eligible for a CSP. A claim to a formulation does not protect the medicinal ingredient or combination of medicinal ingredients *per se*. A claim to a formulation may be directed, for example, to the improvement of the stability of medicinal ingredients. This is consistent with CETA, which only requires the protection of the medicinal ingredient or combination of medicinal ingredients when claimed “as such.”

...

Rationale

The Canadian CSP regime is created with the aim of meeting obligations under Article 20.27 of the CETA, which requires Parties to provide an additional period of protection for patent-protected pharmaceutical products, while continuing to balance the interests of stakeholders and the public within the *Patent Act*. In determining if requirements should be defined by regulations and not the Act, the main consideration was that regulations can be more responsive to changes. Definitions and meanings that refer to other legislation and regulations (i.e. the *Food and Drug Regulations*) were inserted in the Regulations, given that it would be easier to amend the relevant reference in case

des *mêmes* ingrédients médicinaux. Afin de viser la *même* combinaison des *mêmes* ingrédients médicinaux, le brevet doit inclure au moins une revendication visant :

- la *même* combinaison des *mêmes* ingrédients médicinaux;
- toute utilisation de la *même* combinaison des *mêmes* ingrédients médicinaux;
- la *même* combinaison des *mêmes* ingrédients médicinaux tels qu’ils sont obtenus au moyen d’un procédé déterminé (produit-par-procédé).

Un brevet qui protège plus d’un ingrédient médicinal ou plus d’une combinaison d’ingrédients médicinaux, sous réserve des règles relatives aux variations et aux combinaisons, serait admissible au soutien d’une demande de CPS relativement, selon le cas, à chacun des ingrédients médicinaux ou à chacune des combinaisons d’ingrédients médicinaux. Cependant, les revendications au titre d’un processus pur ne protègent pas le produit et, par conséquent, ne rendent pas un brevet admissible à un CPS.

De plus, les revendications qui visent une formulation contenant l’ingrédient médicinal, y compris les compositions, les préparations ou des revendications similaires, ne rendent pas un brevet admissible à un CPS. Une revendication relative à une formulation ne protège pas l’ingrédient médicinal ou la combinaison d’ingrédients médicinaux en soit. Par exemple, une revendication à l’égard d’une formulation peut être orientée vers l’amélioration de la stabilité des ingrédients médicinaux. Cela est conforme avec l’AECG, qui ne requiert que la protection de l’ingrédient médicinal ou de la combinaison d’ingrédients médicinaux lorsqu’ils sont revendiqués « comme tels ».

[...]

Justification

Le régime canadien de CPS a pour objet de respecter les obligations prévues à l’article 20.27 de l’AECG, selon lequel les Parties doivent prévoir une protection supplémentaire à l’égard des produits pharmaceutiques protégés par brevet, tout en conciliant les intérêts des intervenants et du public au sens de la *Loi sur les brevets*. Afin de déterminer si les exigences devraient être définies par règlement et non par la Loi, le principal facteur était qu’un règlement peut plus facilement refléter les changements. Les définitions et les explications qui renvoient à d’autres dispositions législatives et réglementaires (c’est-à-dire le *Règlement sur les aliments et drogues*) ont été insérées

of a change in said related instruments. Elements (time-lines, etc.) that are dependent on procedures currently in place at either Health Canada or other regulatory agencies were also defined in the Regulations, given that they might need to be readily changed if or when these procedures are altered. Also, elements of a technical, industrial, scientific or litigious nature, which will evolve according to advancements in the field and will therefore need to be easily amended accordingly, were placed in the Regulations.

Regulation (EC) No. 469/2009 of the European Parliament and of the Council of May 6 2009, concerning the supplementary protection certificate for medicinal products, [2009] O.J. L. 152/1.

Article 1

Definitions

For the purposes of this Regulation, the following definitions shall apply:

...

- (b) ‘product’ means the active ingredient or combination of active ingredients of a medicinal product;
- (c) ‘basic patent’ means a patent which protects a product as such, a process to obtain a product or an application of a product, and which is designated by its holder for the purpose of the procedure for grant of a certificate.

dans le Règlement, puisqu’il serait plus facile de modifier la référence pertinente si un changement était apporté aux dispositions visées. Les éléments (délais, etc.) qui dépendent des procédures actuelles soit à Santé Canada ou dans d’autres organismes de réglementation ont aussi été définis dans le Règlement, puisqu’ils pourraient être nécessaire de les modifier rapidement lorsque des changements sont apportés à ces procédures. De plus, les éléments de nature technique, industrielle, scientifique ou litigieuse, qui évolueront au fil des avancées dans le domaine et qui, par conséquent, devront être faciles à modifier, ont été inclus dans le Règlement.

Règlement (CE) n° 469/2009 du Parlement Européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant le certificat complémentaire de protection pour les médicaments, [2009] J.O. L. 152/1.

Article premier

Définitions

Aux fins du présent règlement, on entend par :

[...]

- b) « produit » : le principe actif ou la composition de principes actifs d’un médicament;
- c) « brevet de base » : un brevet qui protège un produit en tant que tel, un procédé d’obtention d’un produit ou une application d’un produit et qui est désigné par son titulaire aux fins de la procédure d’obtention d’un certificat.

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. 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.

*** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

ACCESS TO INFORMATION

Judicial review of respondent's decision to release number of records requested under *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1 (Act) — Respondent issuing two decisions: first in July 2018 (July decision); second in August 2018 (August decision) — August decision, subject of present application, contemplating release of two types of records: (1) Incident Logs (Logs), (2) Recall Effectiveness Forms (Forms) (collectively, disputed records) — Applicant provided both types of records to respondent during voluntary recall in 2016 of certain models of its Kenmore, Samsung-branded top-load washing machines — Argued that disputed records exempt from disclosure because they (i) contain confidential commercial information, (ii) their release would harm applicant's competitive, financial position — Respondent disagreed; asserting that application procedurally barred because applicant should have brought application for judicial review of July decision but did not do so — Further asserted that August decision underlying this application was invalid because Act not authorizing respondent to make more than one decision — In 2016, applicant became aware of number of incidents involving its washers whereby top lids of certain washers detached while in use, causing damage to property, but no injuries or deaths — Applicant communicated information regarding these incidents to respondent, pursuant to its obligations under *Canadian Consumer Product Safety Act*, S.C. 2010, c. 21 (CCPSA) — Applicant issued press release stating that it was working with respondent regarding washers' potential safety issues; later issued additional press releases, in which initiated recall — Applicant, respondent posted recall notices on their respective websites as part of protocols required by CCPSA — Such notices provided information about affected washers, hazard that led to recall — Respondent received access to information request for disclosure of records related to recall (request) — As required under Act, s. 27(1), respondent notifying applicant of records it had identified as responsive to request; also provided applicant with intended release package (records package) — Applicant responding to notice arguing that some records in records package exempt from disclosure pursuant to Act, s. 20 — Respondent conceded to additional redactions from records package; however, leading up to July decision, disagreement remaining about status of some non-redacted documents within records package, including over disputed records — In July 2018, respondent advised applicant it had sent July decision by mail, which included Act, s. 28 notice letter, package of records that respondent had determined were subject to disclosure under Act — Between two decisions, parties further discussed appropriate scope of disclosure under Act — Respondent made further concessions, notifying applicant that it was officially retracting July decision — Respondent then sending applicant another proposed release package, asking whether applicant objecting thereto — Then issued its August decision against which applicant filing present application within statutory time limit — Preliminary issue which of two decisions standing — Main issue whether respondent incorrectly failed to exempt disputed records from disclosure under Act on basis of confidentiality (s. 20(1)(b)) or harm (s. 20(1)(c)) — Respondent claiming that August decision made in error, without authority, because legislation only allowing Minister of Health to make one decision; contending that only July decision standing — Given facts of case, including respondent's invitation to applicant to provide further representations after having "officially retracted" July decision, notice of imminent "final" decision just prior to issuing August decision, applicant had good reason to rely on respondent's representations regarding July decision, good reason to delay commencement of application for judicial review to continue negotiating with respondent — August decision not mistake; not isolated event but rather one that involved number of considered communications, negotiations — Based on assurances that earlier notice had been "officially retracted", "final decision" would issue, applicant was entitled to rely on department's representations — From statutory compliance perspective, August decision only legal decision under Act, s. 28; institution could not subsequently retract it in favour of earlier, rescinded decision — Moreover, applicant right in invoking promissory estoppel in arguing that August decision determinative — Given respondent's unambiguous words,

ACCESS TO INFORMATION—Concluded

conduct, indication to applicant of continuing willingness to negotiate, applicant thus entitled to defend its actions through shield of promissory estoppel; respondent could not, after start of litigation, say that it issued its second decision in error, such that only its first decision stood — Thus, August decision valid, July decision of no force or effect; present application for judicial review properly filed within 20-day statutory deadline — Applicant submitted disputed records to respondent in context of its 2016 recall, pursuant to its obligations under CCPSA recall protocols, s. 14 — Disputed records came into existence after events involving washers meeting statutory definition of “incident” as found in CCPSA, s. 14(1) — Applicant seeking to have disputed records exempt from disclosure under Act, s. 20(1)(b) — Respondent arguing that disputed records not exempt under s. 20(1)(b) in particular because information in disputed records not “financial, commercial, scientific or technical” within meaning of Act; characterized information in disputed records as falling outside scope of s. 20(1)(b); claiming that some of information in disputed records already publicly available — Courts must examine s. 20 exemptions in light of Act’s overall purpose, which is to enhance accountability, transparency of federal institutions to promote open, democratic society, to enable public debate on conduct of those institutions (Act, s. 2(1)) — However, Court must also balance this right of access with rights of affected third parties, such that necessary exceptions to right of access should be limited, specific — Third party arguing that information is exempt from disclosure pursuant to s. 20(1)(b) bearing burden of establishing four criteria on balance of probabilities, namely that information in question is: (i) financial, commercial, scientific, or technical in nature; (ii) confidential; (iii) consistently treated in a confidential manner by third party; (iv) supplied to government institution by third party — Failure to establish any one of four criteria will be fatal to third party’s claim for exemption — Applicant failed to show that disputed records warrant exemption from disclosure under s. 20(1)(b) for two reasons: portions of disputed records respondent not already exempted from disclosure lacking any “financial, commercial, scientific or technical” information within meaning of Act; information in disputed records not confidential — Parliament not intending to exempt type of information at issue in disputed records — Such information, which respondent not already redacted pursuant to Act, s. 19(1) or s. 20(1)(b) not commercial in nature but rather relating to public safety — Since disputed records containing no “financial, commercial, scientific or technical” information as required by s. 20(1)(b), documents must be disclosed — Disputed records also not “confidential” information — Pursuant to CCPSA, s. 14, applicant had legal obligation to compile, provide disputed records to respondent — Parliament has provided no guidance as to how CCPSA interacts with Act nor have courts interpreted law in context of recalls — Although applicant might have subjectively expected that information in disputed records would remain confidential, such expectation not objectively reasonable — Disputed records came into existence because of recall, in context of CCPSA, which is one of consumer, public safety — Furthermore, much of disputed records’ content already disclosed in recall notices — Finally, exempting disputed records from disclosure not enhancing public interest: rather, it would undermine strong public interest in obtaining access to information — Records also not exempt from disclosure under Act, s. 20(1)(c) — Two principal considerations under s. 20(1)(c) are degree of likelihood of harm, type of harm — In applicant’s case, evidentiary burden for applicant to successfully claim s. 20(1)(c) exemption cannot be satisfied simply by affidavit evidence affirming that disclosure would cause type of harm described in provision — Instead, further evidence required that establishes that harmful outcomes are reasonably probable — Evidence of harm flowing from disclosure can only be determined on basis of specific records at issue in access request — Such assessment is fact-specific; turning on circumstances of each case — In present case, despite affidavit evidence, much of information regarding recall already made publicly available in notices posted on respondent’s, applicant’s web sites — Applicant not making clear as to how information on disputed forms would further harm its competitive position — To find disputed records could reasonably be expected to result in material loss or prejudice to applicant’s competitive position within meaning of s. 20(1)(c) would unduly expand scope of provision; would undermine both Act’s disclosure regime, purpose of Act — Applicant not meeting onus to show evidence beyond mere possibility of harm; thus s. 20(1)(c) exemption not exempting disputed records from disclosure — Application dismissed.

SAMSUNG ELECTRONICS CANADA INC. v. CANADA (HEALTH) (T-1617-18, 2020 FC 1103, Diner J., reasons for judgment dated January 29, 2021, 59 pp.)

EMPLOYMENT LAW

Judicial review of respondent Minister’s decision refusing to delete applicant’s social insurance number (SIN), other related information from Social Insurance Register (Register) — Applicant claiming right to have his SIN deregistered or rescinded; asking for order of *mandamus* compelling respondents to deregister him — Critical provision relied on was *Department of Employment and Social Development Act*, S.C. 2005, c. 34, s. 28.1(1) dealing with registration of SIN — Applicant claiming that terms “who is employed” referring to person’s current state of affairs – being then-employed — Since applicant neither employed nor intending to be employed, arguing that he does not fit condition, is no longer required to be registered, therefore

EMPLOYMENT LAW—Concluded

no longer required to have SIN — As result, applicant claiming to be entitled to deregistration of his SIN, related information — Applicant applying for SIN in 1986 at 15 as he began employment history — Has not been employed in insurable employment or been self-employed since December 2009 — In May 2016, applicant took measures to have “SIN enfranchisement” (his wording) rescinded — Informed by Register Office that SIN permanent; that it cannot be disassociated from individual to whom it is assigned — Applicant continued demanding rescission but Department denying such request — Nothing suggesting that applicant treated unfairly or that his demand for rescission was not considered seriously — SIN nine-digit number used to identify Canadian citizens, permanent residents or temporary residents in Canada who earn money through work, pay taxes, contribute to pension plans and/or use variety of government services — Register is computer database which stores all SINs issued since 1964 — Issue whether Act allowing for deregistration of person’s SIN; if so, whether Court should order respondents to deregister applicant, delete his personal information from Register — Act, ss. 28.2(8),(9),(10) providing for issuance of new SIN only if original number had already been assigned, caused embarrassment or hardship, or other special circumstances — SIN may only be voided – not rescinded – under very limited circumstances requiring new SIN, including instances of fraud — Legislative scheme silent on rescission of SIN even when number has been made void — In face of new SIN being issued, old SIN merely voided – not deleted or rescinded — No statutory power given, either explicitly or by implication, authorizing rescission of SIN — Had Parliament intended to create right of rescission or deregistration, it would have done so specifically as it did with obligation to register, requirement to void number — Applicant’s interpretation based on pure grammatical reference to “is employed” in Act, s. 28.1(1) as indicating continuing condition for registration — However, such interpretation ignoring reference to time at which registration arising when one “is employed” initially — Applicant’s interpretation becoming unreasonable when one examines legislation’s scheme, context, purpose — Ignoring consequences that would arise of registration, deregistration, reregistration as one’s employment history changes — Applicant’s interpretation inconsistent with scheme where obligation to register is created by statute but for which there is no corresponding statutory provision allowing for rescission or deregistration — Also inconsistent with context of legislation that does not refer to rescission, merely to voidability, in face of fraud or erroneous issuance — Respondents’ interpretation more consistent with purpose of maintaining single government number for each person, of ensuring consistency, ease of administration among many different pieces of federal legislation from taxation, to benefits, entitlements — This broader context supporting interpretation that once SIN is issued, it is not rescinded, no one has right to have SIN rescinded — No merit in applicant’s argument that he is in voluntary “enfranchisement” relationship with respondents — Relationship is statutory, compulsory in which consent plays no role in obligation to register — Respondents had no power, applicant had no right to rescission of his SIN — Applicant’s submissions regarding *mandamus*, similar relief, irrelevant — Application dismissed.

STANCHFIEL V. CANADA (EMPLOYMENT, WORKFORCE DEVELOPMENT AND DISABILITY INCLUSION) (T-73-20, 2021 FC 467, Phelan J., reasons for judgment dated May 19, 2021, 14 pp.)

INCOME TAX**ASSOCIATED COMPANIES**

Tax liability — Appeal from Tax Court of Canada (T.C.C.) decision (2019 TCC 150) confirming assessment issued by Minister of National Revenue (Minister) under *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 160(1); dismissing appeal on ground that consideration given by appellant in context of set-off inadequate, therefore, s. 160(1) engaged — S. 160(1) providing that when person transferring property to non-arm’s length person, transferee, transferor jointly, severally liable to pay any amount that transferor was liable to pay under Act for taxation year in which transfer occurred, any preceding years — Under s. 160(1)(e), transferee’s liability limited to excess of fair market value of property transferred over fair market value of consideration given for property — Provision applying whether or not transferor or transferee aware of any tax liability at time of transfer — Appellant, non-arm’s length affiliate (Oldco), their sole shareholder, Mr. Piche, undertaking reorganization involving number of preordained transactions in course of which Oldco’s assets transferred to appellant — Respondent arguing that transactions properly viewed as series of transactions, that overall result of series being that Oldco received insufficient consideration from appellant for transferred property, thereby triggering appellant’s liability under s. 160(1) — T.C.C. rejected respondent’s contention insofar as based on overall result of series — However, T.C.C. held that single transaction entered into during reorganization did trigger application of s. 160(1), confirmed assessment on this basis — Appellant maintaining that T.C.C. correctly held that overall result of series of transactions not engaging s. 160(1) but contended that T.C.C. erred in upholding assessment based on single transaction that T.C.C. identified — Respondent challenging T.C.C.’s conclusion on overall result achieved by series, submitting that single transaction, distinct from one identified by T.C.C., had effect of triggering application of s. 160(1) — Reorganization transactions all took place in March 2002 — In 2003, Minister reassessed Oldco for its 2000, 2001 taxation

INCOME TAX—Concluded

years for \$13,368.48 — In 2004, Minister then reassessed Oldco for its 2002 taxation year for \$113,366.10 — In March 2014, Minister assessed appellant for \$287,223.51 pursuant to Act, s. 160(1) — By that assessment, appellant held jointly, severally liable to pay Oldco’s tax liability for 2000, 2001, 2002 taxation years plus accrued interest on basis that it did not give adequate consideration for property transferred to it by Oldco on March 19, 2002 — Whether existence, value of consideration given by appellant to Oldco must be determined at time when assets conveyed to appellant as T.C.C. holding or after completion of reorganization in light of overall result as respondent contending — Respondent suggesting as preliminary issue that shareholder Mr. Piche was aware that there might be unknown liabilities, including tax liabilities, that avoiding these liabilities was motivating factor behind reorganization — Law clear that intent to avoid payment of outstanding taxes not prerequisite for application of s. 160(1); however, improper motive, if present, can inform way in which Court views transactions, assesses their impact — Not open to respondent to take such position at late stage, having chosen not to challenge Mr. Piche’s evidence at trial — Purpose of s. 160(1) to protect tax authorities against any vulnerability that may result from transfer of property between non-arm’s length persons for consideration that is less than fair market value of transferred property — Four cumulative criteria triggering application of s. 160(1) “clear”, “self-evident”: (1) transferor must be liable to pay tax under Act at time of transfer; (2) there must be transfer of property; (3) transferee must be person with whom transferor was not dealing at arm’s length or to otherwise designated transferee; (4) fair market value of property transferred must exceed fair market value of consideration given by transferee for property — In present case, first three criteria not disputed — Sole issue whether appellant gave adequate consideration for property transferred to it by Oldco — Concept of “series of transactions” allowing courts to look to overall result sought to be achieved in assessing legal effect of series but having no application where, as here, each of transactions was entered into in pursuit of *bona fide* non-tax purpose — Such concept foreign to s. 160(1) — As well, introductory words in s. 160(1) (“[w]here a person has ... transferred property, either directly or indirectly, by means of a trust or by any other means whatever”) capturing all forms of transfers including those resulting from combined effect of multiple transactions, whether pre-ordained or not — In present case, assets associated with new business were transferred in straightforward transaction at step 3 of reorganization so that no need to resort to broad introductory language to identify transfer that took place — Significantly, broad introductory language aimed at broadening notion of transfer; having no bearing on manner in which adequacy of consideration given for property transferred to be determined, which issue addressed separately by s. 160(1)(e)(i) — Absent sham or statutory language to contrary, of which none present, no basis on which respondent could ignore transfer of assets from Oldco to Newco for consideration equal to their fair market value at time of transfer — Finally, transfer of property taking place instantaneously both at civil, common law — Precise, clearly identifiable time when transfer taking place under both legal systems is notion that Parliament seizing on in providing both that value of property determined at time it was transferred; value of consideration given determined at that time — T.C.C. correctly holding that adequacy of consideration given must be measured against value of property transferred by way of “snapshot” taken at point in time when transfer taking place — In present case, not disputed that appellant giving Oldco adequate consideration at that time — T.C.C., acting on own initiative, went on to hold that mutual set-off of promissory notes—step 6 of reorganization—was distinct transaction that gave rise to transfer for which Oldco not given adequate consideration — Not open to T.C.C. to hold that Newco note had “considerable” value, that Oldco note had “nominal” value since both backed by same assets — Whatever value Newco note may have had, assets backing Oldco note could not be less, vice versa — Oldco note representing *bona fide* debt in face amount of \$30 million — Law clear that payment of *bona fide* debt cannot trigger application of s. 160(1), which is what took place when notes discharged — It followed that T.C.C. could not uphold assessment on alternative ground it identified — Finally, respondent’s novel ground for upholding assessment that although promissory note having face value of \$30 million issued to redeem Oldco’s class C shares as part of reorganization, no consideration effectively given to Oldco in return rejected — Appeal allowed.

EYEBALL NETWORKS INC. v. CANADA (A-308-19, 2021 FCA 17, Noël C.J., reasons for judgment dated January 29, 2021, 24 pp.)

PRACTICE**CONFIDENTIALITY ORDERS**

Appeal from Federal Court decision (2018 FC 938) allowing appeal from decision by Prothonotary dismissing motion filed by Public Sector Integrity Commissioner of Canada (Commissioner) pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules), r. 151 for confidentiality order with respect to certain aspects of supplementary certified record, filing of which ordered by Prothonotary — Appellant became vice-president of communications and public affairs for Canadian Food Inspection Agency in 2014 — Employees filed two psychological harassment complaints against appellant — Commissioner found appellant had committed wrongdoings within meaning of Act — In application for judicial review, pursuant to r. 317, appellant requested copy

PRACTICE—Continued

of all documents and information in Commissioner’s possession subject of investigation and decision — Commissioner filed objection pursuant to r. 318(2) — Prothonotary found confidentiality order sought by Commissioner not justified in circumstances — According to Federal Court, Prothonotary failed to consider Supreme Court’s decision in *A.B. v. Bragg Communications Inc.*, 2012 SCC 46, [2012] 2 S.C.R. 567 — Federal Court finding Prothonotary had erred by requiring Commissioner to demonstrate deleterious effects of public disclosure of identity of persons who made disclosure, witnesses — Federal Court finding no doubt Parliament considered confidentiality of disclosures and testimony as essential for purposes of *Public Servants Disclosure Protection Act*, S.C. 2005, c. 46 (Act) — Federal Court also finding Commissioner had demonstrated order sought necessary to ensure anonymity of witnesses, persons who made disclosure — Whether Federal Court erred in allowing appeal from Prothonotary’s decision — Given principles stated by Supreme Court in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, [2002] 2 S.C.R. 522, *Bragg*, no doubt Federal Court erred — Federal Court justifying intervention on ground Prothonotary imposed excessively onerous burden of proof on Commissioner — Federal Court establishing as absolute principle prohibition to disclose names of persons who make disclosure, witnesses — Federal Court misunderstanding principles laid down by Supreme Court, more particularly, principles set out in *Bragg*, in reaching conclusion — Clear in *Bragg* Supreme Court not calling into question principles set out in previous decisions, including *Sierra Club*, according to which harm resulting from disclosure must be “well grounded in the evidence” — Supreme Court did not focus on burden of proof on person seeking confidentiality order; instead considered quality, nature of evidence to put forward to obtain order — Exercise of discretion under r. 151 requiring judge to analyze all relevant facts, circumstances showing potential harm to important interest applicant seeking to protect, make appropriate order — Federal Court not making any attempt to exercise discretion — Federal Court concluding serious harm without any evidence to support finding — Federal Court confusing important interest, that is, protecting persons who make disclosure, witnesses, with serious risk of harm that could result from disclosing identity — Fact that Parliament stating in Act that necessary to establish disclosure, protection procedures not leading to conclusion that in all cases where person made disclosure public not entitled to know identity of persons who made disclosure, witnesses — Federal Court having to consider whether there was or could be serious risk of harm to persons who made disclosure, witnesses if identities made public — Federal Court failing to consider issue because finding existence of Act sufficient to find serious risk of harm — Federal Court subordinating its exercise of discretion to what it considered to be purpose of Act — In doing so, Federal Court’s analytical approach converting discretionary power set out in r. 151 into non-discretionary power — This was not Parliament’s intention in enacting Act — Consideration of r. 151, principles set forth by Supreme Court required in any confidentiality order decision — Appeal allowed.

DESJARDINS V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-316-18, 2020 FCA 123, Nadon J.A., reasons for judgment dated July 17, 2020, 37 pp.)

PLEADINGS*Amendments*

Motion requesting order to remove “mutual mistake” or “common mistake” by amending agreed statement of facts (ASF), paragraph 76¹ — Applicant seeking to replace “a requisite initial step for appointment” with “a step in the appointment process” — Proceeding herein rooted in Canadian Human Rights Tribunal decision (2014 CHRT 19) holding that Transport Canada discriminated against applicant on basis of disability in staffing process — Tribunal ordering Transport Canada to instate applicant, “subject to the required security clearance” — Applicant later filing notice of motion for contempt of Tribunal’s order — Parties filing ASF for use at hearing of contempt motion — That motion dismissed — Applicant appealing to Court pursuant to *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (Rules), r. 51 — Commencing present motion while Court considering r. 51 appeal — Applicant stating not having noticed error in ASF when decision for contempt motion rendered — Misreading paragraph 76, understanding it to mean, “a security clearance had to be submitted at some point, not that it had to be done first” — Respondent submitting that applicant agreed to ASF in 2019, cannot now resile from it — Whether ASF should be amended — Rules, r. 75 permitting party to amend a “document” under certain conditions — Frequent, varied use of “document” in Rules suggesting broad meaning — Question whether ASF filed with Court by parties in proceeding a “document” that may be amended under r. 75 — ASF is such document — ASF sufficiently akin to, performs important functions like documents expressly contemplated or required to be filed by Rules, such as pleadings — Anomalous if Court could not address proposed amendments to ASF filed with it — ASF

¹ As of the date of these Agreed Statement of Facts, Transport Canada has not received completed security forms from Mr. Hughes, a requisite initial step for appointment to the Marine Intelligence Analyst position.

