



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour fédérale  
du Canada**

**2002, Vol. 3, Part 2**

**2002, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**

**Cited as [2002] 3 F.C., 221-420**

**Renvoi [2002] 3 C.F., 221-420**

---



ACTING EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF PAR INTÉRIM

PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

MARTIN W. MASON, Gowling Lafleur Henderson LLP

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons, Tax Lawyers

A. DAVID MORROW, Smart & Biggar

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

LORNE WALDMAN, Jackman, Waldman & Associates

---

LEGAL STAFF

Senior Legal Editor

GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

Legal Editor

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

PRODUCTION STAFF

Production Manager

LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Publications Specialist

DIANE DESFORGES

Internet and CRIS Coordinator

LISE LEPAGE-PELLETIER

Editorial Assistant

PIERRE LANDRIault

The *Canada Federal Court Reports* are published and the Editor and Advisory Committee appointed pursuant to the *Federal Court Act*. The Reports are prepared for publication by the Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, DAVID GOURDEAU, LL.B., Commissioner.

© Her Majesty the Queen, in Right of Canada, 2002.

*The following added value features in the Canada Federal Court 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 Court Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3, telephone area code (613) 995-2706.*

ARRÊTISTES

Arrêtiste principal

GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

Arrêtiste

RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication

LAURA VANIER

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

Spécialiste des publications

DIANE DESFORGES

Coordonnatrice, Internet et SIRC

LISE LEPAGE-PELLETIER

Adjoint à l'édition

PIERRE LANDRIault

Le *Recueil des arrêts de la Cour fédérale* est publié conformément à la *Loi sur la Cour fédérale*. L'arrêtiste en chef et le comité consultatif sont également nommés en vertu de celle-ci. Le Recueil est préparé pour la publication par le Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, dont le Commissaire est DAVID GOURDEAU, LL.B.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2002.

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

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à: L'arrêtiste en chef, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone (613) 995-2706.*

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

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to Communication Canada — Publishing, Ottawa, Canada, K1A 0S9, telephone area code (613) 956-4800 or 1-800-635-7943.*

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

*All judgments and digests published in the Federal Court Reports as well as a feature "Coming Attractions" (an awareness service being brief notes on decisions selected for reporting) may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>*

## CONTENTS

**Digests ..... D-13**  
**Appeals Noted ..... I**

**AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (T.D.) ..... 221**

Patents—Infringement—Applicants seeking to prohibit Minister from issuing NOC to Apotex Inc. for omeprazole capsules until expiration of patent—Patent claims relating to use of omeprazole in treatment of infectious diseases due to bacteria *Campylobacter*—Apotex alleging patent claims not infringed by making, constructing, using, selling by it of generic omeprazole capsules—No evidence Apotex will directly infringe patent if NOC issued—Interpretation of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(1)(b)(iv) at issue—Infringement referred to in s. 5(1)(b)(iv) limited to that person, namely generic pharmaceutical manufacturer issuing notice of allegation (NOA)—Regulations intended to prohibit Minister from issuing NOC where results in infringement by second person—Infringement by anyone not relevant under Regulations—Connection between second person, infringement resulting from issuance of NOC not made out—Party inducing another to infringe patent

*Continued on next page*

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées à l'arrêtiiste en chef à l'adresse et au numéro de téléphone susmentionnés.*

*Les avis de changement d'adresse (avec indication de l'adresse précédente), ainsi que les demandes de renseignements au sujet de l'abonnement au Recueil, doivent être adressés à Communication Canada — Édition, Ottawa (Canada) K1A 0S9, téléphone (613) 956-4800 ou 1-800-635-7943.*

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

*Tous les jugements et fiches analytiques publiés dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale, ainsi que la rubrique «Bientôt à l'écran» (annonces, au moyen de brèves notes, des décisions choisies pour publication) peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>*

## SOMMAIRE

**Fiches analytiques ..... F-17**  
**Appels notés ..... I**

**AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social) (1<sup>re</sup> inst.) .... 221**

Brevets—Contrefaçon—Les demanderesse cherchent à interdire au ministre de délivrer un ADC à Apotex Inc. pour des gélules d'oméprazole avant l'expiration du brevet—Le brevet contient des revendications relatives à l'utilisation de l'oméprazole dans le traitement des infections dues à la bactérie *Campylobacter*—Apotex allègue que les revendications énoncées au brevet ne seront pas contrefaites advenant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente par elle de gélules d'oméprazole génériques—Il n'a pas été démontré qu'Apotex contrefera directement le brevet si un ADC est délivré—Le litige porte sur l'interprétation de l'art. 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—La contrefaçon visée à l'art. 5(1)(b)(iv) se limite à celle commise par cette personne, en l'occurrence le fabricant de produits pharmaceutiques génériques qui présente l'avis d'allégation (ADA)—Le Règlement a pour but d'empêcher le ministre de délivrer un ADC lorsque cela entraîne une contrefaçon par une

*Suite à la page suivante*



**CONTENTS (Continued)**

responsible for infringement—No evidence Apotex induced, procured pharmacists, doctors, other third parties to infringe patent—Applicants failing to demonstrate allegation of non-infringement by Apotex not justified—Burden of proof on applicants to demonstrate allegation legally, factually deficient—NOA given by Apotex justified in fact, law.

**Au v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) ..... 257**

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Inadmissible persons—After first visa officer refused permanent residence as sponsored applicant as inadmissible under Act, s. 19(1)(c.2) and IAD allowed appeal based on humanitarian and compassionate grounds, second visa officer not precluded by Act, s. 77(5) from holding appellant inadmissible pursuant to Act, s. 19(1)(c.2) on basis of evidence not before IAD—Interpretation of “other than those requirements on which the decision of the Appeal Division has been given” in Act, s. 77(5)—Requirements referred to therein including both relevant provisions of Immigration Act and relevant material facts, and open to visa officer, under s. 77(5), to consider new material facts not before IAD in deciding whether to approve application.

**Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Fast (C.A.) ..... 400**

Practice—Stay of Proceedings—Motion to stay—Application for stay of revocation of citizenship proceedings pending appeal from Trial Division decision dismissing application for stay—Upon consideration of applicable criteria (serious issue, irreparable harm, balance of convenience), motion dismissed.

*Continued on next page*

**SOMMAIRE (Suite)**

seconde personne—La contrefaçon par quiconque n’est pas pertinente pour les fins du Règlement—Le lien entre la seconde personne et la contrefaçon résultant de la délivrance d’un ADC n’a pas été établi—Une partie qui incite une autre partie à contrefaire un brevet est elle-même responsable de contrefaçon—Il n’a pas été démontré qu’Apotex a incité ou amené les pharmaciens, médecins ou autres tiers à contrefaire le brevet—Les demanderessees n’ont pas prouvé que l’allégation de non-contrefaçon d’Apotex est injustifiée—Il incombait aux demanderessees de prouver que l’allégation n’avait aucun fondement en fait et en droit—L’ADA d’Apotex était justifié en fait et en droit.

**Au c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.) ..... 257**

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes non admissibles—Après que le premier agent des visas eut refusé la demande de résidence permanente présentée par l’appelant en tant que demandeur parrainé au motif que celui-ci n’était pas admissible en vertu de l’art. 19(1)c.2) de la Loi et que la SAI eut accueilli l’appel pour des raisons d’ordre humanitaire, l’art. 77(5) n’empêchait pas le deuxième agent de juger que l’appelant n’était pas admissible conformément à l’art. 19(1)c.2) de la Loi en raison d’éléments de preuve qui n’avaient pas été portés à la connaissance de la SAI—Interprétation des mots «autres que celles [les exigences] sur lesquelles la section d’appel a rendu sa décision» figurant à l’art. 77(5) de la Loi—Les exigences mentionnées dans cet article comprennent à la fois les dispositions pertinentes de la Loi sur l’immigration et les faits pertinents, et un agent des visas peut, en vertu de l’art. 77(5), tenir compte de faits nouveaux n’ayant pas été portés à la connaissance de la SAI au moment de décider s’il doit approuver la demande.

**Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c. Fast (C.A.) ..... 400**

Pratique—Suspension d’instance—Requête en suspension d’instance—Demande visant à faire suspendre des procédures d’annulation de la citoyenneté en attendant qu’il soit statué sur un appel de la décision de la Section de première instance de rejeter une demande de suspension des procédures—Après avoir examiné les critères applicables (la question sérieuse, le préjudice irréparable et la prépondérance des inconvénients), la Cour rejette la requête.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Fast (T.D.)** ..... 373

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Citizens—Application for stay of revocation of citizenship proceedings—F.C.A. has consistently ruled (most recently in *Canada (M.C.I.) v. Obodzinsky*) that Charter, s. 7 not applicable to revocation proceedings in Federal Court—Principles governing exercise of discretion pursuant to Federal Court Act, s. 50 (stay of proceedings in interest of justice), as laid down in *Obodzinsky*, require dismissal of application.

Practice—Stay of Proceedings—Motion to stay—Application for stay of revocation of citizenship proceedings—Interest of justice, as mentioned in Federal Court Act, s. 50(1)(b), not requiring proceedings be stayed in view of principles governing exercise of discretion, as laid down by F.C.A. in *Canada (M.C.I.) v. Obodzinsky*.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Application for stay of revocation of citizenship proceedings—F.C.A. has consistently ruled (most recently in *Canada (M.C.I.) v. Obodzinsky*) that Charter, s. 7 not applicable to revocation proceedings in Federal Court.

### **Canada (Registrar, Indian Register) v. Sinclair (T.D.)** ..... 292

Native Peoples—Registration—Respondent Métis, descendant of residents in area covered by Treaty No. 8—Name added to Indian Register in 1990 under Indian Act, s. 6(1)(f)—Registrar of Indian Register seeking to delete respondent's name from Register—Referred two questions to Court—First question, whether Registrar would err in deciding respondent not entitled to be registered under Act, previously answered negatively—Second question whether, if answer to first question in negative, Registrar would err in deleting respondent's name before protest, appeals under Act, ss. 14.2, 14.3 exhausted—Case law on deletion process reviewed—Registrar's decision to add, delete name under Act, s. 5(3) not binding, of no legal effect—Person entitled to be registered as Indian during protest process stage conducted by Registrar—Registrar's practice of advising governmental authorities person affected no longer Indian when deletion made, thereby precipitating

## SOMMAIRE (Suite)

### **Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Fast (1<sup>re</sup> inst.)** ..... 373

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Citoyens—Demande de suspension de l'instance en révocation de la citoyenneté—De façon constante, la C.A.F. a jugé (dernièrement dans l'arrêt *Canada (M.C.I.) c. Obodzinsky*) que l'art. 7 de la Charte ne s'appliquait pas aux instances en révocation introduites devant la Cour fédérale—Eu égard aux principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 50 de la Loi sur la Cour fédérale (suspension d'instance dans l'intérêt de la justice), tels qu'ils ont été établis dans l'arrêt *Obodzinsky*, il y a lieu de rejeter la demande.

Pratique—Suspension d'instance—Requête en suspension—Demande de suspension de l'instance en révocation de la citoyenneté—À la lumière des principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire, tels qu'ils ont été établis par la C.A.F. dans *Canada (M.C.I.) c. Obodzinsky*, l'intérêt de la justice mentionné à l'art. 50(1)(b) de la Loi sur la Cour fédérale n'exige pas que l'instance soit suspendue.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Demande de suspension de l'instance en révocation de la citoyenneté—De façon constante, la C.A.F. a jugé (dernièrement dans l'arrêt *Canada (M.C.I.) c. Obodzinsky*) que l'art. 7 de la Charte ne s'appliquait pas aux instances en révocation introduites devant la Cour fédérale.

### **Canada (Registraire, Registre des Indiens) c. Sinclair (1<sup>re</sup> inst.)** ..... 292

Peuples autochtones—Inscription—Le défendeur est un Métis descendant des résidents d'un territoire couvert par le Traité n° 8—Son nom a été inscrit au registre des Indiens en 1990 en vertu de l'art. 6(1)(f) de la Loi sur les Indiens—Le registraire a cherché à faire retrancher du registre le nom du défendeur—Deux questions ont été renvoyées à la Cour—La première question, qui était de savoir si le registraire commettrait une erreur en décidant de ne pas inscrire le nom du défendeur en vertu de la Loi, avait antérieurement reçu une réponse négative—Deuxièmement, si la réponse à la première question est négative, le registraire commettrait-elle une erreur en retranchant le nom du défendeur avant que ce dernier ait épuisé ses protestations et appels en vertu des art. 14.2 et 14.3 de la Loi?—Examen de la jurisprudence sur la procédure de retranchement—La décision du registraire d'ajouter ou de retrancher un nom en vertu de l'art. 5(3) de la Loi ne lie personne et ne produit aucun effet

## CONTENTS (Continued)

termination of benefits, error of law—Entitlement to Indian status not decided under s. 5(3), only after protest stage.

### **Christian Dior, S.A. v. Dion Neckwear Ltd. (C.A.)** ..... 405

Trade-marks—Registration—Appeal from dismissal of appeal from denial of registration of trade-mark—Registrar holding applicant not meeting burden because “still in doubt” whether reasonable likelihood of confusion between applicant’s trade-mark “Dion Collection & Design”, opponent’s registered trade-mark “Dior”—Registrar erred in applying “still in doubt” standard—Imposing more onerous burden than “balance of probabilities” onus applicable in civil proceedings—Difference between opposition, civil proceedings not standard of proof, but onus—Registrar must be reasonably satisfied on balance of probabilities registration not likely to create confusion—Regardless, Registrar clearly wrong because evidence evenly balanced—Surrounding circumstances indicating, on balance of probabilities, no likelihood of confusion—Too late to now raise other grounds of opposition, abandoned for all practical purposes in Court below.

### **Collins v. Canada (C.A.)** ..... 320

Constitutional Law—Charter of Rights—Equality Rights—Appeal from Trial Judge’s finding provisions of Old Age Security Act excluding separated spouses from entitlement to spousal allowance infringing Charter, s. 15 but justified under s. 1—Appellant not qualifying for “spouse’s allowance” under Old Age Security Act, s. 19 at age 60 because separated—Charter not requiring Parliament, upon undertaking old age pension scheme, to provide same benefit to everyone—Distinctions may be

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

juridique—Une personne a le droit d’être inscrite comme Indien à l’étape de la procédure de protestation menée par le registraire—Constitue une erreur de droit la pratique du registraire d’aviser les autorités gouvernementales que la personne en cause n’est plus un Indien lorsqu’il y a retranchement, accélérant ainsi la perte des avantages—Le droit au statut d’Indien n’est pas décidé en vertu de l’art. 5(3), mais seulement après l’étape de la protestation.

### **Christian Dior, S.A. c. Dion Neckwear Ltd. (C.A.)** ..... 405

Marques de commerce—Enregistrement—Appel du rejet de l’appel du refus d’enregistrer une marque de commerce—Le registraire a déclaré que la requérante ne s’était pas acquittée du fardeau ultime qui lui incombait parce qu’un «doute persistait dans son esprit» quant à l’existence d’un risque raisonnable de confusion entre la marque de commerce «Dion Collection & Design» de la requérante et les marques de commerce «Dior» enregistrées de l’opposante—Le registraire a commis une erreur en appliquant la norme du «doute qui persiste dans l’esprit», imposant ainsi au requérant un fardeau plus lourd que celui qui est applicable en matière civile—La différence entre une procédure d’opposition et une instance civile ne se situe pas au niveau de la norme applicable, mais plutôt sur le plan de la charge de la preuve—Le registraire doit donc être raisonnablement convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que l’enregistrement n’est pas susceptible de créer de la confusion—La décision du registraire était néanmoins de toute évidence mal fondée parce que la preuve permettait de trancher le litige autant dans un sens que dans l’autre—Les circonstances de l’espèce permettent de conclure que, selon la prépondérance des probabilités, il n’existe pas de risque de confusion—Il est trop tard pour invoquer des moyens auxquels les parties ont à toutes fins utiles renoncé devant le tribunal de première instance.

### **Collins c. Canada (C.A.)** ..... 320

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits à l’égalité—Appel de la décision dans laquelle le juge de première instance a conclu que les dispositions de la Loi sur la sécurité de la vieillesse qui privent les conjoints séparés du droit à l’allocation au conjoint contenaient à l’art. 15 de la Charte des droits mais étaient justifiées en vertu de son article premier—L’appelante n’était pas admissible à «l’allocation au conjoint» prévue à l’art. 19 de la Loi sur la sécurité de la vieillesse à l’âge de 60 ans

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

made if not amounting to discrimination within meaning of s. 15, or can be justified under s. 1—If statutory distinction not affront to dignity, intrinsic worthiness, self-respect of persons not cohabiting with spouses, differential treatment not discriminatory in Charter sense—S.C.C. holding in *Lovelace v. Ontario* even targeted ameliorative program may infringe Charter, s. 15—In s. 15 analysis, Trial Judge erred in reliance upon comments in three S.C.C. decisions regarding emerging recognition separated as group, especially women, constitute disadvantaged, vulnerable group—Such comments not evidence, but factor given little weight and failure to prove historical disadvantage not by itself fatal—Trial Judge correctly concluding statute granting income-tested allowance to cohabiting spouse, while denying it to separated spouse in similar financial circumstances, discriminatory in that creates distinction based on personal characteristic intrinsic to human dignity.

Constitutional Law—Charter of Rights—Limitation Clause—Appeal from Trial Judge's finding provisions of Old Age Security Act excluding separated spouses from entitlement to spousal allowance infringing Charter, s. 15, but justified under s. 1—Trial Judge finding objective of limitation pressing, substantial—Appellant submitting limiting costs only reason for excluding separated spouses from entitlement to spouse's allowance—While cost alone not justifying Charter infringement, basis for decisions to limit spouse's allowance to cohabiting spouses, to provide similar allowance for widows, widowers was concern universal allowance for those 60 or older could tend to change behaviour, particularly as to age of retirement, causing significant social, fiscal repercussions—Trial Judge found proportionality between effects of impugned provision, objectives—Assigning little weight to deleterious effects of denial of spouse's allowance to separated spouses (eg. motivating person to remain in abusive spousal relationship) because in most cases provincial financial assistance available—No evidence of spousal abuse herein; couple separated nine years

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

car elle était séparée—La Charte n'oblige pas le législateur à accorder le même avantage à tous lorsqu'il établit un régime de sécurité de la vieillesse—Il peut faire des distinctions si celles-ci n'équivalent pas à de la discrimination au sens de l'art. 15 ou peuvent être justifiées en vertu de l'article premier—Si la distinction faite par la loi ne constitue pas un affront à la dignité, à la valeur intrinsèque ou à l'estime de soi des personnes ne vivant pas avec leur conjoint, la différence de traitement n'est pas discriminatoire au sens de la Charte—La C.S.C. a conclu dans l'arrêt *Lovelace c. Ontario* que même un programme améliorateur ciblé pouvait violer l'art. 15 de la Charte—Dans son analyse relative à l'art. 15, le juge de première instance s'est fondé à tort sur les observations faites dans trois arrêts de la C.S.C. pour conclure qu'on reconnaît de plus en plus qu'en tant que groupe, les conjoints séparés, et en particulier les femmes séparées, sont défavorisés et vulnérables—Ces observations ne constituent pas des éléments de preuve, mais peu de poids a été attribué à ce facteur et le défaut de démontrer le désavantage historique n'est pas en soi déterminant—Le juge de première instance a conclu avec raison qu'une loi accordant une allocation justifiée en fonction du revenu à une personne vivant avec son conjoint tout en refusant à un conjoint séparé se trouvant dans la même situation financière est discriminatoire en ce qu'elle crée une distinction fondée sur une caractéristique personnelle inhérente à la dignité humaine.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Clause limitative—Appel de la décision dans laquelle le juge de première instance a conclu que les dispositions de la Loi sur la sécurité de la vieillesse qui privent les conjoints séparés du droit à l'allocation au conjoint contrevenaient à l'art. 15 de la Charte des droits mais étaient justifiées en vertu de son article premier—Le juge de première instance a conclu que l'objectif de la limite était urgent et réel—L'appelante a prétendu que la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint visait uniquement à limiter les coûts—Même si les coûts ne justifient pas à eux seuls une violation de la Charte, les décisions de limiter aux conjoints faisant vie commune avec des pensionnés l'allocation au conjoint et de verser une allocation semblable aux veufs et aux veuves découlaient de la crainte qu'une allocation universelle visant les personnes âgées de 60 ans et plus puisse avoir tendance à modifier les comportements, particulièrement en ce qui concerne l'âge de la retraite, ce qui entraînerait des conséquences sociales et fiscales importantes—Le juge de première instance a conclu qu'il y avait proportionnalité entre les effets de la disposition

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

before husband pensioner—Trial Judge gave appropriate weight to availability of provincial financial assistance, correctly discounted submission social stigma attached to receipt of financial assistance under provincial programs as opposed to income-tested benefits under Old Age Security Act—Exclusion of separated spouses from eligibility for spouse's allowance justified under Charter, s. 1.

Pensions—Appeal from Trial Judge's finding provisions of Old Age Security Act excluding separated spouses from entitlement to spousal allowance infringing Charter, s. 15, but justified under s. 1—Appellant not qualifying for spouse's allowance at age 60 because separated from husband—Trial Judge correctly concluding statute granting income-tested allowance to cohabiting spouse, while denying it to separated spouse in similar financial circumstances, discriminatory in that creates distinction based on personal characteristic intrinsic to human dignity—Basis of decisions to limit spouse's allowance to cohabiting spouses of pensioners, or decision to provide similar allowance for widows, widowers was concern universal allowance for those 60 or older could tend to change behaviour, particularly as to age of retirement, with significant social, fiscal repercussions—Thus cost not sole basis for decision to limit spouse's allowance—Deleterious effects of denial of spouse's allowance to separated spouses (motivating person to stay in abusive spousal relationship) given little weight because provincial financial assistance usually available—Exclusion of separated spouses from eligibility for spouse's allowance justified under Charter, s. 1.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

contestée et ses objectifs—Il a attribué peu de poids aux effets préjudiciables du refus aux conjoints séparés de l'allocation au conjoint (p. ex., inciter une personne à maintenir une vie commune où elle subit de la violence) parce que dans la plupart des cas, ils auraient droit à de l'aide financière de la part de la province—Aucune preuve de violence conjugale en l'espèce; le couple s'est séparé neuf ans avant que le mari ne devienne un pensionné—Le juge de première instance a accordé le poids qui convenait à la possibilité d'aide financière de la part de la province et il a écarté avec raison l'argument selon lequel la réception d'aide financière en vertu de programmes provinciaux comporte une flétrissure sociale contrairement à la réception de prestations justifiées en fonction du revenu en application de la Loi sur la sécurité de la vieillesse—La non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint était justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.

Pensions—Appel de la décision dans laquelle le juge de première instance a conclu que les dispositions de la Loi sur la sécurité de la vieillesse qui privent les conjoints séparés du droit à l'allocation au conjoint contrevenaient à l'art. 15 de la Charte des droits mais étaient justifiées en vertu de son article premier—L'appelante n'était pas admissible à l'allocation au conjoint à l'âge de 60 ans car elle était séparée de son mari—Le juge de première instance a conclu avec raison qu'une loi accordant une allocation justifiée en fonction du revenu à une personne vivant avec son conjoint tout en la refusant à un conjoint séparé se trouvant dans la même situation financière est discriminatoire en ce qu'elle crée une distinction fondée sur une caractéristique personnelle inhérente à la dignité humaine—Les décisions de limiter aux conjoints faisant vie commune avec des pensionnés l'allocation au conjoint et de verser une allocation semblable aux veufs et aux veuves découlaient de la crainte qu'une allocation universelle visant les personnes âgées de 60 ans et plus puisse également avoir tendance à modifier les comportements, particulièrement en ce qui concerne l'âge de la retraite, ce qui entraînerait des conséquences sociales et fiscales importantes—Les coûts n'ont donc pas motivé à eux seuls la décision de limiter l'allocation au conjoint—Peu de poids a été attribué aux effets préjudiciables du refus aux conjoints séparés de l'allocation au conjoint (inciter une personne à maintenir une vie commune où elle subit de la violence) parce que de l'aide financière de la part de la province est généralement disponible—La non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint était justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.

*Suite à la page suivante*

**CONTENTS (Continued)**

**Huang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.) . . . . . 266**

Constitutional Law—Charter of Rights—Arrest, detention, imprisonment—Applicant, illegal immigrant on board ship intercepted in Canadian waters, searched, handcuffed, taken to holding facility, interviewed—Told lawyer available three days after first apprehended—Applicant detained within meaning of Charter, s. 10(b)—Violation of right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right.

Constitutional Law—Charter of Rights—Enforcement—Applicant, illegal immigrant on board ship intercepted in Canadian waters, searched, handcuffed, taken to holding facility, interviewed—Told lawyer available three days after first apprehended—Applicant detained within meaning of Charter, s. 10(b)—Violation of right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right—In circumstances of case, CRDD’s decision to admit port of entry notes as evidence did not affect fairness of hearing as credibility finding, basis of refusal, not based on notes.

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees—Applicant, illegal immigrant on board ship intercepted in Canadian waters, searched, handcuffed, taken to holding facility, interviewed—Told lawyer available three days after first apprehended—Convention refugee claim—Applicant detained within meaning of Charter, s. 10(b)—Violation of right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right—In circumstances of case, CRDD’s decision to admit port of entry notes as evidence in Convention refugee hearing did not affect fairness thereof as credibility finding, basis of refusal, not based on notes.

**Sandhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (C.A.) . . . . . 280**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Dependent students—Under

*Continued on next page*

**SOMMAIRE (Suite)**

**Huang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (1<sup>re</sup> inst.) . . . . . 266**

Droit constitutionnel—Charte des droits—Arrestation, détention, emprisonnement—La demanderesse était une immigrante illégale se trouvant à bord d’un navire intercepté dans les eaux canadiennes et elle a été fouillée, menottée, amenée à un établissement de détention et interrogée—On lui a dit trois jours après qu’elle eut été appréhendée qu’elle pouvait consulter un avocat—La demanderesse a été détenue au sens de l’art. 10b) de la Charte—Atteinte au droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Application de la loi—La demanderesse était une immigrante illégale se trouvant à bord d’un navire intercepté dans les eaux canadiennes et elle a été fouillée, menottée, amenée à un établissement de détention et interrogée—On lui a dit trois jours après qu’elle eut été appréhendée qu’elle pouvait consulter un avocat—La demanderesse a été détenue au sens de l’art. 10b) de la Charte—Atteinte au droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit—Dans les circonstances de l’affaire, la décision de la SSR d’accepter en preuve les notes du point d’entrée n’ont pas porté atteinte à l’équité de l’audience car la conclusion relative à la crédibilité, le motif du refus, n’était pas fondé sur les notes.

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention—La demanderesse était une immigrante illégale se trouvant à bord d’un navire intercepté dans les eaux canadiennes et elle a été fouillée, menottée, amenée à un établissement de détention et interrogée—On lui a dit trois jours après qu’elle eut été appréhendée qu’elle pouvait consulter un avocat—Revendication du statut de réfugié au sens de la Convention—La demanderesse a été détenue au sens de l’art. 10b) de la Charte—Atteinte au droit d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et d’être informé de ce droit—Dans les circonstances de l’affaire, la décision de la SSR d’accepter en preuve les notes du point d’entrée n’ont pas porté atteinte à l’équité de l’audience car la conclusion relative à la crédibilité, le motif du refus, n’était pas fondée sur les notes.

**Sandhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.) . . . . . 280**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Étudiants à charge—Un agent

*Suite à la page suivante*

**CONTENTS (Continued)**

Immigration Regulations, 1978, s. 2(1)(b)(i), visa officer has authority to determine whether alleged “dependent son” has been enrolled and in attendance as full-time student in an educational program in genuine, meaningful, bona fide respect—Mere physical attendance not enough: student must attempt to learn subjects taken—Court listing factors to be considered.

**Stamicarbon B.V. v. Urea Casale S.A. (C.A.) ..... 347**

Patents—Practice—Appeal from F.C.T.D.’s Trial Division’s dismissal of appellant’s counterclaim by way of summary judgment—Action alleging patent invalidity; appellant counterclaiming for patent infringement—As result of attack on patent’s validity, appellant applied for reissue of patent pursuant to Patent Act, s. 47—S. 47(2) providing in so far as claims of original, reissued patent identical, surrender not affecting any action pending at time of reissue or abating cause of action then existing—Reissued patent substituting “said method comprising” for “said method being characterized in that it comprises”—Motions Judge granting leave to discontinue action, dismissing counterclaim by way of summary judgment because claims not “identical”—Holding patent claims had to be exactly same in every detail for cause of action to survive—Appeal allowed—(1) Whether new wording broadening scope of claim substantive issue—Should not be resolved in summary judgment proceedings—In general, language used must receive ordinary natural meaning as would be understood at date of issuance by those knowledgeable in relevant sphere—Expert evidence may be required—Full trial of issue required to determine whether cause of action pleaded in counterclaim extinguished—(2) Whether cause of action pleaded in counterclaim continued after patent surrendered depended on construction of s. 47(2)—Appellant’s cause of action pending at time of reissue when surrender of original patent effective—S. 47(2) appears to preserve pending cause of action only in so far as claims of original, reissued patents identical—Thus if claims identical, appellant should be entitled to recover damages for infringement—(3) S. 55(2) providing person liable to pay reasonable compensation for any damage sustained, after patent application open to public inspection and before grant of patent, by reason of act constituting infringement if patent had been granted on day application open to public inspection—If owner of invalid patent could not recover damages for conduct

*Continued on next page*

**SOMMAIRE (Suite)**

des visas a le pouvoir, aux termes de l’art. 2(1)b(i) du Règlement sur l’immigration de 1978, de déterminer si un prétendu «fils à charge» a véritablement été inscrit et a réellement et avec sérieux suivi à temps plein des cours dans un programme d’études—La simple présence physique ne suffit pas: l’étudiant doit faire des efforts pour assimiler la matière enseignée dans les cours qu’il a pris—La Cour a énuméré les facteurs devant être pris en considération.

**Stamicarbon B.V. c. Urea Casale S.A. (C.A.) ..... 347**

Brevets—Pratique—Appel dirigé contre une ordonnance de la Section de première instance de la Cour fédérale qui avait rejeté par jugement sommaire la demande reconventionnelle de l’appelante—Action alléguant l’invalidité d’un brevet; l’appelante a déposé une demande reconventionnelle pour contrefaçon de brevet—En conséquence de la contestation de la validité du brevet, l’appelante a demandé la redélivrance du brevet conformément à l’art. 47 de la Loi sur les brevets—L’art. 47(2) prévoit que, dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redélivré sont identiques, l’abandon du brevet n’atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n’annule aucun motif d’instance alors existant—Le brevet redélivré substituait les mots «ladite méthode comprenant» aux mots «ladite méthode étant caractérisée en ce qu’elle comprend»—Le juge des requêtes a accordé l’autorisation de désistement, en rejetant par jugement sommaire la demande reconventionnelle parce que les revendications n’étaient pas «identiques»—Il a jugé que les revendications des brevets devaient être exactement les mêmes, à tous égards, pour que le motif d’instance survive à l’abandon du brevet—Appel accueilli—1) La question de savoir si le nouveau libellé élargissait le champ de la revendication était une question de fond—Cette question ne devrait pas être résolue à la faveur d’un jugement sommaire—De façon générale les mots employés doivent recevoir leur sens naturel et ordinaire tel que ces mots seraient compris à la date de la délivrance du brevet par ceux à qui le domaine concerné est familier—Une preuve d’expert pouvait être nécessaire—Un procès en règle portant sur la question était nécessaire pour savoir si le motif d’instance plaidé dans la demande reconventionnelle avait ou non été éteint—2) La question de savoir si le motif d’instance plaidé dans la demande reconventionnelle avait subsisté après l’abandon du brevet dépendait de l’interprétation de l’art. 47(2)—Le motif d’instance de l’appelante était existant au moment de la redélivrance lorsque l’abandon

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

after patent issued, not entitled to recover compensation for conduct before reissue.

Practice—Judgments and Orders—Summary Judgment—Appeal from F.C.T.D.’s dismissal of appellant’s counterclaim for patent infringement by summary judgment—Action alleging patent invalidity; appellant counterclaiming for patent infringement—As result of attack on patent’s validity, appellant applied for reissue of patent pursuant to Patent Act, s. 47—S. 47(2) providing in so far as claims of original, reissued patent identical, surrender not affecting any action pending at time of re-issue or abating cause of action then existing—Reissued patent, granted in 1999, substituting “said method comprising” for “said method being characterized in that it comprises”—Motions Judge granted leave to discontinue action, dismissed counterclaim by summary judgment because claim said to have been infringed not “identical”—Concluded patent claims had to be exactly same in every detail for cause of action to survive—Appeal allowed—Whether new wording broadening scope of claim substantive issue—Should not be resolved in summary judgment proceedings—Full trial of issue required to determine whether cause of action pleaded in counterclaim extinguished.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

du brevet original était devenu effectif—L’art. 47(2) semble préserver un motif d’instance existant uniquement dans la mesure où les revendications du brevet original et celles du brevet redéveloppé sont identiques—Ainsi, si les revendications sont identiques, l’appelante devrait être fondée à obtenir réparation pour atteinte à ses droits—3) L’art. 55(2) rend responsable envers le breveté, à concurrence d’une indemnité raisonnable, quiconque accomplit un acte lui faisant subir un dommage entre la date à laquelle la demande de brevet est devenue accessible au public et l’octroi du brevet, dans le cas où cet acte aurait constitué une contrefaçon si le brevet avait été octroyé à la date où cette demande est ainsi devenue accessible—Si le propriétaire d’un brevet invalide n’a pu obtenir réparation pour des agissements postérieurs à la délivrance du brevet, il ne devrait pas pouvoir obtenir réparation pour des agissements antérieurs à la redélivrance du brevet.

Pratique—Jugements et ordonnances—Jugement sommaire—Appel dirigé contre une ordonnance de la Section de première instance qui avait rejeté par jugement sommaire la demande reconventionnelle de l’appelante pour contrefaçon de brevet—Action alléguant l’invalidité du brevet; l’appelante a déposé une demande reconventionnelle pour contrefaçon de brevet—En conséquence de la contestation de la validité du brevet, l’appelante a demandé la redélivrance du brevet conformément à l’art. 47 de la Loi sur les brevets—L’art. 47(2) prévoit que, dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redéveloppé sont identiques, l’abandon du brevet n’atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n’annule aucun motif d’instance alors existant—Le brevet redéveloppé, octroyé en 1999, substituait les mots «ladite méthode comprenant» aux mots «ladite méthode étant caractérisée en ce qu’elle comprend»—Le juge des requêtes a accordé à l’intimée l’autorisation de se désister de son action et rejeté la demande reconventionnelle par jugement sommaire parce que la revendication à laquelle il avait été censément porté atteinte n’était pas «identique»—Il a conclu que les revendications des brevets devaient être exactement les mêmes, à tous égards, pour que le motif d’instance survive à l’abandon du brevet—Appel accueilli—La question de savoir si le nouveau libellé élargissait le champ de la revendication était une question de fond—Cette question ne devrait pas être résolue à la faveur d’un jugement sommaire—Un procès en règle portant sur la question était nécessaire pour savoir si le motif d’instance plaidé dans la demande reconventionnelle avait ou non été éteint.

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Concluded)

Construction of Statutes—Patent Act, s. 47(2) providing in so far as claims of original, reissued patents identical, surrender not affecting any action pending at time of re-issue or abating cause of action then existing—After respondent attacking validity of appellant's patent, appellant obtained reissued patent—Motions Judge dismissing appellant's counterclaim for patent infringement by way of summary judgment on ground wording of claims in reissued, original patents not identical; thus appellant could no longer sue for infringement of surrendered patent—Appeal therefrom allowed—Meaning of "identical" in s. 47(2) at issue—S. 47(2) derived from United States patent legislation—Appropriate to consider American case law in construing meaning of "identical"—American approach preferred to literal approach—Focus should be on whether scope of reissue claim changed from that of original claim because of use of different language—If not, claims "identical" even if language not same—Construction of patent claims substantive issue—Should not be resolved in summary judgment proceedings.

## SOMMAIRE (Fin)

Interprétation des lois—L'art. 47(2) de la Loi sur les brevets, prévoit que, dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redélivré sont identiques, l'abandon du brevet n'atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n'annule aucun motif d'instance alors existant—Après que l'intimée eut contesté la validité du brevet de l'appelante, l'appelante avait obtenu un brevet redélivré—Le juge des requêtes a rejeté par jugement sommaire la demande reconventionnelle de l'appelante pour contrefaçon de brevet, au motif que le libellé des revendications du brevet redélivré et celui des revendications du brevet original n'étaient pas identiques; ainsi l'appelante ne pouvait plus assigner l'intimée en contrefaçon du brevet abandonné—Appel accueilli—Signification du mot «identique», dans l'art. 47(2)—L'art. 47(2) est dérivé de la législation des États-Unis sur les brevets—Il était opportun d'étudier la jurisprudence américaine pour saisir le sens du mot «identique»—L'approche américaine doit être préférée à une interprétation littérale—L'essentiel est de savoir si la portée de la revendication du brevet redélivré a été modifiée par rapport à celle de la revendication du brevet original, en raison de l'utilisation de mots différents—Dans la négative, les revendications sont «identiques» même si les mots employés ne sont pas les mêmes—L'interprétation des revendications des brevets est une question de fond—Cette question ne devrait pas être résolue à la faveur d'un jugement sommaire.



## **APPEALS NOTED**

### **SUPREME COURT OF CANADA**

#### **Application for Leave to Appeal**

*Profac Facilities Management Services Inc. v. FM One Alliance Corp.*, [2002] 2 F.C. D-26 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 22/8/02.

## **APPELS NOTÉS**

### **COUR SUPRÊME DU CANADA**

#### **Demande d'autorisation de pourvoi**

*Profac Facilities Management Services Inc. c. FM One Alliance Corp.*, [2002] 2 C.F. F-31 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 22-8-02.



ISSN 0384-2568 (Print/imprimé)  
ISSN 2560-9610 (Online/en ligne)

**Canada  
Federal Court  
Reports**

**Recueil des arrêts  
de la Cour fédérale  
du Canada**

**2002, Vol. 3, Part 2**

**2002, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**



T-2016-99  
2001 FCT 1264

T-2016-99  
2001 CFPI 1264

**AB Hassle and AstraZeneca Canada Inc. (Applicants)**

**AB Hassle et AstraZeneca Canada Inc. (demandereses)**

v.

c.

**The Minister of National Health and Welfare and Apotex Inc. (Respondents)**

**Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social et Apotex Inc. (défendeurs)**

**INDEXED AS: AB HASSLE v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: AB HASSLE c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, O'Keefe J.—Ottawa, October 15; Toronto, November 16, 2001.

Section de première instance, juge O'Keefe—Ottawa, 15 octobre; Toronto, 16 novembre 2001.

*Patents — Infringement — Applicants seeking to prohibit Minister from issuing NOC to Apotex Inc. for omeprazole capsules until expiration of patent — Patent claims relating to use of omeprazole in treatment of infectious diseases due to bacteria Campylobacter — Apotex alleging patent claims not infringed by making, constructing, using, selling by it of generic omeprazole capsules — No evidence Apotex will directly infringe patent if NOC issued — Interpretation of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(1)(b)(iv) at issue — Infringement referred to in s. 5(1)(b)(iv) limited to that person, namely generic pharmaceutical manufacturer issuing notice of allegation (NOA) — Regulations intended to prohibit Minister from issuing NOC where results in infringement by second person — Infringement by anyone not relevant under Regulations — Connection between second person, infringement resulting from issuance of NOC not made out — Party inducing another to infringe patent responsible for infringement — No evidence Apotex induced, procured pharmacists, doctors, other third parties to infringe patent — Applicants failing to demonstrate allegation of non-infringement by Apotex not justified — Burden of proof on applicants to demonstrate allegation legally, factually deficient — NOA given by Apotex justified in fact, law.*

*Brevets — Contrefaçon — Les demandereses cherchent à interdire au ministre de délivrer un ADC à Apotex Inc. pour des gélules d'oméprazole avant l'expiration du brevet — Le brevet contient des revendications relatives à l'utilisation de l'oméprazole dans le traitement des infections dues à la bactérie Campylobacter — Apotex allègue que les revendications énoncées au brevet ne seront pas contrefaites advenant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente par elle de gélules d'oméprazole génériques — Il n'a pas été démontré qu'Apotex contrefera directement le brevet si un ADC est délivré — Le litige porte sur l'interprétation de l'art. 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — La contrefaçon visée à l'art. 5(1)(b)(iv) se limite à celle commise par cette personne, en l'occurrence le fabricant de produits pharmaceutiques génériques qui présente l'avis d'allégation (ADA) — Le Règlement a pour but d'empêcher le ministre de délivrer un ADC lorsque cela entraîne une contrefaçon par une seconde personne — La contrefaçon par quiconque n'est pas pertinente pour les fins du Règlement — Le lien entre la seconde personne et la contrefaçon résultant de la délivrance d'un ADC n'a pas été établi — Une partie qui incite une autre partie à contrefaire un brevet est elle-même responsable de contrefaçon — Il n'a pas été démontré qu'Apotex a incité ou amené les pharmaciens, médecins ou autres tiers à contrefaire le brevet — Les demandereses n'ont pas prouvé que l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex est injustifiée — Il incombait aux demandereses de prouver que l'allégation n'avait aucun fondement en fait et en droit — L'ADA d'Apotex était justifiée en fait et en droit.*

This was an application under section 6 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* to prohibit the Minister of National Health and Welfare from issuing a notice of compliance to the respondent, Apotex Inc., in respect of omeprazole capsules until after the expiration of Canadian patent 2025668 owned by the applicant, AB Hassle. Apotex Inc., a Canadian generic pharmaceutical manufacturer, seeks a notice of compliance from the Minister for the manufacturing

Il s'agissait d'une demande faite en vertu de l'article 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* visant à interdire au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité à la défenderesse, Apotex Inc. pour des gélules d'oméprazole, avant l'expiration du brevet canadien n° 2025668 appartenant à la demanderesse, AB Hassle. Apotex Inc., fabricant canadien de produits pharmaceutiques génériques, cherche à obtenir du

and selling of omeprazole. The '668 patent contains claims relating to the use of omeprazole in the treatment of infectious diseases due to the bacteria of the genus *Campylobacter*. In its notice of allegation (NOA), Apotex contended that there will be no infringement of any claim in the '668 patent by the making, constructing, using or selling by it of generic omeprazole capsules. Five issues were dealt with: (1) whether the applicants proved that Apotex will directly infringe the '668 patent if a NOC is issued; (2) the proper interpretation of subparagraph 5(1)(b)(iv) of the Regulations; (3) whether the applicants proved that there will be infringement generally of the '668 patent; (4) whether the applicants proved that Apotex will induce or procure infringement of the '668 patent if a NOC is granted and (5) whether the applicants successfully demonstrated that the NOA issued by Apotex was deficient in fact or in law.