PRACTICE—Concluded

inherently quite different from commercial agreement entered into by parties in course of doing business, prior to litigation — R. 75 enabling Court to permit “a party” (singular) to amend document filed with it — Given nature of issues raised herein relating to mistake, use of “a” party in r. 75 not insurmountable barrier to present motion — R. 75 by its own terms or by analogy through r. 4, enabling Court to resolve current motion to amend ASF — Court’s decision in *Janssen Inc. v. AbbVie Corporation*, 2014 FCA 242 providing guidance on factors to consider in allowing amendment of document — Here, not in interests of justice to permit proposed amendment to ASF — Considerable time having passed since parties filed their ASF — Since its filing, both parties, Court having relied upon ASF generally, specifically upon paragraph 76 — Proposed amendment to ASF would cause prejudice to responding party, have apparent impact on Court’s decisions, process — Not possible to fashion terms under r. 75(1) that will protect respondent’s rights — Circumstances, evidence not supporting applicant’s submissions in substance concerning mistake relating to paragraph 76 — Applicant providing no basis to permit amendment to paragraph 76 based on a mistake — Motion dismissed.

HUGHES V. CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) (T-1315-18, 2020 FC 1096, Little J., reasons for order dated November 30, 2020, 26 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.

* 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.

ACCÈS À L'INFORMATION

Contrôle judiciaire d'une décision du défendeur de communiquer plusieurs documents demandés en application de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la Loi) — Le défendeur a rendu deux décisions : d'abord en juillet 2018 (la décision de juillet), puis en août 2018 (la décision d'août) — La décision d'août, qui faisait l'objet de la présente demande, prévoyait la communication de deux types de documents : 1) les journaux d'incidents (les journaux) et 2) les formulaires sur l'efficacité du rappel (les formulaires) (collectivement, les documents contestés) — La demanderesse a fourni les deux types de documents au défendeur lors d'un rappel volontaire en 2016 de certains modèles de ses laveuses à chargement par le haut de marque Kenmore et Samsung — Elle a soutenu que les documents contestés étaient exemptés de la divulgation parce qu'ils (i) contiennent des renseignements commerciaux confidentiels, et (ii) que leur divulgation porterait préjudice à sa position concurrentielle et financière — Le défendeur n'était pas du même avis; il a affirmé que cette demande était irrecevable parce que la demanderesse aurait dû présenter une demande de contrôle judiciaire de la décision de juillet, mais ne l'a pas fait — Il a affirmé en outre que la décision d'août qui sous-tendait la présente demande était invalide parce que la Loi n'autorise pas le défendeur à rendre plus d'une décision — En 2016, la demanderesse a eu connaissance de plusieurs incidents mettant en cause ses laveuses; dans ces cas, les couvercles supérieurs de certaines laveuses se sont détachés pendant l'utilisation, causant des dommages aux biens, mais pas de blessures ou de décès — La demanderesse a communiqué des renseignements concernant ces incidents au défendeur, conformément à ses obligations aux termes de la *Loi canadienne sur la sécurité des produits de consommation*, L.C. 2010, ch. 21 (LCSPC) — La demanderesse a publié un communiqué de presse indiquant qu'elle travaillait avec le défendeur sur les problèmes de sécurité potentiels des laveuses; elle a par la suite publié d'autres communiqués de presse, dans lesquels elle a lancé le rappel — La demanderesse et le défendeur ont affiché des avis de rappel sur leurs sites Web respectifs, dans le cadre des protocoles exigés par la LCSPC — Ces avis fournissaient des renseignements sur les laveuses concernées et le danger qui a conduit au rappel — Le défendeur a reçu une demande d'accès à l'information visant la divulgation des documents liés au rappel (la demande) — Le défendeur a notifié la demanderesse – conformément aux exigences de l'art. 27(1) de la Loi – des documents qu'il avait cernés comme étant en réponse à la demande; il a aussi fourni à la demanderesse un dossier de divulgation prévu (les documents) — La demanderesse a répondu à l'avis, expliquant que certains documents étaient exemptés de divulgation en application de l'art. 20 de la Loi — Le défendeur a concédé d'autres caviardages dans les documents; toutefois, avant la décision de juillet, un désaccord subsistait sur le statut de certains documents non caviardés, y compris sur les documents contestés — En juillet 2018, le défendeur a informé la demanderesse qu'il avait envoyé la décision de juillet par courrier, qui comprenait la lettre de notification aux termes de l'art. 28 de la Loi et un ensemble de documents que le défendeur avait déterminé comme étant assujettis à la divulgation aux termes de la Loi — Entre les deux décisions, les parties ont discuté davantage de la portée appropriée de la divulgation aux termes de la Loi — Le défendeur a fait d'autres concessions et informé la demanderesse qu'il annulait officiellement la décision de juillet — Il a par la suite envoyé à la demanderesse une autre trousse de divulgation proposée et lui a demandé si elle présenterait des objections — Il a ensuite publié sa décision d'août, à l'encontre de laquelle la demanderesse a déposé la présente demande dans le délai prévu par la loi — La question préliminaire était de savoir laquelle des décisions était maintenue — Il s'agissait principalement de savoir si le défendeur a omis à tort de soustraire les documents contestés à la divulgation aux termes de la Loi pour des motifs de confidentialité (art. 20(1)b)) ou de préjudice (art. 20(1)c)) — Le défendeur a affirmé que la décision d'août a été prise par erreur, et sans pouvoir, car la législation permet seulement au ministre de rendre une seule décision; il a soutenu que seule la décision de juillet était maintenue — Vu les faits en l'espèce, y compris l'invitation du défendeur à la demanderesse à fournir des représentations supplémentaires après avoir

ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

« officiellement annulé » la décision de juillet, et son avis d'une décision « définitive » imminente juste avant de publier la décision d'août, la demanderesse avait de bonnes raisons de se fier aux représentations du défendeur concernant la décision de juillet, et de bonnes raisons de retarder le début d'une demande de contrôle judiciaire pour continuer à négocier avec le défendeur — La décision d'août n'était pas une erreur; elle n'était pas un événement isolé, mais plutôt un événement qui a mis en cause plusieurs communications et négociations réfléchies — La demanderesse, ayant reçu de l'assurance que l'avis antérieur avait été « officiellement annulé » et qu'une « décision définitive » serait rendue, était en droit de se fier aux observations du ministère — Du point de vue du respect de la loi, la décision d'août était la seule décision légale prise aux termes de l'art. 28 de la Loi, et l'institution ne pouvait par la suite se rétracter en faveur de la décision antérieure annulée — En outre, la demanderesse a invoqué à juste titre la préclusion promissoire dans ses arguments relatifs au caractère déterminant de la décision d'août — Étant donné les paroles et la conduite sans ambiguïté du défendeur et étant donné qu'il avait indiqué à la demanderesse qu'il était toujours disposé à négocier, la demanderesse était en droit de défendre ses actions au moyen de la préclusion promissoire; le défendeur ne pouvait pas, après le début du litige, dire qu'il avait rendu sa deuxième décision par erreur, de sorte que seule sa première décision était valable — Par conséquent, la décision d'août était valable, la décision de juillet était nulle et sans effet, et la présente demande de contrôle judiciaire a été correctement déposée dans le délai légal de 20 jours — La demanderesse a soumis les documents contestés au défendeur dans le cadre de son rappel de 2016, conformément à ses obligations aux termes de l'art. 14 des protocoles de rappel de la LCSPC — Les documents contestés ont été créés après les événements impliquant les laveuses et répondant à la définition légale d'un « incident » énoncée à l'art. 14(1) de la LCSPC — La demanderesse a demandé que les documents contestés soient exemptés de la divulgation en application de l'art. 20(1)b) de la Loi — Le défendeur a répliqué que les documents contestés n'étaient pas exemptés aux termes de l'art. 20(1)b), plus particulièrement parce que les renseignements contenus dans les documents contestés n'étaient pas « financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques » au sens de la Loi; il a décrit les renseignements contenus dans les documents contestés comme ne relevant pas du champ d'application de l'art. 20(1)b); il a soutenu que certains des renseignements contenus dans les documents contestés étaient déjà accessibles au public — Les tribunaux doivent examiner les exceptions prévues à l'art. 20 à la lumière de l'objectif général de la Loi, soit d'accroître la responsabilité et la transparence des institutions de l'État afin de favoriser une société ouverte et démocratique et de permettre le débat public sur la conduite de ces institutions (art. 2(1) de la Loi) — Cependant, la Cour doit également pondérer ce droit d'accès avec les droits des tiers mis en cause, de sorte que les exceptions indispensables à ce droit doivent être précises et limitées — Un tiers qui fait valoir que des renseignements sont exemptés de la divulgation aux termes de l'art. 20(1)b) doit établir quatre critères selon la prépondérance des probabilités, à savoir que les renseignements en question sont : (i) de nature financière, commerciale, scientifique ou technique; (ii) confidentiels; (iii) constamment traités comme étant confidentiels par le tiers; et (iv) fournis à une institution fédérale par un tiers — Le fait de ne pas établir l'un des quatre éléments sera fatal à la demande d'exemption d'un tiers — La demanderesse n'a pas réussi à démontrer que les documents contestés justifiaient une exemption de divulgation aux termes de l'art. 20(1)b) pour deux raisons : les parties des documents contestés que le défendeur n'a pas encore soustraites à la divulgation ne contenaient aucun renseignement « financier, commercial, scientifique ou technique » au sens de la Loi; les renseignements contenus dans les documents contestés n'étaient pas confidentiels — Le législateur n'avait pas l'intention d'exempter le type de renseignements en cause dans les documents contestés — Ces renseignements, que le défendeur n'avait pas encore caviardés aux termes de l'art. 19(1) ou de l'art. 20(1)b) de la Loi, n'étaient pas de nature commerciale, mais concernaient plutôt la sécurité publique — Puisque les documents contestés ne contenaient pas de renseignements « financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques », comme l'exige l'art. 20(1)b), ils devaient être communiqués — En outre, ils n'étaient pas « confidentiels » — Conformément à l'art. 14 de la LCSPC, la demanderesse avait l'obligation légale de colliger et de fournir les documents contestés au défendeur — Le législateur n'a fourni aucune orientation quant à la façon dont la LCSPC interagit avec la Loi, et les tribunaux n'ont pas non plus interprété la loi dans le contexte des rappels — Bien que la demanderesse ait pu subjectivement s'attendre à ce que les renseignements contenus dans les documents contestés demeurent confidentiels, son attente à cet égard n'était pas objectivement raisonnable — Les documents contestés ont vu le jour en raison du rappel, dans le contexte de la LCSPC, qui est un contexte de la sécurité des consommateurs et du public — En outre, une grande partie du contenu des documents contestés était déjà communiquée dans les avis de rappel — En bref, l'exemption de communication des documents contestés ne renforçait pas l'intérêt public : au contraire, elle saperait le fort intérêt public à obtenir accès à l'information — Les documents n'étaient pas non plus soustraites à la divulgation aux termes de l'art. 20(1)c) de la Loi — Les deux principales considérations au titre de l'art. 20(1)c) sont le degré de probabilité qu'un préjudice soit causé et le type de préjudice — Dans le cas de la demanderesse, le fardeau de preuve pour qu'un demandeur puisse invoquer avec succès l'exemption de l'art. 20(1)c) ne peut pas être satisfait simplement par une preuve par affidavit qui affirme que la divulgation causerait le type de préjudice prévu dans la disposition — Au lieu de cela, il faut des éléments de preuve supplémentaires établissant que des résultats préjudiciables sont vraisemblablement probables — La preuve du préjudice découlant de la divulgation peut seulement être établie par les documents particuliers en cause dans une demande d'accès — Une telle évaluation est propre aux faits et dépend des circonstances de chaque cas — En l'espèce, en dépit de la preuve par affidavit, une

ACCÈS À L'INFORMATION—Fin

grande partie des renseignements concernant le rappel avait déjà été rendue publique dans les avis affichés sur les sites Web du défendeur et de la demanderesse — La demanderesse n'a pas indiqué clairement la manière dont les renseignements contenus dans les formulaires contestés pourraient nuire davantage à sa compétitivité — Conclure que les documents contestés risqueraient vraisemblablement de causer des pertes appréciables à la demanderesse ou de nuire à sa compétitivité au sens de l'art. 20(1)c) élargirait indûment la portée de la disposition et minerait à la fois le régime de communication de la Loi et son objet — La demanderesse ne s'est pas acquittée de son fardeau de démontrer une preuve au-delà d'une simple possibilité de préjudice; par conséquent, l'exemption de l'art. 20(1)b) ne soustrayait pas les documents contestés à la communication — Demande rejetée.

SAMSUNG ELECTRONICS CANADA INC. C. CANADA (SANTÉ) (T-1617-18, 2020 CF 1103, juge Diner, motifs du jugement en date du 29 janvier 2021, 59 p.)

DROIT DE L'EMPLOI

Contrôle judiciaire de la décision du ministre défendeur de refuser de supprimer du registre d'assurance sociale (le registre) le numéro d'assurance sociale (le NAS) du demandeur et d'autres renseignements connexes le concernant — Le demandeur a revendiqué le droit de faire radier son NAS ou d'en révoquer l'enregistrement et a demandé une ordonnance de *mandamus* obligeant les défendeurs à révoquer son enregistrement — La principale disposition invoquée était l'art. 28.1(1) de la *Loi sur le ministère de l'Emploi et du Développement social*, L.C. 2005, ch. 34, qui porte sur l'enregistrement du NAS — Le demandeur a fait valoir que l'expression « exerçant un emploi » renvoie à la situation *actuelle* d'une personne, qui est alors employée — Étant donné que le demandeur n'était pas employé et qu'il n'avait pas non plus l'intention d'être employé, il a soutenu qu'il ne répondait pas au critère, qu'il n'avait plus à être enregistré et qu'il n'avait donc plus besoin d'avoir un NAS — Par conséquent, il a prétendu avoir le droit de faire révoquer l'enregistrement de son NAS et des renseignements connexes le concernant — En 1986, à l'âge de 15 ans, le demandeur a présenté une demande de NAS au moment d'entrer dans le marché du travail — Il n'a pas exercé un emploi assurable ou été travailleur indépendant depuis décembre 2009 — En mai 2016, le demandeur a entrepris des démarches pour faire radier son NAS (il a parlé « [d']affranchissement ») — Le bureau responsable du registre l'a avisé qu'un NAS est permanent et qu'il ne peut être dissocié de la personne à qui il a été attribué — Le demandeur a continué de demander la radiation et le Ministère a refusé cette demande — Rien n'a laissé croire que le demandeur a été traité inéquitablement ou que sa demande de radiation n'a pas été prise au sérieux — Le NAS est un numéro de neuf chiffres servant à identifier les citoyens canadiens, les résidents permanents ou les résidents temporaires au Canada qui gagnent de l'argent en travaillant, qui paient des impôts, qui cotisent à un régime de pension ou qui se prévalent de divers services gouvernementaux — Le registre est une base de données stockant tous les NAS attribués depuis 1964 — Il s'agissait de savoir si la Loi permet la révocation de l'enregistrement du NAS d'une personne et, si oui, si la Cour doit ordonner aux défendeurs de révoquer l'enregistrement du NAS du demandeur et de supprimer ses renseignements personnels du registre — Les art. 28.2(8), (9) et (10) de la Loi prévoient l'attribution d'un nouveau NAS seulement si le numéro initial a déjà été attribué, s'il crée de l'embarras ou des difficultés ou si d'autres circonstances exceptionnelles le justifient — Un NAS peut seulement être annulé – et non radié – dans les circonstances très limitées nécessitant l'attribution d'un nouveau NAS, notamment en cas de fraude — Le régime législatif est muet sur la question de la radiation d'un NAS même lorsque le numéro a été annulé — Lorsqu'un nouveau NAS est attribué, l'ancien NAS est simplement annulé; il n'est pas supprimé ou radié — La loi ne confère pas, explicitement ou implicitement, le pouvoir d'autoriser la radiation d'un NAS — Si le législateur avait voulu autoriser la radiation ou la révocation de l'enregistrement d'un NAS, il l'aurait fait expressément comme il l'a fait pour l'obligation d'enregistrement ou l'exigence d'annulation d'un numéro — L'interprétation du demandeur est fondée sur un renvoi purement grammatical à l'expression « exerçant un emploi » à l'art. 28.1(1), qui indique qu'un critère de continuité s'applique pour l'enregistrement — Toutefois, cette interprétation ne tient pas compte du renvoi au moment où l'enregistrement est effectué, c'est-à-dire au moment où une personne commence à « exercer un emploi » — L'interprétation du demandeur devient déraisonnable si on tient compte du régime, du contexte et de l'objet de la loi — Elle fait abstraction des éventuelles conséquences de l'enregistrement, de la révocation de l'enregistrement et du réenregistrement d'un NAS à mesure que la situation d'emploi d'une personne évolue — L'interprétation du demandeur n'est pas compatible avec un régime où l'obligation d'enregistrement est créée par voie législative, mais où il n'existe pas de disposition législative correspondante permettant la révocation de l'enregistrement ou la radiation — Elle n'est pas non plus compatible avec le contexte de la loi qui prévoit uniquement l'annulation – et non la radiation – en cas de fraude ou d'attribution erronée — L'interprétation des défendeurs est davantage compatible avec l'objectif qui consiste à maintenir un seul numéro gouvernemental par personne et à assurer l'uniformité et la simplicité de l'administration du régime, compte tenu des diverses lois fédérales applicables, qui touchent entre autres la fiscalité et les prestations — Ce contexte plus général appuie

DROIT DE L'EMPLOI—Fin

l'interprétation selon laquelle une fois qu'un NAS a été attribué, il n'est jamais radié et personne n'a le droit d'en demander la radiation — L'argument du demandeur selon lequel il entretient une relation volontaire et « affranchie » avec les défendeurs n'était pas fondé — La relation, obligatoire, est prévue par la loi; le consentement ne joue aucun rôle dans l'obligation d'enregistrement — Les défendeurs n'avaient pas le pouvoir de radier le NAS du demandeur et le demandeur n'avait pas le droit de le faire radier — Les observations du demandeur relatives au *mandamus* et à toute mesure de réparation similaire n'étaient pas pertinentes — Demande rejetée.

STANCHFIELD C. CANADA (EMPLOI, DÉVELOPPEMENT DE LA MAIN-D'ŒUVRE ET INCLUSION DES PERSONNES HANDICAPÉES) (T-73-20, 2021 CF 467, juge Phelan, motifs du jugement en date du 19 mai 2021, 14 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU

COMPAGNIES ASSOCIÉES

Dette fiscale — Appel interjeté à l'égard d'un jugement rendu par la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) (2019 CCI 150), qui a confirmé la cotisation établie par le ministre du Revenu national (le ministre) en application de l'art. 160(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, et rejeté l'appel au motif que la contrepartie offerte par l'appelante dans le cadre de la compensation n'était pas suffisante, de sorte que l'art. 160(1) s'appliquait — L'art. 160(1) dispose que, dans le cas d'un transfert de biens entre personnes ayant un lien de dépendance, le bénéficiaire et l'auteur du transfert sont solidairement responsables de toute somme payable par l'auteur du transfert en application de la Loi pour l'année d'imposition au cours de laquelle le transfert a eu lieu et les années précédentes — Aux termes de l'art. 160(1)e), le bénéficiaire du transfert est responsable du paiement jusqu'à concurrence de l'excédent de la juste valeur marchande des biens transférés sur la juste valeur marchande de la contrepartie offerte — Cette disposition s'applique même si l'auteur ou le bénéficiaire du transfert ignoraient l'existence d'une dette fiscale au moment du transfert — L'appelante, une société affiliée ayant un lien de dépendance (l'ancienne société) et leur unique actionnaire, M. Piche, ont entrepris une réorganisation ayant mené, au terme de plusieurs opérations prédéterminées, au transfert des actifs de l'ancienne société à l'appelante — Selon l'intimée, ces opérations constituaient une série s'étant soldée par le paiement d'une contrepartie insuffisante à l'ancienne société par l'appelante en échange des biens transférés; l'appelante était donc responsable du paiement de l'obligation sous le régime de l'art. 160(1) — La C.C.I. a rejeté la prétention de l'intimée fondée sur le résultat global de la série — Cependant, la C.C.I. a conclu qu'une seule opération au cours de la réorganisation avait entraîné l'application de l'art. 160(1), et a confirmé la cotisation sur ce fondement — L'appelante a affirmé que la C.C.I. avait conclu à bon droit que le résultat global de la série d'opérations n'entraînait pas l'application de l'art. 160(1), mais elle a soutenu que la C.C.I. avait confirmé à tort la cotisation sur le fondement de l'opération qu'elle avait mentionnée — L'intimée a contesté la conclusion de la C.C.I. sur le résultat global de la série et a soutenu que l'art. 160(1) s'appliquait en raison d'une opération distincte de celle sur laquelle s'était fondée la C.C.I. — Les opérations de réorganisation ont toutes été effectuées en mars 2002 — En 2003, le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'ancienne société pour ses années d'imposition 2000 et 2001; l'impôt à payer était de 13 368,48 \$ — En 2004, le ministre a établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'ancienne société pour son année d'imposition 2002; l'impôt à payer s'élevait à 113 366,10 \$ — En mars 2014, le ministre a établi une cotisation à l'égard de l'appelante sous le régime de l'art. 160(1) de la Loi; le montant ainsi cotisé s'élevait à 287 223,51 \$ — Aux termes de cette cotisation, l'appelante était solidaire de la dette fiscale de l'ancienne société établie pour les années d'imposition 2000, 2001 et 2002, en plus des intérêts courus, du fait qu'elle n'avait pas offert une contrepartie suffisante pour les biens que lui avait transférés l'ancienne société le 19 mars 2002 — Il s'agissait de savoir si l'existence et la valeur de la contrepartie donnée par l'appelante à l'ancienne société doivent être déterminées au moment où les biens ont été transférés à l'appelante, comme l'a indiqué la C.C.I., ou au terme de la réorganisation à la lumière du résultat global, comme l'a affirmé l'intimée — L'intimée a fait valoir à titre de question préliminaire que l'actionnaire, M. Piche, était au courant de la possibilité d'obligations indéterminées, y compris des dettes fiscales, et que la réorganisation constituait un moyen de ne pas s'en acquitter — Le droit est sans équivoque : l'application de l'art. 160(1) n'est pas subordonnée à l'intention de se dérober au paiement d'une dette fiscale; toutefois, un mobile illicite peut jouer sur la manière dont la Cour évalue les opérations et leurs répercussions — Il n'était pas loisible à l'intimée d'invoquer cet argument à une étape avancée de la procédure, après avoir choisi de ne pas contester le témoignage de M. Piche au procès — L'art. 160(1) a pour objet de supprimer pour le fisc toute vulnérabilité découlant d'un transfert de biens entre personnes ayant un lien de dépendance fondé sur une contrepartie inférieure à la juste valeur marchande des biens transférés — Les quatre critères essentiels à l'application de l'art. 160(1) sont « clair[s] » et « se révèlent évidents » : 1) l'auteur du transfert doit être tenu de payer des impôts en vertu de la Loi au moment de ce transfert; 2) il doit y avoir eu transfert de biens; 3) le bénéficiaire du transfert doit être une personne avec laquelle l'auteur du transfert avait un lien de dépendance ou un autre bénéficiaire désigné; 4) la juste valeur marchande des biens transférés doit excéder

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

la juste valeur marchande de la contrepartie donnée par le bénéficiaire du transfert — En l'espèce, les trois premiers critères n'étaient pas sujets à controverse — La seule question était de savoir si l'appelante avait offert une contrepartie suffisante en échange des biens que lui avait transférés l'ancienne société — Le concept de la « série d'opérations » permet aux cours d'examiner le résultat global visé lorsqu'il s'agit de déterminer l'effet juridique de la série, mais ce concept ne s'applique que dans le cas où, comme en l'espèce, chacune des opérations avait un objet valable non fiscal — Ce concept est étranger à l'application de l'art. 160(1) — De même, l'énoncé liminaire de l'art. 160(1) (« [l]orsqu'une personne a [. . .] transféré des biens, directement ou indirectement, au moyen d'une fiducie ou de toute autre façon ») vise toutes les formes de transferts, y compris ceux qui résultent de l'effet combiné de multiples opérations, que ces dernières soient prédéterminées ou non — En l'espèce, les actifs associés à la nouvelle société ont été transférés au moyen d'une simple opération à la troisième étape de la réorganisation; il n'était donc pas nécessaire de renvoyer au libellé général de l'énoncé liminaire de la disposition pour déterminer le transfert — Fait important, cet énoncé liminaire rédigé en termes généraux vise à élargir la notion de transfert; il n'intervient pas dans l'examen de la suffisance de la contrepartie offerte en échange des biens faisant l'objet du transfert, laquelle question tombe sous le coup de l'art. 160(1)e(i) — À défaut d'un subterfuge ou d'une disposition légale à l'effet contraire — rien de tel ne jouait dans la présente affaire — l'intimée ne pouvait faire fi du transfert des biens de l'ancienne société à la nouvelle société réalisé en échange d'une contrepartie égale à la juste valeur marchande de ces biens au moment du transfert — Enfin, un transfert de biens intervient instantanément, tant en droit civil qu'en common law — Le moment précis et manifeste où le transfert a lieu sous le régime de chacun des systèmes juridiques fonde le choix du législateur qui a prévu, d'une part, que la valeur des biens est déterminée au moment du transfert et, d'autre part, que la valeur de la contrepartie est déterminée à ce moment — La C.C.I. a conclu à bon droit que la contrepartie doit être évaluée en fonction des biens faisant l'objet du transfert au moyen d'un « instantané » pris au moment du transfert — En l'espèce, personne n'a prétendu que l'appelante n'avait pas donné une contrepartie suffisante à l'ancienne société à ce moment — De son propre chef, la C.C.I. a conclu que la compensation réciproque des billets à ordre, à savoir la sixième étape de la réorganisation, constituait une opération distincte s'étant soldée par un transfert pour lequel une contrepartie insuffisante avait été donnée à l'ancienne société — Il n'était pas loisible à la C.C.I. de conclure que le billet à ordre émis par la nouvelle société avait une valeur « considérable » tandis que celui émis par l'ancienne société avait une valeur « symbolique », car les deux instruments étaient adossés aux mêmes biens — Quelle que soit la valeur du billet à ordre émis par la nouvelle société, les biens adossés au billet à ordre émis par l'ancienne société ne pouvaient valoir moins, et vice versa — Le billet à ordre émis par l'ancienne société représentait une véritable créance d'une valeur de 30 M\$ — Le droit est sans équivoque : le règlement d'une véritable dette ne fait pas jouer l'art. 160(1), et c'est ce qui s'est produit lorsque les billets ont été éteints — Il s'en est suivi qu'il n'était pas loisible à la C.C.I. de confirmer la cotisation pour cet autre motif — En dernier ressort, le nouvel argument de l'intimée pour justifier la cotisation, à savoir que même si le billet à ordre d'une valeur nominale de 30 M\$ a été émis afin d'effectuer le rachat des actions de catégorie C de l'ancienne société dans le cadre de la réorganisation, cette dernière n'a en réalité rien reçu en retour, a été rejeté — Appel accueilli.

EYEBALL NETWORKS INC. C. CANADA (A-308-19, 2021 CAF 17, juge en chef Noël, motifs du jugement en date du 29 janvier 2021, 24 p.)