*Held*, the application should be dismissed.

(1) The '668 patent only reserves exclusive rights to omeprazole that are somehow related to the treatment of *Campylobacter* infections. Claim 1 claims the exclusive right to use omeprazole for the manufacture of a medicine for the treatment of *Campylobacter* infections. The applicants have not specifically argued that claim 1 was directly infringed by Apotex and have not succeeded in establishing an infringement of that claim. Moreover, Apotex did not and will not directly infringe claim 2. As to claim 3, it relates to a pharmaceutical preparation of omeprazole "for use in the treatment of *Campylobacter* infections". Claim 3 is limited by the wording "for use in the treatment of *Campylobacter* infections" such that pharmaceutical preparations of omeprazole that are not for use in the treatment of *Campylobacter* infections would not infringe the '668 patent. The applicants have not shown on the evidence that Apotex intends to make, use or sell the pharmaceutical preparation for use in the treatment of *Campylobacter* infections, or that, if a NOC is issued, Apotex will directly infringe the '668 patent.

(2) Subsection 5(1) of the NOC Regulations contains the requirements that must be met to trigger their application. At issue are the words "by that person" in subparagraph 5(1)(b)(iv) and whether they are to be construed as if the provision read "no claim . . . would be infringed by that person" or whether the proper interpretation was that "no claim . . . would be infringed by anyone". Under the interpretation of the applicants, a person applying for a NOC would be required to allege in a NOA that no person in the world would infringe the patent as a result of the making, constructing, using or selling by that person. Under the interpretation put

ministre qu'il lui délivre un avis de conformité pour la fabrication et la vente de l'oméprazole. Le brevet 668 contient des revendications relatives à l'utilisation de l'oméprazole dans le traitement des infections dues à la bactérie *Campylobacter*. Dans son avis d'allégation (ADA), Apotex a affirmé qu'aucune des revendications énoncées au brevet 668 ne serait contrefaite advenant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente par elle de gélules d'oméprazole génériques. Cinq questions ont été examinées: 1) les demanderesse ont-elles démontré qu'Apotex contrefera directement le brevet 668 si un ADC est délivré? 2) comment convient-il d'interpréter le sous-alinéa 5(1)b(iv) du Règlement? 3) les demanderesse ont-elles démontré qu'il y aura contrefaçon en général du brevet 668? 4) les demanderesse ont-elles démontré qu'Apotex incitera ou amènera à commettre une contrefaçon du brevet 668 si un ADC est délivré? et 5) les demanderesse ont-elles réussi à démontrer que l'ADA présenté par Apotex n'était pas fondé en fait ou en droit?

*Jugement*: la demande doit être rejetée.

1) Le brevet '668 ne confère des droits exclusifs d'utilisation de l'oméprazole qu'à l'égard du traitement des infections à *Campylobacter*. La revendication 1 accorde un droit exclusif d'utilisation de l'oméprazole pour la fabrication d'un médicament à des fins de traitement des infections à *Campylobacter*. Les demanderesse n'ont pas allégué de façon spécifique que la revendication 1 était directement contrefaite par Apotex, et elles n'ont pas réussi à fournir la preuve d'une contrefaçon de cette revendication. En outre, Apotex n'a pas contrefait et ne contrefera pas directement la revendication 2. La revendication 3 concerne une préparation pharmaceutique d'oméprazole «destinée à être utilisée dans le traitement des infections à *Campylobacter*». Elle est limitée par les mots «destinée à être utilisée dans le traitement des infections à *Campylobacter*» de sorte que les préparations pharmaceutiques d'oméprazole qui ne sont pas utilisées pour le traitement des infections à *Campylobacter* ne contreferaient pas le brevet '668. Les demanderesse n'ont pas démontré, vu l'ensemble de la preuve, qu'Apotex entend fabriquer, utiliser ou vendre la préparation pharmaceutique pour le traitement des infections à *Campylobacter* ou que, si un ADC est délivré, Apotex contrefera directement le brevet '668.

2) Le paragraphe 5(1) du Règlement sur les ADC énonce les conditions qui doivent être remplies pour déclencher son application. Le litige porte sur les mots «par elle» que l'on retrouve au sous-alinéa 5(1)b(iv) et sur la question de savoir si ces mots doivent être interprétés comme si le sous-alinéa se lisait «aucune revendication [. . .] ne seraient contrefaites par cette personne» ou comme s'il se lisait «aucune revendication [. . .] ne seraient contrefaites par quiconque». Selon l'interprétation des demanderesse, une personne demandant un ADC devrait inclure dans son ADA une allégation portant que personne au monde ne contreferait le brevet advenant la



forth by the respondent, the person applying for a NOC would only be required to allege in the NOA that the actions of that person would not infringe the patent. Such an undertaking would necessarily be limited to infringements under the control of that person. The infringement referred to in subparagraph 5(1)(b)(iv) is limited to that person, namely the generic pharmaceutical manufacturer that issues the NOA. The wording of the regulation does not place any limitation on the type of infringement by the second person: it covers direct infringement as well as induced or procured infringement by the second person. The intention of the Regulations is to prohibit the Minister from issuing a NOC where infringement by the second person will result therefrom. Infringement by anyone is not relevant under the Regulations unless it can be proved that there is a connection to the second person such that the latter is involved in the infringement either directly or indirectly, through inducement or procurement. Prohibiting the issuance of a NOC is not the only remedy available for the applicants should patent infringement arise.

(3) Infringement generally, to the extent that persons other than Apotex may commit patent infringements, is relevant in this proceeding, brought under section 6 of the Regulations to challenge the NOA issued by Apotex, if the latter was sufficiently involved for the Court to conclude that their activity amounted to direct infringement or inducement or procurement of infringement. Apotex alleged that it is not seeking approval for a use of omeprazole that is protected by a patent. The NOA was not contradicted by the evidence. The connection between the second person and the infringement that might result from the issuance of a NOC has not been made out.

(4) A party which induces or procures another to infringe a patent is itself responsible for infringement of the patent. A patentee wishing to rely on the doctrine of induced infringement must allege and prove that: (a) the act of infringement was completed by the direct infringer; (b) the completed act of infringement was influenced by the seller and (c) the influence must knowingly be exercised by the seller. Under part (a) of the test, for Apotex to induce or procure infringement of the '668 patent, there must be a direct infringement by someone. The applicants' witnesses did not provide evidence of an actual act of direct infringement that would be committed by a direct infringer. Therefore, on a balance of probabilities, the applicants have not met part (a) of the three-part test for inducement of infringement. It could not be said that Apotex has done or will do anything to induce or procure pharmacists, doctors or other third parties to infringe

fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente du médicament par cette personne. Selon l'interprétation proposée par la défenderesse, la personne demandant un ADC n'aurait qu'à inclure dans son ADA une allégation portant que ses propres actions ne contreferaient pas le brevet. Un tel engagement serait nécessairement limité aux contrefaçons sous la responsabilité de cette personne. La contrefaçon visée au sous-alinéa 5(1)(b)(iv) se limite à celle commise par cette personne, en l'occurrence le fabricant de produits pharmaceutiques génériques qui présente l'ADA. Le libellé du Règlement n'impose aucune limite quant à la nature de la contrefaçon commise par la seconde personne: il vise autant la contrefaçon que la seconde personne a incité ou aidé à commettre que celle qu'elle a commise directement. Le Règlement a pour but d'empêcher le ministre de délivrer un ADC lorsqu'en résultera une contrefaçon commise par une seconde personne. La contrefaçon par quiconque n'est pertinente pour les fins du Règlement que s'il est possible d'établir un lien impliquant la seconde personne dans la contrefaçon soit directement, soit indirectement par le biais d'une incitation. L'interdiction de délivrer un ADC ne constitue pas le seul recours ouvert aux demandereses en cas de contrefaçon de brevet.

3) Dans la mesure où il est possible que des personnes autres qu'Apotex contrefassent le brevet, la question de la contrefaçon en général est pertinente dans le cadre des présentes procédures, intentées en vertu de l'article 6 du Règlement afin de contester l'ADA présenté par Apotex, si la participation de cette dernière permet à la Cour de conclure que ses activités équivalaient à une contrefaçon directe ou à une incitation à commettre une contrefaçon. Apotex a allégué que sa demande d'approbation ne visait pas l'utilisation de l'oméprazole qui est protégée par un brevet. L'ADA n'a pas été contredit par la preuve. Le lien entre la seconde personne et la contrefaçon pouvant résulter de la délivrance d'un ADC n'a pas été établi.

4) La partie qui incite ou amène une autre partie à contrefaire un brevet est elle-même responsable de contrefaçon. Le breveté qui désire invoquer la doctrine de l'incitation à la contrefaçon doit alléguer et prouver que: a) l'acte de contrefaçon a été exécuté par le contrefacteur directement; b) l'exécution de l'acte de contrefaçon a été influencée par le vendeur; et c) l'influence a été sciemment exercée par le vendeur. En ce qui concerne la partie a) du critère, pour qu'Apotex incite ou amène à contrefaire le brevet 668, il faut qu'une contrefaçon directe soit commise par une autre partie. Les témoins des demandereses n'ont fourni aucune preuve d'un acte réel de contrefaçon directe commis par un contrefacteur direct. Selon la preuve prépondérante, les demandereses n'ont donc pas prouvé la partie a) du critère tripartite applicable à l'incitation à la contrefaçon. Il était impossible d'affirmer qu'Apotex a fait ou fera quelque chose

the '668 patent. The applicants have failed to demonstrate that a direct infringement by pharmacists, doctors, patients or other third parties will necessarily take place if a NOC is issued to Apotex, and that the allegation of non-infringement by Apotex was not justified.

(5) The burden of proof was upon the applicants to demonstrate that the notice of allegation was legally or factually deficient. The Regulations contemplate only the use of medicine by patients where there is a sufficient connection to the second person such that the latter can be said to infringe. The regulatory framework was not designed to prohibit the Minister from issuing a NOC where no infringing activity by the second person (generic) could be demonstrated on a balance of probabilities. The applicants have not discharged the burden of proof so as to satisfy the Court that Apotex's allegation was not justified in fact or in law. Apotex's notice of allegation was justified since the applicants have not established that there will be direct infringement of their patent if a notice of compliance is issued, or that Apotex would indirectly infringe the patent by inducing or procuring patients to infringe it.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, s. C.08.002 (as am. by SOR/93-202, s. 24; 95-411, s. 4).

*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4).

*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 2 "claim for the medicine itself", "claim for the use of the medicine", "medicine", "notice of compliance", 5 (as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2), 6 (as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)* (2001), 15 C.P.R. (4th) 498 (F.C.T.D.); *Catapano v. Wyeth Ayerst Pharmaceuticals, Inc.*, 88 F.Supp.2d 27 (E.D.N.Y. 2000).

##### DISTINGUISHED:

*Zeneca Pharma Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 61 C.P.R. (3d) 190; 96 F.T.R. 189 (F.C.T.D.); *Windsurfing International Inc. et al. v. Trilantic Corporation* (1985), 8 C.P.R. (3d) 241; 63 N.R. 281 (F.C.A.).

qui incite ou amène les pharmaciens, médecins ou autres tiers à contrefaire le brevet 668. Les demandresses n'ont pas réussi à démontrer qu'une contrefaçon directe sera forcément commise par les pharmaciens, médecins, patients et autres tiers si un ADC est délivré à Apotex, et que l'allégation de non-contrefaçon d'Apotex était injustifiée.

5) Il incombait aux demandresses de prouver que l'avis d'allégation n'avait aucun fondement en fait et en droit. Le Règlement ne tient compte de l'utilisation que font les patients du médicament que lorsqu'il existe un lien suffisant avec la seconde personne permettant d'affirmer que celle-ci a commis une contrefaçon. Le cadre réglementaire n'est pas censé interdire au ministre de délivrer un ADC dans les cas où aucun acte de contrefaçon par la seconde personne (le fabricant de produits génériques) ne peut être établi selon la preuve prépondérante. Les demandresses ne se sont pas acquittées du fardeau de convaincre la Cour que l'allégation d'Apotex n'était pas justifiée en fait et en droit. L'avis d'allégation d'Apotex était justifié parce que les demandresses n'ont pas établi qu'il y aura contrefaçon directe de leur brevet si un ADC est délivré, ou qu'Apotex contreferait indirectement leur brevet en incitant ou en amenant des patients à contrefaire ledit brevet.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4).

*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, art. C.08.002 (mod. par DORS/93-202, art. 24; 95-411, art. 4).

*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 2 «avis de conformité», «médicament», «revendication pour le médicament en soi», «revendication pour l'utilisation du médicament», 5 (mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2), 6 (mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2001), 15 C.P.R. (4th) 498 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Catapano c. Wyeth Ayerst Pharmaceuticals, Inc.*, 88 F.Supp.2d 27 (E.D.N.Y. 2000).

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Zeneca Pharma Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 61 C.P.R. (3d) 190; 96 F.T.R. 189 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Windsurfing International Inc. et al. c. Trilantic Corporation* (1985), 8 C.P.R. (3d) 241; 63 N.R. 281 (C.A.F.).

## CONSIDERED:

*SmithKline Beecham Inc. v. Apotex Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 99; 166 F.T.R. 67 (F.C.T.D.); *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 9 C.P.R. (4th) 79; 195 F.T.R. 23 (F.C.T.D.); *Valmet Oy v. Beloit Canada Ltd.* (1988), 20 C.P.R. (3d) 1; 82 N.R. 235 (F.C.A.); *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; 160 N.R. 342 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*SmithKline Beecham Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 22; 179 F.T.R. 109 (F.C.T.D.).

APPLICATION under section 6 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* to prohibit the Minister from issuing a notice of compliance to a generic manufacturer in respect of omeprazole capsules until after the expiration of applicant's patent. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*Gunars A. Gaikis, J. Sheldon Hamilton and Yoon Kang* for applicants.  
*Rick Woyiwada* for respondent Minister of National Health and Welfare.  
*Harry B. Radomski and Andrew R. Brodtkin* for respondent Apotex Inc.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Smart & Biggar*, Toronto, for applicants.  
*Deputy Attorney General of Canada*, for respondent Minister of National Health and Welfare.

*Goodmans*, Toronto, for respondent Apotex Inc.

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

[1] O'KEEFE J.: This is an application made under section 6 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 as amended [by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3], for an order prohibiting the Minister of National Health and Welfare from issuing a notice of compliance to Apotex Inc. in respect of omeprazole capsules in various dosage strengths for oral

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*SmithKline Beecham Inc. c. Apotex Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 99; 166 F.T.R. 67 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 9 C.P.R. (4th) 79; 195 F.T.R. 23 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Valmet Oy c. Beloit Canada Ltée* (1988), 20 C.P.R. (3d) 1; 82 N.R. 235 (C.A.F.); *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; 160 N.R. 342 (C.A.F.).

## DÉCISION CITÉE:

*SmithKline Beecham Pharma Inc. c. Apotex Inc.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 22; 179 F.T.R. 109 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

DEMANDE présenté en vertu de l'article 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* et visant à interdire au ministre de délivrer un avis de conformité à un fabricant de produits génériques pour des gélules d'oméprazole avant l'expiration du brevet canadien de la demanderesse. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*Gunars A. Gaikis, J. Sheldon Hamilton et Yoon Kang* pour les demandereses.  
*Rick Woyiwada* pour le défendeur ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.  
*Harry B. Radomski et Andrew R. Brodtkin* pour la défenderesse Apotex Inc.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Smart & Biggar*, Toronto, pour les demandereses.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour le défendeur ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.  
*Goodmans*, Toronto, pour la défenderesse Apotex Inc.

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

[1] LE JUGE O'KEEFE: Il s'agit d'une demande faite en vertu de l'article 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, modifié [DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3], visant à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité à Apotex Inc. pour des gélules d'oméprazole

administration until after the expiration of Canadian patent 2025668.

#### Background Facts

[2] The applicant, AB Hassle is the owner of Canadian patent No. 2025668 ('668), which is titled "Use of Omeprazole as an Anti-Microbial Agent".

[3] The applicant, AstraZeneca Canada Inc. (Astra) is a Canadian company which is involved in the manufacture, marketing and sale of a variety of pharmaceutical products. AB Hassle and Astra are related companies.

[4] The respondent, Apotex Inc. (Apotex) is a Canadian generic pharmaceutical manufacturer that seeks the issuance of a notice of compliance (NOC) from the Minister of National Health and Welfare (the Minister) for the manufacturing and selling of omeprazole.

[5] The respondent Minister has jurisdiction to issue an NOC, where appropriate, when an application has been made and the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, supra* (NOC Regulations) have been complied with.

[6] The '668 patent contains claims relating to the use of omeprazole in the treatment of infectious diseases due to bacteria of the genus *Campylobacter*. The claims of the '668 patent state:

1. Use of 5-methoxy-2-[[4-methoxy-3,5-dimethyl-2-pyridinyl)methyl]-sulfinyl-1H-benzimidazole or a pharmaceutically acceptable salt thereof for the manufacture of a medicament for the treatment of *Campylobacter* infections.
2. Use of 5-methoxy-2-[[4-methoxy-3,5-dimethyl-2-pyridinyl)methyl]-sulfinyl]-1H-benzimidazole or a pharmaceutically acceptable salt thereof for the treatment of *Campylobacter* infections.
3. A pharmaceutical preparation for use in the treatment of *Campylobacter* infections wherein the active ingredient is 5-methoxy-2-[[4-methoxy-3,5-dimethyl-2-pyridinyl)methyl]-sulfinyl]-1H-benzimidazole or a pharmaceutically acceptable salt thereof.

en différentes doses administrées par voie orale, avant l'expiration du brevet canadien n° 2025668.

#### Les faits

[2] La demanderesse AB Hassle est propriétaire du brevet canadien n° 2025668 ('668), intitulé [TRADUCTION] «Utilisation de l'oméprazole comme agent antibactérien».

[3] La demanderesse AstraZeneca Canada Inc. (Astra) est une société canadienne s'occupant de fabrication, de commercialisation et de vente de divers produits pharmaceutiques. AB Hassle et Astra sont des sociétés liées.

[4] La défenderesse Apotex Inc. (Apotex) est un fabricant canadien de produits pharmaceutiques génériques qui cherche à obtenir du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social (le ministre) qu'il lui délivre un avis de conformité (ADC) pour la fabrication et la vente de l'oméprazole.

[5] Le ministre défendeur a compétence pour délivrer un ADC, s'il y a lieu, lorsqu'une demande a été faite en ce sens et que le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement sur les ADC), précité, a été respecté.

[6] Le brevet '668 contient des revendications relatives à l'utilisation de l'oméprazole dans le traitement des infections dues à la bactérie *Campylobacter*. Ces revendications sont les suivantes:

#### [TRADUCTION]

1. Utilisation du 5-méthoxy-2-[[4-méthoxy-3,5-diméthyl-2-pyridinyl)méthyl]-sulfinyl-1H-benzimidazole ou d'un de ses sels acceptables en pharmacie pour la fabrication d'un médicament pour le traitement des infections à *Campylobacter*.
2. Utilisation du 5-méthoxy-2-[[4-méthoxy-3,5-diméthyl-2-pyridinyl)méthyl]-sulfinyl]-1H-benzimidazole ou d'un de ses sels acceptables en pharmacie pour le traitement des infections à *Campylobacter*.
3. Une préparation pharmaceutique destinée à être utilisée dans le traitement des infections à *Campylobacter*, où la substance active est le 5-méthoxy-2-[[4-méthoxy-3,5-diméthyl-2-pyridinyl)méthyl]-sulfinyl]-1H-benzimidazole ou un de ses sels acceptables en pharmacie.

[7] The applicants and Apotex are in agreement that for this proceeding, the Court should read the chemical nomenclature that appears in claims 1 through 3, namely “5-methoxy-2-[[[4-methoxy-3,5-dimethyl-2-pyridinyl)methyl]-sulfinyl]-1H-benzimidazole”, as though it read “omeprazole”. The parties further agree that *Campylobacter* and *H.pylori* are two synonymous scientific names for the types of infection referred to in this patent.

[8] The notice of allegation (NOA) which gave rise to this proceeding stated in part:

With respect to patent 2025668, we allege that no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by us of capsules for oral administration containing omeprazole in strengths 10 mg, 20 mg and 40 mg.

The legal and factual basis for the aforesaid allegation is as follows:

The claims of this patent relate to the use and treatment of *Campylobacter* infections. Our product will not be made, used or sold for the treatment of *Campylobacter* infections and, more particularly, we are not seeking approval for such use and no such use will be included in our product monograph.

[9] The NOA was received by Astra in a letter from Apotex dated October 4, 1999.

[10] The applicants contend that it is not fatal to this application if they do not successfully demonstrate on a balance of probabilities, that the granting of an NOC will result in infringement of the '668 patent by Apotex. The applicants submit that they are only required to demonstrate, on a balance of probabilities, that there will be infringement by anyone as a result of the issuance of an NOC to Apotex. The viability of this alternative argument will turn on the interpretation of subparagraph 5(1)(b)(iv) [as am. by SOR/98-166, s. 4; 99-379, s. 2] of the NOC Regulations.

#### Applicants' Submissions

[11] In the pleadings, the applicants argued that Apotex has not complied with the requirements of the NOC Regulations which are a prerequisite to the making of an allegation. The applicants took issue as to whether

[7] Les demanderesse et Apotex conviennent que dans le cadre de la présente instance, la Cour devrait lire la nomenclature chimique apparaissant aux revendications 1 à 3, soit «5-méthoxy-2-[[[4-méthoxy-3,5-diméthyl-2-pyridinyl)méthyl]-sulfinyl]-1H-benzimidazole», comme si elle se lisait «oméprazole». Les parties conviennent également que les termes *Campylobacter* et *H.pylori* sont des termes scientifiques synonymes désignant le type d'infection mentionné dans le brevet.

[8] Dans l'avis d'allégation (ADA) qui a donné lieu à la présente instance, il est notamment allégué:

[TRADUCTION] S'agissant du brevet 2 025 668, nous alléguons qu'aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites par la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente par nous de gélules d'oméprazole administrées par voie orale en doses de 10 mg, 20 mg et 40 mg.

Cette allégation est fondée sur le droit et les faits suivants:

Les revendications du brevet concernent l'utilisation du médicament dans le traitement des infections à *Campylobacter*. Notre produit ne sera pas fabriqué, utilisé ou vendu pour le traitement des infections à *Campylobacter* et, plus précisément, nous ne cherchons pas à obtenir d'autorisation pour cet usage et cet usage ne sera pas inclus dans notre monographie de produit.

[9] L'ADA a été signifié à Astra par une lettre d'Apotex en date du 4 octobre 1999.

[10] Les demanderesse soutiennent que si elles ne réussissent pas à démontrer par une preuve prépondérante que la délivrance d'un ADC entraînera une contrefaçon du brevet '668 par Apotex, cela ne sera pas fatal à leur demande. Les demanderesse prétendent qu'elles doivent uniquement démontrer, par une preuve prépondérante, qu'il y aura contrefaçon en général à la suite de la délivrance d'un ADC à Apotex. La valeur de cet argument subsidiaire dépendra de l'interprétation qui sera faite du sous-alinéa 5(1)b)(iv) [mod. par DORS/98-166, art. 4; 99-379, art. 2] du Règlement sur les ADC.

#### Les arguments des demanderesse

[11] Dans les actes de procédure, les demanderesse ont fait valoir qu'Apotex ne s'était pas conformée aux exigences du Règlement sur les ADC, dont le respect constitue une condition préalable à la présentation d'une

Apotex had a new drug submission (NDS) pending as of the relevant date, and whether this proceeding was moot. However, the applicants decided against arguing this issue at the hearing, asserting that the Trial Division was bound to assume that the facts in the NOA were true. The applicants would not expressly remove this argument from their pleadings as they expressed a desire to reserve a right to argue this point at the Appeal Division. As this argument was not advanced before this Court, it will not be discussed further in this judgment.

[12] The applicants submit that the NOA issued by Apotex was not justified on the factual and legal basis relied upon. The issues raised by the applicants in this regard can be summarized as:

- (a) Does the alleged factual basis justify the conclusion of non-infringement;
- (b) Will there be infringement of the '668 patent;
- (c) Will Apotex itself directly infringe the '668 patent; and
- (d) Will Apotex induce or procure infringement of the '668 patent?

[13] The applicants submit that Apotex is limited, factually and legally, to what it has said in the NOA.

[14] The applicants contend that the specific basis asserted by Apotex, namely that it is not seeking approval for its product to be used for the treatment of *Campylobacter*, even if true, does not justify the assertion of non-infringement. Therefore, the applicants submit that the specific basis relied on by Apotex is not supported or justified in fact and law on the broader assertion of non-infringement.

[15] Counsel for the applicants contend that the case turns on evidence that patients will be using Apotex's product for the treatment of *Campylobacter* infections if an NOC is issued.

[16] The applicants submit that the Apotex NOA specifically acknowledges the relevance of third party

allégation. Elles ont contesté l'allégation qu'une présentation de drogue nouvelle (PDN) d'Apotex était en cours d'examen à la date pertinente et que la présente instance était sans objet. Cependant, les demanderesse ont décidé de ne pas soulever cette question à l'audience, affirmant que la Section de première instance était tenue de présumer de la véracité des faits énoncés dans l'ADA. Elles n'ont pas voulu rayer formellement cet argument de leurs actes de procédure et se sont réservées le droit de débattre la question en appel. Cet argument n'ayant pas été avancé devant notre Cour, il ne sera pas examiné davantage dans le présent jugement.

[12] Les demanderesse soutiennent que l'ADA présenté par Apotex n'était pas justifié d'après les faits et le droit sur lesquels il se fonde. Les questions soulevées par les demanderesse à cet égard se résument ainsi:

- a) Les faits allégués justifient-ils une conclusion de non-contrefaçon?
- b) Y aura-t-il contrefaçon du brevet '668?
- c) Apotex elle-même contrefera-t-elle directement le brevet '668?
- d) Apotex incitera-t-elle ou amènera-t-elle à commettre une contrefaçon du brevet '668?

[13] Les demanderesse prétendent qu'Apotex doit s'en tenir, sur les plans factuel et juridique, à ce qu'elle a déclaré dans l'ADA.

[14] Les demanderesse soutiennent que le motif particulier invoqué par Apotex, à savoir qu'elle ne cherche pas à obtenir l'approbation de son produit aux fins du traitement des infections à *Campylobacter*, même s'il est vrai, ne justifie pas la conclusion de non-contrefaçon. Par conséquent, elles allèguent que le motif particulier invoqué par Apotex n'est pas fondé ou justifié en fait et en droit en ce qui a trait à la conclusion générale de non-contrefaçon.

[15] L'avocat des demanderesse affirme que la présente affaire repose sur la preuve que des patients utiliseront le produit d'Apotex dans le traitement des infections à *Campylobacter* si un ADC est délivré.

[16] Les demanderesse allèguent qu'Apotex admet expressément dans son ADA la pertinence de la question

infringements by referring to what Apotex will be seeking approval for. The applicants submit that in so alleging, the respondent has cast the question of infringement generally by effectively saying that there would be no infringement by anyone as a result of Apotex receiving an NOC.

[17] The applicants contend that the statement in the Apotex allegation which provides “our product will not be made, used or sold for the treatment of *Campylobacter* infections” has no bearing on whether there in fact will be infringement in the marketplace should Apotex get marketing approval.

[18] The applicants refer to claim 2 of the patent, stating that Apotex as a company cannot suffer from a *Campylobacter* infection and can never use omeprazole for that treatment. Counsel for the applicants further contend that claim 2 is a typical claim for the use of a medicine, a claim that can only ever be infringed by patients. The applicants rely on this to suggest that the whole scheme of the NOC Regulations necessarily must extend to considering infringement beyond the second person or else the scheme would not make sense.

[19] The applicants submit that if the Court concludes that the NOC Regulations apply in respect of direct and indirect infringements by patients, then the Court does not need to consider the question of inducement. The Court would only need to look at inducement if the Court concludes that to succeed, the applicants must demonstrate that there is infringement by Apotex itself.

#### Respondent Apotex’s Submissions

[20] The respondent, Apotex contends that the allegation is justified and that it complies with subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations. The respondent submits that as Apotex was prevented from filing (late) affidavit evidence by the order of Mr. Justice McKeown, failure to file affidavit evidence should not

relative à la contrefaçon par des tiers lorsqu’elle indique ce qu’elle entend faire de l’approbation qu’elle cherche à obtenir. Elles affirment que, ce faisant, la défenderesse a formulé la question de la contrefaçon générale en déclarant qu’il n’y aurait pas de contrefaçon par quiconque si un ADC était délivré à Apotex.

[17] Les demandresses soutiennent que la déclaration d’Apotex portant que [TRADUCTION] «notre produit ne sera pas fabriqué, utilisé ou vendu pour le traitement des infections à *Campylobacter*» n’a aucune incidence sur la question de savoir s’il y aura effectivement contrefaçon sur le marché dans l’éventualité où Apotex obtiendrait l’autorisation de commercialiser son produit.

[18] En ce qui concerne la revendication 2 du brevet, les demandresses font observer qu’Apotex, en tant que société, ne peut souffrir d’une infection à *Campylobacter* et qu’elle ne pourra jamais utiliser l’oméprazole pour le traitement de cette infection. L’avocat des demandresses ajoute que cette revendication est un exemple typique de revendication pour l’utilisation d’un médicament, revendication qui ne pourra jamais être contrefaite que par des patients. Les demandresses estiment donc que le régime général établi par le Règlement sur les ADC doit nécessairement s’étendre à la contrefaçon commise par quelqu’un d’autre que la seconde personne, sans quoi le régime n’aurait pas de sens.

[19] Les demandresses font valoir que si la Cour arrive à la conclusion que le Règlement sur les ADC s’applique en cas de contrefaçon commise tant directement qu’indirectement par les patients, elle n’a plus besoin alors d’examiner la question de l’incitation à la contrefaçon. La Cour n’aurait à se pencher sur cette question que si elle est d’avis que les demandresses doivent, pour avoir gain de cause, fournir la preuve d’une contrefaçon par Apotex elle-même.

#### Les arguments de la défenderesse Apotex

[20] La défenderesse Apotex soutient que l’allégation est justifiée et qu’elle est conforme aux exigences du sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les ADC. Elle fait valoir qu’étant donné qu’elle a été empêchée de produire (tardivement) une preuve par affidavit par suite d’une ordonnance du juge McKeown, l’omission de

lead to any adverse inferences.

[21] Apotex contends that the only issue properly before the Court is whether any claim in the '668 patent would be infringed "by the making, constructing, using or selling" by Apotex of its omeprazole capsules.

[22] Apotex contends that the seller of an article of commerce which does not itself infringe a patent can only be held liable for the infringing acts of others if it knowingly, actively and directly participates or conspires with such a third party for the purpose of infringing the patent. The respondent contends that a patentee wishing to rely on the doctrine of induced infringement must allege and prove each of the following elements:

(a) that the act of infringement was completed by the direct infringer;

(b) completion of the act of infringement was influenced by the seller, to the point where without said influence, infringement by the buyer would not otherwise take place;

(c) the influence must knowingly be exercised by the seller, such that the seller knows that his influence will result in the completion of the act of infringement.

[23] The applicants agreed that this was the correct three-part test to apply for inducement of infringement of a patent.

[24] Apotex submits that the applicants have failed to establish on the evidence that a direct infringement will take place. Apotex further submits that even if there was a direct infringement by a third party, Apotex has not and will not knowingly influence the direct infringer such that Apotex will have induced or procured the infringement. In sum, Apotex contends that there will be no infringement of any claim in the '668 patent by Apotex by the making, constructing, using or selling of generic omeprazole capsules.

#### Respondent Minister's Submissions

[25] The Minister takes no position on whether a prohibition order should issue on the merits. The

produire une telle preuve ne devrait pas donner lieu à des conclusions défavorables.

[21] Apotex prétend que la seule question valablement soumise à la Cour consiste à déterminer si l'une ou l'autre des revendications énoncées dans le brevet '668 risque d'être contrefaite [TRADUCTION] «par la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente» par Apotex de ses gélules d'oméprazole.

[22] Apotex allègue que le vendeur d'un article de commerce qui ne contrefait pas lui-même un brevet ne peut être tenu responsable des actes de contrefaçon commis par un tiers que s'il collabore ou complotte avec ce tiers, sciemment, activement et directement, dans le but de contrefaire le brevet. La défenderesse soutient qu'un breveté qui désire invoquer la doctrine de l'incitation à la contrefaçon doit alléguer et prouver chacun des éléments suivants:

a) l'acte de contrefaçon a été exécuté par le contrefacteur directement;

b) l'exécution de l'acte de contrefaçon a été influencée par le vendeur, à un point tel que sans cette influence la contrefaçon n'aurait pas été commise par l'acheteur;

c) l'influence a été sciemment exercée par le vendeur, c'est-à-dire que le vendeur savait que son influence entraînerait l'exécution de l'acte de contrefaçon.

[23] Les demanderesses ont convenu qu'il s'agissait du critère tripartite applicable dans les cas d'incitation à la contrefaçon d'un brevet.

[24] Apotex prétend que les demanderesses n'ont pas réussi à établir, d'après la preuve, qu'une contrefaçon directe sera commise. En outre, Apotex soutient que, même si une contrefaçon directe était commise par un tiers, elle n'a pas influencé et n'influencera pas sciemment le contrefacteur direct de façon à l'inciter ou à l'amener à commettre la contrefaçon. En résumé, Apotex affirme qu'aucune des revendications énoncées au brevet '668 ne sera contrefaite advenant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente par elle de gélules d'oméprazole génériques.

#### Les arguments du ministre défendeur

[25] Le ministre ne se prononce pas sur la question de savoir si une ordonnance d'interdiction devrait être



Minister argued in written submissions that, at least on the ground argued by the applicants, the proceeding is not moot. Since the applicants waived this ground at the hearing, the Minister did not make submissions in the *viva voce* proceeding.

### Issues

[26] I propose to deal with the issues as follows:

1. Have the applicants demonstrated on the evidence that Apotex will directly infringe the '668 patent if an NOC is issued?
2. What is the proper interpretation of subparagraph 5(1)(b)(iv) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, supra*?
3. Have the applicants demonstrated on the evidence that there will be infringement generally of the '668 patent?
4. Have the applicants demonstrated on the evidence that Apotex will induce or procure infringement of the '668 patent if an NOC is granted?
5. Have the applicants successfully demonstrated that the NOA issued by Apotex was deficient in fact or law?

### Law

[27] The relevant definitions from section 2 of the NOC Regulations state:

2. In these Regulations,

“claim for the medicine itself” includes a claim in the patent for the medicine itself when prepared or produced by the methods or processes of manufacture particularly described and claimed or by their obvious chemical equivalents;

“claim for the use of the medicine” means a claim for the use of the medicine for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof; . . .

. . .

“medicine” means a substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or

rendue sur le fond. Il a fait valoir dans ses observations écrites que, du moins, en ce qui concerne le moyen invoqué par les demanderesse, l'instance n'est pas sans objet. Étant donné que les demanderesse ont renoncé à ce moyen lors de l'audience, le ministre n'a fait aucune observation de vive voix.

### Les questions en litige

[26] Je propose d'examiner les questions en litige de la façon suivante:

1. Les demanderesse ont-elles démontré, compte tenu de la preuve, qu'Apotex contrefera directement le brevet '668 si un ADC est délivré?
2. Comment doit-on interpréter le sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, précité?
3. Les demanderesse ont-elles démontré, compte tenu de la preuve, qu'il y aura contrefaçon en général du brevet '668?
4. Les demanderesse ont-elles démontré, compte tenu de la preuve, qu'Apotex incitera ou amènera à commettre une contrefaçon du brevet '668 si un ADC est délivré?
5. Les demanderesse ont-elles réussi à démontré que l'ADA présenté par Apotex n'était pas fondé en fait ou en droit?

### Les dispositions législatives

[27] Les définitions pertinentes de l'article 2 du Règlement sur les ADC sont les suivantes:

2. Les définitions qui suivent s'appliquent au présent règlement.

«avis de conformité» Avis délivré au titre de l'article C.08.004 du *Règlement sur les aliments et drogues*. . .

[. . .]

«médicament» Substance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie, d'un désordre, d'un état physique anormal, ou de leurs symptômes.

[. . .]

«revendication pour le médicament en soi» S'entend notamment d'une revendication, dans le brevet, pour le

prevention of a disease, disorder or abnormal physical state, or the symptoms thereof;

...

“notice of compliance” means a notice issued under section C.08.004 of the *Food and Drug Regulations*;

médicament en soi préparé ou produit selon les modes du procédé de fabrication décrits en détail et revendiqués ou selon leurs équivalents chimiques manifestes.

[. . .]

«revendication pour l'utilisation du médicament»  
Revendication pour l'utilisation du médicament 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. . . 2. In these Regulations,

[28] Subsection 5(1) of the NOC Regulations state:

5. (1) Where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and compares that drug with, or makes reference to, another drug for the purpose of demonstrating bioequivalence on the basis of pharmaceutical and, where applicable, bioavailability characteristics and that other drug has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the register in respect of the other drug,

(a) state that the person accepts that the notice of compliance will not issue until the patent expires; or

(b) allege that

(i) the statement made by the first person pursuant to paragraph 4(2)(c) is false,

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

[29] Section 6 of the NOC Regulations state:

6. (1) A first person may, within 45 days after being served with a notice of an allegation pursuant to paragraph 5(3)(b) or (c), apply to a court for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance until after the expiration of a patent that is the subject of the allegation.

(2) The court shall make an order pursuant to subsection (1) in respect of a patent that is the subject of one or more allegations if it finds that none of those allegations is justified.

(3) The first person shall, within the 45 days referred to in subsection (1), serve the Minister with proof that an application referred to in that subsection has been made.

[28] Le paragraphe 5(1) du Règlement sur les ADC dispose:

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue et la compare, ou fait référence, à une autre drogue pour en démontrer la bioéquivalence d'après les caractéristiques pharmaceutiques et, le cas échéant, les caractéristiques en matière de biodisponibilité, cette autre drogue ayant été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise, elle doit inclure dans la demande, à l'égard de chaque brevet inscrit au registre qui se rapporte à cette autre drogue:

a) soit une déclaration portant qu'elle accepte que l'avis de conformité ne sera pas délivré avant l'expiration du brevet;

b) soit une allégation portant que, selon le cas:

(i) la déclaration faite par la première personne aux termes de l'alinéa 4(2)c) est fautive,

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

[29] L'article 6 du Règlement sur les ADC prescrit:

6. (1) La première personne peut, dans les 45 jours après avoir reçu signification d'un avis d'allégation aux termes des alinéas 5(3)b) ou c), demander au tribunal de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration du brevet visé par l'allégation.

(2) Le tribunal rend une ordonnance en vertu du paragraphe (1) à l'égard du brevet visé par une ou plusieurs allégations si elle conclut qu'aucune des allégations n'est fondée.

(3) La première personne signifie au ministre, dans la période de 45 jours visée au paragraphe (1), la preuve que la demande visée à ce paragraphe a été faite.

(4) Where the first person is not the owner of each patent that is the subject of an application referred to in subsection (1), the owner of each such patent shall be made a party to the application.