PRATIQUE**ACTES DE PROCÉDURE***Modifications*

Requête demandant une ordonnance ayant pour effet de supprimer une « erreur mutuelle » ou une « erreur commune » en modifiant le paragraphe 76 de l'exposé conjoint des faits (ECF)¹ — Le demandeur a demandé que les mots « une étape initiale obligatoire pour la nomination » soient remplacés par « une étape du processus de nomination » — La présente instance tire sa source d'une décision rendue par le Tribunal canadien des droits de la personne (2014 TCDP 19), qui a conclu que Transports Canada avait fait preuve de discrimination fondée sur une déficience envers le demandeur dans le cadre d'un processus de sélection — Le Tribunal a ordonné à Transports Canada d'intégrer le demandeur, « sous réserve de la cote de sécurité requise » — Le demandeur a par la suite déposé un avis de requête pour outrage relativement à l'ordonnance du Tribunal — Les parties ont déposé un ECF devant être utilisé à l'audition de la requête pour outrage — Cette requête a été rejetée — Le demandeur a

¹ En date du présent exposé conjoint des faits, Transports Canada n'a pas reçu les formulaires d'autorisation de sécurité remplis par M. Hughes, une étape initiale obligatoire pour la nomination au poste d'analyste de la sûreté maritime.

PRATIQUE—Suite

fait appel à la Cour en vertu de la règle 51 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (Règles) — Il a introduit la présente requête pendant que la Cour était saisie de l'appel en vertu de la règle 51 — Il a affirmé qu'il n'avait pas remarqué l'erreur dans l'ECF lorsque la décision relativement à la requête pour outrage a été rendue — Il a mal lu le paragraphe 76 et l'a compris comme signifiant « qu'une autorisation de sécurité devait être soumise à un moment donné, mais pas qu'elle devait être soumise en premier lieu » — Le défendeur a soutenu que le demandeur avait accepté l'ECF en 2019 et ne pouvait pas maintenant se rétracter — Il s'agissait de savoir si l'ECF devrait être modifié — La règle 75 permet à une partie de modifier un « document », à certaines conditions — L'utilisation fréquente et variée du terme « document » dans les Règles laisse penser qu'il a un sens large — La question était de savoir si un ECF déposé auprès de la Cour par les parties dans une instance est un « document » qui peut être modifié en vertu de la règle 75 — La réponse est oui — Un ECF s'apparente suffisamment et remplit des fonctions importantes similaires aux documents qui sont expressément visés ou dont le dépôt est prescrit par les Règles tels que les actes de procédure — Il serait anormal que la Cour ne puisse pas connaître de modifications proposées à un ECF déposé auprès d'elle — Un ECF est par nature très différent d'un accord commercial que deux parties concluent dans le cours de leurs affaires, avant un litige — La règle 75 permet à la Cour d'autoriser « une partie » (au singulier) à modifier un document déposé auprès d'elle — Compte tenu de la nature des questions soulevées en l'espèce concernant l'erreur, l'utilisation du terme « une » partie à la règle 75 ne constitue pas un obstacle insurmontable à la présente requête — La règle 75, par ses propres termes ou par analogie au moyen de la règle 4, permet à la Cour de trancher la présente requête en modification de l'ECF — La décision de la Cour dans l'affaire *Janssen Inc. c. AbbVie Corporation*, 2014 CAF 242, fournit des orientations sur les facteurs à prendre en considération pour autoriser la modification d'un document — Dans la présente affaire, il n'était pas dans l'intérêt de la justice de permettre la modification proposée — Beaucoup de temps s'est écoulé depuis le dépôt de l'ECF par les parties — Depuis le dépôt de l'ECF, les deux parties et la Cour se sont fondées sur lui de manière générale et ont expressément invoqué le paragraphe 76 — La modification proposée à l'ECF causerait un préjudice à la partie défenderesse et aurait une incidence apparente sur les décisions et le processus de la Cour — Il n'est pas possible d'établir des conditions en vertu de la règle 75(1) qui protègent les droits du défendeur — Les circonstances et les éléments de preuve n'étaient pas les observations du demandeur essentiellement concernant une erreur liée au paragraphe 76 — Le demandeur n'a fourni aucun fondement lui permettant de faire modifier le paragraphe 76 en raison d'une erreur — Requête rejetée.

HUGHES C. CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) (T-1315-18, 2020 CF 1096, juge Little, motifs de l'ordonnance en date du 30 novembre 2020, 26 p.)

ORDONNANCES DE CONFIDENTIALITÉ

Appel d'une décision de la Cour fédérale (2018 CF 938) accueillant un appel d'une décision de la protonotaire qui a rejeté une requête déposée par le commissaire à l'intégrité du secteur public du Canada (le commissaire), en vertu de la règle 151 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), visant l'obtention d'une ordonnance de confidentialité à l'égard de certains aspects du dossier certifié supplémentaire dont le dépôt avait été ordonné par la protonotaire — L'appelante est devenue vice-présidente des communications et des affaires publiques pour l'Agence canadienne d'inspection des aliments en 2014 — Des employé(e)s ont déposé deux plaintes pour harcèlement psychologique contre l'appelante — Le commissaire a conclu que l'appelante avait commis des actes répréhensibles visés par la Loi — Par sa demande de contrôle judiciaire, l'appelante demandait au commissaire de lui transmettre, conformément à la règle 317, copie de tous les documents et de toute l'information étant en sa possession et ayant fait l'objet de l'enquête et de la décision — Le commissaire a déposé une opposition en vertu de la règle 318(2) — La protonotaire a conclu que l'ordonnance de confidentialité recherchée par le commissaire n'était pas justifiée dans les circonstances — La Cour fédérale a énoncé que la protonotaire avait omis de considérer la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *A.B. c. Bragg Communications Inc.*, 2012 CSC 46, [2012] 2 R.C.S. 567 — Elle était d'avis que la protonotaire avait erré en exigeant que le commissaire démontre les effets préjudiciables de la divulgation publique de l'identité des divulgateurs et des témoins — Elle a conclu qu'il ne pouvait faire de doute que le législateur considérait comme essentiel la confidentialité des divulgations et des témoignages aux fins des objectifs de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, L.C. 2005, ch. 46 (la Loi) — Elle a aussi conclu que le commissaire avait démontré que l'ordonnance recherchée était nécessaire pour assurer l'anonymat des témoins et des divulgateurs — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a erré en accueillant l'appel de la décision de la protonotaire — Compte tenu des principes énoncés par la Cour suprême, notamment dans les arrêts *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, 2002 CSC 41, [2002] 2 R.C.S. 522 et *Bragg*, il ne peut faire de doute que la Cour fédérale a erré en concluant comme elle l'a fait — La Cour fédérale a justifié son intervention au motif que la protonotaire avait imposé au commissaire un fardeau de preuve trop onéreux — Elle a érigé en principe absolu que la divulgation des noms des divulgateurs et des témoins devait toujours être prohibée — En concluant

PRATIQUE—Fin

ainsi, la Cour fédérale a mal compris les enseignements de la Cour suprême et plus particulièrement ceux énoncés dans l'arrêt *Bragg* — Il est incontestable que dans l'arrêt *Bragg* la Cour suprême n'a nullement remis en question les principes énoncés dans la jurisprudence, dont l'arrêt *Sierra Club*, selon lesquels le préjudice qui pouvait résulter d'une divulgation devait être « bien étayé par la preuve » — La Cour suprême s'est attardée, non pas au fardeau de preuve reposant sur celui qui désirait obtenir une ordonnance de confidentialité, mais plutôt sur la qualité ou la nature de la preuve devant être mise de l'avant pour obtenir l'ordonnance recherchée — L'exercice de la discrétion sous la règle 151 requiert qu'un juge analyse tous les faits pertinents et toutes les circonstances susceptibles de démontrer l'existence ou non d'un préjudice à l'égard de l'intérêt important que l'on cherche à protéger et ainsi rendre l'ordonnance appropriée — La Cour fédérale n'a nullement tenté d'exercer sa discrétion en la présente instance — Elle a conclu au préjudice sérieux sans aucune preuve pouvant justifier sa conclusion — Elle a confondu l'existence d'un intérêt important, à savoir la protection des divulgateurs et des témoins, avec l'existence d'un risque sérieux de préjudice pouvant résulter d'une divulgation de l'identité de ces derniers — Le fait que le législateur ait énoncé dans la Loi qu'il était nécessaire d'établir des mécanismes de divulgation et de protection, ne mène nullement à la conclusion que dans tous les cas de dénonciation, le public n'aura pas droit de connaître l'identité des divulgateurs et des témoins — La Cour fédérale devait se pencher sur la question à savoir s'il existait ou pouvait exister un risque sérieux de préjudice en l'instance pour les divulgateurs et les témoins si leur identité était rendue publique — Elle a omis de s'interroger sur cette question puisqu'elle a conclu que l'existence de la Loi suffisait pour en arriver à une conclusion de risque sérieux de préjudice — Elle a subordonné l'exercice de son pouvoir discrétionnaire à ce qu'elle estimait être l'objectif de la Loi — Ce faisant, sa démarche analytique a eu pour effet de convertir le pouvoir discrétionnaire sous la règle 151 en pouvoir lié — Telle n'était pas l'intention du législateur en édictant la Loi — La règle 151 et les principes formulés par la Cour suprême doivent être considérés relativement à toute détermination d'une ordonnance de confidentialité — Appel accueilli.

DESJARDINS C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-316-18, 2020 CAF 123, Nadon J.C.A., motifs du jugement en date du 17 juillet 2020, 37 p.)



2021 Volume 2

Federal Courts Reports

Recueil des décisions des Cours fédérales

EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

FRANÇOIS BOVIN, B.Soc.Sc., LL.B./B.Sc.Soc., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAUDEAU, Q.C./c.r.

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

ARRÊTISTES

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager
LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

NATHAN GAGNIER

Production Coordinator

EMMA KALY

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication
LINDA BRUNET

Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY

NATHAN GAGNIER

Coordonnatrice, production

EMMA KALY

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, MARC A. GIROUX, COMMISSIONER.

Le *Recueil des décisions des Cours fédérales* est publié conformément à la *Loi sur les Cours fédérales*. L'arrêtiiste 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 MARC A. GIROUX.

JUDGES OF THE FEDERAL COURTS

FEDERAL COURT OF APPEAL CHIEF JUSTICE

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;
Appointed October 9, 2014)*

FEDERAL COURT OF APPEAL JUDGES

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;
Supernumerary February 16, 2014)*

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 DAVID W. STRATAS
(Appointed December 11, 2009)

The Honourable WYMAN W. WEBB
(Appointed October 4, 2012; Supernumerary January 1, 2022)

The Honourable RICHARD BOIVIN
*(Appointed Judge of the Federal Court June 19, 2009;
Appointed April 10, 2014)*

The Honourable DONALD J. RENNIE
*(Appointed Judge of the Federal Court September 30, 2010;
Appointed February 26, 2015)*

The Honourable YVES de MONTIGNY
*(Appointed Judge of the Federal Court November 19, 2004;
Appointed June 26, 2015)*

The Honourable MARY J.L. GLEASON
*(Appointed Judge of the Federal Court December 15, 2011;
Appointed June 26, 2015)*

The Honourable JUDITH M. WOODS
*(Appointed Judge of the Tax Court of Canada March 20, 2003;
Appointed June 16, 2016; Supernumerary April 1, 2018)*

The Honourable JOHN B. LASKIN
(Appointed June 21, 2017)

The Honourable MARIANNE RIVOALEN
(Appointed September 21, 2018)

The Honourable GEORGE R. LOCKE
*(Appointed Judge of the Federal Court April 10, 2014;
Appointed March 7, 2019)*

The Honourable ANNE L. MACTAVISH
*(Appointed Judge of the Federal Court November 19, 2003;
Appointed June 22, 2019)*

The Honourable RENÉ LEBLANC
*(Appointed Judge of the Federal Court April 10, 2014;
Appointed April 28, 2020)*

The Honourable K.A. SIOBHAN MONAGHAN
(Appointed August 4, 2021)

The Honourable SYLVIE E. ROUSSEL
*(Appointed Judge of the Federal Court June 26, 2015;
Appointed April 19, 2022)*

The Honourable NATHALIE N. GOYETTE
(Appointed October 20, 2022)

**FEDERAL COURT
CHIEF JUSTICE**

The Honourable PAUL S. CRAMPTON
*(Appointed Judge of the Federal Court November 26, 2009;
Appointed December 15, 2011)*

**FEDERAL COURT
ASSOCIATE CHIEF JUSTICE**

The Honourable JOCELYNE GAGNÉ
*(Appointed Judge of the Federal Court May 31, 2012;
Appointed December 12, 2018)*

FEDERAL COURT JUDGES

The Honourable ELIZABETH HENEGHAN
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) November 15, 1999)*

The Honourable SIMON NOËL
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) August 8, 2002;
Supernumerary September 1, 2017)*

The Honourable JAMES O'REILLY
*(Appointed Judge of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) December 12, 2002;
Supernumerary May 29, 2019)*

The Honourable RICHARD G. MOSLEY
(Appointed November 4, 2003; Supernumerary November 4, 2018)

The Honourable RUSSEL W. ZINN
(Appointed February 20, 2008)

The Honourable CATHERINE M. KANE
(Appointed June 21, 2012)

The Honourable MICHAEL D. MANSON
(Appointed October 4, 2012)

The Honourable YVAN ROY
(Appointed December 13, 2012)

The Honourable CECILY Y. STRICKLAND
(Appointed December 13, 2012)

The Honourable GLENNYS L. McVEIGH
(Appointed April 25, 2013)

The Honourable MARTINE ST-LOUIS
(Appointed April 10, 2014)

The Honourable HENRY S. BROWN
(Appointed June 13, 2014)

The Honourable ALAN DINER
(Appointed June 13, 2014)

The Honourable SIMON FOTHERGILL
(Appointed December 12, 2014)

The Honourable B. RICHARD BELL
(Appointed February 5, 2015)

The Honourable DENIS GASCON
(Appointed February 26, 2015)

The Honourable RICHARD F. SOUTHCOTT
(Appointed May 5, 2015)

The Honourable PATRICK K. GLEESON
(Appointed May 29, 2015)

The Honourable E. SUSAN ELLIOTT
(Appointed June 26, 2015)

The Honourable ANN MARIE McDONALD
(Appointed September 1, 2015)

The Honourable ROGER R. LAFRENIÈRE
*(Appointed as a Prothonotary of the Federal Court of Canada,
Trial Division (now the Federal Court) April 1, 1999;
Appointed June 8, 2017; Supernumerary June 4, 2021)*

The Honourable WILLIAM F. PENTNEY
(Appointed June 21, 2017)

The Honourable SHIRZAD S. AHMED
(Appointed September 14, 2017)

The Honourable SÉBASTIEN GRAMMOND
(Appointed November 9, 2017)

The Honourable PAUL FAVEL
(Appointed December 11, 2017)

The Honourable ELIZABETH WALKER
(Appointed February 26, 2018)

The Honourable JOHN NORRIS
(Appointed February 26, 2018)

The Honourable PETER G. PAMEL
(Appointed May 2, 2019)

The Honourable NICHOLAS McHAFFIE
(Appointed May 2, 2019)

The Honourable JANET M. FUHRER
(Appointed June 27, 2019)

The Honourable CHRISTINE PALLOTTA
(Appointed January 30, 2020)

The Honourable ANDREW D. LITTLE
(Appointed April 28, 2020)

The Honourable ANGELA FURLANETTO
*(Appointed as a Prothonotary of the Federal Court March 7, 2019;
Appointed February 26, 2021)*

The Honourable LOBAT SADREHASHEMI
(Appointed March 31, 2021)

The Honourable MANDY AYLEN
*(Appointed as a Prothonotary of the Federal Court June 16, 2016;
Appointed August 4, 2021)*

The Honourable AVVY YAO-YAO GO
(Appointed August 4, 2021)

The Honourable VANESSA ROCHESTER
(Appointed August 4, 2021)

The Honourable GUY RÉGIMBALD
(Appointed October 11, 2022)

DEPUTY JUDGES

None at present

PROTHONOTARIES

MIREILLE TABIB

(Appointed April 22, 2003)

MARTHA MILCZYNSKI

(Appointed September 25, 2003)

KEVIN R. AALTO

(Appointed May 7, 2007; Supernumerary August 1, 2022)

KATHLEEN M. RING

(Appointed December 19, 2017)

ALEXANDRA STEELE

(Appointed May 15, 2018)

SYLVIE M. MOLGAT

(Appointed November 21, 2018)

CATHERINE A. COUGHLAN

(Appointed August 4, 2021)

L.E. TRENT HORNE

(Appointed August 4, 2021)

BENOIT M. DUCHESNE

(Appointed March 25, 2022)

JUGES DES COURS FÉDÉRALES

LE JUGE EN CHEF COUR D'APPEL FÉDÉRALE

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; nommé le 9 octobre 2014)*

LES JUGES DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

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; surnuméraire le 16 février 2014)*

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 DAVID W. STRATAS
(nommé le 11 décembre 2009)

L'honorable WYMAN W. WEBB
(nommé le 4 octobre 2012; surnuméraire le 1 janvier 2022)

L'honorable RICHARD BOIVIN
*(nommé juge à la Cour fédérale le 19 juin 2009;
nommé le 10 avril 2014)*

L'honorable DONALD J. RENNIE
*(nommé juge à la Cour fédérale le 30 septembre 2010;
nommé le 26 février 2015)*

L'honorable YVES de MONTIGNY
*(nommé juge à la Cour fédérale le 19 novembre 2004;
nommé le 26 juin 2015)*

L'honorable MARY J.L. GLEASON
*(nommée juge à la Cour fédérale le 15 décembre 2011;
nommée le 26 juin 2015)*

L'honorable JUDITH M. WOODS
*(nommée juge à la Cour canadienne de l'impôt le 20 mars 2003;
nommée le 16 juin 2016; surnuméraire, le 1 avril 2018)*

L'honorable JOHN B. LASKIN
(nommé le 21 juin 2017)

L'honorable MARIANNE RIVOALEN
(nommée le 21 septembre 2018)

L'honorable GEORGE R. LOCKE
*(nommé juge à la Cour fédérale le 10 avril 2014;
nommé le 7 mars 2019)*

L'honorable ANNE L. MACTAVISH
*(nommée juge à la Cour fédérale le 19 novembre 2003;
nommée le 22 juin 2019)*

L'honorable RENÉ LEBLANC
*(nommé juge à la Cour fédérale le 10 avril 2014;
nommé le 28 avril 2020)*

L'honorable K.A. SIOBHAN MONAGHAN
(nommée le 8 août 2021)

L'honorable SYLVIE E. ROUSSEL
*(nommée juge à la Cour fédérale le 26 juin 2015;
nommée le 19 avril 2022)*

L'honorable NATHALIE N. GOYETTE
(nommée le 20 octobre 2022)

**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)*

**LA JUGE EN CHEF ADJOINTE
COUR FÉDÉRALE**

L'honorable JOCELYNE GAGNÉ
*(nommée juge à la Cour fédérale le 31 mai 2012;
nommée le 12 décembre 2018)*

LES JUGES DE LA COUR FÉDÉRALE

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 SIMON NOËL
*(nommé juge à la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale)
le 8 août 2002; surnuméraire le 1^{er} septembre 2017)*

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; surnuméraire le 29 mai 2019)*

L'honorable RICHARD G. MOSLEY
(nommé le 4 novembre 2003; surnuméraire le 4 novembre 2018)

L'honorable RUSSEL W. ZINN
(nommé le 20 février 2008)

L'honorable CATHERINE M. KANE
(nommée le 21 juin 2012)

L'honorable MICHAEL D. MANSON
(nommé le 4 octobre 2012)

L'honorable YVAN ROY
(nommé le 13 décembre 2012)

L'honorable CECILY Y. STRICKLAND
(nommée le 13 décembre 2012)

L'honorable GLENNYS L. McVEIGH
(nommée le 25 avril 2013)

L'honorable MARTINE ST-LOUIS
(nommée le 10 avril 2014)

L'honorable HENRY S. BROWN
(nommé le 13 juin 2014)

L'honorable ALAN DINER
(nommé le 13 juin 2014)

L'honorable SIMON FOTHERGILL
(nommé le 12 décembre 2014)

L'honorable B. RICHARD BELL
(nommé le 5 février 2015)

L'honorable DENIS GASCON
(nommé le 26 février 2015)

L'honorable RICHARD F. SOUTHCOTT
(nommé le 5 mai 2015)

L'honorable PATRICK K. GLEESON
(nommé le 29 mai 2015)

L'honorable E. SUSAN ELLIOTT
(nommée le 26 juin 2015)

L'honorable ANN MARIE McDONALD
(nommée le 1 septembre 2015)

L'honorable ROGER R. LAFRENIÈRE
*(nommé protonotaire de la Cour fédérale du Canada,
Section de première instance (maintenant la Cour fédérale) le 1^{er} avril 1999;
nommé le 8 juin 2017; surnuméraire le 4 juin 2021)*

L'honorable WILLIAM F. PENTNEY
(nommé le 21 juin 2017)

L'honorable SHIRZAD S. AHMED
(nommé le 14 septembre 2017)

L'honorable SÉBASTIEN GRAMMOND
(nommé le 9 novembre 2017)

L'honorable PAUL FAVEL
(nommé le 11 décembre 2017)

L'honorable ELIZABETH WALKER
(nommée le 26 février 2018)

L'honorable JOHN NORRIS
(nommé le 26 février 2018)

L'honorable PETER G. PAMEL
(nommé le 2 mai 2019)

L'honorable NICHOLAS McHAFFIE
(nommé le 2 mai 2019)

L'honorable JANET M. FUHRER
(nommée le 27 juin 2019)

L'honorable CHRISTINE PALLOTTA
(nommée le 30 janvier 2020)

L'honorable ANDREW D. LITTLE
(nommé le 28 avril 2020)

L'honorable ANGELA FURLANETTO
*(nommée protonotaire de la Cour fédérale le 7 mars 2019;
nommée le 26 février 2021)*

L'honorable LOBAT SADREHASHEMI
(nommée le 31 mars 2021)

L'honorable MANDY AYLEN
*(nommée protonotaire de la Cour fédérale le 16 juin 2016;
nommée le 4 août 2021)*

L'honorable AVVY YAO-YAO GO
(nommée le 4 août 2021)

L'honorable VANESSA ROCHESTER
(nommée le 4 août 2021)

L'honorable GUY RÉGIMBALD
(nommé le 11 octobre 2022)

JUGES SUPPLÉANTS

Aucun en ce moment

PROTONOTAIRES

MIREILLE TABIB

(nommée le 22 avril 2003)

MARTHA MILCZYNSKI

(nommée le 25 septembre 2003)

KEVIN R. AALTO

(nommé le 7 mai 2007; surnuméraire le 1 août 2022)

KATHLEEN M. RING

(nommée le 19 décembre 2017)

ALEXANDRA STEELE

(nommée le 15 mai 2018)

SYLVIE M. MOLGAT

(nommée le 21 novembre 2018)

CATHERINE A. COUGHLAN

(nommée le 4 août 2021)

L.E. TRENT HORNE

(nommé le 4 août 2021)

BENOIT M. DUCHESNE

(nommé le 25 mars 2022)

APPEALS NOTED IN THIS VOLUME

FEDERAL COURT OF APPEAL

ABB Inc. v. Canadian National Railway Company, 2020 FC 817, [2020] 4 F.C.R. 303, has been reversed on appeal (*CSX Transportation, Inc. v. ABB Inc.*, A-232-20, 2022 FCA 96). The reasons for judgment, handed down May 31, 2022, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Camayo v. Canada (Citizenship and Immigration), 2020 FC 213, [2020] 2 F.C.R. 575, has been affirmed on appeal (A-79-20, 2022 FCA 50). The reasons for judgment, handed down March 29, 2022, will be published in the *Federal Courts Reports*.

Ermineskin Cree Nation v. Canada (Environment and Climate Change), T-1014-20, 2021 FC 758, has been affirmed on appeal (A-254-21, A-261-21, 2022 FCA 123), reasons for judgment handed down July 4, 2022.

Mohr v. National Hockey League, T-1080-20, 2021 FC 488, has been affirmed on appeal (A-182-21, 2022 FCA 145), reasons for judgment handed down August 17, 2022. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

Prairies Tubulars (2015) Inc. v. Canada (Border Services Agency), 2021 FC 36, [2021] 2 F.C.R. 57, has been affirmed on appeal (A-43-21, 2022 FCA 92), reasons for judgment handed down May 25, 2022.

XY v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness), IMM-5379-20, IMM-5380-20, 2021 FC 831, has been affirmed on appeal (A-262-21, 2022 FCA 113), reasons for judgment handed down June 13, 2022.

SUPREME COURT OF CANADA

Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2020 FCA 100, [2021] 1 F.C.R. 374, has been affirmed on appeal (2022 SCC 30). The reasons for judgment, handed down July 15, 2022, will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Bangloy v. Canada (Attorney General), A-42-21, 2021 FCA 245, Rivoalen J.A., judgment dated December 30, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused August 4, 2022.

APPELS NOTÉS DANS CE VOLUME

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *ABB Inc. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, 2020 CF 817, [2020] 4 R.C.F. 303, a été infirmée en appel (*CSX Transportation, Inc. c. ABB Inc.*, A-232-20, 2022 CAF 96). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 31 mai 2022, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Camayo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2020 CF 213, [2020] 2 R.C.F. 575, a été confirmée en appel (A-79-20, 2022 CAF 50). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 29 mars 2022, seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Nation Crie Ermineskin c. Canada (Environnement et Changement climatique)*, T-1014-20, 2021 CF 758, a été confirmée en appel (A-254-21, A-261-21, 2022 CAF 123), les motifs du jugement ayant été prononcés le 4 juillet 2022.

La décision *Mohr c. Ligue nationale de hockey*, T-1080-20, 2021 CF 488, a été confirmée en appel (A-182-21, 2022 CAF 145), les motifs du jugement ayant été prononcés le 17 août 2022. Les deux décisions seront publiés dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

La décision *Prairies Tubulars (2015) Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2021 CF 36, [2021] 2 R.C.F. 57, a été confirmée en appel (A-43-21, 2022 CAF 92), les motifs du jugement ayant été prononcés le 25 mai 2022.

La décision *XY c. Canada (Sécurité et Protection civile)*, IMM-5379-20, IMM-5380-20, 2021 CF 831, a été confirmée en appel (A-262-21, 2022 CAF 113), les motifs du jugement ayant été prononcés le 13 juin 2022.

COUR SUPRÊME DU CANADA

L'arrêt *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2020 CAF 100, [2021] 1 R.C.F. 374, a été confirmé en appel (2022 CSC 30). Les motifs du jugement, qui ont été prononcés le 15 juillet 2022, seront publiés dans le *Recueil des arrêts de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Bangloy c. Canada (Procureur général), A-42-21, 2021 CAF 245, la juge Rivoalen, J.C.A., jugement en date du 30 décembre 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 août 2022.

Bernard v. Canada (Professional Institute of the Public Service), 20-A-12, 2020 FCA 211, Stratas J.A., judgment dated December 9, 2020, leave to appeal to S.C.C. refused May 19, 2022.

Canada RNA Biochemical Inc. v. Canada (Health), A-179-20, 2021 FCA 213, Rennie J.A., judgment dated November 2, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused May 12, 2022.

McNeeley v. Canada, A-260-20, A-261-20, A-262-20, 2021 FCA 218, Webb J.A., judgment dated November 15, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused May 26, 2022.