(5) In a proceeding in respect of an application under subsection (1), the court may, on the motion of a second person, dismiss the application

(a) if the court is satisfied that the patents at issue are not eligible for inclusion on the register or are irrelevant to the dosage form, strength and route of administration of the drug for which the second person has filed a submission for a notice of compliance; or

(b) on the ground that the application is redundant, scandalous, frivolous or vexatious or is otherwise an abuse of process.

(6) For the purposes of an application referred to in subsection (1), where a second person has made an allegation under subparagraph 5(1)(b)(iv) or (1.1)(b)(iv) in respect of a patent and where that patent was granted for the medicine itself when prepared or produced by the methods or processes of manufacture particularly described and claimed or by their obvious chemical equivalents, it shall be considered that the drug proposed to be produced by the second person is, in the absence of proof to the contrary, prepared or produced by those methods or processes.

(7) On the motion of a first person, the court may, at any time during a proceeding,

(a) order a second person to produce any portion of the submission for a notice of compliance filed by the second person relevant to the disposition of the issues in the proceeding and may order that any change made to the portion during the proceeding be produced by the second person as it is made; and

(b) order the Minister to verify that any portion produced corresponds fully to the information in the submission.

(8) A document produced under subsection (7) shall be treated confidentially.

(9) In a proceeding in respect of an application under subsection (1), a court may make any order in respect of costs, including on a solicitor-and-client basis, in accordance with the rules of the court.

(10) In addition to any other matter that the court may take into account in making an order as to costs, it may consider the following factors:

(a) the diligence with which the parties have pursued the application;

(b) the inclusion on the certified patent list of a patent that should not have been included under section 4; and

(4) Lorsque la première personne n'est pas le propriétaire de chaque brevet visé dans la demande mentionnée au paragraphe (1), le propriétaire de chaque brevet est une partie à la demande.

(5) Lors de l'instance relative à la demande visée au paragraphe (1), le tribunal peut, sur requête de la seconde personne, rejeter la demande si, selon le cas:

a) il estime que les brevets en cause ne sont pas admissibles à l'inscription au registre ou ne sont pas pertinents quant à la forme posologique, la concentration et la voie d'administration de la drogue pour laquelle la seconde personne a déposé une demande d'avis de conformité;

b) il conclut qu'elle est inutile, scandaleuse, frivole ou vexatoire ou constitue autrement un abus de procédure.

(6) Aux fins de la demande visée au paragraphe (1), lorsque la seconde personne a fait une allégation aux termes des sous-alinéas 5(1)b)(iv) ou (1.1)b)(iv) à l'égard d'un brevet et que ce brevet a été accordé pour le médicament en soi préparé ou produit selon les modes ou procédés de fabrication décrits en détail et revendiqués ou selon leurs équivalents chimiques manifestes, la drogue que la seconde personne projette de produire est, en l'absence d'une preuve contraire, réputée préparée ou produite selon ces modes ou procédés.

(7) Sur requête de la première personne, le tribunal peut, au cours de l'instance:

a) ordonner à la seconde personne de produire les extraits pertinents de la demande d'avis de conformité qu'elle a déposée et lui enjoindre de produire sans délai tout changement apporté à ces extraits au cours de l'instance;

b) enjoindre au ministre de vérifier que les extraits produits correspondent fidèlement aux renseignements figurant dans la demande d'avis de conformité.

(8) Tout document produit aux termes du paragraphe (7) est considéré comme confidentiel.

(9) Le tribunal peut, au cours de l'instance relative à la demande visée au paragraphe (1), rendre toute ordonnance relative aux dépens, notamment sur une base avocat-client, conformément à ses règles.

(10) Lorsque le tribunal rend une ordonnance relative aux dépens, il peut tenir compte notamment des facteurs suivants:

a) la diligence des parties à poursuivre la demande;

b) l'inscription, sur la liste de brevets qui fait l'objet d'une attestation, de tout brevet qui n'aurait pas dû y être inclus aux termes de l'article 4;

(c) the failure of the first person to keep the patent list up to date in accordance with subsection 4(6).

[30] Subsections 55.2(4) and (5) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4] states:

**55.2 . . .**

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1) or (2) including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

(a) respecting the conditions that must be fulfilled before a notice, certificate, permit or other document concerning any product to which a patent may relate may be issued to a patentee or other person under any Act of Parliament that regulates the manufacture, construction, use or sale of that product, in addition to any conditions provided for by or under that Act;

(b) respecting the earliest date on which a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) that is issued or to be issued to a person other than the patentee may take effect and respecting the manner in which that date is to be determined;

(c) governing the resolution of disputes between a patentee or former patentee and any person who applies for a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) as to the date on which that notice, certificate, permit or other document may be issued or take effect;

(d) conferring rights of action in any court of competent jurisdiction with respect to any disputes referred to in paragraph (c) and respecting the remedies that may be sought in the court, the procedure of the court in the matter and the decisions and orders it may make; and

(e) generally governing the issue of a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) in circumstances where the issue of that notice, certificate, permit or other document might result directly or indirectly in the infringement of a patent.

(5) In the event of any inconsistency or conflict between

(a) this section or any regulations made under this section, and

(b) any Act of Parliament or any regulations made thereunder,

this section or the regulations made under this section shall prevail to the extent of the inconsistency or conflict.

[31] The relevant sections of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C. c. 870 state [as am. by SOR/93-202, s. 24; 95-411, s. 4]:

c) le fait que la première personne n'a pas tenu à jour la liste de brevets conformément au paragraphe 4(6).

[30] Les paragraphes 55.2(4) et (5) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 [édictees par L.C. 1993, ch. 2, art. 4], édicte:

**55.2 [ . . . ]**

(4) Afin d'empêcher la contrefaçon de brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens des paragraphes (1) ou (2), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment:

a) fixant des conditions complémentaires nécessaires à la délivrance, en vertu de lois fédérales régissant l'exploitation, la fabrication, la construction ou la vente de produits sur lesquels porte un brevet, d'avis, de certificats, de permis ou de tout autre titre à quiconque n'est pas le breveté;

b) concernant la première date, et la manière de la fixer, à laquelle un titre visé à l'alinéa a) peut être délivré à quelqu'un qui n'est pas le breveté et à laquelle elle peut prendre effet;

c) concernant le règlement des litiges entre le breveté, ou l'ancien titulaire du brevet, et le demandeur d'un titre visé à l'alinéa a), quant à la date à laquelle le titre en question peut être délivré ou prendre effet;

d) conférant des droits d'action devant tout tribunal compétent concernant les litiges visés à l'alinéa c), les conclusions qui peuvent être recherchées, la procédure devant ce tribunal et les décisions qui peuvent être rendues;

e) sur toute autre mesure concernant la délivrance d'un titre visé à l'alinéa a) lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet.

(5) Une disposition réglementaire prise sous le régime du présent article prévaut sur toute disposition législative ou réglementaire fédérale divergente.

[31] Les dispositions pertinentes du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870 sont les suivantes [mod. par DORS/93-202, art. 24; 95-411, art. 4]:

**C.08.002.** (1) No person shall sell or advertise a new drug unless

(a) the manufacturer of the new drug has filed with the Minister a new drug submission or an abbreviated new drug submission relating to the new drug that is satisfactory to the Minister;

(b) the Minister has issued, pursuant to section C.08.004, a notice of compliance to the manufacturer of the new drug in respect of the new drug submission or abbreviated new drug submission;

(c) the notice of compliance in respect of the submission has not been suspended pursuant to section C.08.006; and

(d) the manufacturer of the new drug has submitted to the Minister specimens of the final version of any labels, including package inserts, product brochures and file cards, intended for use in connection with that new drug, and a statement setting out the proposed date on which those labels will first be used.

(2) A new drug submission shall contain sufficient information and material to enable the Minister to assess the safety and effectiveness of the new drug, including the following:

(a) a description of the new drug and a statement of its proper name or its common name if there is no proper name;

(b) a statement of the brand name of the new drug or the identifying name or code proposed for the new drug;

(c) a list of the ingredients of the new drug, stated quantitatively, and the specifications for each of those ingredients;

(d) a description of the plant and equipment to be used in the manufacture, preparation and packaging of the new drug;

(e) details of the method of manufacture and the controls to be used in the manufacture, preparation and packaging of the new drug;

(f) details of the tests to be applied to control the potency, purity, stability and safety of the new drug;

(g) detailed reports of the tests made to establish the safety of the new drug for the purpose and under the conditions of use recommended;

(h) substantial evidence of the clinical effectiveness of the new drug for the purpose and under the conditions of use recommended;

(i) a statement of the names and qualifications of all the investigators to whom the new drug has been sold;

(j) a draft of every label to be used in conjunction with the new drug;

**C.08.002.** (1) Il est interdit de vendre ou d'annoncer une drogue nouvelle, à moins que les conditions suivantes ne soient réunies:

a) le fabricant de la drogue nouvelle a, relativement à celle-ci, déposé auprès du ministre une présentation de drogue nouvelle ou une présentation abrégée de drogue nouvelle que celui-ci juge acceptable;

b) le ministre a, aux termes de l'article C.08.004, délivré au fabricant de la drogue nouvelle un avis de conformité relativement à la présentation de drogue nouvelle ou à la présentation abrégée de drogue nouvelle;

c) l'avis de conformité relatif à la présentation n'a pas été suspendu aux termes de l'article C.08.006;

d) le fabricant de la drogue nouvelle a présenté au ministre, sous leur forme définitive, des échantillons des étiquettes—y compris toute notice jointe à l'emballage, tout dépliant et toute fiche sur le produit—destinées à être utilisées pour la drogue nouvelle, ainsi qu'une déclaration indiquant la date à laquelle il est prévu de commencer à utiliser ces étiquettes.

(2) La présentation de drogue nouvelle doit contenir suffisamment de renseignements et de matériel pour permettre au ministre d'évaluer l'innocuité et l'efficacité de la drogue nouvelle, notamment:

a) une description de la drogue nouvelle et une mention de son nom propre ou, à défaut, de son nom usuel;

b) une mention de la marque nominative de la drogue nouvelle ou du nom ou code d'identification projeté pour celle-ci;

c) la liste quantitative des ingrédients de la drogue nouvelle et les spécifications relatives à chaque ingrédient;

d) la description des installations et de l'équipement à utiliser pour la fabrication, la préparation et l'emballage de la drogue nouvelle;

e) des précisions sur la méthode de fabrication et les mécanismes de contrôle à appliquer pour la fabrication, la préparation et l'emballage de la drogue nouvelle;

f) le détail des épreuves qui doivent être effectuées pour contrôler l'activité, la pureté, la stabilité et l'innocuité de la drogue nouvelle;

g) les rapports détaillés des épreuves effectuées en vue d'établir l'innocuité de la drogue nouvelle, aux fins et selon le mode d'emploi recommandés;

h) des preuves substantielles de l'efficacité clinique de la drogue nouvelle aux fins et selon le mode d'emploi recommandés;

i) la déclaration des noms et titres professionnels de tous les chercheurs à qui la drogue nouvelle a été vendue;

j) une esquisse de chacune des étiquettes qui doivent être employées relativement à la drogue nouvelle;

(k) a statement of all the representations to be made for the promotion of the new drug respecting

- (i) the recommended route of administration of the new drug,
- (ii) the proposed dosage of the new drug,
- (iii) the claims to be made for the new drug, and
- (iv) the contra-indications and side effects of the new drug;

(l) a description of the dosage form in which it is proposed that the new drug be sold;

(m) evidence that all test batches of the new drug used in any studies conducted in connection with the submission were manufactured and controlled in a manner that is representative of market production; and

(n) for a drug intended for administration to food-producing animals, the withdrawal period of the new drug.

k) la déclaration de toutes les recommandations qui doivent être faites dans la réclame pour la drogue nouvelle, au sujet

- (i) de la voie d'administration recommandée pour la drogue nouvelle,
- (ii) de la posologie proposée pour la drogue nouvelle,
- (iii) des propriétés attribuées à la drogue nouvelle,
- (iv) des contre-indications et les effets secondaires de la drogue nouvelle;

l) la description de la forme posologique proposée pour la vente de la drogue nouvelle;

m) les éléments de preuve établissant que les lots d'essai de la drogue nouvelle ayant servi aux études menées dans le cadre de la présentation ont été fabriqués et contrôlés d'une manière représentative de la production destinée au commerce;

n) dans le cas d'une drogue nouvelle destinée à être administrée à des animaux producteurs de denrées alimentaires, le délai d'attente applicable.

### Analysis

#### [32] Issue 1

Have the applicants demonstrated on the evidence that Apotex will directly infringe the '668 patent if an NOC is issued?

The '668 patent only reserves exclusive rights to omeprazole that are somehow related to the treatment of *Campylobacter* infections. The '668 patent does not contain any claims for the compound omeprazole itself, and the '668 patent does not contain any claims for pharmaceutical preparations or use of omeprazole apart from its use in the treatment of *Campylobacter* infections.

[33] Claim 1 claims the exclusive right to use omeprazole for the manufacture of a medicine for the treatment of *Campylobacter* infections. In this case, Apotex is seeking approval to use omeprazole to manufacture a medicine. However, the manufacture by Apotex only falls within the exclusive domain of the patent holder if the medicine is being manufactured for the treatment of *Campylobacter* infections. Apotex alleges in the NOA, which this Court is to presume to be true, that it is not manufacturing the medicine for the treatment of *Campylobacter* infections. The applicants have not specifically argued that claim 1 was directly infringed by Apotex and, in my view, has not succeeded

### Analyse

#### [32] Question 1

Les demanderesse ont-elles démontré, compte tenu de la preuve, qu'Apotex contrefera directement le brevet '668 si un ADC est délivré?

Le brevet '668 ne confère des droits exclusifs d'utilisation de l'oméprazole qu'à l'égard du traitement des infections à *Campylobacter*. Le brevet '668 ne contient aucune revendication à l'égard du composé chimique de l'oméprazole lui-même et ne contient aucune revendication se rapportant aux préparations pharmaceutiques ou à l'utilisation de l'oméprazole à des fins autres que le traitement des infections à *Campylobacter*.

[33] La revendication 1 accorde un droit exclusif d'utilisation de l'oméprazole pour la fabrication d'un médicament à des fins de traitement des infections à *Campylobacter*. En l'espèce, Apotex cherche à obtenir le droit d'utiliser l'oméprazole pour fabriquer un médicament. Toutefois, le médicament fabriqué par Apotex ne relèvera du domaine exclusif du breveté que si ce médicament est fabriqué aux fins de traitement des infections à *Campylobacter*. Apotex allègue dans l'ADA, ce que la Cour doit tenir pour véridique, qu'elle ne fabrique pas le médicament à des fins de traitement des infections à *Campylobacter*. Les demanderesse n'ont pas allégué de façon spécifique que la revendication 1

in entering evidence to successfully establish an infringement of claim 1.

[34] The applicants have conceded that as a corporation, it is impossible for Apotex to use omeprazole to treat a *Campylobacter* infection. Apotex does not and will not directly infringe claim 2.

[35] The applicants submit that Apotex will directly infringe claim 3, which claims a pharmaceutical preparation of omeprazole for use in the treatment of *Campylobacter* infections. The applicants submit that claim 3 is a claim for the medicine itself pursuant to the NOC Regulations. The Court notes that claim 3 is limited by the wording “for use in the treatment of *Campylobacter* infections” such that pharmaceutical preparations of omeprazole that are not for use in the treatment of *Campylobacter* infections would not infringe the ‘668 patent. This is a significant limitation and departure from an unencumbered claim for the medicine.

[36] For the applicants to successfully show that Apotex infringes claim 3, it is necessary for the applicants to demonstrate on the evidence that Apotex proposes to make and sell such a pharmaceutical preparation for use in the treatment of *Campylobacter* infections. In my view, the applicants have not shown on the evidence that Apotex intends to make, use or sell the pharmaceutical preparation for use in the treatment of *Campylobacter* infections.

[37] In *SmithKline Beecham Inc. v. Apotex Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 99 (F.C.T.D.), McGillis J. stated [at paragraph 39]:

Apotex has alleged in its notice of allegation that its tablets will not infringe the ‘060 patent. That allegation is presumed to be true, “. . . except to the extent that the contrary has been shown . . .” by SmithKline. (See *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (F.C.A.) at 319). In my opinion, the evidence adduced by SmithKline, including the two experiments, raises no more than a possibility of infringement by Apotex, and does not establish, on a balance of probabilities, that Apotex’s allegation of non-infringement is not justified. I am also satisfied that the evidence of Apotex’s witness Mr. Petrov does

était directement contrefaite par Apotex, et je suis d’avis qu’elles n’ont pas réussi à fournir la preuve d’une contrefaçon de la revendication 1.

[34] Les demandresses ont admis qu’Apotex, en tant que société, ne peut utiliser l’oméprazole pour traiter une infection à *Campylobacter*. Apotex ne contrefait et ne contrefera pas directement la revendication 2.

[35] Les demandresses soutiennent qu’Apotex contrefera directement la revendication 3, laquelle revendication concerne une préparation pharmaceutique d’oméprazole destinée à être utilisée dans le traitement des infections à *Campylobacter*. Elles prétendent qu’il s’agit d’une revendication pour le médicament en soi selon le Règlement sur les ADC. La Cour note que la revendication 3 est limitée par les mots «destinée à être utilisée dans le traitement des infections à *Campylobacter*» de sorte que les préparations pharmaceutiques d’oméprazole qui ne sont pas utilisées pour le traitement des infections à *Campylobacter* ne contreferaient pas le brevet ‘668. Il s’agit d’une limitation et d’une dérogation importante à une revendication absolue pour le médicament.

[36] Pour établir avec succès qu’Apotex contrefait la revendication 3, les demandresses doivent démontrer, compte tenu de la preuve, qu’Apotex a l’intention de fabriquer et de vendre ladite préparation pharmaceutique pour le traitement des infections à *Campylobacter*. À mon avis, les demandresses n’ont pas démontré, vu l’ensemble de la preuve, qu’Apotex entend fabriquer, utiliser ou vendre la préparation pharmaceutique pour le traitement des infections à *Campylobacter*.

[37] Dans *SmithKline Beecham Inc. c. Apotex Inc.* (1999), 1 C.P.R. (4th) 99 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge McGillis affirme [au paragraphe 39]:

Dans son avis d’allégation, Apotex soutient que ses comprimés n’emporteront pas la contrefaçon du brevet 060. Cette allégation est tenue pour véridique «sauf dans la mesure que [SmithKline] prouve le contraire». (Voir *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (C.A.F.), à la p. 319). Selon moi, les éléments de preuve présentés par SmithKline, y compris les résultats des deux expériences, ne soulèvent qu’une possibilité de contrefaçon par Apotex et n’établissent pas, selon la prépondérance des probabilités, que l’allégation de non-contrefaçon formulée par Apotex est non

not advance the case for SmithKline, as suggested by its counsel. In my opinion, Mr. Petrov simply confirmed that he agreed with the conclusions of Dr. Apperley and Mr. Ward in the context of the experiments conducted by them.

[38] There have been no allegations by the applicants that any infringements have already taken place. Given the NOA issued by Apotex, in my view the evidence has not established, on a balance of probabilities, that if an NOC is issued, Apotex will directly infringe the '668 patent.

[39] For the reasons above, I do not find that Apotex will directly infringe the '668 patent if a notice of compliance is issued.

[40] Issue 2

What is the proper interpretation of subparagraph 5(1)(b)(iv) of the Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, supra?

Subsection 5(1) of the NOC Regulations contains the requirements that must be met in order to trigger the application of the Regulations. In this case, counsel for the applicants and the respondent submitted different interpretations for the requirement that appears in subparagraph 5(1)(b)(iv). Without repeating the wording that is common to all of paragraph 5(1)(b), subparagraph 5(1)(b)(iv) states:

5. (1)(b) . . .

(iv) no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

[41] At issue, are the words "by that person" and whether they are to be construed as if the paragraph read "no claim . . . would be infringed by that person" or whether the proper interpretation was that "no claim . . . would be infringed by anyone". For further clarity, the two proposed interpretations are placed in full context below.

[42] The applicants propose the following, open-ended, interpretation:

fondée. Je suis également convaincue que le témoignage de M. Petrov, pour le compte d'Apotex, n'étaye pas la thèse de SmithKline, comme le prétend son avocat. À mon avis, M. Petrov a simplement confirmé qu'il était d'accord avec les conclusions du D' Apperley et de M. Ward tirées à l'issue des expériences qu'ils ont effectuées.

[38] Les demanderessees n'ont fait aucune allégation portant qu'une contrefaçon avait déjà été commise. Compte tenu de l'ADA présenté par Apotex, je suis d'avis qu'il n'a pas été établi, selon la preuve prépondérante, que si un ADC est délivré, Apotex contrefera directement le brevet '668.