Merck Canada Inc. v. Canada (Health), A-143-21, 2021 FCA 224, Gauthier J.A., judgment dated November 22, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused May 12, 2022.

M.S. v. Canada, A-291-20, 2021 FCA 225, Noël C.J., judgment dated November 22, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused July 28, 2022.

Mudie v. Canada (Attorney General), A-105-21, 2021 FCA 239, de Montigny J.A., judgment dated December 9, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused August 4, 2022.

National Benefit Authority Corporation v. Canada, A-194-20, 2022 FCA 17, Woods J.A., judgment dated February 1, 2022, leave to appeal to S.C.C. refused August 4, 2022.

Salna v. Voltage Pictures, LLC, A-439-19, 2021 FCA 176, Rennie J.A., judgment dated September 8, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused May 26, 2022.

TVA Group Inc. v. Bell Canada, A-289-19, 2021 FCA 153, Boivin J.A., judgment dated July 28, 2021, leave to appeal to S.C.C. refused May 12, 2022.

Bernard c. Canada (Institut professionnel de la fonction publique), 20-A-12, 2020 CAF 211, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 9 décembre 2020, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 19 mai 2022.

Canada RNA Biochemical Inc. c. Canada (Santé), A-179-20, 2021 CAF 213, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 2 novembre 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 12 mai 2022.

McNeeley c. Canada, A-260-20, A-261-20, A-262-20, 2021 CAF 218, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 15 novembre 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 26 mai 2022.

Merck Canada Inc. c. Canada (Santé), A-143-21, 2021 CAF 224, la juge Gauthier, J.C.A., jugement en date du 22 novembre 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 12 mai 2022.

M.S. c. Canada, A-291-20, 2021 CAF 225, le juge en chef Noël, jugement en date du 22 novembre 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 28 juillet 2022.

Mudie c. Canada (Procureur général), A-105-21, 2021 CAF 239, le juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 9 décembre 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 août 2022.

National Benefit Authority Corporation c. Canada, A-194-20, 2022 CAF 17, la juge Woods, J.C.A., jugement en date du 1^{er} février 2022, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 4 août 2022.

Salna c. Voltage Pictures, LLC, A-439-19, 2021 CAF 176, le juge Rennie, J.C.A., jugement en date du 8 septembre 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 26 mai 2022.

Groupe TVA inc. c. Bell Canada, A-289-19, 2021 CAF 153, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 28 juillet 2021, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 12 mai 2022.

**TABLE
OF CASES REPORTED
IN THIS VOLUME**

	PAGE
A	
Acho Dene Koe First Nation (F.C.), Bertrand v.	544
Alberta (Attorney General) v. British Columbia (Attorney General) (F.C.A.).	426
Allergan Inc. v. Sandoz Canada Inc. (F.C.).	357
Alvarez Rivera v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	169
Apotex Inc. v. Bayer Inc. (F.C.A.)	184
B	
Bayer Inc. (F.C.A.), Apotex Inc. v.	184
Bertrand v. Acho Dene Koe First Nation (F.C.)	544
British Columbia (Attorney General) (F.C.A.), Alberta (Attorney General) v.	426
C	
Canada (Border Services Agency) (F.C.), Prairies Tubulars (2015) Inc. v.	57
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Alvarez Rivera v.	169
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Pascal v.	3
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Toor v.	521
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Zhang v.	95
Canada (Health) v. GlaxoSmithKline Biologicals S.A. (F.C.A.)	647
Canada v. Tk'emlúps Te Secwépemc First Nation (F.C.A.)	499
Canadian Security Intelligence Service Act (Re) (F.C.)	243
Canadian Security Intelligence Service Act (Re) (F.C.)	289
G	
GlaxoSmithKline Biologicals S.A. (F.C.A.), Canada (Health) v.	647
M	
Merck Sharp & Dohme Corp. v. Sandoz Canada Inc. (F.C.)	391
M-I L.L.C. (F.C.A.), Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. v.	582

	PAGE
P	
Pascal v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	3
Prairies Tubulars (2015) Inc. v. Canada (Border Services Agency) (F.C.)	57
S	
Sandoz Canada Inc. (F.C.), Allergan Inc. v.	357
Sandoz Canada Inc. (F.C.), Merck Sharp & Dohme Corp. v.	391
T	
Tk'emlúps Te Secwépemc First Nation (F.C.A.), Canada v.	499
Toor v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	521
W	
Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. v. M-I L.L.C. (F.C.A.)	582
Z	
Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	95

**TABLE
DES DÉCISIONS PUBLIÉES
DANS CE VOLUME**

	PAGE
A	
Alberta (Procureur general) c. Colombie-Britannique (Procureur général)	426
Allergan Inc. c. Sandoz Canada Inc. (C.F.)	357
Alvarez Rivera c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	169
Apotex Inc. c. Bayer Inc. (C.A.F.)	184
B	
Bayer Inc. (C.A.F.), Apotex Inc. c.	184
Bertrand c. Première Nation Acho Dene Koe (C.F.)	544
C	
Canada (Agence des services frontaliers) (C.F.), Prairies Tubulars (2015) Inc. c.	57
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Alvarez Rivera c.	169
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Pascal c.	3
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Toor c.	521
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Zhang c.	95
Canada (Santé) c. GlaxoSmithKline Biologicals S.A. (C.A.F.)	647
Canada c. Première Nation Tk'emlúps Te Secwépemc (C.A.F.)	499
Colombie-Britannique (Procureur général) (C.A.F.), Alberta (Procureur général) c.	426
G	
GlaxoSmithKline Biologicals S.A. (C.A.F.), Canada (Santé) c.	647
L	
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re) (C.F.)	243
Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité (Re) (C.F.)	289
M	
Merck Sharp & Dohme Corp. c. Sandoz Canada Inc. (C.F.)	391
M-I L.L.C. (C.A.F.), Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. c.	582

	PAGE
P	
Pascal c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	3
Prairies Tubulars (2015) Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers) (C.F.)	57
Première Nation Acho Dene Koe (C.F.), Bertrand c.	544
Première Nation Tk'emlúps Te Secwépemc (C.A.F.), Canada c.	499
S	
Sandoz Canada Inc. (C.F.), Allergan Inc. c.	357
Sandoz Canada Inc. (C.F.), Merck Sharp & Dohme Corp. c.	391
T	
Toor c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	521
W	
Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. c. M-I L.L.C. (C.A.F.)	582
Z	
Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	95

CONTENTS OF THE VOLUME

	PAGE
ABORIGINAL PEOPLES	
Elections	
Bertrand v. Acho Dene Koe First Nation (2021 FC 287, T-1274-20)	544
Lands	
Treaty Land Entitlement Committee Inc. v. Canada (Indigenous And Northern Affairs) (2021 FC 329, T-336-19).	D-8
Williams Lake First Nation v. Canada (Indian Affairs And Northern Development) (2021 FCA 30, A-341-18)	D-7
ACCESS TO INFORMATION	
Samsung Electronics Canada Inc. v. Canada (Health) (2020 FC 1103, T-1617-18).	D-17
ANTI-DUMPING	
Prairies Tubulars (2015) Inc. v. Canada (Border Services Agency) (2021 FC 36, T-1851-17)	57
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION	
Exclusion and Removal	
<i>Inadmissible Persons</i>	
Pascal v. Canada (Citizenship and Immigration) (2020 FC 751, IMM-3379-19).	3
Immigration Practice	
Alvarez Rivera v. Canada (Citizenship and Immigration) (2021 FC 99, IMM-2480-19).	169
Toor v. Canada (Citizenship and Immigration) (2021 FC 228, IMM-5410-19, IMM-5510-19)	521
Status in Canada	
<i>Convention Refugees and Persons in Need of Protection</i>	
Bouchra v. Canada (Citizenship and Immigration) (2020 FC 1063, IMM-7563-19)	D-8

	PAGE
CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded	
<i>Permanent Residents</i>	
Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration) (2020 FC 927, IMM-6722-19).....	95
CONSTITUTIONAL LAW	
Alberta (Attorney General) v. British Columbia (Attorney General) (2021 FCA 84, A-386-19)	426
Distribution of Powers	
Alberta (Attorney General) v. British Columbia (Attorney General) (2021 FCA 84, A-386-19)	426
CONSTRUCTION OF STATUTES	
Canadian Security Intelligence Service Act (Re) (2020 FC 757, [***])	243
COPYRIGHT	
Infringement	
Canadian Broadcasting Corporation v. Conservative Party of Canada (2021 FC 425, T-1663-19).....	D-1
CRIMINAL JUSTICE	
Firearms	
Sexsmith v. Canada (Attorney General) (2021 FCA 111, A-462-19)	D-1
CUSTOMS AND EXCISE	
Excise Tax Act	
Chotalia v. Canada (Attorney General) (2021 FC 279, T-79-20).....	D-2
Libicz v. Canada (Attorney General) (2021 FC 693, T-1367-19, T-1368-19) . . .	D-10
EMPLOYMENT LAW	
Stanchfield v. Canada (Employment, Workforce Development and Disability Inclusion) (2021 FC 467, T-73-20)	D-18
ETHICS	
Democracy Watch v. Canada (Attorney General) (2021 FCA 133, A-331-19)	D-11
FEDERAL COURT JURISDICTION	
Alberta (Attorney General) v. British Columbia (Attorney General) (2021 FCA 84, A-386-19)	426

INCOME TAX**Assessment and Reassessment**

Deyab v. Canada (2020 FCA 222, A-363-19)	D-2
--	-----

Associated Companies

EyeBall Networks Inc. v. Canada (2021 FCA 17, A-308-19).	D-19
--	------

Income Calculation*Deductions*

Barkley v. Canada (2021 FCA 5, A-295-18, A-296-18, A-297-18)	D-4
--	-----

Practice

Canada v. CHR Investment Corporation (2021 FCA 68, A-451-19).	D-5
Canada v. Macdonald (2021 FCA 6, A-118-18)	D-12

PATENTS

Apotex Inc. v. Janssen Inc. (2021 FCA 45, A-437-19)	D-13
Canada (Health) v. GlaxoSmithKline Biologicals S.A. (2021 FCA 71, A-138-20)	647
Sunovion Pharmaceuticals Canada Inc. v. Taro Pharmaceuticals Inc. (2021 FC 37, T-671-20)	D-5

Infringement

Merck Sharp & Dohme Corp. v. Sandoz Canada Inc. (2020 FC 1180, T-670-20)	391
Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. v. M-I L.L.C. (2021 FCA 24, A-481-19)	582

Practice

Apotex Inc. v. Bayer Inc. (2020 FCA 86, A-388-19).	184
Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. v. M-I L.L.C. (2021 FCA 24, A-481-19)	582

PRACTICE**Applications**

Preventous Collaborative Health v. Canada (Health) (2021 FC 253, T-189-19, T-190-19, T-191-19)	D-13
---	------

Confidentiality Orders

Desjardins v. Canada (Attorney General) (2020 FCA 123, A-316-18)	D-20
--	------

	PAGE
PRACTICE—Concluded	
Costs	
Allergan Inc. v. Sandoz Canada Inc. (2021 FC 186, T-2023-18)	357
Betser-Zilevitch v. Petrochina Canada Ltd. (2021 FCA 76, A-57-21)	D-14
Discovery	
Canada v. Tk'emlúps Te Secwépemc First Nation (2020 FCA 179, A-92-20)	499
Parties	
<i>Intervention</i>	
Gordillo v. Canada (Attorney General) (2020 FCA 198, A-290-19)	D-15
<i>Joinder</i>	
Apotex Inc. v. Bayer Inc. (2020 FCA 86, A-388-19)	184
Pleadings	
<i>Amendments</i>	
Hughes v. Canada (Human Rights Commission) (2020 FC 1096, T-1315-18)	D-21
SECURITY INTELLIGENCE	
Canadian Security Intelligence Service Act (Re) (2020 FC 697, [***])	289
Canadian Security Intelligence Service Act (Re) (2020 FC 757, [***])	243
TRADEMARKS	
Registration	
Schneider Electric Industries SAS v. Spectrum Brands, Inc. (2021 FC 518, T-1906-19)	D-16
TRANSPORTATION	
Hudson Bay Railway Company v. Rosner (2021 FCA 147, A-267-18)	D-6

TABLE DES MATIÈRES DU VOLUME

	PAGE
ACCÈS À L'INFORMATION	
Samsung Electronics Canada Inc. c. Canada (Santé) (2020 CF 1103, T-1617-18)	F-21
ANTIDUMPING	
Prairies Tubulars (2015) Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers) (2021 CF 36, T-1851-17)	57
BREVETS	
Apotex Inc. c. Janssen Inc. (2021 CAF 45, A-437-19)	F-9
Canada (Santé) c. GlaxoSmithKline Biologicals S.A. (2021 CAF 71, A-138-20)	647
Sunovion Pharmaceuticals Canada Inc. c. Taro Pharmaceuticals Inc. (2021 CF 37, T-671-20)	F-1
Contrefaçon	
Merck Sharp & Dohme Corp. c. Sandoz Canada Inc. (2020 CF 1180, T-670-20)	391
Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. c. M-I L.L.C. (2021 CAF 24, A-481-19)	582
Pratique	
Apotex Inc. c. Bayer Inc. (2020 CAF 86, A-388-19)	184
Western Oilfield Equipment Rentals Ltd. c. M-I L.L.C. (2021 CAF 84, A-481-19)	582
CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION	
Exclusion et renvoi	
<i>Personnes interdites de territoire</i>	
Pascal c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (2020 CF 751, IMM-3379-19) . . .	3
Pratique en matière d'immigration	
Alvarez Rivera c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (2021 CF 99, IMM – 2480-19)	169
Toor c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (2021 CF 228, IMM-5410-19, IMM-5510-19)	521

	PAGE
CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin	
Statut au Canada	
<i>Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger</i>	
Bouchra c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (2020 CF 1063, IMM-7563-19)	F-10
<i>Résidents permanents</i>	
Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (2020 CF 927, IMM-6722-19)	95
COMPÉTENCE DE LA COUR FÉDÉRALE	
Alberta (Procureur général) c. Colombie-Britannique (Procureur général) (2021 CAF 84, A-386-19)	426
DOUANES ET ACCISE	
Loi sur la taxe d'accise	
Chotalia c. Canada (Procureur général) (2021 CF 279, T-79-20)	F-2
Libicz c. Canada (Procureur général) (2021 CF 693, T-1367-19, T-1368-19)	F-11
DROIT CONSTITUTIONNEL	
Alberta (Procureur général) c. Colombie-Britannique (Procureur général) (2021 CAF 84, A-386-19)	426
Partage des pouvoirs	
Alberta (Procureur général) c. Colombie-Britannique (Procureur général) (2021 CAF 84, A-386-19)	426
DROIT D'AUTEUR	
Violation	
Société Radio-Canada c. Parti Conservateur du Canada (2021 CF 425, T-1663-19)	F-2
DROIT DE L'EMPLOI	
Stanchfield c. Canada (Emploi, Développement de la main-d'œuvre et Inclusion des personnes handicapées) (2021 CF 467, T-73-20)	F-23
ÉTHIQUE	
Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général) (2021 CAF 133, A-331-19)	F-13

IMPÔT SUR LE REVENU**Calcul du revenu***Déductions*

Barkley c. Canada (2021 CAF 5, A-295-18, A-296-18, A-297-18).....	F-3
---	-----

Compagnie associées

EyeBall Networks Inc. c. Canada (2021 CAF 17, A-308-19)	F-24
---	------

Cotisation et nouvelle cotisation

Deyab c. Canada (2020 CAF 222, A-363-19)	F-4
--	-----

Pratique

Canada c. CHR Investment Corporation (2021 CAF 68, A-451-19)	F-5
Canada c. Macdonald (2021 CAF 6, A-118-18)	F-13

INTERPRÉTATION DES LOIS

Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re) (2020 CF 757, [***]).....	243
--	-----

JUSTICE CRIMINELLE ET PÉNALE**Armes à feu**

Sexsmith c. Canada (Procureur Général) (2021 CAF 111, A-462-19).....	F-6
--	-----

MARQUES DE COMMERCE**Enregistrement**

Schneider Electric Industries SAS c. Spectrum Brands, Inc. (2021 CF 518, T-1906-19).....	F-15
---	------

PEUPLES AUTOCHTONES**Élections**

Bertrand c. Première Nation Acho Dene Koe (2021 CF 287, T-1274-20)	544
---	-----

Terres

Comité sur les droits fonciers issus de traités Inc. c. Canada (Affaires autochtones et du Nord) (2021 CF 329, T-336-19)	F-17
Première Nation de Williams Lake c. Canada (Affaires autochtones et du Nord) (2021 CAF 30, A-341-18).....	F-16

	PAGE
PRATIQUE	
Actes de procédure	
<i>Modifications</i>	
Hughes c. Canada (Commission des droits de la personne) (2020 CF 1096, T-1315-18)	F-25
Communication de documents et interrogatoire préalable	
Canada c. Première Nation Tk'emlúps Te Secwépemc (2020 CAF 179, A-92-20)	499
Demandes	
Preventous Collaborative Health c. Canada (Santé) (2021 CF 253, T-189-19, T-190-19, T-191-19)	F-18
Frais et dépens	
Allergan Inc. c. Sandoz Canada Inc. (2021 CF 186, T-2023-18)	357
Betsler-Zilevitch c. Petrochina Canada Ltd. (2021 CAF 76, A-57-21)	F-18
Ordonnances de confidentialité	
Desjardins c. Canada (Procureur Général) (2020 CAF 123, A-316-18)	F-26
Parties	
<i>Intervention</i>	
Gordillo c. Canada (Procureur Général) (2020 CAF 198, A-290-19)	F-19
<i>Jonction</i>	
Apotex Inc. c. Bayer Inc. (2020 CAF 86, A-388-19)	184
RENSEIGNEMENT DE SÉCURITÉ	
Loi sur le service canadien du renseignement de sécurité (Re) (2020 CF 697, [***])	289
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité (Re) (2020 CF 757, [***])	243
TRANSPORTS	
Hudson Bay Railway Company c. Rosner (2021 CAF 147, A-267-18)	F-7

**TABLE
OF CASES DIGESTED
IN THIS VOLUME**

	PAGE
A	
Apotex Inc. v. Janssen Inc. (F.C.A.)	D-13
B	
Barkley v. Canada (F.C.A.)	D-4
Betsler-Zilevitch v. Petrochina Canada Ltd. (F.C.A.)	D-14
Bouchra v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.)	D-8
C	
Canada (Attorney General) (F.C.), Chotalia v.	D-2
Canada (Attorney General) (F.C.), Libicz v.	D-10
Canada (Attorney General) (F.C.A.), Democracy Watch v.	D-11
Canada (Attorney General) (F.C.A.), Desjardins v.	D-20
Canada (Attorney General) (F.C.A.), Gordillo v.	D-15
Canada (Attorney General) (F.C.A.), Sexsmith v.	D-1
Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.), Bouchra v.	D-8
Canada (Employment, Workforce Development and Disability Inclusion) (F.C.), Stanchfiel v.	D-18
Canada (F.C.A.), Barkley v.	D-4
Canada (F.C.A.), Deyab v.	D-2
Canada (F.C.A.), Eyeball Networks Inc. v.	D-19
Canada (Health) (F.C.), Preventous Collaborative Health v.	D-13
Canada (Health) (F.C.), Samsung Electronics Canada Inc. v.	D-17
Canada (Human Rights Commission) (F.C.), Hughes v.	D-21
Canada (Indian Affairs and Northern Development) (F.C.A.), Williams Lake First Nation v.	D-7
Canada (Indigenous and Northern Affairs) (F.C.), Treaty Land Entitlement Committee Inc. v.	D-8
Canada v. CHR Investment Corporation (F.C.A.)	D-5
Canada v. MacDonald (F.C.A.)	D-12
Canadian Broadcasting Corporation v. Conservative Party of Canada (F.C.)	D-1
Chotalia v. Canada (Attorney General) (F.C.)	D-2
CHR Investment Corporation (F.C.A.), Canada v.	D-5
Conservative Party of Canada (F.C.), Canadian Broadcasting Corporation v.	D-1

	PAGE
D	
Democracy Watch v. Canada (Attorney General) (F.C.A.)	D-11
Desjardins v. Canada (Attorney General) (F.C.A.)	D-20
Deyab v. Canada (F.C.A.)	D-2
E	
Eyeball Networks Inc. v. Canada (F.C.A.)	D-19
G	
Gordillo v. Canada (Attorney General) (F.C.A.)	D-15
H	
Hudson Bay Railway Company v. Rosner (F.C.A.)	D-6
Hughes v. Canada (Human Rights Commission) (F.C.)	D-21
J	
Janssen Inc. (F.C.A.), Apotex Inc. v.	D-13
L	
Libicz v. Canada (Attorney General) (F.C.)	D-10
M	
MacDonald (F.C.A.), Canada v.	D-12
P	
Petrochina Canada Ltd. (F.C.A.), Betser-Zilevitch v.	D-14
Preventous Collaborative Health v. Canada (Health) (F.C.)	D-13
R	
Rosner (F.C.A.), Hudson Bay Railway Company v.	D-6
S	
Samsung Electronics Canada Inc. v. Canada (Health) (F.C.)	D-17
Schneider Electric Industries SAS v. Spectrum Brands, Inc. (F.C.)	D-16
Sexsmith v. Canada (Attorney General) (F.C.A.)	D-1
Spectrum Brands, Inc. (F.C.), Schneider Electric Industries SAS v.	D-16
Stanchfiel v. Canada (Employment, Workforce Development and Disability Inclusion) (F.C.)	D-18
Sunovion Pharmaceuticals Canada Inc. v. Taro Pharmaceuticals Inc. (F.C.)	D-5

TABLE OF CASES DIGESTED IN THIS VOLUME

xxxii
PAGE

T

Taro Pharmaceuticals Inc. (F.C.), Sunovion Pharmaceuticals Canada Inc. v.	D-5
Treaty Land Entitlement Committee Inc. v. Canada (Indigenous and Northern Affairs) (F.C.)	D-8

W

Williams Lake First Nation v. Canada (Indian Affairs and Northern Development) (F.C.A.)	D-7
--	-----

TABLE
DES FICHES ANALYTIQUES PUBLIÉES
DANS CE VOLUME

	PAGE
A	
Apotex Inc. c. Janssen Inc. (C.A.F.)	F-9
B	
Barkley c. Canada (C.A.F.)	F-3
Betsler-Zilevitch c. Petrochina Canada Ltd. (C.A.F.)	F-18
Bouchra c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.)	F-10
C	
Canada (Affaires autochtones et du Nord) (C.A.F.), Première Nation de Williams Lake c.	F-16
Canada (Affaires autochtones et du Nord) (C.F.), Comité sur les droits fonciers issus de traités Inc. c.	F-17
Canada (C.A.F.), Barkley c.	F-3
Canada (C.A.F.), Deyab c.	F-4
Canada (C.A.F.), Eyeball Networks Inc. c.	F-24
Canada (Citoyenneté et Immigration) (C.F.), Bouchra c.	F-10
Canada (Commission des droits de la personne) (C.F.), Hughes c.	F-25
Canada (Emploi, Développement de la main-d'œuvre et Inclusion des personnes handicapées) (C.F.), Stanchfield c.	F-23
Canada (Procureur général) (C.A.F.), Démocratie en surveillance c.	F-13
Canada (Procureur général) (C.A.F.), Desjardins c.	F-26
Canada (Procureur général) (C.A.F.), Gordillo c.	F-19
Canada (Procureur général) (C.A.F.), Sexsmith c.	F-6
Canada (Procureur général) (C.F.), Chotalia c.	F-2
Canada (Procureur général) (C.F.), Libicz c.	F-11
Canada (Santé) (C.F.), Preventous Collaborative health c.	F-18
Canada (Santé) (C.F.), Samsung Electronics Canada Inc. c.	F-21
Canada c. CHR Investment Corporation (C.A.F.)	F-5
Canada c. MacDonald (C.A.F.)	F-13
Chotalia c. Canada (Procureur général) (C.F.)	F-2
CHR Investment Corporation (C.A.F.), Canada c.	F-5
Comité sur les droits fonciers issus de traités Inc. c. Canada (Affaires autochtones et du Nord) (C.F.)	F-17

	PAGE
D	
Démocratie en surveillance c. Canada (Procureur général) (C.A.F.)	F-13
Desjardins c. Canada (Procureur général) (C.A.F.)	F-26
Deyab c. Canada (C.A.F.)	F-4
E	
Eyeball Networks Inc. c. Canada (C.A.F.)	F-24
G	
Gordillo c. Canada (Procureur général) (C.A.F.)	F-19
H	
Hudson Bay Railway Company c. Rosner (C.A.F.)	F-7
Hughes c. Canada (Commission des droits de la personne) (C.F.)	F-25
J	
Janssen Inc. (C.A.F.), Apotex Inc. c.	F-9
L	
Libicz c. Canada (Procureur général) (C.F.)	F-11
M	
MacDonald (C.A.F.), Canada c.	F-13
P	
Parti Conservateur du Canada (C.F.), Société Radio-Canada c.	F-2
Petrochina Canada Ltd. (C.A.F.), Betsler-Zilevitch c.	F-18
Première Nation de Williams Lake c. Canada (Affaires autochtones et du Nord) (C.A.F.)	F-16
Preventous Collaborative health c. Canada (Santé) (C.F.)	F-18
R	
Rosner (C.A.F.), Hudson Bay Railway Company c.	F-7
S	
Samsung Electronics Canada Inc. c. Canada (Santé) (C.F.)	F-21
Schneider Electric Industries SAS c. Spectrum Brands, Inc. (C.F.)	F-15
Sexsmith c. Canada (Procureur général) (C.A.F.)	F-6
Société Radio-Canada c. Parti Conservateur du Canada (C.F.)	F-2
Spectrum Brands, Inc. (C.F.), Schneider Electric Industries SAS c.	F-15

TABLE DES FICHES ANALYTIQUES PUBLIÉES DANS CE VOLUME

xxxv

PAGE

Stanchfield c. Canada (Emploi, Développement de la main-d'œuvre et Inclusion des personnes handicapées) (C.F.)	F-23
Sunovion Pharmaceuticals Canada Inc. c. Taro Pharmaceuticals Inc. (C.F.)	F-1

T

Taro Pharmaceuticals Inc. (C.F.), Sunovion Pharmaceuticals Canada Inc. c.	F-1
---	-----

CASES CITED

	PAGE
<i>65302 British Columbia Ltd. v. Canada</i> , [1999] 3 S.C.R. 804, (1999), 179 D.L.R. (4th) 577.	391
<i>AB Hassle v. Canada (Minister of National Health & Welfare)</i> (2000), 7 C.P.R. (4th) 272, [2000] F.C.J. No. 855 (QL) (C.A.)	391
<i>Abdi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2017 FC 950, [2018] 3 F.C.R. 328.	3
<i>Actavis Group PTC EHf et al. v. Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG</i> , [2015] EUECJ C-577/13 (BAILII)	647
<i>Agnaou v. Canada (Attorney General)</i> , 2019 FCA 264	521
<i>Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559	647
<i>Ahanin v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2012 FC 180, [2013] 4 F.C.R. 23 . . .	169
<i>Air Canada v. Thibodeau</i> , 2007 FCA 115.	357
<i>Aissa v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2014 FC 1156	3
<i>Ajaj v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 FC 928	169
<i>Akinsuyi v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 FC 1397.	521
<i>Alberta v. Canada</i> , 2018 FCA 83, 425 D.L.R. (4th) 366, affg <i>Kainaiwa Nation (Blood Tribe) v. Canada</i> , 2016 FC 817	426
<i>Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association</i> , 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654	95
<i>Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. University of Calgary</i> , 2016 SCC 53, [2016] 2 S.C.R. 555.	499
<i>Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , 2017 FCA 241, 154 C.P.R. (4th) 165	521
<i>Alyafi v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2014 FC 952, 465 F.T.R. 114 . . .	243
<i>Amaratunga v. Northwest Atlantic Fisheries Organization</i> , 2013 SCC 66, [2013] 3 S.C.R. 866	57
<i>Amgen Canada Inc. v. Apotex Inc.</i> , 2016 FCA 196, 141 C.P.R. (4th) 245	544
<i>Anichinapé v. Papatie</i> , 2014 FC 687, 458 F.T.R. 307.	544
<i>Apotex Inc. v. Bayer Inc.</i> , 2020 FCA 86, [2021] 2 F.C.R. 184	391
<i>Apotex Inc. v. Merck & Co.</i> , 2003 FCA 438, 312 N.R. 273	184
<i>Apotex Inc. v. Merck & Co. Inc.</i> , 2009 FCA 187, [2010] 2 F.C.R. 389, affg in part <i>Apotex Inc. v. Merck & Co Inc.</i> , 2008 FC 1185, [2009] 3 F.C.R. 234.	391
<i>Apotex Inc. v. Pfizer Canada Inc.</i> , 2016 FC 136, [2017] 1 F.C.R. 3.	391
<i>Apotex Inc. v. Pfizer Inc.</i> , 2017 FCA 201, [2019] 2 F.C.R. 263	391
<i>Apotex Inc. v. Sanofi-Aventis</i> , 2012 FC 318	357
<i>Apotex Inc. v. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.</i> , 2008 SCC 61, [2008] 3 S.C.R. 265. . . .	582
<i>Apotex Inc. v. Shire LLC</i> , 2017 FC 139, 161 C.P.R. (4th) 332	184
<i>Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.</i> (1993), 69 F.T.R. 178, 51 C.P.R. (3d) 480, 1993 CarswellNat 386 (WL Can.) (F.C.T.D.)	184
<i>Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)</i> , 2004 SCC 42, [2004] 2 S.C.R. 248	521

	PAGE
<i>Archibald v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> (1995), 95 F.T.R. 308, 29 Imm L.R. (2d) 259 (F.C.T.D.)	95
<i>Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)</i> , 2012 FCA 22	169
<i>AstraZeneca Canada Inc. v. Apotex Inc.</i> , 2017 SCC 36, [2017] 1 S.C.R. 943	582
<i>AstraZeneca Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)</i> , 2006 SCC 49, [2006] 2 S.C.R. 560	391
<i>Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada</i> (1907), 39 S.C.R. 14, 1907 CanLII 70	426
<i>Authorson v. Canada (Attorney General)</i> , 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40	57
<i>Ayele v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2007 FC 126, 60 Imm. L.R. (3d) 197	3
<i>B010 v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 SCC 58, [2015] 3 S.C.R. 704	3, 521
<i>B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)</i> , [1988] 2 S.C.R. 214, (1988), 53 D.L.R. (4th) 1, [1988] S.C.J. No. 76 (QL)	57
<i>Bacon St-Onge v. Conseil des Innus de Pessamit</i> , 2017 FC 1179, affd 2019 FCA 13	544
<i>Badal v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2003 FCT 311, 231 F.T.R. 26	3
<i>Baker Petrolite Corp. v. Canwell Enviro-Industries Ltd.</i> , 2001 FCT 889, [2002] 2 F.C. 3, revd on other grounds, 2002 FCA 158, [2003] 1 F.C. 49	582
<i>Balathavarajan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2006 FCA 340, 56 Imm. L.R. (3d) 1	3
<i>Baron v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2008 FC 341, 324 F.T.R. 133	243
<i>Barrinetos v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2008 CanLII 66587 (I.R.B.)	95
<i>Barzelex Inc. v. EBN Al Waleed (The)</i> (1999), 94 A.C.W.S. (3d) 434, [1999] F.C.J. No. 2002 (QL) (T.D.), affd 2001 FCA 111, (2001), 107 A.C.W.S. (3d) 353	357
<i>Bauer Hockey Corp. v. Easton Sports Canada Inc.</i> , 2010 FC 361, 8 B.C.L.R. (5th) 1, 366 F.T.R. 242, affd 2011 FCA 83, 92 C.P.R. (4th) 103	582
<i>Bauer Hockey Ltd. v. Sport Maska Inc. (CCM Hockey)</i> , 2020 FC 862, 176 C.P.R. (4th) 245	357
<i>Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)</i> (1993), 51 C.P.R. (3d) 329, [1993] F.C.J. No. 1106 (QL) (C.A.)	391
<i>Bayer Inc. v. Apotex Inc.</i> , 2019 FC 191, 164 C.P.R. (4th) 318	184
<i>Bayer Inc. v. Canada (Health)</i> , 2009 FC 1171, 79 C.P.R. (4th) 1, affd 2010 FCA 161, 86 C.P.R. (4th) 81	647
<i>Bayer Inc. v. Dr. Reddy's Laboratories Ltd.</i> , 2019 FC 1408	184
<i>Behary v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 FC 794	169
<i>Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex</i> , 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559	426, 647
<i>Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY</i> (1986), 8 C.P.R. (3d) 289, 64 N.R. 287 (F.C.A.)	582
<i>Benhaim v. St-Germain</i> , 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352	582
<i>Bernard v. Professional Institute of the Public Service of Canada</i> , 2020 FCA 211	357
<i>Bertrand v. Acho Dene Kow First Nation</i> , 2021 FC 257	544
<i>Betsler-Zilevitch v. Petrochina Canada Ltd.</i> , 2021 FC 85, 182 C.P.R. (4th) 175	357
<i>Betsler-Zilevitch v. Petrochina Canada Ltd.</i> , 2021 FC 151	357
<i>Bigstone v. Big Eagle</i> , [1993] 1 C.N.L.R. 25, (1992), 52 F.T.R. 109 (F.C.T.D.)	544
<i>Bilbili v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2017 FC 1188	169
<i>Biogen Canada Inc. v. Taro Pharmaceutical Inc.</i> , 2018 FC 1034	184
<i>Biovail Corporation v. Canada (Health)</i> , 2010 FC 46, 361 F.T.R. 158	582
<i>Bisailon v. Concordia University</i> , 2006 SCC 19, [2006] 1 S.C.R. 666	499

	PAGE
<i>Blank v. Canada (Minister of Justice)</i> , 2006 SCC 39, [2006] 2 S.C.R. 319.	499
<i>Bombardier Recreational Products Inc. v. Arctic Cat, Inc.</i> , 2018 FCA 172, 159 C.P.R. (4th) 319	582
<i>Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council</i> , [1996] 3 C.N.L.R. 54 (F.C.T.D.). . .	544
<i>Bonzel v. Intervention Ltd. (No. 3)</i> , [1991] R.P.C. 553 (Pat. Ct.) (U.K.)	582
<i>Borowski v. Canada (Attorney General)</i> , [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231.	544
<i>Bristol-Myers Squibb Canada Co. v. Teva Canada Limited</i> , 2016 FC 991	357
<i>Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)</i> , 2005 SCC 26, [2005] 1 S.C.R. 533	184
<i>British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.</i> , 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473	57
<i>British Columbia (Attorney General) v. Alberta (Attorney General)</i> , 2019 ABQB 550 (CanLII), 1 Alta. L.R. (7th) 370	426
<i>British Columbia (Attorney General) v. Alberta (Attorney General)</i> , 2019 FC 1195, [2020] 2 F.C.R. 124	426
<i>British Columbia (Attorney General) v. Malik</i> , 2011 SCC 18, [2011] 1 S.C.R. 657 . . .	3
<i>British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band</i> , 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371	357
<i>Bronson v. Hewitt</i> , 2007 BCSC 1705, 75 B.C.L.R. (4th) 124.	499
<i>Bruzzese v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2014 FC 230, [2015] 2 F.C.R. 693	3
<i>Bruzzese v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2016 FC 1119, [2017] 3 F.C.R. 272	521
<i>Burton v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2013 FC 549	3
<i>C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)</i> , 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332	521
<i>Camsco Inc. v. Soucy International Inc.</i> , 2019 FC 255, 165 C.P.R. (4th) 1, affd 2020 FCA 183.	582
<i>Canada v. Quebec (Attorney General)</i> , 2008 FCA 201, 381 N.R. 298.	426
<i>Canada v. South Yukon Forest Corporation</i> , 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31 . . .	582
<i>Canada (Attorney General) v. Chambre des notaires du Québec</i> , 2016 SCC 20, [2016] 1 S.C.R. 336	499
<i>Canada (Attorney General) v. Chrétien</i> , 2011 FCA 53, 198 A.C.W.S. (3d) 296 . . .	357
<i>Canada (Attorney General) v. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society</i> , 2012 SCC 45, [2012] 2 S.C.R. 524	57
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Canadian Council for Refugees</i> , 2021 FCA 72.	426
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Inarukundo</i> , 2015 FC 314	169
<i>Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa</i> , 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339	3, 95, 169
<i>Canada (House of Commons) v. Vaid</i> , 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667	289
<i>Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net</i> , [1998] 1 S.C.R. 626, (1998), 157 D.L.R. (4th) 385.	426
<i>Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of National Defence)</i> , 2011 SCC 25, [2011] 2 S.C.R. 306	391
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Singh</i> (1998), 44 Imm. L.R. (2d) 309, 1998 CanLII 8281 (F.C.T.D.).	3
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Thanabalasingham</i> , 2003 FC 1225, [2004] 3 F.C.R. 523	3
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov</i> , 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1	3, 95, 169, 521, 544, 647

	PAGE
<i>Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Zazai</i> , 2004 FCA 89, 36 Imm. L.R. (3d) 167	521
<i>Canada (Prime Minister) v. Khadr</i> , 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44	426
<i>Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada</i> , 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601	582, 647
<i>Canadian Association of Refugee Lawyers v. Canada (Immigration, Refugees and Citizenship)</i> , 2020 FCA 196, [2021] 1 F.C.R. 271	521
<i>Canadian Doctors For Refugee Care v. Canada (Attorney General)</i> , 2014 FC 651, [2015] 2 F.C.R. 267	57
<i>Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson</i> , [1998] 3 S.C.R. 157, (1998), 166 D.L.R. (4th) 1, [1998] S.C.J. No. 781 (QL)	57
<i>Canadian Pacific Railway Company v. Canada (Attorney General)</i> , 2018 FCA 69, [2019] 1 F.C.R. 121	3, 169, 521
<i>Canadian Security Intelligence Service Act (Re)</i> , 2012 FC 1437, [2014] 2 F.C.R. 514	289
<i>CanMar Foods Ltd. v. TA Foods Ltd.</i> , 2021 FCA 7, [2021] 1 F.C.R. 799	582
<i>Canwell Enviro-Industries Ltd. v. Baker Petrolite Corp.</i> , 2002 FCA 482, 21 C.P.R. (4th) 349	357
<i>Caroline Lucas MP and Ors v. Security Service and Ors</i> , [2015] UKIPTrib 14_79-CH	289
<i>Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)</i> , 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5	544
<i>Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.</i> , [1982] R.P.C. 183, [1981] F.S.R. 60 (H.L.)	582
<i>Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)</i> , 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3	391
<i>Cepeda-Gutierrez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> (1998), 157 F.T.R. 35, 1998 CanLII 8667 (F.C.T.D.)	3
<i>Chiau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , [1998] 2 F.C. 642, (1998), 141 F.T.R. 81 (T.D.), affd [2001] 2 F.C. 297, (2001) 195 D.L.R. (4th) 422 (C.A.)	3
<i>Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2002 SCC 3, [2002] 1 S.C.R. 84	95
<i>Chirwa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> (1970), 4 I.A.C. 338, [1970] I.A.B.D. No. 1 (QL) (I.R.B.)	95
<i>Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning</i> , [1964] S.C.R. 49, (1963), 41 C.P.R. 9	647
<i>Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.</i> , 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458	3
<i>Connaught Laboratories Ltd. v. Smithkline Beecham Pharma Inc.</i> (1998), 86 C.P.R. (3d) 36, [1998] F.C.J. No. 1851 (QL) (T.D.)	391
<i>Consorzio del Prosciutto di Parma v. Maple Leaf Meats Inc.</i> , 2002 FCA 417, [2003] 2 F.C. 451	357
<i>Constantinescu v. Canada (Attorney General)</i> , 2019 FCA 315	521
<i>Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)</i> , [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 173 D.L.R. (4th) 1	544
<i>Corlac Inc. v. Weatherford Canada Inc.</i> , 2011 FCA 228, 95 C.P.R. (4th) 101	582
<i>Cox v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2012 FC 1220	169
<i>Crevier v. A.G. (Québec) et al.</i> , [1981] 2 S.C.R. 220, (1981), 127 D.L.R. (3d) 1, [1981] S.C.J. No. 80 (QL)	57
<i>Curr v. The Queen</i> , [1972] S.C.R. 889, (1972), 26 D.L.R. (3d) 603, [1972] S.C.J. No. 66 (QL)	57
<i>Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)</i> , 2016 SCC 12, [2016] 1 S.C.R. 99	426
<i>De Campos Gregorio v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2020 FC 748	95

<i>Demaria v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2019 FC 489, 67 Imm. L.R. (4th) 56.	3
<i>Dennis v. Canada</i> , 2017 FC 1011	357
<i>Deprenyl Research Ltd. v. Apotex Inc.</i> (1994), 55 C.P.R. (3d) 171, [1994] F.C.J. No. 542 (QL) (T.D.), affd (1995), 60 C.P.R. (3d) 501, [1995] F.C.J. No. 532 (QL) (C.A.)	647
<i>Descôteaux et al. v. Mierzwinski</i> , [1982] 1 S.C.R. 860, (1982), 141 D.L.R. (3d) 590	499
<i>Doe v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2016 FC 518, 42 Imm. L.R. (4th) 71	95
<i>Douglas v. Canada (Attorney General)</i> , 2014 FC 299, [2015] 2 F.C.R. 911	521
<i>Dunsmuir v. New Brunswick</i> , 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190	95
<i>Dywidag Systems International, Canada Ltd. v. Zutphen Brothers Construction Ltd.</i> , [1990] 1 S.C.R. 705, (1990), 68 D.L.R. (4th) 147, [1990] S.C.J. No. 27 (QL)	57
<i>Ely Lilly and Co. v. Apotex Inc.</i> , 48 A.C.W.S. (3d) 31, [1994] 55 C.P.R. (3d) 429, 1994 CarswellNat 2072 (WL Can.) <i>sub. nom. Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.</i> , [1994] F.C.J. No. 680 (QL) (T.D.)	184
<i>Eli Lilly and Company v. Teva Canada Limited</i> , 2011 FCA 220	357
<i>Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada</i> , 2020 FCA 100, [2020] 1 F.C.R. 374	647
<i>Esquega v. Canada (Attorney General)</i> , 2007 FC 878, [2008] 1 F.C.R. 795	544
<i>Eurocopter v. Bell Helicopter Textron Canada Limitée</i> , 2012 FC 113, 404 F.T.R. 193, affd 2013 FCA 219, 120 C.P.R. (4th) 394	582
<i>Eurocopter v. Bell Helicopter Textron Canada Limitée</i> , 2012 FC 842, 415 F.T.R. 29, affd 2013 FCA 220, 449 N.R. 306	357
<i>Ewert v. Canada</i> , 2018 SCC 30, [2018] 2 S.C.R. 165	426
<i>Fairford Band v. Canada (Attorney General)</i> , [1995] 3 F.C. 165, 1995 CanLII 3597 (T.D.), affd (1996), 205 N.R. 380 (F.C.A.), 1996 CarswellNat 1717 (WL Can.)	426
<i>Farkas v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2014 FC 542	169
<i>Farmobile, LLC v. Farmers Edge Inc.</i> , 2018 FC 1269	357
<i>Finlay v. Canada (Minister of Finance)</i> , [1986] 2 S.C.R. 607, (1986), 33 D.L.R. (4th) 321	426
<i>Finlay v. Canada (Minister of Finance)</i> , [1993] 1 S.C.R. 1080, (1993), 101 D.L.R. (4th) 567	426
<i>Forner v. Professional Institute of the Public Service of Canada</i> , 2016 FCA 35, 481 N.R. 159	521
<i>Fort McKay First Nation v. Orr</i> , 2012 FCA 269, [2013] 1 C.N.L.R. 249	544
<i>Foster Farms LLC v. Canada (International Trade Diversification)</i> , 2020 FC 656	169
<i>Fournier Pharma Inc. v. Canada (Health)</i> , 2012 FC 1121	357
<i>Francis v. Mohawk Council of Kanesatake</i> , 2003 FCT 115, [2003] 4 F.C. 1133	544
<i>Free World Trust v. Électro Santé Inc.</i> , 2000 SCC 66, [2000] 2 S.C.R. 1024	582
<i>Friesen v. Canada</i> , [1995] 3 S.C.R. 103, (1995), 127 D.L.R. (4th) 193	391
<i>Gamblin v. Norway House Cree Nation Band Council</i> , 2012 FC 1536, 55 Admin. L.R. (5th) 1	544
<i>Gedeon Richter plc v. Bayer Pharma AG</i> , [2012] EWCA Civ. 235, [2012] All E.R. 87	582
<i>Genentech, Inc. v. Celltrion Healthcare Co., Ltd.</i> , 2019 FC 293, 165 C.P.R. (4th) 323	391
<i>General Accident Assurance Co. v. Chrusz</i> (1999), 45 O.R. (3d) 321, [1999] O.J. No. 3291 (QL) (C.A.)	499

	PAGE
<i>General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.</i> , [1972] R.P.C. 457 (Eng. C.A.)	582
<i>Gillette Safety Razor Company v. Anglo-American Trading Company Ltd.</i> (1913), 30 R.P.C. 465 (H.L.)	582
<i>Girouard v. Inquiry Committee Constituted Under the Procedures for Dealing With Complaints Made to the Canadian Judicial Council About Federally Appointed Judges</i> , 2014 FC 1175	521
<i>Glaxosmithkline Biologicals S.A.</i> , [2012] UKIntelP o50612 (BAILII)	647
<i>Glaxosmithkline Biological S.A. v. Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks</i> , [2013] EUECJ C-210/13 (BAILII)	647
<i>GlaxoSmithKline Inc. v. Pharmascience Inc.</i> , 2008 FC 849	357
<i>Global Restaurant Operations of Ireland Ltd. v. Boston Pizza Royalties Ltd. Partnership</i> , 2005 FC 317, 38 C.P.R. (4th) 551	184
<i>Grail v. Canada</i> , 2012 FCA 88, 2012 D.T.C. 5075	57
<i>Green v. Law Society of Manitoba</i> , 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360	544
<i>Halifax (Regional Municipality) v. Canada</i> , 2008 FC 1159, 172 A.C.W.S. (3d) 818	184
<i>Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)</i> , 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364	521
<i>Handasamy v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2016 FC 1389, 48 Imm. L.R. (4th) 268	521
<i>Harper v. Canada (Attorney General)</i> , 2000 SCC 57, [2000] 2 S.C.R. 764	426
<i>Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health & Welfare)</i> (1995), 62 C.P.R. (3d) 58, [1995] F.C.J. No. 985 (QL) (T.D.), affd (1995), 67 C.P.R. (3d) 25, [1995] F.C.J. No. 1775 (QL) (C.A.)	647
<i>Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Institute of Rheumatology</i> , 2016 FCA 215, [2017] 1 F.C.R. 331	184, 499
<i>Hospira Healthcare Corporation v. Kennedy Trust for Rheumatology Research</i> , 2020 FCA 30	582
<i>Housen v. Nikolaisen</i> , 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235	95, 184, 499, 582
<i>Huang v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> (1992), 166 N.R. 308, [1992] F.C.J. No. 472 (QL) (C.A.)	3
<i>Illinois Tool Works Inc. v. Cobra Anchors Co.</i> , 2003 FCA 358, 29 C.P.R. (4th) 417	357
<i>Innovative Medicines Canada v. Canada (Attorney General)</i> , 2020 FC 725, [2020] 4 F.C.R. 180	544
<i>Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)</i> , [1989] 1 S.C.R. 927, (1989), 58 D.L.R. (4th) 577, [1989] S.C.J. No. 36 (QL)	57
<i>ITO-Int'l Terminal Operators v. Miida Electronics</i> , [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 28 D.L.R. (4th) 641	426
<i>J. K. Smit & Sons, Inc. v. McClintock</i> , [1940] S.C.R. 279, [1940] 1 D.L.R. 507	582
<i>Janssen-Ortho Inc. v. Apotex</i> , 2009 FC 866, 180 A.C.W.S. (3d) 145	184
<i>John E. Canning Ltd. v. Tripap Inc.</i> (1999), 167 F.T.R. 93, 1999 CanLII 8029 (F.C.T.D.)	184
<i>Johnson & Johnson Inc. v. Boston Scientific Ltd.</i> , 2008 FC 817	357
<i>Joseph v. Schielke</i> , 2012 FC 1153, 419 F.T.R. 127	544
<i>Kamtas Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2010 FC 45, 87 Imm. L.R. (3d) 118	3
<i>Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909	95
<i>Katsiashvili v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FC 622	169

<i>Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)</i> , 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810	544
<i>Kazemi Estate v. Islamic Republic of Iran</i> , 2014 SCC 62, [2014] 3 S.C.R. 176 ...	57
<i>Khosa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 FC 1218, 266 F.T.R. 138, revd 2007 FCA 24, [2007] 4 F.C.R. 332	95
<i>Komolafe v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2013 FC 431, 16 Imm. L.R. (4th) 267	95
<i>Kovacs v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 FC 1473, [2006] 2 F.C.R. 456	3
<i>Krause v. Canada</i> , [1999] 2 F.C. 476, (1999), 236 N.R. 317 (C.A.)	544
<i>Kreishan v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2019 FCA 223, [2020] 2 F.C.R. 299	169
<i>Kumara v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2007 FC 448	169
<i>Lai v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2015 FCA 21, 29 Imm. L.R. (4th) 211	521
<i>Lainco Inc. v. Commission scolaire des Bois-Francs</i> , 2018 FC 186	357
<i>Lau v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FC 1184	95
<i>Lavallee, Rackel & Heintz v. Canada (Attorney General); White, Ottenheimer & Baker v. Canada (Attorney General)</i>	499
<i>Lepage v. Canada</i> , 2017 FC 1136	391
<i>Lewis v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2017 FCA 130, [2018] 2 F.C.R. 229	95, 521
<i>Li v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FC 992, 84 Imm. L.R. (2d) 271	95
<i>Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)</i> , 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38	357
<i>Liyangamage v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> (1994), 176 N.R. 4, [1994] F.C.J. No. 1637 (QL) (C.A.)	521
<i>Lizotte v. Aviva Insurance Company of Canada</i> , 2016 SCC 52, [2016] 2 S.C.R. 521	499
<i>Loblaws Inc. v. Columbia Insurance Company</i> , 2019 FC 1434, 172 C.P.R. (4th) 327	357
<i>Lunyamila v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2018 FCA 22, [2018] 3 F.C.R. 674	521
<i>Mackay v. Manitoba</i> , [1989] 2 S.C.R. 357, (1989), 61 D.L.R. (4th) 385, [1989] S.C.J. No. 88 (QL)	57
<i>MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson</i> , [1995] 4 S.C.R. 725, (1995), 130 D.L.R. (4th) 385, [1995] S.C.J. No. 101 (QL)	57
<i>Malhi v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2008 CanLII 87002 (I.R.B.)	95
<i>Manitoba (A.G.) v. Metropolitan Stores Ltd.</i> , [1987] 1 S.C.R. 110, (1987) 38 D.L.R. (4th) 321	426
<i>Mannan v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 FC 144	169
<i>Maple Lodge Farms Ltd. v. Canada (Food Inspection Agency)</i> , 2017 FCA 45, 411 D.L.R. (4th) 175	95
<i>Maranda v. Richer</i> , 2003 SCC 67, [2003] 3 S.C.R. 193	499
<i>Massachusetts Institute of Technology</i> , [2006] EUECJ C-431/04 (BAILII)	647
<i>Mbirimujo v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2013 FC 553	169
<i>McKenzie v. Mikisew Cree First Nation</i> , 2020 FC 1184	544
<i>McLeod Lake Indian Band v. Chingee</i> (1998), 165 D.L.R. (4th) 358, 153 F.T.R. 257 (F.C.T.D.)	544
<i>Mediatube Corp. v. Bell Canada</i> , 2017 FC 495	357

	PAGE
<i>Milano Pizza Ltd. v. 6034799 Canada Inc.</i> , 2018 FC 1112, 159 C.P.R. (4th) 275 . . .	391
<i>Mkrtchytan v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2011 FC 921	3
<i>Mobil Oil Corp. v. Hercules Canada Inc.</i> (1995), 63 C.P.R. (3d) 473, 188 N.R. 382 (F.C.A.)	582
<i>Moffat v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2019 FC 896, [2019] 4 F.C.R. 331	3, 95
<i>Mon-Oil Ltd. v. Canada</i> (1989), 26 C.P.R. (3d) 379, 27 F.T.R. 50 (F.C.T.D.) (WL Can.)	184
<i>Mudrak v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FCA 178, 43 Imm. L.R. (4th) 199.	521
<i>Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 SCC 40, [2005] 2 S.C.R. 100	3
<i>Muneeswarakumar v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2013 FC 80, 425 F.T.R. 296.	3
<i>Nagulesan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2004 FC 1382 . . .	169
<i>Northern Telecom v. Communications Workers</i> , [1980] 1 S.C.R. 115, (1979), 98 D.L.R. (3d) 1	426
<i>Nova Chemicals Corporation v. Dow Chemical Company</i> , 2017 FCA 25	357
<i>Novopharm Limited v. Eli Lilly and Company</i> , 2010 FC 1154.	357
<i>Oakes v. Pahtayken</i> , 2010 FCA 169, 405 N.R. 250	544
<i>Odulate v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2017 CanLII 49129 (I.R.B.)	3
<i>Oneil v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2009 CanLII 94197 (I.R.B.)	95
<i>Operation Dismantle v. the Queen</i> , [1985] 1 S.C.R. 441, (1985), 18 D.L.R. (4th) 481.	426
<i>Orozco Tovar v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FC 600, 80 Imm. L.R. (3d) 266	3
<i>Pacificador v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2003 FC 1462, 243 F.T.R. 126	3
<i>Pajazitaj v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2019 FC 540. . .	3
<i>Pankiw v. Canada (Human Rights Commission)</i> , 2006 FC 1544, [2007] 4 F.C.R. 578.	289
<i>Pascal v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2020 FC 752	3
<i>Pasqua First Nation v. Canada (Attorney General)</i> , 2016 FCA 133, [2017] 3 F.C.R. 3, 483 N.R. 63.	426
<i>Pastion v. Dene Tha' First Nation</i> , 2018 FC 648, [2018] 4 F.C.R. 467	544
<i>Pathmanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FC 885, [2010] 3 F.C.R. 440	3
<i>Pelletier v. Canada (Attorney General)</i> , 2006 FCA 418.	357
<i>Pfizer Canada Inc. v. Canada (Health)</i> , 2007 FCA 209, 60 C.P.R. (4th) 81	582
<i>Pfizer Canada Inc. v. Canada (Health)</i> , 2009 FC 1294, 360 F.T.R. 200, aff'd 2011 FCA 102, 92 C.P.R. (4th) 301	582
<i>Pfizer Canada Inc. v. Canada (Health)</i> , 2010 FC 447, 367 F.T.R. 179, rev'd 2011 FCA 236, 95 C.P.R. (4th) 193	582
<i>Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health)</i> , 2005 FC 1725, 285 F.T.R. 1 . . .	582
<i>Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Limited</i> , 2010 FC 668, 85 C.P.R. (4th) 300	357
<i>Philip Morris Products S.A. v. Marlboro Canada Limited</i> , 2015 FCA 9	357
<i>Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)</i> , [1995] 2 S.C.R. 97, (1995), 99 C.C.C. (3d) 193	521