[39] Pour les raisons susmentionnées, je ne crois pas qu'Apotex contrefera directement le brevet '668 si un avis de conformité est délivré.

[40] Question 2

Comment doit-on interpréter le sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), précité?

Le paragraphe 5(1) du Règlement sur les ADC énonce les conditions qui doivent être remplies pour déclencher l'application du règlement. En l'espèce, les avocats des demanderessees et de la défenderesse ont proposé deux interprétations différentes de la condition figurant au sous-alinéa 5(1)(b)(iv). Sans qu'il soit besoin de répéter le libellé commun à l'ensemble de l'alinéa 5(1)(b), le sous-alinéa 5(1)(b)(iv) dispose:

5. (1)(b) [. . .]

(iv) aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

[41] Le litige porte sur les mots «par elle» et sur la question de savoir si ces mots doivent être interprétés comme si le sous-alinéa se lisait «aucune revendication [. . .] ne seraient contrefaites par cette personne» ou comme s'il se lisait «aucune revendication [. . .] ne seraient contrefaites par quiconque». Par souci de clarté, les deux interprétations proposées sont ci-dessous reproduites en entier.

[42] Les demanderessees proposent l'interprétation non limitative suivante:



... no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed [by anyone] by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

[43] The respondent proposes the following, more narrow, interpretation:

... no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed [by that person] by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed.

[44] Under the interpretation of the applicants, a person applying for an NOC would be required to allege in a NOA that no person in the world would infringe the patent as a result of the making, constructing, using or selling by that person. This interpretation would require the person to allege that no other person would use the medicine, after it has entered the stream of commerce, for any purpose that would infringe the patent. That would be a high burden for the person to meet, particularly since it would require an assertion that extends to possible infringements that may be entirely outside the control of that person.

[45] Under the interpretation put forth by the respondent, the person applying for an NOC would only be required to allege in the NOA that the actions of that person would not infringe the patent. Such an undertaking would necessarily be limited to infringements under the control of that person.

[46] The applicants argue that the more narrow interpretation could not have been the intention in drafting the NOC Regulations because the purpose of the NOC Regulations is to ensure that the Minister does not issue an NOC where doing so could result in an infringement, regardless of the identity of the infringer.

[47] In order to place an interpretation on the words contained in subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations, it is necessary to look at the nature of the Regulations. To begin, paragraph 55.2(4)(e) of the *Patent Act*, *supra* states:

Aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites [par quiconque] advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

[43] La défenderesse propose l'interprétation plus stricte suivante:

Aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du médicament ne seraient contrefaites [par cette personne] advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l'objet de la demande d'avis de conformité.

[44] Selon l'interprétation des demanderessees, une personne demandant un ADC devrait inclure dans son ADA une allégation portant que personne au monde ne contreferait le brevet advenant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente du médicament par cette personne. Une telle interprétation exigerait de la personne qu'elle allègue que personne d'autre n'utiliserait le médicament, après sa mise en marché, à des fins qui contreferaient le brevet. Cette interprétation aurait pour effet d'imposer un lourd fardeau à la personne, d'autant plus que cette dernière serait obligée de faire une déclaration s'étendant à des contrefaçons possibles pouvant être totalement indépendantes de sa volonté.

[45] Selon l'interprétation proposée par la défenderesse, la personne demandant un ADC n'aurait qu'à inclure dans son ADA une allégation portant que ses propres actions ne contreferaient pas le brevet. Une telle allégation se limiterait nécessairement aux contrefaçons sous la responsabilité de cette personne.

[46] Les demanderessees prétendent que l'interprétation plus stricte ne saurait correspondre à l'intention que le législateur avait en rédigeant le Règlement sur les ADC parce que l'objet de ce Règlement est de s'assurer que le ministre ne délivre pas d'ADC dans les cas où cette délivrance pourrait entraîner une contrefaçon, peu importe l'identité du contrefacteur.

[47] Pour interpréter le sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les ADC, il faut examiner la nature du Règlement. Tout d'abord, l'alinéa 55.2(4)(e) de la *Loi sur les brevets*, précitée, dispose:

## 55.2 . . .

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1) or (2) including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

. . .

(e) generally governing the issue of a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) in circumstances where the issue of that notice, certificate, permit or other document might result directly or indirectly in the infringement of a patent.

Subsection 55.2(4) of the *Patent Act*, *supra*, is the enabling section that provides the Minister's authority to enact the NOC Regulations. The wording common to all of subsection 55.2(4) contains the authorization to make regulations "for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention" (emphasis mine). The wording specific to paragraph (e) includes the phrase "might result directly or indirectly in the infringement of a patent". When read together, it suggests that the authority to make regulations under this section enables the Governor in Council to make regulations that encompass direct and indirect infringements by the second person.

[48] Returning to the subordinate legislation, paragraph 5(1)(b) of the NOC Regulations creates the requirements of a second person to meet in an NOA. Subparagraph 5(1)(b)(iv) requires the second person to allege that "no claim . . . would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person". The similarity of sentence construction to the enabling legislation does not go unnoticed. Subsection 55.2(4) enables the Minister to make regulations to prevent infringement by parties who make, construct, use or sell a patented invention, and through subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations, the Minister has enacted such a regulation. In my view these phrases when read together indicate the proper interpretation of subparagraph 5(1)(b)(iv).

[49] The authority granted through the enabling legislation, along with my literal interpretation of the

## 55.2 [. . .]

(4) Afin d'empêcher la contrefaçon de brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée au sens des paragraphes (1) ou (2), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment:

[. . .]

e) sur toute autre mesure concernant la délivrance d'un titre visé à l'alinéa a) lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet.

Le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, précitée, est la disposition qui habilite le ministre à adopter le Règlement sur les ADC. Le texte commun à l'ensemble du paragraphe 55.2(4) contient l'autorisation de prendre des règlements «[a]fin d'empêcher la contrefaçon de brevet d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée» (non souligné dans l'original). Le texte spécifique de l'alinéa e) contient les mots «lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet». Considérées simultanément, ces dispositions semblent indiquer que le pouvoir conféré au gouverneur en conseil en vertu de cet article l'habilite à prendre des règlements visant tant les contrefaçons directes que les contrefaçons indirectes commises par la seconde personne.

[48] Pour revenir à la législation subordonnée, l'alinéa 5(1)b) du Règlement sur les ADC énonce les conditions qui doivent être remplies par la seconde personne dans un ADA. Le sous-alinéa 5(1)b)(iv) exige que cette dernière allègue qu'«aucune revendication [. . .] ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle». La ressemblance de construction avec la législation habilitante est notable. Le paragraphe 55.2(4) habilite le ministre à prendre des règlements visant à empêcher la contrefaçon par les personnes qui fabriquent, construisent, utilisent ou vendent une invention brevetée, et par le truchement du sous-alinéa 5(1)b)(iv) du Règlement sur les ADC, le ministre a pris un tel règlement. Je suis d'avis que ces phrases, lorsqu'on les combine, indiquent la façon dont le sous-alinéa 5(1)b)(iv) doit être interprété.

[49] Le pouvoir conféré par la loi habilitante, de même que mon interprétation littérale de la disposition,

provision, lead me to conclude that the infringement referred to in subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations is limited to that person, namely the generic pharmaceutical manufacturer that issues the NOA. The second person could, in the appropriate situation, directly infringe the patent holders' rights or it could indirectly infringe these rights. The wording of the Regulations does not place any limitation on the type of infringement by the second person and the regulation-making authority granted by paragraph 55.2(4)(e) of the *Patent Act*, *supra*, allows for such a regulation to be made. There is no necessity to read any words into the Regulations. The Regulations cover direct infringement as well as induced or procured infringement by the second person.

[50] The learned Motions Judge [(2000), 9 C.P.R. (4th) 79 (F.C.T.D.)], in a motion to dismiss this application, at paragraph 22 of his decision, stated that "[t]he intention of the Regulations is to prohibit the Minister from issuing an NOC where infringement will result following issuance of an NOC, regardless of the identity of the infringer". I take the Motions Judge to mean in cases of induced or procured infringement, the actual direct infringement would come from someone other than the second person.

[51] Having experienced the benefit of full submissions and reviewing the case on its merits, in my view, the intention of the Regulations is to prohibit the Minister from issuing an NOC where an infringement by the second person will result following the issuance of an NOC. As will be discussed below, infringement by third parties, such as use of a medicine by a patient, can be relevant under the NOC Regulations where it can be established that the second person has induced or procured the infringement. However, infringement by anyone is not relevant under the NOC Regulations unless it can be demonstrated that there is a connection to the second person such that the second person is involved in the infringement either directly or indirectly such as through inducement or procurement.

[52] In the interim between the hearing date and the issuance of these reasons, the applicants submitted a copy of the reasons for order of McKeown J. in *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada*

m'amènent à conclure que la contrefaçon visée au sous-alinéa 5(1)b)(iv) du Règlement sur les ADC se limite à cette personne, en l'occurrence le fabricant de produits pharmaceutiques génériques qui présente l'ADA. La seconde personne pourrait violer les droits du titulaire du brevet de façon directe ou indirecte, selon le cas. Le libellé du Règlement n'impose aucune limite quant à la nature de la contrefaçon commise par la seconde personne, et le droit de prendre des règlements conféré par l'alinéa 55.2(4)e de la *Loi sur les brevets*, précité, permet la prise d'un tel règlement. Nul n'est besoin d'ajouter des mots dans le Règlement. Les Règlements visent autant la contrefaçon que la seconde personne a incité ou aidé à commettre que celle qu'elle a commise directement.

[50] Le juge des requêtes [(2000), 9 C.P.R. (4th) 79 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)] a affirmé, au paragraphe 22 de sa décision rendue dans le cadre d'une requête visant le rejet de la demande, que «[l']intention du Règlement est d'interdire au ministre de délivrer un avis de conformité qui aurait pour effet la contrefaçon du brevet en général, sans égard à l'identité de l'auteur de la contrefaçon». Selon moi, le juge des requêtes a voulu dire que dans les cas d'incitation à la contrefaçon, celle-ci serait commise directement par quelqu'un d'autre que la seconde personne.

[51] Après avoir reçu des observations exhaustives et avoir examiné le fond de l'affaire, je suis d'avis que le Règlement a pour but d'empêcher le ministre de délivrer un ADC lorsqu'une telle délivrance risque d'entraîner une contrefaçon par une seconde personne. Comme nous le verrons plus loin, la contrefaçon par un tiers, comme l'utilisation d'un médicament par un patient, peut s'avérer pertinente pour les fins du Règlement sur les ADC lorsqu'il peut être prouvé que la seconde personne a incité ou aidé à commettre la contrefaçon. Cependant, la contrefaçon par quiconque n'est pertinente pour les fins du Règlement sur les ADC que s'il est possible d'établir un lien impliquant la seconde personne dans la contrefaçon soit directement, soit indirectement par le biais d'une incitation.

[52] Dans l'intervalle entre la date de l'audience et le prononcé des présents motifs, les demanderesses ont déposé en preuve une copie des motifs de l'ordonnance du juge McKeown dans *Procter & Gamble*

(*Minister of Health*) (2001), 15 C.P.R. (4th) 498 (F.C.T.D.). It is a notice of compliance case where it was alleged, *inter alia*, that there was a deficient NOA.

[53] In the *Procter & Gamble* case, *supra*, claims 17 through 37 of the '376 patent are use claims, claiming the use of a medicine. The respondent did not properly allege in the NOA that the respondent would not infringe, whether directly or indirectly, the use claims in the '376 patent. On this issue, McKeown J. states at paragraphs 22 and 23:

Accordingly, if there are no detailed facts in the statement about the use or non-use for osteoporosis or nothing about the use that might be made of the GEN-ETIDRONATE for the treatment of osteoporosis whether it be a kit or in the cyclical regime use claim, that is fatal. Thus, if the first person, the brand name pharmaceutical applicant in the prohibition proceedings, can demonstrate an inadequacy in the Notice of Allegation and Detailed Statement, that is sufficient to discharge its legal burden on the application and one need not go beyond that to look at the facts. . . .

The applicants P&G have discharged their legal burden by demonstrating the Notice of Allegation and detailed statement of facts are fatally flawed in not referring to the use claims as a patent and not referring to the use or treatment as meant for the GEN-ETIDRONATE product that is the subject of this lawsuit.

McKeown J. decided *Procter & Gamble, supra*, on the basis of a deficient NOA.

[54] I presume that the applicants submitted the case for the proposition, as stated by McKeown J. in paragraph 18, that "the basic purpose of the [NOC] Regulations is to prevent patent infringement". For this proposition, McKeown J. cited paragraph 16 of the reasons of McGillis J. in *SmithKline Beecham Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 22 (F.C.T.D.).

[55] With one caveat, I agree with that proposition. The cited purpose neither confirms or denies that the relevant infringement is confined to direct or indirect infringements by the second person. I am not persuaded that McKeown J. or McGillis J. as cited above, turned

*Pharmaceuticals Canada, Inc. c. Canada (Ministre de la Santé)* (2001), 15 C.P.R. (4th) 498 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Il s'agit d'une affaire de délivrance d'un avis de conformité où l'on alléguait, entre autres choses, la déficience de l'ADA.

[53] Dans l'affaire *Procter & Gamble*, précitée, les revendications 17 à 37 du brevet '376 constituaient des revendications relatives à l'utilisation d'un médicament. La défenderesse a omis d'alléguer dans l'ADA qu'elle ne contreferait pas, directement ou indirectement, les revendications relatives à l'utilisation contenues dans le brevet '376. Sur cette question, le juge McKeown affirme aux paragraphes 22 et 23:

Par conséquent, l'absence dans l'énoncé, de faits précis se rapportant à l'utilisation ou à la non-utilisation du médicament dans le traitement de l'ostéoporose ou à l'utilisation qui pourrait être faite du GEN-ÉTIDRONATE pour traiter cette affection en recourant à un kit ou à un schéma posologique cyclique, constitue un vice fatal. Ainsi, si la première personne, c'est-à-dire la société fabriquant les médicaments d'origine qui est demanderesse dans l'instance en interdiction, peut démontrer l'insuffisance de l'avis d'allégation et de l'énoncé détaillé, elle s'acquitte du fardeau qui lui incombe, et il n'est pas nécessaire d'aller plus loin et d'examiner les faits [ . . . ]

Les demanderesse P & G ont démontré, comme la loi l'exigeait, que l'avis d'allégation et l'énoncé détaillé souffraient d'un vice fatal parce qu'ils ne faisaient pas état de la revendication du brevet relative à l'utilisation et qu'ils n'indiquaient pas l'utilisation ou le traitement visés par le GEN-ÉTIDRONATE, la substance en cause en l'espèce.

Le juge McKeown a conclu dans cette affaire que l'ADA était déficient.

[54] Je présume que les demanderesse ont invoqué cette affaire en raison de l'affirmation, qu'y fait le juge McKeown au paragraphe 18, selon laquelle «Le Règlement vise fondamentalement à prévenir la contrefaçon de brevets». Pour étayer cette affirmation, le juge McKeown a cité le paragraphe 16 des motifs du juge McGillis dans *SmithKline Beecham Pharma Inc. c. Apotex Inc.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 22 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[55] Je suis d'accord avec cette affirmation, mais j'y apporterai la restriction suivante. Cette proposition ne confirme ni n'infirme que la contrefaçon doit se limiter aux contrefaçons directes ou indirectes commises par la seconde personne. Je ne suis pas certain que le juge

their minds to the issue of whether the NOC Regulations were meant to prevent the issuance of an NOC where it cannot be demonstrated that any claims of a patent would be infringed directly, or indirectly (such as through inducement or procurement) by the second person. To prevent the issuance of an NOC to the second person for potential infringements where no infringement by the second person can be proven on a balance of probabilities, would be to hold the second person to a higher standard than is required in trial proceedings for patent infringement. Surely that would be inconsistent with the summary nature of the NOC proceedings.

[56] Having not been presented with a contrary authority that contemplates this point, I am not persuaded to sway from my interpretation of subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations as described above.

[57] It should also be noted that prohibiting the issuance of an NOC is not the only remedy available for the applicants should patent infringement arise. My interpretation above of subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations does not leave a first person without remedy or patent protection. In situations where an innovator fails to satisfactorily demonstrate infringement by the generic manufacturer in proceedings under the NOC Regulations, the innovator pharmaceutical company still has the full range of judicial remedies (apart from the preemptive NOC prohibition) that are available to address patent infringement.

[58] Issue 3

Have the applicants demonstrated on the evidence that there will be infringement generally of the '668 patent?

For the reasons above, infringement generally, to the extent that persons other than Apotex may commit patent infringements, is relevant in this proceeding, brought under section 6 of the NOC Regulations to challenge the NOA issued by Apotex, if Apotex was sufficiently

McKeown ou le juge McGillis, cités précédemment, se soient penchés sur la question de savoir si le Règlement sur les ADC avait pour but d'empêcher la délivrance d'un ADC lorsqu'il ne peut être établi que l'une quelconque des revendications d'un brevet serait contrefaite, directement ou indirectement (par le biais d'une incitation, par exemple), par la seconde personne. Le fait d'empêcher la délivrance d'un ADC à la seconde personne sur la base de contrefaçons possibles lorsqu'il est impossible d'établir, selon la preuve prépondérante, que cette dernière a commis une contrefaçon équivaldrait à assujettir la seconde personne à une norme plus élevée que celle imposée dans les procès en contrefaçon de brevet, ce qui serait assurément incompatible avec le caractère sommaire des instances relatives aux ADC.

[56] Étant donné qu'aucune jurisprudence contraire traitant de cette question ne m'a été présentée, je ne suis pas convaincu de devoir m'écarter de mon interprétation du sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les ADC, énoncée ci-dessus.

[57] Il convient de noter que la demande d'interdiction de délivrer un ADC ne constitue pas le seul recours ouvert aux demandereses en cas de contrefaçon de brevet. Mon interprétation du sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les ADC n'a pas pour effet de laisser une première personne sans recours ni protection. Lorsqu'une compagnie pharmaceutique innovatrice ne réussit pas à établir de façon satisfaisante une contrefaçon par le fabricant de médicaments génériques dans le cadre de procédures intentées en vertu du Règlement sur les ADC, cette compagnie dispose toujours de toute la gamme des recours judiciaires (à l'exception de l'interdiction de déposer un ADC par préemption) ouverts en cas de contrefaçon.

[58] Question 3

Les demandereses ont-elle démontré, compte tenu de la preuve, qu'il y aura contrefaçon en général du brevet '668?

Pour les raisons susmentionnées, dans la mesure où il est possible que des personnes autres qu'Apotex contrefassent le brevet, la question de la contrefaçon en général est pertinente dans le cadre des présentes procédures, intentées en vertu de l'article 6 du

involved such that their activity amounted to direct infringement or inducement or procurement of infringement.

[59] Even though it is not necessary to explain my reasons, I will expressly address the applicants' argument on this issue. The applicants submitted the judgment of Richard J. (as he then was) in *Zeneca Pharma Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 61 C.P.R. (3d) 190 (F.C.T.D.) for the proposition that infringement by third parties is covered under the NOC Regulations.

[60] In my view, the fact situation in *Zeneca, supra*, is clearly distinguishable from the present case. In *Zeneca, supra*, the second person acknowledged that it sought government approval for use in the treatment of congestive heart failure, which was use for the treatment that was expressly claimed in the patent. In that case, the evidence clearly demonstrated sufficient involvement by the second person (i.e. Apotex) in the infringements by third parties (i.e. patients) such that the second person could be found to infringe the patent. Whether the ultimate decision was coined as direct or indirect infringement by the second person, or as a deficient NOA, the section 6 application in that case was bound to succeed.

[61] In *Zeneca, supra*, Richard J. at page 203 wrote:

However, as noted above, Apotex acknowledged that the uses for which it sought governmental approval included congestive heart failure. I conclude on the basis of the material before me that the lisinopril tablets are intended by Apotex and capable of being used for the treatment of congestive heart failure. It makes no difference that a physician and a pharmacist are involved as intermediaries in the prescribing and sale of the medicine to the ultimate consumer. Section 55.2(4)(e) of the *Patent Act* specifically contemplates regulations governing the issue of a notice in circumstances where the issue of such notice might result directly or indirectly in the infringement of a patent. In these circumstances, the claim for use in the '351 patent would be infringed, if not directly, then certainly not [*sic*] indirectly. [Emphasis mine.]

Règlement sur les ADC afin de contester l'ADA présenté par Apotex, si la participation de cette dernière est telle que ses activités équivalent à une contrefaçon directe ou à une incitation à commettre une contrefaçon.