<i>Pollard Banknote Limited v. BABN Technologies Corp.</i> , 2016 FC 883, 141 C.P.R. (4th) 329.	582
<i>Poshteh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 FCA 85, [2005] 3 F.C.R. 487	3
<i>Prairies Tubulars (2015) Inc. v. Canada (Border Services Agency)</i> , 2018 FC 991	57
<i>Premier Tech Ltée v. Équipements Tardif Inc.</i> (1993), 48 C.P.R. (3d) 42, 63 F.T.R. 114 (F.C.T.D.)	582
<i>Pritchard v. Ontario (Human Rights Commission)</i> , 2004 SCC 31, [2004] 1 S.C.R. 809	499
<i>Province of Ontario v. Dominion of Canada</i> (1909), 42 S.C.R. 1, 1909 CarswellNat 23 (WL Can.), affd [1910] UKPC 40, [1910] A.C. 637 (P.C.)	426
<i>Pryce v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2020 FC 377	95
<i>Quebec (Attorney General) v. 9147-0732 Québec inc.</i> , 2020 SCC 32, 451 D.L.R. (4th) 367, revg 9147-0732 <i>Québec inc. c. Directeur des poursuites criminelles et pénales</i> , 2019 QCCA 373	57
<i>Queen (Canada) (The) v. The Queen (P.E.I.)</i> , [1978] 1 F.C. 533, (1977), 83 D.L.R. (3d) 492 (C.A.)	426
<i>R. v. A.M.</i> , 2008 SCC 19, [2008] 1 S.C.R. 569.	289
<i>R. v. Abbey</i> (2011), 82 C.R. (6th) 385, 2011 ONSC 1260 (CanLII)	3
<i>R. v. Big M Drug Mart Ltd.</i> , [1985] 1 S.C.R. 295, (1985), 18 D.L.R. (4th) 321, [1985] S.C.J. No. 17 (QL)	57
<i>R. v. Boudreault</i> , 2018 SCC 58, [2018] 3 S.C.R. 599.	57
<i>R. v. Bryan</i> , [1998] 6 W.W.R. 616, 132 Man. R. (2d) 167 (Q.B.)	57
<i>R. v. Chehil</i> , 2013 SCC 49, [2013] 3 S.C.R. 220	289
<i>R. v. Chesson</i> , [1988] 2 S.C.R. 148, (1988), 90 A.R. 347.	289
<i>R. v. Collins</i> , [1987] 1 S.C.R. 265, (1987), 38 D.L.R. (4th) 508	289
<i>R. v. Comeau</i> , 2016 NBPC 3, 448 N.B.R. (2d) 1	426
<i>R. v. Comeau</i> , 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342	426
<i>R. v. Corbett</i> , [1988] 1 S.C.R. 670, (1988), 28 B.C.L.R. (2d) 145	3
<i>R. v. Daoust</i> , 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217	544
<i>R. v. Fink</i> , 2002 SCC 61, [2002] 3 S.C.R. 209	499
<i>R. v. Goltz</i> , [1991] 3 S.C.R. 485, (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 145, [1991] S.C.J. No. 90 (QL)	57
<i>R. v. Henry</i> , 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609.	521
<i>R. v. Kang-Brown</i> , 2008 SCC 18, [2018] 1 S.C.R. 456	289
<i>R. v. Lloyd</i> , 2016 SCC 13, [2016] 1 S.C.R. 130	57
<i>R. v. Marakah</i> , 2017 SCC 59, [2017] 2 S.C.R. 608	289
<i>R. v. Montague</i> , 2014 ONCA 439, 120 O.R. (3d) 401	57
<i>R. v. Munoz</i> (2006), 86 O.R. (3d) 134, 2006 CanLII 3269 (Sup. Ct.)	3
<i>R. v. Nedelcu</i> , 2012 SCC 59, [2012] 3 S.C.R. 311	521
<i>R. v. Noël</i> , 2002 SCC 67, [2002] 3 S.C.R. 433	521
<i>R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society</i> , [1992] 2 S.C.R. 606, (1992), 93 D.L.R. (4th) 36.	289
<i>R. v. Nur</i> , 2015 SCC 15, [2015] 1 S.C.R. 773.	57
<i>R. v. Pham</i> (2002), 167 C.C.C. (3d) 570, [2002] O.J. No. 2545 (QL) (C.A.)	57
<i>R. v. Pham</i> (2005), 77 O.R. (3d) 401, [2005] O.J. No. 5127 (QL), 203 C.C.C. (3d) 326 (C.A.), affd 2006 SCC 26, [2006] 1 S.C.R. 940	57
<i>R. v. Plant</i> , [1993] 3 S.C.R. 281, (1993), 145 A.R. 104	289
<i>R. v. Reeves</i> , 2009 ONCJ 99	3
<i>R. v. Reeves</i> , 2018 SCC 56, [2018] 3 S.C.R. 531	289
<i>R. v. Riley</i> (2009), 246 C.C.C. (3d) 552, 2009 CanLII 15451 (Ont. Sup. Ct.)	3
<i>R. v. S. (R.J.)</i> , [1995] 1 S.C.R. 451, (1995), 121 D.L.R. (4th) 589.	521
<i>R. v. Shoker</i> , 2006 SCC 44, [2006] 2 S.C.R. 399	289

	PAGE
<i>R. v. Spencer</i> , 2014 SCC 43, [2014] 2 S.C.R. 212	289
<i>R. v. Tessling</i> , 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432	289
<i>R. v. Wholesale Travel Group Inc.</i> , [1991] 3 S.C.R. 154, (1991), 84 D.L.R. (4th) 161, [1991] S.C.J. No. 79 (QL).....	57
<i>R. v. Zeolkowski</i> , [1989] 1 S.C.R. 1378, (1989), 58 Man. R. (2d) 63.....	391
<i>Rajagopal v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2007 FC 523...	3, 95
<i>Ramirez Velasco v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2019 FC 543	95
<i>Ratt v. Matchewan</i> , 2010 FC 160, 12 Admin. L.R. (5th) 48.....	544
<i>Raydan Manufacturing Ltd. v. Emmanuel Simard & Fils (1983) Inc.</i> , 2006 FCA 293, 53 C.P.R. (4th) 178	357
<i>Redhead v. Miles</i> , 2019 FC 1605	544
<i>Reference re Secession of Quebec</i> , [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385, [1998] S.C.J. No. 61 (QL).....	57, 544
<i>Ribic v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1985] I.A.D.D. No. 4 (I.R.B.)	95
<i>Riley v. Canada (Attorney General)</i> , 2011 FC 1226, 403 F.T.R. 75.....	3
<i>Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)</i> , [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, (1998) 154 D.L.R. (4th) 19	95, 391, 426, 647
<i>RJR–MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)</i> , [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 164 N.R. 1	426
<i>Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)</i> , [1993] 3 S.C.R. 519, (1993), 107 D.L.R. (4th) 342, [1993] S.C.J. No. 94 (QL)	57
<i>Rodriguez v. Canada</i> , 2018 FC 1125	391
<i>Sananikone v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , [2001] I.A.D.D. No. 1950 (QL) (I.R.B.)	95
<i>Sanofi-Aventis Canada v. Apotex Inc.</i> , 2009 FC 676, 350 F.T.R. 165.....	582
<i>Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Limited</i> , 2009 FC 1139, 183 A.C.W.S. (3d) 371, affd 2012 FCA 265.....	357
<i>Sanofi–Aventis Canada Inc. v. Novopharm Limited</i> , 2009 FC 1285, 356 F.T.R. 235	184
<i>Sanofi-Aventis Canada Inc. v. Novopharm Ltd.</i> , 2007 FCA 163, [2008] 1 F.C.R. 174	184
<i>Saroya v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2015 FC 428	95
<i>Seedlings Life Science Ventures, LLC v. Pfizer Canada ULC</i> , 2020 FC 505, 172 C.P.R. (4th) 375	357
<i>Seth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)</i> , [1993] 3 F.C. 348, (1993), 105 D.L.R. (4th) 365 (C.A.)	521
<i>Shahzada v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 FC 1176. . .	3
<i>Shirt v. Saddle Lake Cree Nation</i> , 2017 FC 364	544
<i>Shuaib v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2013 FC 596	169
<i>Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2016 FCA 96, [2016] 4 F.C.R. 230	169
<i>Singh v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2020 FC 328	95
<i>Sittampalam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2006 FCA 326, [2007] 3 F.C.R. 198	3
<i>Sivamoorthy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2003 FCT 307, 121 A.C.W.S. (3d) 1125.....	184
<i>Smith v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FC 1194, [2011] 1 F.C.R. 36.....	3
<i>Solosky v. The Queen</i> , [1980] 1 S.C.R. 821, (1979), 105 D.L.R. (3d) 745	426
<i>Southwind v. Canada</i> , 2011 FC 351, 386 F.T.R. 265, 2011 CarswellNat 892 (WL Can.)	426

	PAGE
<i>Stanley J. Tessmer Law Corporation v. The Queen</i> , 2009 TCC 104, 1998 G.T.C. 939, affd 2013 FCA 290, 297 C.R.R. (2d) 255	57
<i>Syndicat de la fonction publique du Québec v. Quebec (Attorney General)</i> , 2010 SCC 28, [2010] 2 S.C.R. 61	391
<i>Tabingo v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2014 FCA 191, [2015] 3 F.C.R. 346	57
<i>Tahhan v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2018 FC 1279	95
<i>Taypotat v. Taypotat</i> , 2012 FC 1036, [2013] 1 C.N.L.R. 349	544
<i>Tearlab Corporation v. I-MED Pharma Inc.</i> , 2019 FCA 179, 166 C.P.R. (4th) 367	582
<i>Teva Canada Limited v. Janssen Inc.</i> , 2018 FC 1175	357
<i>Teva Canada Limited v. Novartis Pharmaceuticals Canada inc.</i> , 2013 FCA 244, 451 N.R. 246	582
<i>Thamotharem v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2007 FCA 198, [2008] 1 F.C.R. 385	169
<i>Thanaratnam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2005 FCA 122, [2006] 1 F.C.R. 474, revg 2004 FC 349, [2004] 3 F.C.R. 301	3
<i>Thomas v. One Arrow First Nation</i> , 2019 FC 1663	544
<i>Thuraisingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2004 FC 607, 40 Imm. L.R. (3d) 145	3
<i>Trial Lawyers Association of British Columbia v. British Columbia (Attorney General)</i> , 2014 SCC 59, [2014] 3 S.C.R. 31	57
<i>Uber Technologies Inc. v. Heller</i> , 2020 SCC 16, 447 D.L.R. (4th) 179	57
<i>Varela v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2009 FCA 145, [2010] 1 F.C.R. 129	521
<i>Veerasingam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)</i> , 2004 FC 1661	3
<i>Venngo Inc. v. Concierge Connection Inc. (Perkopolis)</i> , 2017 FCA 96, 146 C.P.R. (4th) 182	357
<i>ViiV Healthcare ULC v. Canada (Health)</i> , 2020 FC 756	647
<i>Walters v. Ontario</i> , 2015 ONSC 4855 (CanLII)	3
<i>Wang v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)</i> , 2017 FC 690	521
<i>Wenzel Downhole Tools Ltd. v. National-Oilwell Canada Ltd.</i> , 2012 FCA 333, [2014] 2 F.C.R. 459	582
<i>West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)</i> , 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635	544
<i>Whalen v. Fort McMurray No. 468 First Nation</i> , 2019 FC 732, [2019] 4 F.C.R. 217	521, 544
<i>Whirlpool Corp. v. Camco Inc.</i> , 2000 SCC 67, [2000] 2 S.C.R. 1067	582
<i>Wilson v. Atomic Energy of Canada Limited</i> , 2015 FCA 17, [2015] 4 F.C.R. 467	521
<i>Wilson v. Servier Canada Inc.</i> (2002), 26 C.P.C. (5th) 194, 116 A.C.W.S. (3d) 837, [2002] O.J. No. 3723 (QL) (Sup. Ct.)	499
<i>Windsor (City) v. Canadian Transit Co.</i> , 2016 SCC 54, [2016] 2 S.C.R. 617	426
<i>X (Re)</i> , 2009 FC 1058, [2010] 1 F.C.R. 460	289
<i>X (Re)</i> , 2014 FCA 249, [2015] 1 F.C.R. 684	243
<i>X (Re)</i> , 2016 FC 1105, [2017] 2 F.C.R. 396	243, 289
<i>X (Re)</i> , 2017 FC 1047, [2018] 3 F.C.R. 111	289
<i>X (Re)</i> , 2018 FC 738, [2019] 1 F.C.R. 567, affd <i>Sections 16 and 21 of the Canadian Security Intelligence Service Act, R.S.C. 1985, c. C-23 (Re)</i> , 2018 FCA 207	243, 289
<i>Younis v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2008 FC 944, 74 Imm. L.R. (3d) 115	3
<i>Zhang v. Canada (Citizenship and Immigration)</i> , 2013 FCA 168, [2014] 4 F.C.R. 290	521

JURISPRUDENCE CITÉE

	PAGE
<i>65302 British Columbia Ltd. c. Canada</i> , [1999] 3 R.C.S. 804.	391
<i>AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)</i> , [2000] A.C.F. n° 855 (QL) (C.A.).	391
<i>Abdi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2017 CF 950, [2018] 3 R.C.F. 328	3
<i>Actavis Group PTC EHf et al. c. Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG</i> , [2015] EUECJ C-577/13 (BAILII)	647
<i>Aгнаou c. Canada (Procureur général)</i> , 2019 CAF 264	521
<i>Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559	647
<i>Ahanin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2012 CF 180, [2013] 4 R.C.F. 23	169
<i>Air Canada c. Thibodeau</i> , 2007 CAF 115	357
<i>Aissa c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CF 1156	3
<i>Ajaj c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CF 928	169
<i>Akinsuyi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CF 1397.	521
<i>Alberta c. Canada</i> , 2018 CAF 83, confirmant <i>Nation Kainaiwa (Tribu des Blood) c. Canada</i> , 2016 CF 817	426
<i>Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association</i> , 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654	95
<i>Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. University of Calgary</i> , 2016 CSC 53, [2016] 2 R.C.S. 555.	499
<i>Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , 2017 CAF 241.	521
<i>Alyafi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CF 952.	243
<i>Amaratunga c. Organisation des pêches de l'Atlantique Nord-Ouest</i> , 2013 CSC 66, [2013] 3 R.C.S. 866.	57
<i>Amgen Canada Inc. c. Apotex Inc.</i> , 2016 CAF 196	544
<i>Anichinapéo c. Papatie</i> , 2014 CF 687	544
<i>Apotex Inc. c. Bayer Inc.</i> , 2020 CAF 86, [2021] 2 R.C.F. 184.	391
<i>Apotex Inc. c. Merck & Co.</i> , 2003 CAF 438.	184
<i>Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc.</i> , 2009 CAF 187, [2010] 2 R.C.F. 389, conf. en partie <i>Apotex Inc. c. Merck & Co. Inc.</i> , 2008 CF 1185, [2009] 3 R.C.F. 234	391
<i>Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.</i> , 2016 CF 136, [2017] 1 R.C.F. 3.	391
<i>Apotex Inc. c. Pfizer Inc.</i> , 2017 CAF 201, [2019] 2 R.C.F. 263	391
<i>Apotex Inc. c. Sanofi-Aventis</i> , 2012 CF 318	357
<i>Apotex Inc. c. Sanofi-Synthelabo Canada Inc.</i> , 2008 CSC 61, [2008] 3 R.C.S. 265	582
<i>Apotex Inc. c. Shire LLC</i> , 2017 CF 139	184
<i>Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.</i> , [1993] A.C.F. n° 1118 (QL) (1 ^{re} inst.).	184
<i>Archibald c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [1995] A.C.F. n° 747 (QL) (1 ^{re} inst.).	95
<i>Association canadienne des avocats et avocates en droit des réfugiés c. Canada (Immigration, Réfugiés et Citoyenneté)</i> , 2020 CAF 196, [2021] 1 R.C.F. 271	521

	PAGE
<i>Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)</i> , 2012 CAF 22.	169
<i>AstraZeneca Canada Inc. c. Apotex Inc.</i> , 2017 CSC 36, [2017] 1 R.C.S. 943.	582
<i>AstraZeneca Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)</i> , 2006 CSC 49, [2006] 2 R.C.S. 560.	391
<i>Attorney-General of Ontario v. Attorney-General of Canada</i> (1907), 39 R.C.S. 14, 1907 CanLII 70	426
<i>Authorson c. Canada (Procureur général)</i> , 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40	57
<i>Ayele c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2007 CF 126	3
<i>B010 c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CSC 58, [2015] 3 R.C.S. 704	3, 521
<i>B.C.G.E.U. c. British Columbia (Procureur général)</i> , [1988] 2 R.C.S. 214, [1988] A.C.S. n° 76 (QL)	57
<i>Bacon St-Onge c. Conseil des Innus de Pessamit</i> , 2017 CF 1179, conf. par 2019 CAF 13.	544
<i>Badal c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2003 CFPI 311	3
<i>Baker Petrolite Corp. c. Canwell Enviro Industries Ltd.</i> , 2001 CFPI 889, [2002] 2 C.F. 3, inf. pour d'autres motifs par 2002 CAF 158, [2003] 1 C.F. 49	582
<i>Balathavarajan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2006 CAF 340.	3
<i>Bande de Fairford c. Canada (Procureur général)</i> , [1995] 3 C.F. 165, 1995 CanLII 3597 (1 ^{re} inst.), conf. par [1996] A.C.F. n° 1242 (QL) (C.A.)	426
<i>Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee</i> , 1998 CanLII 8267, [1998] A.C.F. n° 1185 (QL) (1 ^{re} inst)	544
<i>Baron c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2008 CF 341	243
<i>Barrinetos c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2008 CanLII 66587 (C.I.S.R.)	95
<i>Barzelex Inc. c. EBN Al Waleed (Le)</i> , [1999] A.C.F. n° 2002 (QL) (1 ^{re} inst.), conf. par 2001 CAF 111	357
<i>Bauer Hockey Corp. c. Easton Sports Canada Inc.</i> , 2010 CF 361, conf. par 2011 CAF 83.	582
<i>Bauer Hockey Ltd. c. Sport Maska Inc. (CCM Hockey)</i> , 2020 CF 862	357
<i>Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)</i> , [1993] A.C.F. n° 1106 (QL) (C.A.)	391
<i>Bayer Inc. c. Apotex Inc.</i> , 2019 CF 191	184
<i>Bayer Inc. c. Canada (Santé)</i> , 2009 CF 1171, conf. par 2010 CAF 161	647
<i>Bayer Inc. c. Dr. Reddy's Laboratories Ltd.</i> , 2019 CF 1408.	184
<i>Behary c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CF 794.	169
<i>Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex</i> , 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559.	426, 647
<i>Beloit Canada Ltd. c. Valmet OY</i> (1986), 8 C.P.R. (3d) 289, 64 N.R. 287 (C.A.F.)	582
<i>Benhaim c. St-Germain</i> , 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352.	582
<i>Bernard c. Canada (Institut professionnel de la fonction publique)</i> , 2020 CAF 211	357
<i>Bertrand c. Première Nation Acho Dene Koe</i> , 2021 CF 257	544
<i>Betser-Zilevitch c. Petrochina Canada Ltd.</i> , 2021 CF 85.	357
<i>Betser-Zilevitch c. Petrochina Canada Ltd.</i> , 2021 CF 151.	357
<i>Bigstone c. Big Eagle</i> , [1992] A.C.F. n° 16 (QL) (1 ^{re} inst.)	544
<i>Bilbili c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2017 CF 1188.	169
<i>Biogen Canada Inc. c. Taro Pharmaceutical Inc.</i> , 2018 CF 1034	184
<i>Biovail Corporation c. Canada (Santé)</i> , 2010 CF 46.	582
<i>Bisailon c. Université Concordia</i> , 2006 CSC 19, [2006] 1 R.C.S. 666.	499

	PAGE
<i>Blank c. Canada (Ministre de la Justice)</i> , 2006 CSC 39, [2006] 2 R.C.S. 319	499
<i>Bombardier Produits Récréatifs Inc. c. Arctic Cat, Inc.</i> , 2018 CAF 172	582
<i>Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley n° 290</i> , [1996] A.C.F. n° 150 (QL) (1 ^{re} inst.)	544
<i>Bonzel v. Intervention Ltd. (No. 3)</i> , [1991] R.P.C. 553 (Pat. Ct.) (R.-U.)	582
<i>Borowski c. Canada (Procureur général)</i> , [1989] 1 R.C.S. 342	544
<i>Bristol-Myers Squibb Canada Co. c. Teva Canada Limitée</i> , 2016 CF 991	357
<i>Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)</i> , 2005 CSC 26, [2005] 1 R.C.S. 533	184
<i>British Columbia (Attorney General) v. Alberta (Attorney General)</i> , 2019 ABQB 550 (CanLII), 1 Alta. L.R. (7th) 370	426
<i>Bronson v. Hewitt</i> , 2007 BCSC 1705, 75 B.C.L.R. (4th) 124	499
<i>Bruzzese c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2014 CF 230, [2015] 2 R.C.F. 693	3
<i>Bruzzese c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2016 CF 1119, [2017] 3 R.C.F. 272	521
<i>Burton c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2013 CF 549	3
<i>C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)</i> , 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332	521
<i>Camsco Inc. c. Soucy International Inc.</i> , 2019 CF 255, conf. par 2020 CAF 183 . . .	582
<i>Canada c. Québec (Procureur general)</i> , 2008 CAF 201	426
<i>Canada c. South Yukon Forest Corporation</i> , 2012 CAF 165	582
<i>Canada (Chambre des communes) c. Vaid</i> , 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667 . . .	289
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Conseil canadien pour les réfugiés</i> , 2021 CAF 72	426
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Inarukundo</i> , 2015 CF 314	169
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa</i> , 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339	3, 95, 169
<i>Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre de la Défense natio- nale)</i> , 2011 CSC 25, [2011] 2 R.C.S. 306	391
<i>Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net</i> , [1998] 1 R.C.S. 626, 1998 CanLII 818	426
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Singh</i> , 1998 CanLII 8281 (C.F. 1 ^{re} inst.)	3
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Thanabalasingham</i> , 2003 CF 1225, [2004] 3 R.C.F. 523	3
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov</i> , 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653	3, 95, 169, 521, 544, 647
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Zazai</i> , 2004 CAF 89 . . .	521
<i>Canada (Premier ministre) c. Khadr</i> , 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44	426
<i>Canada (Procureur général) c. Chambre des notaires du Québec</i> , 2016 CSC 20, [2016] 1 R.C.S. 336	499
<i>Canada (Procureur général) c. Chrétien</i> , 2011 CAF 53	357
<i>Canada (Procureur général) c. Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society</i> , 2012 CSC 45, [2012] 2 R.C.S. 524	57
<i>CanMar Foods Ltd. c. TA Foods Ltd.</i> , 2021 CAF 7, [2021] 1 R.C.F. 799	582
<i>Canwell Enviro-Industries Ltd. c. Baker Petrolite Corp.</i> , 2002 CAF 482	357
<i>Caroline Lucas MP and Ors v. Security Service and Ors</i> , [2015] UKIPTrib 14_79-CH	289
<i>Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)</i> , 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5 . . .	544
<i>Catnic Components Ltd. v. Hill & Smith Ltd.</i> , [1982] R.P.C. 183, [1981] F.S.R. 60 (H.L.)	582

	PAGE
<i>Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)</i> , 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3 . . .	391
<i>Cepeda-Gutierrez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 1998 CanLII 8667 (C.F. 1 ^{re} inst.)	3
<i>Chemin de fer Canadien Pacifique Limitée c. Canada (Procureur général)</i> , 2018 CAF 69, [2019] 1 R.C.F. 121	3, 169, 521
<i>Chiau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [1998] 2 C.F. 642 (1 ^{re} inst.), conf. par [2001] 2 C.F. 297 (C.A.)	3
<i>Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2002 CSC 3, [2002] 1 R.C.S. 84	95
<i>Chirwa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> (1970), 4 A.I.A. 351, [1970] D.C.A.I. n° 1 (QL) (C.I.S.R.)	95
<i>Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée</i> , 2005 CSC 49, [2005] 2 R.C.S. 473	57
<i>Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Banque indienne Okanagan</i> , 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371	357
<i>Colombie-Britannique (Procureur général) c. Alberta (Procureur général)</i> , 2019 CF 1195, [2020] 2 R.C.F. 124	426
<i>Colombie-Britannique (Procureur général) c. Malik</i> , 2011 CSC 18, [2011] 1 R.C.S. 657	3
<i>Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning</i> , [1964] R.C.S. 49, (1963), 41 C.P.R. 9	647
<i>Connaught Laboratories Ltd. c. Smithkline Beecham Pharma Inc.</i> , 1998 CanLII 8917, [1998] A.C.F. n° 1851 (QL) (1 ^{re} inst.)	391
<i>Consorzio del Prosciutto di Parma c. Maple Leaf Meats Inc.</i> , 2002 CAF 417, [2003] 2 C.F. 451	357
<i>Constantinescu c. Canada (Procureur général)</i> , 2019 CAF 315	521
<i>Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)</i> , [1999] 2 R.C.S. 203	544
<i>Corlac Inc. c. Weatherford Canada Ltd.</i> , 2011 CAF 228	582
<i>Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Institute of Rheumatology</i> , 2016 CAF 215, [2017] 1 R.C.F. 331	184, 499
<i>Corporation de soins de la santé Hospira c. Kennedy Trust for Rheumatology Research</i> , 2020 CAF 30	582
<i>Cox c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2012 CF 1220	169
<i>Crevier c. P.G. (Québec) et autres</i> , [1981] 2 R.C.S. 220, [1981] A.C.S. n° 80 (QL) . . .	57
<i>Curr c. La Reine</i> , [1972] R.C.S. 889, [1972] A.C.S. n° 66 (QL)	57
<i>Daniels c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)</i> , 2016 CSC 12, [2016] 1 R.C.S. 99	426
<i>De Campos Gregorio c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2020 CF 748	95
<i>Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)</i> , 2004 CSC 42, [2004] 2 R.C.S. 248	521
<i>Demaria c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2019 CF 489	3
<i>Dennis c. Canada</i> , 2017 CF 1011	357
<i>Deprenyl Research Ltd. c. Apotex Inc.</i> , [1994] A.C.F. n° 542 (QL) (1 ^{re} inst.), conf. par [1995] A.C.F. n° 532 (QL) (C.A.)	647
<i>Descôteaux et autre c. Mierzwinski</i> , [1982] 1 R.C.S. 860	499
<i>Doe c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2016 CF 518	95
<i>Douglas c. Canada (Procureur général)</i> , 2014 CF 299, [2015] 2 R.C.F. 911	521
<i>Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick</i> , 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190	95
<i>Dywidag Systems International, Canada Ltd. c. Zutphen Brothers Construction Ltd.</i> , [1990] 1 R.C.S. 705, [1990] A.C.S. n° 27 (QL)	57