[59] Bien que je ne sois pas tenu d'expliquer mes motifs, j'aborderai expressément l'argument des demandereses sur cette question. Celles-ci ont invoqué la décision du juge Richard (tel était son titre) dans *Zeneca Pharma Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 61 C.P.R. (3d) 190 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à l'appui de la proposition selon laquelle la contrefaçon par des tiers est visée par le Règlement sur les ADC.

[60] Selon moi, la situation factuelle existant dans *Zeneca*, précitée, est manifestement différente de celle de la présente espèce. Dans *Zeneca*, la seconde personne a reconnu avoir demandé l'approbation du gouvernement en vue du traitement de l'insuffisance cardiaque globale, utilisation qui faisait l'objet d'une revendication expresse dans le brevet. Dans cette affaire, la preuve établissait clairement que la seconde personne (c.-à-d. Apotex) était suffisamment impliquée dans les contrefaçons commises par les tiers (c.-à-d. les patients) pour être reconnue coupable de contrefaçon du brevet. Que la décision finale ait qualifié la contrefaçon commise par la seconde personne de contrefaçon directe ou indirecte, ou qu'elle ait déclaré l'ADA déficient, l'article 6 trouvait application dans cette affaire.

[61] Dans *Zeneca*, précité, le juge Richard a écrit à la page 203:

Toutefois, comme il a été indiqué ci-dessus, Apotex reconnaît que les utilisations pour lesquelles elle demande l'approbation gouvernementale englobent le traitement de l'insuffisance cardiaque globale. En me fondant sur les documents dont je suis saisi, je conclus qu'Apotex a l'intention d'utiliser les comprimés de lisinopril, qui peuvent servir à cette fin, pour le traitement de l'insuffisance cardiaque globale. Il est indifférent qu'un médecin et un pharmacien agissent comme intermédiaires pour prescrire et vendre le médicament au consommateur. L'alinéa 55.2(4)e de la *Loi sur les brevets* prévoit spécifiquement l'adoption de règlements régissant la délivrance d'un avis lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon d'un brevet. Dans ces circonstances, la revendication concernant l'utilisation énoncée dans le brevet 351 serait contrefaite, si ce n'est directement, du moins très certainement indirectement. [Non souligné dans l'original.]

[62] The applicants submit that the wording “directly or indirectly” used by Richard J. indicates that infringements generally, such as by arm’s-length third parties, is contemplated by the legislation. That wording used by Richard J. came from paragraph 55.2(4)(e) of the *Patent Act, supra*. Viewing paragraph 55.2(4)(e) in its entirety allows us to place the comments of Richard J. in context. For ease of reference, paragraph 55.2(4)(e) of the *Patent Act, supra*, reads:

55.2 . . .

(4) The Governor in Council may make such regulations as the Governor in Council considers necessary for preventing the infringement of a patent by any person who makes, constructs, uses or sells a patented invention in accordance with subsection (1) or (2) including, without limiting the generality of the foregoing, regulations

. . .

(e) generally governing the issue of a notice, certificate, permit or other document referred to in paragraph (a) in circumstances where the issue of that notice, certificate, permit or other document might result directly or indirectly in the infringement of a patent.

[63] As stated previously under issue 2, subsection 55.2(4) of the *Patent Act, supra*, enables the Governor in Council to make regulations to prevent direct and indirect infringements by the second person.

[64] In *Zeneca, supra*, Richard J. found that the second person (Apotex) sought approval for and intended that the medicine be used by patients for the treatment of congestive heart failure, which infringed the patent. Richard J. concluded that “[i]n these circumstances, the claim for use in the ‘351 patent would be infringed, if not directly, then certainly not [*sic*] indirectly.” This conclusion in the *Zeneca* decision, *supra*, is consistent with my interpretation of the enabling statute and the regulatory regime.

[65] The actions and knowledge of the second person in *Zeneca, supra*, were the route through which the potential infringements by third parties (patients) were relevant to the NOC Regulations proceeding. This connection was made clear when Richard J. wrote “I

[62] Les demanderesse ont fait valoir que les mots «*directly or indirectly*» employés par le juge Richard indiquent que la contrefaçon en général, comme celle commise par des tiers qui n’ont aucun lien de dépendance, est visée par la loi. Ces mots ont été tirés de l’alinéa 55.2(4)e de la *Loi sur les brevets, précitée*. Considérer l’alinéa 55.2(4)e dans son ensemble nous permet de situer les propos du juge Richard dans leur contexte. Pour plus de commodité, je reproduis le texte de l’alinéa 55.2(4)e de la *Loi sur les brevets, précitée*:

55.2 [ . . . ]

(4) Afin d’empêcher la contrefaçon de brevet d’invention par l’utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d’une invention brevetée au sens des paragraphes (1) ou (2), le gouverneur en conseil peut prendre des règlements, notamment:

[ . . . ]

e) sur toute autre mesure concernant la délivrance d’un titre visé à l’alinéa a) lorsque celle-ci peut avoir pour effet la contrefaçon de brevet.

[63] Comme je l’ai dit en examinant la question 2, le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets, précitée*, habilite le gouverneur en conseil à prendre des règlements ayant pour objet d’empêcher les contrefaçons directes et indirectes par la seconde personne.

[64] Dans *Zeneca, précitée*, le juge Richard a estimé que l’intention de la seconde personne (Apotex), et ce pourquoi elle cherchait à obtenir une approbation, était que les patients puissent utiliser le médicament dans le traitement de l’insuffisance cardiaque globale, ce qui contrefaisait le brevet. Le juge Richard a conclu que «[d]ans ces circonstances, la revendication concernant l’utilisation énoncée dans le brevet 351 serait contrefaite, si ce n’est directement, du moins très certainement indirectement». Cette conclusion est conforme à mon interprétation de la loi habilitante et du régime de réglementation.

[65] Ce sont les actions et la connaissance de la seconde personne dans l’affaire *Zeneca, précitée*, qui ont rendu pertinente la question des contrefaçons possibles par des tiers (les patients) dans les instances relatives au Règlement sur les ADC. Le juge Richard a clairement

conclude on the basis of the material before me that the lisinopril tablets are intended by Apotex and capable of being used for the treatment of congestive heart failure.” Although Richard J. did not ultimately label the patent infringing action by the second person (Apotex) as direct infringement or indirect infringement, or inducement or procurement, the necessary connection between the second person and the resulting infringement was clearly made.

[66] Returning to the case at hand, Apotex alleges that they are not seeking approval for a use of omeprazole that is protected by a patent. The NOA is not contradicted by the evidence. The connection between the second person and the resulting infringement that might result from the issuance of an NOC has not been made out. Furthermore, it is my view that my decision and that of Richard J. are not at odds.

[67] Issue 4

Have the applicants demonstrated on the evidence that Apotex will induce or procure infringement of the '668 patent if an NOC is granted?

A party who induces or procures another to infringe a patent is itself responsible for infringement of the patent. In this manner, the infringing actions of a third party can become relevant under the NOC Regulations where the applicant (first person) can demonstrate that the second person has induced or procured another to infringe the patent in question.

[68] A patentee wishing to rely on the doctrine of induced infringement must allege and prove each of the following elements:

- (a) that the act of infringement was completed by the direct infringer;
- (b) the completed act of infringement was influenced by the seller, to the point where without said influence, infringement by the buyer would not otherwise take place; and,
- (c) the influence must knowingly be exercised by the seller, such that the seller knows that his influence will result in the completion of the act of infringement.

établi ce lien lorsqu'il a écrit: «En me fondant sur les documents dont je suis saisi, je conclus qu'Apotex a l'intention d'utiliser les comprimés de lisinopril, qui peuvent servir à cette fin, pour le traitement de l'insuffisance cardiaque globale». Bien que le juge Richard n'ait pas, en définitive, qualifié les actions de la seconde personne (Apotex) de contrefaçon directe ou indirecte, ou d'incitation à la contrefaçon, le lien nécessaire entre la seconde personne et la contrefaçon a clairement été établi.

[66] Pour en revenir à la présente espèce, Apotex allègue que sa demande d'approbation ne vise pas l'utilisation de l'oméprazole qui est protégée par un brevet. L'ADA n'est pas contredit par la preuve. Le lien entre la seconde personne et la contrefaçon pouvant résulter de la délivrance d'un ADC n'a pas été établi. En outre, je ne crois pas que ma décision et celle du juge Richard entrent en conflit.

[67] Question 4

Les demanderesse ont-elles démontré, compte tenu de la preuve, qu'Apotex incitera ou amènera à commettre une contrefaçon du brevet '668 si un ADC est délivré?

Une partie qui incite ou amène une autre partie à contrefaire un brevet est elle-même responsable de contrefaçon. Ainsi, les actes de contrefaçon d'une tierce partie peuvent devenir pertinents aux fins du Règlement sur les ADC lorsque le demandeur (la première personne) est en mesure d'établir que la seconde personne a incité ou aidé une autre personne à contrefaire le brevet en question.

[68] Le breveté qui désire invoquer la doctrine de l'incitation à la contrefaçon doit alléguer et prouver chacun des éléments suivants:

- a) l'acte de contrefaçon a été exécuté par le contrefacteur directement;
- b) l'exécution de l'acte de contrefaçon a été influencée par le vendeur, à un point tel que sans cette influence la contrefaçon n'aurait pas été commise par l'acheteur; et
- c) l'influence a été sciemment exercée par le vendeur, c'est-à-dire que le vendeur savait que son influence entraînerait l'exécution de l'acte de contrefaçon.



[69] Under part (a) of the test, in order for Apotex to induce or procure infringement of the '668 patent, a direct infringement by someone must take place. The applicants have the burden, on the balance of probabilities, to demonstrate that an infringement is likely to occur if an NOC is issued.

[70] The theory of the case that the applicants attempt to prove through affidavit evidence is that a pharmacist typically does not know the particular reason or indication for which a physician has prescribed a drug. As a result, even if a pharmacist was aware that Apotex' omeprazole product was not formally approved for use in the treatment of *Campylobacter* infections, the pharmacist typically would not know why a particular patient had been prescribed omeprazole and hence, would likely dispense the generic product, which is expected to be at a lower cost.

[71] The applicants entered three affidavits into evidence. The first affidavit was sworn by Ms. Murphy, who is an officer of the applicant, Astra. The second affidavit was sworn by Dr. Pinto, who is a physician and the third affidavit was sworn by Ms. Samuel, who is a pharmacist.

[72] All three affiants, in their affidavits, offered their opinion that a physician would likely prescribe the medicine omeprazole by its generic name for the treatment of *Campylobacter* infections and a pharmacist would likely dispense to the patient the lowest cost generic product, which would result in an infringement of the '668 patent.

[73] This theory of the case appeals to common sense as a reasonable proposition, but unfortunately for the applicants, it is not well supported by the evidence on record, given the cross examination of the affiants on their affidavits.

[74] Ms. Murphy, on her cross-examination (revised amended application record, at page 224, question 106) stated:

Q. And you would agree with me that if a product was approved by the Federal Government for limited indications, the Provincial Government could agree to treat product as

[69] En ce qui concerne la partie a) du critère, pour qu'Apotex incite ou amène à commettre une contrefaçon du brevet '668, il faut qu'une contrefaçon directe soit commise par une autre partie. Les demandereses ont le fardeau de prouver, selon la preuve prépondérante, qu'une contrefaçon pourrait vraisemblablement se produire si un ADC était délivré.

[70] La thèse que les demandereses tentent d'établir au moyen d'affidavits veut que le pharmacien ne connaisse généralement pas la raison ou l'utilisation particulière pour laquelle le médecin a prescrit un médicament. Par conséquent, même s'il savait que l'oméprazole produit par Apotex n'a pas été formellement approuvé pour le traitement des infections à *Campylobacter*, le pharmacien ne saurait généralement pas pourquoi l'oméprazole a été prescrit au patient et aurait donc tendance à délivrer le produit générique, qui coûte vraisemblablement moins cher.

[71] Les demandereses ont déposé trois affidavits en preuve. Le premier a été établi sous serment par M<sup>me</sup> Murphy, dirigeante de la demanderesse Astra. Le second a été fait sous serment par le D<sup>r</sup> Pinto, médecin et le troisième par M<sup>me</sup> Samuel, pharmacienne.

[72] Dans leurs affidavits, les déclarants ont tous trois exprimé l'opinion qu'un médecin prescrirait vraisemblablement le médicament oméprazole sous sa forme générique pour le traitement des infections à *Campylobacter*, et qu'un pharmacien aurait tendance à délivrer au patient le produit générique à moindre coût, ce qui entraînerait une contrefaçon du brevet '668.

[73] Cette thèse paraît certes constituer une proposition raisonnable, mais malheureusement pour les demandereses, elle n'est pas étayée par la preuve au dossier, compte tenu du contre-interrogatoire des déclarants relativement à leurs affidavits.

[74] M<sup>me</sup> Murphy a déclaré lors de son contre-interrogatoire (dossier de demande révisé et modifié, à la page 224, question 106):

[TRADUCTION]

Q. Et vous seriez d'accord avec moi pour dire que lorsqu'un produit a été approuvé par le gouvernement fédéral pour des utilisations limitées, le gouvernement provincial pourrait

interchangeable with limitations and name the limitations as to uses.

A. Yes.

And at page 218, question 80:

Q. Certainly. You have no reason to believe that if a drug manufacturer filed a submission seeking approval only for certain indications, the government would, nonetheless, give an approval for other indications?

A. I have no reason to believe that, no.

[75] Ms. Murphy also admitted on her cross-examination that she had not worked for a generic drug company. This would mean that she has no actual experience as to how a generic company promotes its product.

[76] In addition, Ms. Murphy is not a physician nor a pharmacist. In fact, what I know about Ms. Murphy is that she was vice-president of Medical Affairs at Astra and that she had formerly held the positions of manager, director, executive director and vice-president of Regulatory Affairs for Astra. As well, she has B.Sc., M. Sc. degrees and a M.B.A. degree.

[77] Because Ms. Murphy has not been qualified to give opinion evidence, I do not accept any opinion evidence contained in paragraphs 13, 14, 15, 16, 17, 19 and 20 of her affidavit. Even if Ms. Murphy was accepted as an expert, I would place less weight on her testimony because she is employed by Astra.

[78] In the cross-examination of the pharmacist, Ms. Samuel (revised amended application record, at page 200, question 66), the following question and answer was evoked by Mr. Brodtkin:

Q. If the government specifically excluded a particular use of a medicine, you, I presume, Ms. Samuel, would not dispense the medicine for that use, would you?

A. No, I would not.

[79] Ms. Samuel is entitled to testify to what she knows from her practice of pharmacy. She was not

convenir de considérer le produit comme interchangeable en fonction des limitations et d'assimiler les limitations à des utilisations.

R. Oui.

Et à la page 218, question 80:

[TRADUCTION]

Q. Certainement. Vous n'avez aucune raison de croire que lorsque le fabricant d'un médicament a déposé une demande d'approbation pour certaines utilisations seulement, le gouvernement accorderait néanmoins une approbation pour d'autres utilisations?

R. Je n'ai aucune raison de croire cela, non.

[75] M<sup>me</sup> Murphy a également admis en contre-interrogatoire n'avoir jamais travaillé pour un fabricant de médicaments génériques, ce qui voudrait dire qu'elle n'a aucune connaissance réelle des méthodes utilisées par ces fabricants pour faire la promotion de leurs produits.

[76] De plus, M<sup>me</sup> Murphy n'est ni médecin ni pharmacienne. En fait, tout ce que je sais de M<sup>me</sup> Murphy, c'est qu'elle a été vice-présidente aux affaires médicales chez Astra après avoir occupé les postes de gérante, directrice, directrice générale et vice-présidente des affaires réglementaires chez Astra. De même, elle a un B. Sc., une M. Sc. et une M.B.A.

[77] Puisque M<sup>me</sup> Murphy n'est pas qualifiée pour rendre un témoignage d'opinion, je ne peux accepter aucune des opinions exprimées aux paragraphes 13, 14, 15, 16, 17, 19 et 20 de son affidavit. Même si je pouvais considérer M<sup>me</sup> Murphy comme un expert, j'accorderais moins d'importance à son témoignage parce qu'elle travaille pour Astra.

[78] Lors du contre-interrogatoire de la pharmacienne, M<sup>me</sup> Samuel (dossier de demande révisé et modifié, à la page 200, question 66), M. Brodtkin a posé la question suivante:

[TRADUCTION]

Q. Si le gouvernement excluait expressément une utilisation particulière d'un médicament, je présume que vous, M<sup>me</sup> Samuel, ne délivreriez pas le médicament pour cette utilisation, n'est-ce pas?

R. Non, je ne le ferais pas.

[79] M<sup>me</sup> Samuel a le droit de témoigner sur son expérience dans l'exercice de la pharmacie. Elle ne

otherwise qualified as an expert. She would not have any expertise to testify, for example, as to what doctors do generally as outlined by Ms. Murphy in her affidavit.

[80] Dr. Pinto is a physician licensed to practice medicine in the province of Ontario since 1975. Dr. Pinto was not qualified as an expert other than to establish that he was a physician duly authorized to practice in Ontario. Consequently, his evidence as to what other physicians do is not admissible or in the alternative, if it is admissible, very little weight should be attached to it as there is no evidence as to how he reached these conclusions. For example, did he survey other doctors? Dr. Pinto stated in his cross-examination (revised amended application record, at page 148, question 55):

Q. You would have no reason to suggest, would you, Dr. Pinto, that the federal government would give an approval for certain indications which had not been sought by a drug manufacturer?

A. I don't think they should or they would.

[81] The testimony of the applicants establishes that if the respondent does not seek approval for the use of omeprazole for the treatment of *Campylobacter* infections, then the federal government, on its own, would not grant such approval. The pharmacist, Ms. Samuel, would not dispense the generic omeprazole for the treatment of *Campylobacter* infections if the drug was not approved for that use. The affiants on the record did not provide evidence of an actual act of direct infringement that would be committed by a direct infringer. Therefore, in my view, on a balance of probabilities, the applicants have not met part (a) of the three-part test for inducement of infringement.

[82] Even though it is not necessary to dispose of this case, for the sake of completeness, I will follow through the analysis as though the act of direct infringement had been found. To determine if the act of infringement was influenced by Apotex, the Court must interpret the law in relation to inducement or procurement of infringement, and then determine, on the strength of the evidence

pouvait autrement être considérée comme un témoin expert. Elle n'aurait pas l'expertise nécessaire pour témoigner, par exemple, du comportement général des médecins, comme l'a fait M<sup>me</sup> Murphy dans son affidavit.

[80] Le D<sup>r</sup> Pinto est autorisé à exercer la médecine en Ontario depuis 1975. Le D<sup>r</sup> Pinto ne pouvait être considéré comme un expert autrement que pour établir qu'il était un médecin dûment autorisé à exercer en Ontario. Par conséquent, son témoignage au sujet du comportement des autres médecins n'est pas admissible et s'il le devenait, à titre subsidiaire, il faudrait lui accorder une très faible valeur probante puisque rien ne prouve le bien-fondé de ses conclusions. A-t-il, par exemple, interrogé d'autres médecins? Le D<sup>r</sup> Pinto a déclaré lors de son contre-interrogatoire (dossier de demande révisé et modifié, à la page 148, question 55):

[TRADUCTION]

Q. Vous n'auriez aucune raison, n'est-ce pas, Dr Pinto, de penser que le gouvernement fédéral accorderait une approbation pour certaines utilisations qui n'auraient pas fait l'objet d'une demande d'approbation par un fabricant de médicament?

R. Je ne pense pas qu'il devrait le faire ou qu'il le ferait.

[81] La preuve des demanderesse établit que si la défenderesse ne demandait pas d'approbation pour l'utilisation de l'oméprazole dans le traitement des infections à *Campylobacter*, le gouvernement fédéral n'accorderait pas une telle approbation de sa propre initiative. La pharmacienne, M<sup>me</sup> Samuel, ne délivrerait pas l'oméprazole générique à des fins de traitement des infections à *Campylobacter* si le médicament n'était pas approuvé pour cette utilisation. Les affidavits versés au dossier n'ont fourni aucune preuve d'un acte réel de contrefaçon directe exécuté par un contrefacteur direct. Je suis donc d'avis, selon la preuve prépondérante, que les demanderesse n'ont pas prouvé la partie a) du critère tripartite applicable à l'incitation à la contrefaçon.

[82] Bien que cela ne soit pas nécessaire pour trancher l'affaire, je vais poursuivre l'analyse comme s'il y avait eu contrefaçon directe, ne serait-ce que pour vider la question. Pour déterminer si l'acte de contrefaçon a été influencé par Apotex, la Cour doit interpréter les règles applicables en cas d'incitation à la contrefaçon, pour ensuite décider, sur la seule foi de la

before the Court, whether such an infringement has taken place.