<i>Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.</i> , [1994] A.C.F. n° 680 (QL), <i>sub. nom. Ely Lilly and Co. v. Apotex Inc.</i> , 48 A.C.W.S. (3d) 31, [1994] 55 C.P.R. (3d) 429, 1994 CarswellNat 2072 (WL Can.) (1 ^{re} inst.)	184
<i>Eli Lilly and Company c. Teva Canada Limited</i> , 2011 CAF 220	357
<i>Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique</i> , 2020 CAF 100, [2020] 1 R.C.F. 374.	647
<i>Esquega c. Canada (Procureur général)</i> , 2007 CF 878, [2008] 1 R.C.F. 795	544
<i>Eurocopter c. Bell Helicopter Textron Canada Limitée</i> , 2012 CF 113, conf. par 2013 CAF 219	582
<i>Eurocopter c. Bell Helicopter Textron Canada Limitée</i> , 2012 CF 842, conf. par 2013 CAF 220	357
<i>Ewert c. Canada</i> , 2018 CSC 30, [2018] 2 R.C.S. 165	426
<i>Farkas c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CF 542	169
<i>Farmobile, LLC c. Farmers Edge Inc.</i> , 2018 CF 1269.	357
<i>Finlay c. Canada (Ministre des Finances)</i> , [1986] 2 R.C.S. 607, 1986 CanLII 6	426
<i>Finlay c. Canada (Ministre des Finances)</i> , [1993] 1 R.C.S. 1080, 1993 CanLII 129	426
<i>Forner c. Institut professionnel de la fonction publique du Canada</i> , 2016 CAF 35.	521
<i>Foster Farms LLC c. Canada (Diversification du commerce international)</i> , 2020 FC 656	169
<i>Fournier Pharma Inc. c. Canada (Santé)</i> , 2012 CF 1121	357
<i>Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake</i> , 2003 CFPI 115, [2003] 4 C.F. 1133	544
<i>Free World Trust c. Électro Santé Inc.</i> , 2000 CSC 66, [2000] 2 R.C.S. 1024	582
<i>Friesen c. Canada</i> , [1995] 3 R.C.S. 103.	391
<i>Gamblin c. Conseil de bande de la nation crie de Norway House</i> , 2012 CF 1536	544
<i>Gedeon Richter plc v. Bayer Pharma AG</i> , [2012] EWCA Civ. 235, [2012] All E.R. 87	582
<i>Genentech, Inc. c. Celltrion Healthcare Co., Ltd.</i> , 2019 CF 293	391
<i>General Accident Assurance Co. v. Chrusz</i> (1999), 45 O.R. (3d) 321, [1999] O.J. n° 3291 (QL) (C.A.)	499
<i>General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.</i> , [1972] R.P.C. 457 (C.A. Angl.)	582
<i>Gillette Safety Razor Company v. Anglo-American Trading Company Ltd.</i> (1913), 30 R.P.C. 465 (H.L.)	582
<i>Girouard c. Comité d'examen constitué en vertu des procédures relatives à l'examen des plaintes déposées au Conseil canadien de la magistrature au sujet de juges de nomination fédérale</i> , 2014 CF 1175	521
<i>Glaxosmithkline Biologicals S.A.</i> , [2012] UKIntelP o50612 (BAILII)	647
<i>Glaxosmithkline Biological S.A. v. Comptroller-General of Patents, Designs and Trade Marks</i> , [2013] EUECJ C-210/13 (BAILII)	647
<i>GlaxoSmithKline Inc. c. Pharmascience Inc.</i> , 2008 CF 849	357
<i>Global Restaurant Operations of Ireland Ltd. c. Boston Pizza Royalties Ltd. Partnership</i> , 2005 FC 317	184
<i>Gratl c. Canada</i> , 2012 CAF 88.	57
<i>Green c. Société du Barreau du Manitoba</i> , 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360	544
<i>Halifax (Municipalité régionale) c. Canada</i> , 2008 CF 1159	184
<i>Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)</i> , 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364	521
<i>Handasamy c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2016 CF 1389	521
<i>Harper c. Canada (Procureur général)</i> , 2000 CSC 57, [2000] 2 R.C.S. 764	426

<i>Hoffmann-La Roche Ltée c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)</i> , [1995] A.C.F. n° 985 (QL) (1 ^{re} inst.), conf. par [1995] A.C.F. n° 1775 (QL) (C.A.)	647
<i>Housen c. Nikolaisen</i> , 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.	95, 184, 499, 582
<i>Huang c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1992] A.C.F. n° 472 (QL) (C.A.)	3
<i>Hypothèques Trustco Canada c. Canada</i> , 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601	582, 647
<i>Illinois Tool Works Inc. c. Cobra Fixations Cie Ltée/Cobra Anchors Co.</i> , 2003 CAF 358	357
<i>Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)</i> , [1989] 1 R.C.S. 927, [1989] A.C.S. n° 36 (QL)	57
<i>ITO-Int'l Terminal Operators c. Miida Electronics</i> , [1986] 1 R.C.S. 752, 1986 CanLII 91.	426
<i>J. K. Smit & Sons, Inc. v. McClintock</i> , [1940] R.C.S. 279, [1940] 1 D.L.R. 507	582
<i>Janssen-Ortho Inc. c. Apotex</i> , 2009 CF 866	184
<i>John E. Canning Ltd. c. Tripap Inc.</i> , 1999 CanLII 8029, [1999] A.C.F. n° 715 (QL) (1 ^{re} inst.)	184
<i>Johnson & Johnson Inc. c. Boston Scientific Ltd.</i> , 2008 CF 817	357
<i>Joseph c. Schielke</i> , 2012 CF 1153.	544
<i>Kamtasingh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2010 CF 45	3
<i>Kanthasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909	95
<i>Katsiashvili c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CF 622	169
<i>Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)</i> , 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810.	544
<i>Kazemi (Succession) c. République islamique d'Iran</i> , 2014 CSC 62, [2014] 3 R.C.S. 176.	57
<i>Khosa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CF 1218, inf. par 2007 CAF 24, [2007] 4 R.C.F. 332	95
<i>Komolafe c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2013 CF 431	95
<i>Kovacs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CF 1473, [2006] 2 R.C.F. 456	3
<i>Krause c. Canada</i> , [1999] 2 C.F. 476 (C.A.)	544
<i>Kreishan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2019 CAF 223, [2020] 2 R.C.F. 299	169
<i>Kumara c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2007 CF 448	169
<i>Lai c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2015 CAF 21.	521
<i>Lainco Inc. c. Commission scolaire des Bois-Francis</i> , 2018 CF 186	357
<i>Lau c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CF 1184	95
<i>Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général); White, Ottenheimer & Baker c. Canada (Procureur général)</i>	499
<i>Lepage c. Canada</i> , 2017 CF 1136.	391
<i>Lewis c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2017 CAF 130, [2018] 2 R.C.F. 229	95, 521
<i>Li c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2009 CF 992.	95
<i>Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)</i> , 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38	357
<i>Liyanaagamage c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [1994] A.C.F. n° 1637 (QL) (C.A.)	521
<i>Lizotte c. Aviva, Compagnie d'assurance du Canada</i> , 2016 CSC 52, [2016] 2 R.C.S. 521.	499
<i>Loblaws Inc. c. Columbia Insurance Company</i> , 2019 CF 1434.	357

<i>Lunyamila c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2018 CAF 22, [2018] 3 R.C.F. 674	521
<i>Mackay c. Manitoba</i> , [1989] 2 R.C.S. 357, [1989] A.C.S. n° 88 (QL)	57
<i>MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson</i> , [1995] 4 R.C.S. 725, [1995] A.C.S. n° 101 (QL)	57
<i>Malhi c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2008 CanLII 87002 (C.I.S.R.)	95
<i>Manitoba (P.G.) c. Metropolitan Stores Ltd.</i> , [1987] 1 R.C.S. 110, 1987 CanLII 79	426
<i>Mannan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CF 144	169
<i>Maple Lodge Farms Ltd. c. Canada (Agence d'inspection des aliments)</i> , 2017 CAF 45	95
<i>Maranda c. Richer</i> , 2003 CSC 67, [2003] 3 R.C.S. 193	499
<i>Massachusetts Institute of Technology</i> , [2006] EUECJ C-431/04 (BAILII)	647
<i>Mbirimujo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2013 CF 553	169
<i>McKenzie c. Première Nation crie Mikisew</i> , 2020 CF 1184	544
<i>Médecins canadiens pour les soins aux réfugiés c. Canada (Procureur général)</i> , 2014 CF 651, [2015] 2 R.C.F. 267	57
<i>MediaTube Corp. c. Bell Canada</i> , 2017 CF 495	357
<i>Médicaments novateurs Canada c. Canada (Procureur général)</i> , 2020 CF 725, [2020] 4 R.C.F. 180	544
<i>Milano Pizza Ltd. c. 6034799 Canada Inc.</i> , 2018 CF 1112	391
<i>Mkrtchytan c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2011 CF 921	3
<i>Mobil Oil Corp. c. Hercules Canada Inc.</i> , [1995] A.C.F. n° 1243 (QL) (C.A.)	582
<i>Moffat c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2019 CF 896, [2019] 4 R.C.F. 331	3, 95
<i>Mon-Oil Ltd. c. Canada</i> , [1989] A.C.F. n° 227 (QL) (1 ^{re} inst.)	184
<i>Mudrak c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CAF 178	521
<i>Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CSC 40, [2005] 2 R.C.S. 100	3
<i>Muneeswarakumar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2013 CF 80	3
<i>Nagulesan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2004 CF 1382	169
<i>Northern Telecom c. Travailleurs en communication</i> , [1980] 1 R.C.S. 115, 1979 CanLII 3	426
<i>Nova Chemicals Corporation c. Dow Chemical Company</i> , 2017 CAF 25	357
<i>Novopharm Limited c. Eli Lilly and Company</i> , 2010 CF 1154	357
<i>Oakes c. Pahtayken</i> , 2010 CAF 169	544
<i>Odulate c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2017 CanLII 49129 (C.I.S.R.)	3
<i>Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson</i> , [1998] 3 R.C.S. 157, [1998] A.C.S. n° 781 (QL)	57
<i>Oneil c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2009 CanLII 94197 (C.I.S.R.)	95
<i>Operation Dismantle c. La Reine</i> , [1985] 1 R.C.S. 441, 1985 CanLII 74	426
<i>Orozco Tovar c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2009 CF 600	3
<i>Pacificador c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2003 CF 1462	3
<i>Pajazitaj c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2019 CF 540	3
<i>Pankiw c. Canada (Commission des droits de la personne)</i> , 2006 CF 1544, [2007] 4 R.C.F. 578	289
<i>Pascal c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2020 CF 752	3

	PAGE
<i>Pastion c. Première Nation Dene Tha'</i> , 2018 CF 648, [2018] 4 R.C.F. 467	544
<i>Pathmanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2009 CF 885, [2010] 3 R.C.F. 440	3
<i>Pelletier c. Canada (Procureur général)</i> , 2006 CAF 418	357
<i>Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)</i> , 2005 CF 1725	582
<i>Pfizer Canada Inc. c. Canada (Santé)</i> , 2007 CAF 209.	582
<i>Pfizer Canada Inc. c. Canada (Santé)</i> , 2009 CF 1294, conf. par 2011 CAF 102.	582
<i>Pfizer Canada Inc. c. Canada (Santé)</i> , 2010 CF 447, inf. par 2011 CAF 236.	582
<i>Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Limited</i> , 2010 CF 668.	357
<i>Philip Morris Products S.A. c. Marlboro Canada Limitée</i> , 2015 CAF 9	357
<i>Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)</i> , [1995] 2 R.C.S. 97.	521
<i>Pollard Banknote Limited c. BABN Technologies Corp.</i> , 2016 CF 883	582
<i>Poshteh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CAF 85, [2005] 3 R.C.F. 487	3
<i>Prairies Tubulars (2015) Inc. c. Canada (Agence des services frontaliers)</i> , 2018 CF 991	57
<i>Premier Tech Ltée c. Équipements Tardif Inc.</i> , [1993] A.C.F. n° 283 (QL) (1 ^{re} inst.)	582
<i>Première nation de Fort McKay c. Orr</i> , 2012 CAF 269.	544
<i>Première Nation Pasqua c. Canada (Procureur général)</i> , 2016 CAF 133, [2017] 3 R.C.F. 3	426
<i>Pritchard c. Ontario (Commission des droits de la personne)</i> , 2004 CSC 31, [2004] 1 R.C.S. 809	499
<i>Province of Ontario v. Dominion of Canada (1909)</i> , 42 S.C.R. 1, 1909 CarswellNat 23 (WL Can.), conf. par [1910] UKPC 40, [1910] A.C. 637 (P.C.).	426
<i>Pryce c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2020 CF 377.	95
<i>Québec (Procureur générale) c. 9147-0732 Québec inc.</i> , 2020 CSC 32, infirmant 9147-0732 <i>Québec inc. c. Directeur des poursuites criminelles et pénales</i> , 2019 QCCA 373	57
<i>R. c. A.M.</i> , 2008 CSC 19, [2008] 1 R.C.S. 569.	289
<i>R. c. Big M Drug Mart Ltd.</i> , [1985] 1 R.C.S. 295, [1985] A.C.S. n° 17 (QL)	57
<i>R. c. Boudreault</i> , 2018 CSC 58, [2018] 3 R.C.S. 599.	57
<i>R. c. Chehil</i> , 2013 CSC 49, [2013] 3 R.C.S. 220	289
<i>R. c. Chesson</i> , [1988] 2 R.C.S. 148.	289
<i>R. c. Collins</i> , [1987] 1 R.C.S. 265.	289
<i>R. c. Comeau</i> , 2016 NBPC 3, 448 R.N.-B. (2 ^e) 1	426
<i>R. c. Comeau</i> , 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342.	426
<i>R. c. Corbett</i> , [1988] 1 R.C.S. 670	3
<i>R. c. Daoust</i> , 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217.	544
<i>R. c. Fink</i> , 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209.	499
<i>R. c. Goltz</i> , [1991] 3 R.C.S. 485, [1991] A.C.S. n° 90 (QL).	57
<i>R. c. Henry</i> , 2005 CSC 76, [2005] 3 R.C.S. 609.	521
<i>R. c. Kang-Brown</i> , 2008 CSC 18, [2018] 1 R.C.S. 456	289
<i>R. c. Lloyd</i> , 2016 CSC 13, [2016] 1 R.C.S. 130	57
<i>R. c. Marakah</i> , 2017 CSC 59, [2017] 2 R.C.S. 608	289
<i>R. c. Nedelcu</i> , 2012 CSC 59, [2012] 3 R.C.S. 311	521
<i>R. c. Noël</i> , 2002 CSC 67, [2002] 3 R.C.S. 433.	521
<i>R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society</i> , [1992] 2 S.C.R. 606	289
<i>R. c. Nur</i> , 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773	57
<i>R. c. Plant</i> , [1993] 3 R.C.S. 281	289
<i>R. c. Reeves</i> , 2018 CSC 56, [2018] 3 R.C.S. 531	289

	PAGE
<i>R. c. S. (R.J.)</i> , [1995] 1 R.C.S. 451	521
<i>R. c. Shoker</i> , 2006 CSC 44, [2006] 2 R.C.S. 399	289
<i>R. c. Spencer</i> , 2014 CSC 43, [2014] 2 R.C.S. 212	289
<i>R. c. Tessling</i> , 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432	289
<i>R. c. Wholesale Travel Group Inc.</i> , [1991] 3 R.C.S. 154, [1991] A.C.S. n° 79 (QL)	57
<i>R. c. Zeolkowski</i> , [1989] 1 R.C.S. 1378	391
<i>R. v. Abbey</i> (2011), 82 C.R. (6th) 385, 2011 ONSC 1260 (CanLII)	3
<i>R. v. Bryan</i> , [1998] 6 W.W.R. 616, 132 Man. R. (2d) 167 (Q.B.)	57
<i>R. v. Montague</i> , 2014 ONCA 439, 120 O.R. (3d) 401	57
<i>R. v. Munoz</i> (2006), 86 O.R. (3d) 134, 2006 CanLII 3269 (C. sup.)	3
<i>R. v. Pham</i> (2002), 167 C.C.C. (3d) 570, [2002] O.J. n° 2545 (QL) (C.A.)	57
<i>R. v. Pham</i> (2005), 77 O.R. (3d) 401, [2005] O.J. n° 5127 (QL), 203 C.C.C. (3d) 326 (C.A.), conf. par 2006 CSC 26, [2006] 1 R.C.S. 940	57
<i>R. v. Reeves</i> , 2009 ONCJ 99	3
<i>R. v. Riley</i> (2009), 246 C.C.C. (3d) 552, 2009 CanLII 15451 (C. sup. Ont.)	3
<i>Rajagopal c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2007 CF 523	3, 95
<i>Ramirez Velasco c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2019 CF 543	95
<i>Ratt c. Matchewan</i> , 2010 CF 160	544
<i>Raydan Manufacturing Ltd. c. Emmanuel Simard & Fils (1983) Inc.</i> , 2006 CAF 293	357
<i>Redhead c. Miles</i> , 2019 CF 1605	544
<i>Reine (Canada) (La) c. La Reine (Î.-P.-É.)</i> , [1978] 1 C.F. 533 (C.A.)	426
<i>Renvoi relatif à la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité</i> , 2012 CF 1437, [2014] 2 R.C.F. 514	289
<i>Renvoi relatif à la sécession du Québec</i> , [1998] 2 R.C.S. 217, [1998] A.C.S. n° 61 (QL)	57, 544
<i>Ribic c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1985] D.S.A.I. n° 4 (QL)	95
<i>Riley c. Canada (Procureur général)</i> , 2011 CF 1226	3
<i>Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)</i> , [1998] 1 R.C.S. 27, 1998 CanLII 837	95, 391, 647, 426
<i>RJR–Macdonald Inc. c. Canada (Procureur général)</i> , [1994] 1 R.C.S. 311, 1994 CanLII 117	426
<i>Rodriguez c. Canada</i> , 2018 CF 1125	391
<i>Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)</i> , [1993] 3 R.C.S. 519, [1993] A.C.S. n° 94 (QL)	57
<i>Sananikone c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , [2001] D.S.A.I. n° 1950 (QL) (C.I.S.R.)	95
<i>Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Apotex Inc.</i> , 2009 CF 676	582
<i>Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Limited</i> , 2009 CF 1139, conf. par 2012 CAF 265	357
<i>Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Limited</i> , 2009 CF 1285	184
<i>Sanofi-Aventis Canada Inc. c. Novopharm Ltée</i> , 2007 CAF 163, [2008] 1 R.C.F. 174	184
<i>Saroya c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2015 CF 428	95
<i>Seedlings Life Science Ventures, LLC c. Pfizer Canada SRI</i> , 2020 CF 505	357
<i>Seth c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)</i> , [1993] 3 C.F. 348 (C.A.)	521
<i>Shahzada c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CF 1176	3
<i>Shirt c. Nation crie de Saddle Lake</i> , 2017 CF 364	544
<i>Shuaib c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2013 CF 596	169

	PAGE
<i>Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2016 CAF 96, [2016] 4 R.C.F. 230	169
<i>Singh c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2020 CF 328	95
<i>Sittampalam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2006 CAF 326, [2007] 3 F.C.R. 198.	3
<i>Sivamoorthy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2003 CFPI 307	184
<i>Smith c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2009 FC 1194, [2011] 1 R.C.F. 36 ...	3
<i>Solosky c. La Reine</i> , [1980] 1 R.C.S. 821, 1979 CanLII 9	426
<i>Southwind c. Canada</i> , 2011 CF 351, [2011] A.C.F. n° 561 (QL)	426
<i>Stanley J. Tessmer Law Corporation c. La Reine</i> , 2009 CCI 104, conf. par 2013 CAF 290.	57
<i>Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papiers Irving, Ltée</i> , 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458	3
<i>Syndicat de la fonction publique du Québec c. Québec (Procureur général)</i> , 2010 CSC 28, [2010] 2 R.C.S. 61.	391
<i>Tabingo c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2014 CAF 191, [2015] 3 R.C.F. 346	57
<i>Tahhan c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2018 CF 1279	95
<i>Taypotat c. Taypotat</i> , 2012 CF 1036	544
<i>Tearlab Corporation c. I-MED Pharma Inc.</i> , 2019 CAF 179	582
<i>Teva Canada Limited c. Janssen Inc.</i> , 2018 CF 1175	357
<i>Teva Canada Limitée c. Novartis Pharmaceuticals Canada inc.</i> , 2013 CAF 244 ...	582
<i>Thamotharem c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2007 CAF 198, [2008] 1 R.C.F. 385.	169
<i>Thanaratnam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2005 CAF 122, [2006] 1 R.C.F. 474, infirmant 2004 CF 349, [2004] 3 R.C.F. 301	3
<i>Thomas c. Première Nation One Arrow</i> , 2019 CF 1663	544
<i>Thuraisingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2004 CF 607	3
<i>Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)</i> , 2014 CSC 59, [2014] 3 R.C.S. 31	57
<i>Uber Technologies Inc. c. Heller</i> , 2020 CSC 16.	57
<i>Varela c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2009 CAF 145, [2010] 1 R.C.F. 129	521
<i>Veerasingam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , 2004 CF 1661	3
<i>Venngo Inc. c. Concierge Connection Inc. (Perkopolis)</i> , 2017 CAF 96	357
<i>ViiV Soins de santé ULC c. Canada (Santé)</i> , 2020 CF 756	647
<i>Walters v. Ontario</i> , 2015 ONSC 4855 (CanLII)	3
<i>Wang c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)</i> , 2017 CF 690	521
<i>Wenzel Downhole Tools Ltd. c. National-Oilwell Canada Ltd.</i> , 2012 CAF 333, [2014] 2 R.C.F. 459	582
<i>West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)</i> , 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635	544
<i>Whalen c. Première Nation n° 468 de Fort McMurray</i> , 2019 CF 732, [2019] 4 R.C.F. 217	521, 544
<i>Whirlpool Corp. c. Camco Inc.</i> , 2000 CSC 67, [2000] 2 R.C.S. 1067.	582
<i>Wilson c. Énergie atomique du Canada Limitée</i> , 2015 CAF 17, [2015] 4 R.C.F. 467	521
<i>Wilson v. Servier Canada Inc.</i> (2002), 26 C.P.C. (5th) 194, 116 A.C.W.S. (3d) 837, [2002] O.J. n° 3723 (QL) (C. sup.)	499

	PAGE
<i>Windsor (City) c. Canadian Transit Co.</i> , 2016 CSC 54, [2016] 2 R.C.S. 617	426
<i>X (Re)</i> , 2009 CF 1058, [2010] 1 R.C.F. 460	289
<i>X (Re)</i> , 2014 CAF 249, [2015] 1 R.C.F. 684.	243
<i>X (Re)</i> , 2016 CF 1105, [2017] 2 R.C.F. 396	243, 289
<i>X (Re)</i> , 2017 CF 1047, [2018] 3 R.C.F. 111	289
<i>X (Re)</i> , 2018 CF 738, [2019] 1 R.C.F. 567, conf. par <i>Articles 16 et 21 de la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, L.R.C. (1985), ch. C-23 (Re)</i> , 2018 CAF 207.	243, 289
<i>Younis c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2008 CF 944	3
<i>Zhang c. Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , 2013 CAF 168, [2014] 4 R.C.F. 290	521

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
STATUTES			
CANADA			
Access to Information Act , R.S.C., 1985, c. A-1		Canadian Charter of Rights and Freedoms , being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]	
s. 23	499	s. 7	57, 521
s. 25	499	s. 8	289
Bill C-44, An Act to amend the Canadian Security Intelligence Service Act and other Acts , 41st Parl., 2nd Sess., 2015		s. 11(c)	521
— — —	243	s. 12	57
British North America Act, 1867 (The) , 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]		s. 13	3, 521
s. 96	426	s. 24	521
s. 111	426	s. 24(1)	426
s. 142	426	Canadian Security Intelligence Service Act , R.S.C., 1985, c. C-23	
s. 146	426	s. 2	289
Budget Implementation Act, 2018, No. 2 , S.C. 2018, c. 27		s. 12	243, 289
s. 201	582	s. 12.1	243, 289
Canada Assistance Plan , R.S.C., 1985, c. C-1		s. 12.2	289
— — —	426	s. 15	243
Canada–European Union Comprehensive Economic and Trade Agreement Implementation Act , S.C. 2017, c. 6		s. 16	243, 289
s. 3	647	s. 21	243, 289
s. 7	647	s. 21.1	243, 289
Canada Evidence Act , R.S.C., 1985, c. C-5		Canadian Wheat Board Act , R.S.C., 1985, c. C-24	
s. 5	3, 521	— — —	57
Canadian Bill of Rights , S.C. 1960, c. 44 [R.S.C., 1985, Appendix III]		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. 1(a)	57	s. 96	57
s. 2(e)	57	ss. 96–101	57
		s. 101	426
		s. 121	426

	PAGE		PAGE
Constitution Act, 1982 , Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]		Immigration Act , R.S.C., 1985, c. I-2	
s. 43(a)	426	s. 70(1)(b)	95
s. 52(1)	57	Immigration and Refugee Protection Act , S.C. 2001, c. 27	
Controlled Drugs and Substances Act , S.C. 1996, c. 19		s. 3(1)(h)	95
s. 5(2)	521	s. 25(1)	95
s. 6(1)	521	s. 33	3
Criminal Code , R.S.C., 1985, c. C-46		s. 34(1)(a)	521
s. 2 “criminal organization”	3	s. 34(1)(f)	521
s. 184	289	s. 36	3
s. 266	95	s. 36(3)(c)	95
s. 430(1.1)(c)	289	s. 37	3
s. 467.1(1)	3	s. 37(1)(b)	521
s. 491(1)(b)	57	s. 64(1)	3
Exchequer Court Act , R.S.C. 1906, c. 140		s. 64(2)	3
s. 32	426	s. 66	95
Federal Court Act , R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10		s. 67	95
s. 32	426	s. 67(1)(c)	3
Federal Courts Act , R.S.C., 1985, c. F-7		s. 68	95
s. 17	426	s. 69	95
s. 18.1(2)	544	s. 70(1)(b)	95
s. 19	426	s. 72(1)	95
s. 20	391	s. 96	169
s. 57	426	s. 97	169
Federal-Provincial Fiscal Arrangements and Federal Post-Secondary Education and Health Contributions Act , R.S.C., 1985, c. F-8 [now Federal-Provincial Fiscal Arrangements Act , R.S.C., 1985, c. F-8]		s. 110(2)(d)	169
————	426	s. 110(4)	169
First Nations Elections Act , S.C. 2014, c. 5		s. 166(b)(ii)	521
————	544	s. 170	169
Food and Drugs Act , R.S.C., 1985, c. F-27		s. 173	3
————	391	s. 175	3
		Immigration Appeal Board Act , S.C. 1966-67, c. 90	
		s. 11	95
		s. 15	95
		Indian Act , R.S.C., 1985, c. I-5	
		s. 2 “council of the band”	544
		ss. 5–17	544
		ss. 18–41	544

	PAGE		PAGE
Indian Act—Concluded		Special Import Measures Act, R.S.C., 1985,	
ss. 53–60	544	c. S-15	
s. 73	544	s. 2(1) “importer”	57
s. 74	544	s. 2(1) “person”	57
s. 74–86	544	s. 8(1)	57
s. 76	544	s. 55	57
s. 81	544	s. 56	57
Patent Act, R.S.C., 1952 c. 203		s. 57(b)	57
s. 41	647	s. 58(1.1)	57
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4		s. 58(2)	57
s. 12(1)(g)	647	s. 61(1)	57
s. 12(1)(h)	647	s. 61(3)	57
s. 12(1)(k)	647	s. 62(1)	57
s. 27(3)	582	Supreme and Exchequer Courts Act (The),	
s. 27(4)	582	S.C. 1875, c. 11	
s. 28.3	582	s. 54	426
s. 38.2	582	s. 55	426
s. 43(2)	582	s. 56	426
s. 53.1	357, 582	s. 57	426
s. 54(1)	391	Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26	
s. 54(2)	391	s. 35.1	426
s. 55(1)	582	Time Limits and Other Periods Act (COVID-19),	
s. 55(2)	582	being Part III of the Act Respecting Further	
s. 55.2	647	COVID-19 Measures, S.C. 2020, c. 11	
s. 55.2(4)(e)	391	s. 11	544
s. 60(1)	357	Yukon First Nations Self-Government Act, S.C.	
ss. 104–112	647	1994, c. 35	
ss. 104–134	647	Sch. III, Part I	544
s. 105	647	Sch. III, Part III	544
s. 106(1)	647		
s. 106(4)	647	ALBERTA	
s. 115	647	Judicature Act, R.S.A. 2000, c. J-2	
s. 116	647	s. 25	426
s. 124(1)	391	s. 27	426
s. 134(1)	647	Preserving Canada’s Economic Prosperity Act,	
Radiocommunication Act, R.S.C., 1985, c. R-2		S.A. 2018, c. P-21.5	
s. 9(1)(b)	289	— — —	426

	PAGE		PAGE
NEW BRUNSWICK		First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases), SOR/2020-84	
Liquor Control Act, R.S.N.B. 1973, c. L-10		s. 2	544
s. 43(c)	426	s. 3	544
s. 134(b)	426	s. 4	544
Provincial Offences Procedure Act, S.N.B. 1987, c. P-22.1		s. 5	544
s. 116(3)	426	s. 6	544
		s. 7	544
ONTARIO		s. 8	544
Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31		Indian Bands Council Elections Order, SOR/97-138	
s. 10(2)	499	— — —	544
s. 19	499	Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870	
SASKATCHEWAN		s. 2	647
Freedom of Information and Protection of Privacy Act (The), S.S. 1990-91, c. F-22.01		C.08.001	647
s. 8	499	C.08.004	647
s. 22	499	C.08.004.1	647
		C.08.004.01	647
UNITED KINGDOM		Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133	
Patents Act 1977 (U.K.), 1977, c. 37		s. 2(1) “claim for the formulation”	647
s. 72(1)(d)	582	s. 2(1) “claim for the medicinal ingredient” ...	647
UNITED STATES		s. 2(1) “claim for the use of the medicinal ingredient”	647
Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984, Pub. L. No. 98-417, 98 Stat. 1589 (1984)		s. 2(2)	647
S. 505(j)(4)(B)(IV)	184	s. 3(7)	391
ORDERS AND REGULATIONS		s. 4 (1)	391
CANADA		s. 4(2)	647
Certificate of Supplementary Protection Regulations, SOR/2017-165		s. 5	391
s. 2	647	s. 5(3)	357
s. 3(2)	647	s. 6(1)	184, 357, 391
		s. 6(2)	357
		s. 6(3)	184
		s. 6(5)(b)	184
		s. 6.01	391
		s. 6.02	184, 391
		s. 6.08	184
		s. 6.09	184, 391

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE	PAGE
LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS	
LOIS	
CANADA	
Acte de la Cour Suprême et de l'Échiquier, S.C. 1875, ch. 11	
art. 54	426
art. 55	426
art. 56	426
art. 57	426
Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]	
art. 96	426
art. 111	426
art. 142	426
art. 146	426
Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]	
art. 7	57, 521
art. 8	289
art. 11c)	521
art. 12	57
art. 13	3, 521
art. 24	521
art. 24(1)	426
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46	
art. 2 « organisation criminelle »	3
art. 184	289
art. 266	95
art. 430(1.1)c)	289
Code criminel—Fin	
art. 467.1(1)	3
art. 491(1)b)	57
Déclaration canadienne des droits, S.C. 1960, ch. 44 [L.R.C. 1985, appendice III]	
art. 1a)	57
art. 2e)	57
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	57
art. 96–101	57
art. 101	426
art. 121	426
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. 43a)	426
art. 52(1)	57
Loi de la cour de l'Échiquier, S.R.C. 1906, ch. 140	
art. 32	426
Loi de mise en œuvre de l'Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne, L.C. 2017, ch. 6	
art. 3	647
art. 7	647
Loi n° 2 d'exécution du budget de 2018, L.C. 2018, ch. 27	
art. 201	582

	PAGE		PAGE
Loi réglementant certaines drogues et autres substances , L.C. 1996, ch. 19		Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité—Fin	
art. 5(2)	521	art. 15	243
art. 6(1)	521	art. 16	243, 289
Loi sur la Commission canadienne du blé , L.R.C. (1985), ch. C-24		art. 21	243, 289
— — —	57	art. 21.1	243, 289
Loi sur la Commission d'appel de l'immigration , S.C. 1966-67, ch. 90		Loi sur les aliments et drogues , L.R.C. (1985), ch. F-27	
art. 11	95	— — —	391
art. 15	95	Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur les contributions fédérales en matière d'enseignement postsecondaire et de santé , L.R.C. (1985), ch. F-8 [maintenant la Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces , L.R.C. (1985), ch. F-8]	
Loi sur la Cour fédérale , S.R.C. 1970 (2 ^e suppl.), ch. 10		— — —	426
art. 32	426	Loi sur les brevets , L.R.C. (1985), ch. P-4	
Loi sur la Cour suprême , L.R.C. (1985), ch. S-26		art. 12(1)g)	647
art. 35.1	426	art. 12(1)h)	647
Loi sur la preuve au Canada , L.R.C. (1985), ch. C-5		art. 12(1)k)	647
art. 5	3, 521	art. 27(3)	582
Loi sur la radiocommunication , L.R.C. (1985), ch. R-2		art. 27(4)	582
art. 9(1)b)	289	art. 28.3	582
Loi sur l'accès à l'information , L.R.C. (1985), ch. A-1		art. 38.2	582
art. 23	499	art. 43(2)	582
art. 25	499	art. 53.1	357, 582
Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon , L.C. 1994, ch. 35		art. 54(1)	391
ann. III, partie I	544	art. 54(2)	391
ann. III, partie III	544	art. 55(1)	582
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité , L.R.C. (1985), ch. C-23		art. 55(2)	582
art. 2 « menaces envers la sécurité du Canada »	289	art. 55.2	647
art. 12	243, 289	art. 55.2(4)e)	391
art. 12.1	243, 289	art. 60(1)	357
art. 12.2	289	art. 104–112	647
		art. 104–134	647
		art. 105	647
		art. 106(1)	647
		art. 106(4)	647

	PAGE		PAGE
Loi sur les brevets—Fin		Loi sur les mesures spéciales d'importation—Fin	
art. 115	647	art. 56	57
art. 116	647	art. 57b)	57
art. 124(1)	391	art. 58(1.1)	57
art. 134(1)	647	art. 58(2)	57
Loi sur les brevets, S.R.C. 1952, ch. 203		art. 61(1)	57
art. 41	647	art. 61(3)	57
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7		art. 62(1)	57
art. 17	426	Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2	
art. 18.1(2)	544	art. 70(1)b)	95
art. 19	426	Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27	
art. 20	391	art. 3(1)h)	95
art. 57	426	art. 25(1)	95
Loi sur les délais et autres périodes (COVID-19), constituant la partie III de la Loi concernant des mesures supplémentaires liées à la COVID-19, L.C. 2020, ch. 11		art. 33	3
art. 11	544	art. 34(1)a)	521
Loi sur les élections au sein de premières na- tions, L.C. 2014, ch. 5		art. 34(1)f)	521
— — —	544	art. 36	3
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5		art. 36(3)c)	95
art. 2 « conseil de la bande »	544	art. 37	3
art. 5–17	544	art. 37(1)b)	521
art. 18–41	544	art. 64(1)	3
art. 53–60	544	art. 64(2)	3
art. 73	544	art. 66	95
art. 74	544	art. 67	95
art. 74–86	544	art. 67(1)c)	3
art. 76	544	art. 68	95
art. 81	544	art. 69	95
Loi sur les mesures spéciales d'importation, L.R.C. (1985), ch. S-15		art. 70(1)b)	95
art. 2(1) « importateur »	57	art. 72(1)	95
art. 2(1) « personne »	57	art. 96	169
art. 8(1)	57	art. 97	169
art. 55	57	art. 110(2)d)	169
		art. 110(4)	169
		art. 166b)(ii)	521
		art. 170	169
		art. 173	3
		art. 175	3

	PAGE		PAGE
		ÉTATS-UNIS	
Projet de loi C-44, Loi modifiant la Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité et d'autres lois , 41 ^e lég., 2 ^e sess., 2015 — — —	243	Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act of 1984 , Pub. L. No. 98-417, 98 Stat. 1589 (1984) S. 505(j)(4)(B)(IV)	184
Régime d'assistance publique du Canada , L.R.C. (1985), ch. C-1 — — —	426	ROYAUME-UNI	
ALBERTA		Patents Act 1977 (R.-U.), 1977, ch. 37 art. 72(1)(d)	582
Judicature Act , R.S.A. 2000, ch. J-2 art. 25 art. 27	426 426	ORDONNANCES ET RÈGLEMENTS	
NOUVEAU-BRUNSWICK		CANADA	
Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales , L.N.-B. 1987, ch. P-22.1 art. 116(3)	426	Arrêté sur l'élection du conseil de bandes indiennes , DORS/97-138 — — —	544
Loi sur la réglementation des alcools , L.R.N.-B. 1973, ch. L-10 art. 43c) art. 134b)	426 426	Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations (prévention de maladies) , DORS/2020-84 art. 2 art. 3 art. 4 art. 5 art. 6 art. 7 art. 8	544 544 544 544 544 544 544
ONTARIO		Règlement sur les aliments et drogues , C.R.C., ch. 870 art. 2 C.08.001 C.08.004 C.08.004.1 C.08.004.01	647 647 647 647 647
Loi sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée , L.R.O. 1990, ch. F.31 art. 10(2) art. 19	499 499	Règlement sur les certificats de protection supplémentaire , DORS/2017-165 art. 2 art. 3(2)	
SASKATCHEWAN			647
Freedom of Information and Protection of Privacy Act (The) , S.S. 1990-91, ch. F-22.01 art. 8 art. 22	499 499		
Preserving Canada's Economic Prosperity Act , S.A. 2018, ch. P-21.5. — — —	426		

	PAGE		PAGE
Règles des Cours fédérales—Fin		ONTARIO	
règle 420	357	Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194	
tarif B, colonne III	57, 391	règle 31.04(2)	521
tarif B, colonne IV	357		
tarif B, colonne V	582		

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

	PAGE
Comprehensive Economic and Trade Agreement between Canada and the European Union and its Member States, done at Brussels on October 30, 2016	
Art. 20.1	647
Art. 20.2	647
Art. 20.6	647
Art. 20.27	647
Natural Resources Transfer Agreement (Alberta), confirmed by the Constitution Act, 1930, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26]	
— — —	426
Treaty No. 3 (1873)	
— — —	426
Treaty No. 7 (1877)	
— — —	426
Treaty No. 11 (1921)	
— — —	544

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

	PAGE
Accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne et ses États membres, fait à Bruxelles le 30 octobre 2016	
art. 20.1	647
art. 20.2	647
art. 20.6	647
art. 20.27	647
Convention sur le transfert des ressources naturelles (Alberta), confirmée par la Loi constitutionnelle de 1930, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26]	
— — —	426
Traité n° 3 (1873)	
— — —	426
Traité n° 7 (1877)	
— — —	426
Traité n° 11 (1921)	
— — —	544

AUTHORS CITED

	PAGE
Barrigar, Robert and Andrew Shaughnessy, <i>Canadian Patent Act Annotated</i> , 2nd ed., loose-leaf, Toronto: Carswell, 1994	582
Borrows, John. <i>Canada's Indigenous Constitution</i> , Toronto: University of Toronto Press, 2010.	544
British Columbia. Legislative Assembly, <i>Hansard</i> , 32nd Parl., 2nd Sess. (June 6, 1980)	289
Canada. Parliament. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , 32nd Parl., 2nd Sess., Issue No. 38 (June 7, 1984).	289
Canada. Parliament. Senate. Proceeding of the Standing Senate Committee on Foreign Affairs and International Trade, <i>Evidence</i> , 42nd Parl., 1st Sess., Issue No. 23 (May 4, 2017) (Chair.: A. Raynell Andreychuk)	647
Canada. Parliament. Senate. Report of the Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service. <i>Delicate Balance: A Security Intelligence Service in a Democratic Society</i> . Ottawa: Supply and Services Canada (November 1983)	289
Canada. Parliament. Senate. Special Committee of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service, <i>Proceedings of the Senate on the Canadian Security Intelligence Service on the subject matter of Bill C-157</i> , 32nd Parl., 1st Sess., 1983	289
Canada. Public Safety. <i>Ministerial Directive on Legislators' Privileges and Immunities in relation to Part IV.1 of the Criminal Code within the Precincts of Parliament, Provincial and Territorial Assemblies</i> , Ottawa: Solicitor General Canada, 1983	289
Canadian Judicial Council's, <i>National Model Practice Direction for the Use of Technology in Civil Litigation</i> , online: < https://cjc-ccm.ca/cmslib/general/JTAC%20National%20Model%20Practic(1).pdf >	499
Chandler, Marsha A. "Constitutional Change and Public Policy: The Impact of the Resource Amendment (Section 92A)" (1986), 19:1 <i>Can. J. Political Science</i> 103.	426
Cheifetz, David. "Protection of Confidential Communications of Members of Parliament" (1981), 4 <i>Can. Parl. Rev.</i> 17	289
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 4th ed. Toronto: Carswell, 2011	243
"Critics say current 'gangs' younger, less organized", <i>CBS News</i> (12 September 2012)	3
Daly, Paul. "Broad Regulations on Narrow Statutory Bases: The First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases) SOR/2020-84", online: https://www.administrativelawmatters.com/blog/2020/05/27/broad-regulations-on-narrow-statutory-bases-the-first-nations-election-cancellation-and-postponement-regulations-prevention-of-diseases-sor-2020-84/ (May 20, 2020).	544
Department of Justice. <i>Review of CSIS Warrant Practice</i> , Murray D. Segal, December 2016.	243

	PAGE
Downey, Brendan <i>et al.</i> , “Federalism in the Patch: Canada’s Energy Industry and the Constitutional Division of Powers” (2020), 58:2 <i>Alta. L. Rev.</i> 273.	426
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983	95
Evans, John. “Reviewing Delegated Legislation After Vavilov: Vires or Reasonableness” (2021), 34 <i>Can. J. Admin. Law Pract.</i> 1	544
Federal Court. “Case and Trial Management Guidelines for Complex Proceedings and Proceedings under the <i>PM(NOC) Regulations</i> ”, online: <www.fct-cf.gc.ca>.	357
Google English dictionary provided by Oxford Languages, online: www.google.com, “warrant”	95
Health Canada. Guidance Document. “Harmonized Requirements for the Licensing of Vaccines and Guidelines for the Preparation of an Application”, Minister of Public Works and Government Services Canada, 2016	647
<i>House of Commons Procedure and Practice</i> , 2nd ed. Ottawa: House of Commons, 2009.	289
Hughes, Roger T. <i>Annotated Federal Court Act and Rules</i> , Markham, Ont.: Butterworths, 1998	184
Immigration and Refugee Board of Canada. <i>Notice to Parties and Counsel Appearing Before the Refugee Protection Division – Late Disclosure</i> , May 7, 2018	169
Keyes, John Mark. “Judicial Review of Delegated Legislation: The Long and Winding Road to Vavilov”, 2020 CanLIIDocs 3679	544
<i>Larousse Dictionnaire de français en ligne</i> , « prophylaxie ».	544
<i>Larousse Langue Française</i> , “joindre”, “jonction”, “réunir”, online: <www.larousse.fr/dictionnaires/francais>	184
MacOdrum, Donald H. <i>Fox on the Canadian Law of Patents</i> , 5th ed. loose-leaf, Toronto: Carswell, 2002	582
<i>Merriam-Webster Dictionary</i> , “consolidate”, “join”, online: <www.merriam-webster.com/dictionary>	184
Mills, Aaron, “The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today” (2016), 61:4 <i>McGill L.J.</i> 847.	544
Moull, William D. “Section 92A of the Constitution Act, 1867” (1983), 61:4 <i>Can. B. Rev.</i> 715.	426
Moull, William D. “The Legal Effect of the Resource Amendment – What’s New in Section 92A?” in J. Peter Meekison, Roy J. Romanow and William D. Moull, <i>Origins and Meaning of Section 92A: The 1982 Constitutional Amendment on Resources</i> (Montreal: Institute for Research on Public Policy, 1985).	426
“Notorious Galloway Boys street gang undergoing renewal”, <i>CBC News</i> (11 September 2012).	3
<i>Oxford English Dictionary Online</i> , Oxford University Press, <i>sub verbo</i> “claim” . . .	647
Powell, Betsy. <i>Bad Seeds: The True Story of Toronto’s Galloway Boys Street Gang</i> , Mississauga, Ont.: John Wiley & Sons Canada, 2010	3
Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2006-242, <i>C. Gaz.</i> 2006.II.1510. . . .	647
Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2017-165, <i>C. Gaz.</i> 2017.II.6 (Extra No. 1).	647
Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2017-166, <i>C. Gaz.</i> 2017.II.32.	184
Regulatory Impact Analysis Statement, SOR/2017-166, <i>C. Gaz.</i> 2017.II.16.	391
Security Intelligence Review Committee. <i>Annual Report</i> , 1993–1994	289
Semkow, Brian W. “Energy and the New Constitution” (1985), 23:1 <i>Alta. L. Rev.</i> 101.	426
Sullivan, Ruth. <i>Statutory Interpretation</i> , 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016	544

AUTHORS CITED

Ixxix

PAGE

Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.	243, 391, 647
Taylor, Donald E. “Electronic Surveillance and Members’ Privileges” (1989), 12 <i>Can. Parl. Rev.</i> 12	289
Uexküll, Alexa von and Oswin Ridderbusch, <i>European SPCs Unravelling: A Practitioner’s Guide to Supplementary Protection Certificates in Europe</i> , Wolters Kluwer, 2018.	647
Vaver, David « Best Mode Disclosure in Canadian Patents » (2013), 25 <i>I.P.J.</i> 303 . . .	582

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Barrigar, Robert et Andrew Shaughnessy, <i>Canadian Patent Act Annotated</i> , 2 ^e éd., feuilles mobiles, Toronto : Carswell, 1994	582
Borrows, John. <i>La constitution autochtone du Canada</i> , Québec : Presses de l'Université du Québec, 2020	544
Canada. Parlement. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et des questions juridiques, <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , 32 ^e lég., 2 ^e sess., fascicule n° 38 (7 juin 1984)	289
Canada. Parlement. Sénat. Comité sénatorial spécial sur le Service canadien du renseignement de sécurité, <i>Délibérations du comité sénatorial spécial du Service canadien du renseignement de sécurité sur la teneur du projet de loi C-157</i> , 32 ^e lég., 1 ^{re} sess., 1983	289
Canada. Parlement. Sénat. Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires étrangères et du commerce international, <i>Témoignages</i> , 42 ^e lég., 1 ^{re} sess., fascicule n° 23 (4 mai 2017) (Présidente : A. Raynell Andreychuk).	647
Canada. Parlement. Sénat. Rapport du comité sénatorial spécial sur le Service canadien du renseignement de sécurité. <i>Équilibre délicat : Un service du renseignement de sécurité dans une société démocratique</i> . Ottawa : Approvisionnements et Services Canada, novembre 1983	289
Canada. Sécurité publique. <i>Ministerial Directive on Legislators' Privileges and Immunities in relation to Part IV.1 of the Criminal Code within the Precincts of Parliament, Provincial and Territorial Assemblies</i> , Ottawa : Solliciteur général Canada, 1983	289
Chandler, Marsha A. « Constitutional Change and Public Policy : The Impact of the Resource Amendment (Section 92A) », (1986), 19 :1 <i>Revue can. de science politique</i> 103	426
Cheifetz, David. « La protection accordée aux communications des députés » (1981), 4 <i>Rev. parl. can.</i> 17	289
Colombie-Britannique. Legislative Assembly, <i>Hansard</i> , 32 ^e lég., 2 ^e sess. (6 juin 1980)	289
Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. <i>Rapport annuel</i> , 1993–1994.	289
Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada. <i>Avis aux parties et aux conseils comparaisant devant la Section de la protection des réfugiés – communication tardive</i> , 7 mai 2018	169
Conseil canadien de la magistrature, <i>Modèle national de règles de pratique pour l'utilisation de la technologie dans les litiges civils</i> , en ligne : < https://cjc-ccm. ca/cmslib/general/Modelenationapourlutil.pdf >	499
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 4 ^e éd. Toronto : Carswell, 2011.	243
Cour fédérale. « Lignes directrices sur la gestion des instances et des instructions pour les procédures complexes et les procédures visées par le <i>Règlement sur les médicaments brevetés (Avis de conformité)</i> », en ligne : < www.fct-cf.gc.ca >	357

	PAGE
« Critics say current ‘gangs’ younger, less organized », <i>CBS News</i> (12 septembre 2012)	3
Daly, Paul. “Broad Regulations on Narrow Statutory Bases: The First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases) SOR/2020-84”, en ligne : https://www.administrativelawmatters.com/blog/2020/05/27/broad-regulations-on-narrow-statutory-bases-the-first-nations-election-cancellation-and-postponement-regulations-prevention-of-diseases-sor-2020-84/ (20 mai 2020).	544
Dictionnaire anglais de Google fourni par Oxford Languages, en ligne : www.google.com , « <i>warrant</i> »	95
Downey, Brendan <i>et al.</i> , “Federalism in the Patch : Canada’s Energy Industry and the Constitutional Division of Powers” (2020), 58 :2 <i>Alta. L. Rev.</i> 273	426
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2 ^e éd. Toronto : Butterworths, 1983	95
Evans, John. “Reviewing Delegated Legislation After <i>Vavilov</i> : <i>Vires</i> or Reasonableness” (2021), 34 <i>Can. J. Admin. Law Pract.</i> 1	544
Hughes, Roger T. <i>Annotated Federal Court Act and Rules</i> , Markham, Ont. : Butterworths, 1998	184
Keyes, John Mark. “Judicial Review of Delegated Legislation: The Long and Winding Road to <i>Vavilov</i> ”, 2020 CanLIIDocs 3679	544
<i>La procédure et les usages de la Chambre des communes</i> , 2 ^e éd. Ottawa : Chambre des communes, 2009	289
<i>Larousse Dictionnaire de français en ligne</i> . « prophylaxie »	544
<i>Larousse Langue Française</i> , « joindre », « jonction », « réunir », en ligne : < www.larousse.fr/dictionnaires/francais >.	184
MacOdrum, Donald H. <i>Fox on the Canadian Law of Patents</i> , 5 ^e éd., feuilles mobiles, Toronto : Carswell, 2002.	582
<i>Merriam-Webster Dictionary</i> , [TRADUCTION] « joindre », [TRADUCTION] « rassembler », en ligne : < www.merriam-webster.com/dictionary >	184
Mills, Aaron, «The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today» (2016), 61:4 <i>R.D. McGill</i> 847.	544
Ministère de la Justice. <i>Examen du processus de demande de mandats au SCRS</i> , Murray D. Segal, décembre 2016	243
Moull, William D. « Section 92A of the Constitution Act, 1867 », (1983), 61:4 <i>Rev. du B. can.</i> 715	426
Moull, William D. « The Legal Effect of the Resource Amendment – What’s New in Section 92A? » dans J. Peter Meekison, Roy J. Romanow et William D. Moull, <i>Origins and Meaning of Section 92A : The 1982 Constitutional Amendment on Resources</i> (Montréal : Institut de recherche en politiques publiques, 1985).	426
«Notorious Galloway Boys street gang undergoing renewal», <i>CBC News</i> (11 septembre 2012).	3
<i>Oxford English Dictionary Online</i> , Oxford University Press, <i>sub verbo</i> “claim”	647
Powell, Betsy. <i>Bad Seeds: The True Story of Toronto’s Galloway Boys Street Gang</i> , Mississauga, Ont. : John Wiley & Sons Canada, 2010	3
Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, DORS/2006-242, <i>Gaz. C.</i> 2006.II.1510	647
Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, SOR/2017-165, <i>Gaz. C.</i> 2017.II.6 (Édition spéciale n° 1)	647
Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, SOR/2017-166, <i>Gaz. C.</i> 2017.II.16	391
Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, DORS/2017-166, <i>Gaz. C.</i> 2017.II.32	184

Santé Canada. Ligne directrice. « Exigences harmonisées pour l’homologation de vaccins et lignes directrices de rédaction d’une demande », Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux Canada, 2016	647
Semkow, Brian W. “Energy and the New Constitution” (1985), 23 :1 <i>Alta. L. Rev.</i> 101	426
Sullivan, Ruth. <i>Statutory Interpretation</i> , 3 ^e éd. Toronto : Irwin Law, 2016	544
Sullivan, Ruth. <i>Sullivan on the Construction of Statutes</i> , 6 ^e éd. Markham, Ont. : LexisNexis, 2014.	243, 391, 647
Taylor, Donald E. « La surveillance électronique et l’immunité parlementaire » (1989), 12 <i>Rev. parl. can.</i> 12	289
Uexküll, Alexa von et Oswin Ridderbusch, <i>European SPCs Unravelling: A Practitioner’s Guide to Supplementary Protection Certificates in Europe</i> , Wolters Kluwer, 2018.	647
Vaver, David « Best Mode Disclosure in Canadian Patents » (2013), 25 <i>I.P.J.</i> 303 . . .	582

If undelivered, return to:
Federal Courts Reports
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada
99 Metcalfe Street, 8th floor
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :
Recueil des décisions des Cours fédérales
Commissariat à la magistrature fédérale Canada
99, rue Metcalfe, 8^e étage
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3