[83] The respondent, Apotex cites an American case for the proposition that even if Apotex knew that its product would erroneously be prescribed by doctors or dispensed by pharmacists for the treatment of *Campylobacter* infections, such knowledge would not in itself be sufficient to establish infringement on the part of Apotex. The case of *Catapano v. Wyeth Ayerst Pharmaceuticals, Inc.*, 88 F.Supp.2d 27 (E.D.N.Y. 2000) deals with induced infringement under 35 U.S.C.A. § 271(b). In that case, Spatt J. of the United States District Court, E.D. New York, states at paragraphs 4-5:

Induced infringement under § 271(b) occurs where a party is “actively and knowingly aiding and abetting another’s direct infringement.” *National Presto Industries v. West Bend Co.*, 76 F.3d 1185, 1194-95 (Fed.Cir.1996) citing *Water Technologies Corp. v. Calco Ltd.*, 850 F.2d 660, 668 (Fed.Cir.1988). A plaintiff alleging inducement of infringement must establish that the defendant possessed specific intent to encourage another’s infringement and that he knew or should have known his actions would induce actual infringements. *Manville Sales Corp. v. Paramount Systems, Inc.*, 917 F.2d 544, 553 (Fed.Cir.1990). Of course, a finding that a claim has been infringed is a necessary prerequisite to finding that there has been an act constituting an inducement to infringe under § 271(b). *Zenith Laboratories v. Bristol-Myers Squibb Co.*, 19 F.3d 1418, 1423 n. 5 (Fed.Cir.1994).

Here, the court assumes, without necessarily finding, that Catapano’s allegation that “doctors, hospitals and others in the medical field” are using the vaccine for the purpose of immune system stimulation in violation of his patent is sufficiently specific to allege a claim for actual infringement against these anonymous non-party “doctors, hospitals, and others in the medical field.” However, even when viewed in the light most favorable to him, Catapano’s complaint fails to allege that the Defendants specifically intend to encourage this behavior. Even if the Defendants are aware that doctors and hospitals are using the vaccine to stimulate patients’ immune systems in violation of Catapano’s patent, such knowledge alone does not suffice to hold the Defendants liable for inducement. *R2 Medical Systems, Inc. v. Katecho, Inc.*, 931 F.Supp. 1397, 1440 (N.D.111.1996) (mere knowledge that its customers use its products in the infringing manner does not demonstrate the requisite intent for claim of inducement), citing *Oak Industries*

preuve présentée, si une telle contrefaçon a été commise.

[83] La défenderesse Apotex cite une affaire américaine à l’appui de la proposition voulant que, même si elle savait que son produit serait erronément prescrit par les médecins ou délivré par les pharmaciens pour le traitement des infections à *Campylobacter*, une telle connaissance ne suffirait pas en soi à établir la contrefaçon par Apotex. L’affaire *Catapano v. Wyeth Ayerst Pharmaceuticals, Inc.*, 88 F.Supp.2d 27 (E.D.N.Y. 2000), traite de l’incitation à la contrefaçon au sens de l’alinéa 271b) du titre 35 du U.S.C.A. Dans cette affaire, le juge Spatt de la Cour de district des États-Unis pour le district est de New York, déclare, aux paragraphes 4 et 5:

[TRADUCTION] L’incitation à la contrefaçon au sens de l’alinéa 271b) se produit lorsqu’une partie «activement et sciemment amène et incite une autre partie à commettre une contrefaçon directe». *National Presto Industries v. West Bend Co.*, 76 F.3d 1185, 1194-95 (Fed. Cir. 1996) citant *Water Technologies Corp. v. Calco, Ltd.*, 850 F.2d 660, 668 (Fed. Cir. 1988). Le plaignant qui allègue l’incitation à la contrefaçon doit établir que le défendeur avait l’intention spécifique d’encourager le tiers à commettre la contrefaçon et qu’il savait ou aurait dû savoir que ses actes inciteraient à de réelles contrefaçons. *Manville Sales Corp. v. Paramount Systems, Inc.*, 917 F.2d 544, 553 (Fed. Cir. 1990). Évidemment, il faut d’abord arriver à la conclusion qu’une revendication a été contrefaite avant de pouvoir conclure à l’existence d’un acte constituant une incitation à contrefaire au sens de l’alinéa 271b). *Zenith Laboratories v. Bristol-Myers Squibb Co.*, 19 F.3d 1418, 1423 n. 5 (Fed. Cir. 1994).

En l’espèce, la Cour présume, sans nécessairement conclure, que l’allégation de Catapano portant que «des médecins, les hôpitaux et autres acteurs du domaine médical» utilisent le vaccin à des fins de stimulation du système immunitaire en violation de son brevet est suffisamment spécifique pour constituer une allégation de contrefaçon réelle contre ces anonymes tiers «médecins, hôpitaux et autres acteurs du domaine médical». La plainte de Catapano toutefois, même considérée sous son jour le plus favorable à ce dernier, n’allègue pas que les défendeurs avaient l’intention spécifique d’encourager le comportement de ces tiers. Même si les défendeurs sont au courant que les médecins et les hôpitaux utilisent le vaccin pour stimuler le système immunitaire des patients en violation du brevet de Catapano, une telle connaissance ne suffit pas en soi à tenir les défendeurs responsables d’incitation à la contrefaçon. *R2 Medical Systems, Inc. v. Katecho, Inc.*, 931 F.Supp. 1397, 1440

*Inc. v. Zenith Electronics Corp.*, 697 F.Supp. 988, 992-94 (N.D.111.1988).

Catapano has not alleged that the Defendants have claimed or recommended to anyone, implicitly or explicitly, that the vaccine can be used for immune system stimulation. *Compare Biacore v. Thermo Bioanalysis Corp.*, 79 F.Supp. 2d 422, 459 (D.Del. 1999) (manufacturer who actively marketed a product with instructions on how to use it in a manner that infringed on the plaintiff's patent was liable for inducement of infringement). Even the broadest reading of the complaint alleges nothing more than the Defendants' mere knowledge that doctors and hospitals are infringing on his patent, [*sic*] Consequently, Catapano has failed to state [*sic*] a claim for inducement to infringe under § 271(b). [Underlining added.]

[84] Given that *Catapano, supra*, is an American case which contemplates American patent legislation, it is not binding on this Court. Nonetheless, it is persuasive with regards to the analysis involved in finding induced infringement on a similar set of facts to this case.

[85] In the current case, Apotex alleges that it has not sought approval and will not market omeprazole for the treatment of *Campylobacter* infections. If this Court were to follow *Catapano, supra*, unless the applicants can demonstrate that Apotex will encourage the use of its omeprazole for the treatment of *Campylobacter* infections, even knowledge that pharmacists and doctors are prescribing the drug for that purpose would not be sufficient to hold Apotex liable under induced infringement.

[86] Returning to Canadian jurisprudence, Pratte J., speaking for the Federal Court of Appeal in *Valmet Oy v. Beloit Canada Ltd.* (1988), 20 C.P.R. (3d) 1, states [at pages 15-16]:

In order to induce or procure another person to infringe a patent, one must do something that leads that other person to infringe the patent. If one does nothing, there cannot be any inducement and there cannot be, either, breach of a negative injunction. Valmet was enjoined from doing certain things; it could not breach that injunction by simply remaining inactive.

(N.D.111.1996) (le simple fait de savoir que ses clients utilisent ses produits de manière à contrefaire un brevet ne suffit pas à démontrer l'intention requise dans une allégation d'incitation à la contrefaçon), citant *Oak Industries Inc. v. Zenith Electronics Corp.*, 697 F. Supp. 988, 992-94 (N.D.111.1988).

Catapano n'a pas allégué que les défendeurs avaient affirmé ou recommandé à quiconque, implicitement ou explicitement, que le vaccin pouvait être utilisé à des fins de stimulation du système immunitaire. Comparer avec *Biacore v. Thermo Bioanalysis Corp.*, 79 F.Supp. 2d 422, 459 (D.Del. 1999) (le fabricant qui a activement commercialisé un produit en l'accompagnant d'instructions d'utilisation de façon à contrefaire le brevet du plaignant a été tenu responsable d'incitation à la contrefaçon). Même en en faisant une lecture très large, la plainte de Catapano n'allègue rien de plus qu'une simple connaissance des défendeurs que les médecins et les hôpitaux contrefont son brevet. Par conséquent, Catapano n'a pas allégué l'incitation à la contrefaçon suivant l'alinéa 271b). [Non souligné dans l'original.]

[84] Étant donné que l'affaire *Catapano*, précitée, est une affaire américaine qui relève de la législation américaine sur les brevets, elle ne lie pas la Cour. Elle est néanmoins convaincante pour analyser s'il y a incitation à la contrefaçon dans un contexte factuel semblable à celui de l'espèce.

[85] Dans la présente affaire, Apotex allègue qu'elle n'a pas demandé que l'utilisation de l'oméprazole soit approuvée pour le traitement des infections à *Campylobacter*, et qu'elle ne le commercialisera pas à cette fin. Si la Cour décidait de suivre la décision rendue dans l'affaire *Catapano*, précitée, à moins que les demanderesse réussissent à démontrer qu'Apotex encouragera l'utilisation de son oméprazole pour le traitement des infections à *Campylobacter*, même la simple connaissance du fait que les pharmaciens et les médecins prescrivent le médicament à cette fin ne suffirait pas à tenir Apotex responsable d'incitation à la contrefaçon.

[86] Pour en revenir à la jurisprudence canadienne, le juge Pratte, s'exprimant au nom de la Cour d'appel fédérale dans *Valmet Oy c. Beloit Canada Ltée* (1988), 20 C.P.R. (3d) 1, a affirmé [aux pages 15 et 16]:

Pour inciter ou amener une autre personne à contrefaire un brevet, on doit faire quelque chose qui conduit cette personne à le faire. Si on ne fait rien, il ne saurait y avoir lieu à incitation ni à violation d'une injonction de ne pas faire. Il a été interdit à Valmet d'accomplir certains actes; elle ne pouvait violer cette injonction en restant simplement inactive.

I therefore disagree with the finding of the judge of first instance that Valmet's mere passivity amounted to an inducement to V.D.I. to infringe Beloit's patent.

On the basis of the evidence, it is impossible to say that Valmet or its representative Pesonen did anything to induce or procure V.D.I. to infringe Beloit's patent. On the contrary, the evidence suggests that, after February 10, 1986, both Valmet and Pesonen were very careful not to do anything that could induce V.D.I. to infringe Beloit's patent. The evidence does not show that they took any part in V.D.I.'s decision to continue manufacturing and selling Tri-Nip press sections.

I am therefore of opinion that Valmet did not breach the injunction in supplying parts to V.D.I. [Footnote omitted.]

[87] This case is not like the factual situation faced by Richard J. in *Zeneca, supra*, or Urie J. in *Windsurfing International Inc. et al. v. Trilantic Corporation (now BIC Sports Inc.)* (1985), 8 C.P.R. (3d) 241 (F.C.A.). In *Zeneca, supra*, Apotex sought governmental approval for uses including the treatment of congestive heart failure which was a use covered by the applicants' patent. In *Windsurfing, supra*, the only known use for the components was their assembly into a sailboard. In the present case, the respondent is not seeking approval to use omeprazole for the treatment of *Campylobacter* infections which is the use protected by the patent. There are other uses for omeprazole in addition to the use covered by the applicants' patent. In fact, the notice of allegation states in part, "our product will not be made, used, or sold for the treatment of *Campylobacter* infections and more particularly, we are not seeking approval for such use and no such use will be included in our product monogram." In my view, the applicants have failed to disprove the allegation. The applicants have asserted that this Court must assume the allegation to be true. Thus, on the basis of the evidence before this Court, it is not possible to say that Apotex has done or will do anything to induce or procure pharmacists, doctors or other third parties to infringe the '668 patent.

[88] Having found that Apotex has not influenced a direct infringement in this case, it is not necessary to determine whether Apotex would knowingly exercise

Je ne suis donc pas d'accord avec la conclusion du juge de première instance selon laquelle la simple passivité de Valmet équivalait à inciter V.D.I. à contrefaire le brevet de Beloit.

Compte tenu des éléments de preuve, il est impossible de dire que Valmet ou son représentant Pesonen a fait quelque chose qui incite ou amène V.D.I. à contrefaire le brevet de Beloit. Au contraire, il ressort de la preuve que, après le 10 février 1986, tant Valmet que Pesonen ont veillé à ne rien faire qui puisse inciter V.D.I. à contrefaire le brevet de Beloit. La preuve ne montre pas qu'ils aient participé à la décision de V.D.I. de continuer de fabriquer et de vendre des presses Tri-Nip.

J'estime donc que Valmet n'a pas violé l'injonction en fournissant des pièces à V.D.I. [Note de bas de page omise.]

[87] La situation factuelle en l'espèce diffère de celle rencontrée par le juge Richard dans *Zeneca*, précitée, ou par le juge Urie dans *Windsurfing International Inc. et al. c. Trilantic Corporation (maintenant BIC Sports Inc.)* (1985), 8 C.P.R. (3d) 241 (C.A.F.). Dans *Zeneca*, précitée, Apotex demandait l'approbation gouvernementale pour diverses utilisations, dont le traitement de l'insuffisance cardiaque globale, laquelle était protégée par le brevet des demanderesse. Dans *Windsurfing*, précitée, la seule utilisation connue des pièces était leur assemblage dans la fabrication d'une planche à voile. Dans la présente affaire, la défenderesse ne demande pas l'autorisation d'utiliser l'oméprazole dans le traitement des infections à *Campylobacter*, qui constitue l'utilisation protégée par le brevet. L'oméprazole peut être utilisé à d'autres fins que celle visée par le brevet des demanderesse. En fait, l'ADA contient l'allégation que [TRADUCTION] «notre produit ne sera pas fabriqué, utilisé ou vendu pour le traitement des infections à *Campylobacter* et, plus précisément, nous ne cherchons pas à obtenir d'autorisation pour cet usage et cet usage ne sera pas inclus dans notre monographie de produit». Je suis d'avis que les demanderesse n'ont pas réussi à réfuter cette allégation. Celles-ci ont fait valoir que la Cour doit tenir cette allégation pour véridique. Ainsi, compte tenu de la preuve présentée devant cette Cour, il est impossible d'affirmer qu'Apotex a fait ou fera quelque chose qui incite ou amène les pharmaciens, médecins ou autres tiers à contrefaire le brevet '668.

[88] Étant donné la conclusion selon laquelle Apotex n'a pas incité à une contrefaçon directe en l'espèce, il n'est pas nécessaire de se demander si Apotex exercerait

influence on the direct infringer. In sum, the applicants have failed to establish on the evidence that a direct infringement by pharmacists, doctors, patients or other third parties will necessarily take place if an NOC is issued to Apotex. Therefore, the applicants have failed to demonstrate that the allegation of non-infringement by Apotex is not justified.

[89] Issue 5

Have the applicants successfully demonstrated that the NOA issued by Apotex was deficient in fact or law?

The Motions Judge wrote at paragraph 18:

Consequently, Apotex submits that its product will not be, *inter alia*, used for the treatment of *Campylobacter*, on the basis that Apotex is not seeking approval for such use and no such use will be included with its product. In my view, the approval referred to by Apotex has no bearing in fact or law on the allegation of non-infringement. For example, the Regulations do not say that there is no infringement in respect of “use”, if the generic does not seek “approval” for such use. Furthermore, the evidence is that Apotex’ omeprazole product will be used by patients for the treatment of *H.pylori*, regardless of its approved indications. In my view, the Regulations must contemplate the use of medicine by patients. Thus, the legal and factual basis relied on by Apotex may not, in fact, justify the allegation of non-infringement.

[90] It is true that simply because approval for a use has not been sought or granted, or that such use will not be marketed does not in itself provide a complete factual or legal basis to conclude that no infringing use by anyone in the marketplace will take place if the NOC is issued. The burden of proof lies with the applicants to demonstrate that the allegation is legally or factually deficient.

[91] The Motions Judge, having not had the benefit of hearing the case on its merits, noted that the applicants tendered evidence to demonstrate that Apotex’ omeprazole product will be used by patients for the treatment of *Campylobacter*, regardless of its approved indications. However, after hearing this case on its

sciemment une influence sur le contrefacteur direct. En définitive, les demanderessees n’ont pas réussi à démontrer, compte tenu de la preuve, qu’une contrefaçon directe sera forcément commise par les pharmaciens, médecins, patients et autres tiers si un ADC est délivré à Apotex. Par conséquent, les demanderessees n’ont pas prouvé que l’allégation de non-contrefaçon d’Apotex est injustifiée.

[89] Question 5

Les demanderessees ont-elle réussi à démontré que l’ADA présenté par Apotex n’était pas fondé en fait et en droit?

Le juge des requêtes a écrit au paragraphe 18:

Apotex prétend donc que son produit ne sera pas utilisé, entre autres usages, pour le traitement des infections à *Campylobacter*, sur le fondement qu’elle ne cherche pas à obtenir d’autorisation pour cet usage et que cet usage ne sera pas compris dans son produit. À mon avis, l’autorisation dont fait mention Apotex n’a aucun rapport de fait ou de droit avec l’allégation de non-contrefaçon. Par exemple, le Règlement ne prévoit pas qu’il n’y a pas contrefaçon à l’égard de l’«utilisation» si le producteur du générique ne cherche pas à obtenir une «autorisation» de cet usage. De plus, il est établi que le produit d’oméprazole d’Apotex sera utilisé par les patients pour le traitement des infections à *H.pylori*, sans égard aux indications autorisées. À mon sens, le Règlement doit certainement prendre en compte l’usage des médicaments par les patients. Aussi, le droit et les faits sur lesquels se fonde Apotex ne me semblent pas justifier, dans les faits, l’allégation de non-contrefaçon.

[90] Il est vrai que le simple fait qu’aucune approbation n’ait été demandée ou délivrée pour une utilisation, ou qu’aucune commercialisation de cette utilisation ne soit prévue, ne fournit pas en soi un fondement factuel et légal suffisant pour conclure qu’aucune utilisation contrefaisant le brevet n’aura lieu sur le marché à la suite de la délivrance d’un ADC. Il incombe aux demanderessees de prouver que l’allégation n’a aucun fondement en fait et en droit.

[91] Le juge des requêtes, n’ayant pas eu le privilège d’entendre l’affaire au fond, a souligné que la preuve des demanderessees établissait que les patients utiliseraient l’oméprazole d’Apotex dans le traitement des infections à *Campylobacter*, sans égard aux indications à l’égard desquelles il a été approuvé. Cependant, après avoir

merits, I am not satisfied that the evidence supports that conclusion. Furthermore, as described above, it is my view that the NOC Regulations only contemplate the use of medicine by patients where there is a sufficient connection to the second person such that the second person can be said to infringe.

[92] As discussed above under issue two, the regulatory scheme created by the enabling provisions in the *Patent Act*, *supra*, and the resulting NOC Regulations focusses on infringement by the second person (generic pharmaceutical manufacturer). Any infringing use of a medicine by an end user is contemplated and will be covered under the regulations where a first person (innovator) can successfully demonstrate that a second person (generic) is involved in the infringement, whether directly or indirectly through inducement or procurement. The regulatory framework is not designed to prohibit the Minister from issuing an NOC where no infringing activity of any type by the second person (generic) can be demonstrated on a balance of probabilities.

[93] Hugessen J.A. (as he then was) stated in *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (F.C.A.), at page 320:

As a further consequence of the application under s. 6 not being an ordinary action for infringement, there is no opportunity for either party to have recourse to discovery, whether oral or documentary. Where either party files affidavits there is, of course, opportunity for the opposite party to cross-examine thereon, but since there is no requirement that the notice of allegation be in affidavit form, and no obligation on the respondent to produce any affidavits at all, the applicant cannot expect to be able to make his case out of the mouth of the respondent. Even when there is an opportunity to cross-examine, such cross-examination is far more limited in scope than examination for discovery and, apart from questions going to the witness' credibility, is limited to relevant matters arising from the affidavit itself. [Footnote omitted.]

[94] The Federal Court of Appeal has held that in a proceeding brought pursuant to the NOC Regulations, a second person, such as Apotex, is under no obligation to file any evidence and that the applicants cannot expect to make their case "out of the mouth of the respondent."

entendu l'affaire au fond, je ne suis pas convaincu que la preuve étaye cette conclusion. En outre, comme je l'ai déjà mentionné, je suis d'avis que le Règlement sur les ADC ne tient compte de l'utilisation que font les patients du médicament que lorsqu'il existe un lien suffisant avec la seconde personne permettant d'affirmer que celle-ci a commis une contrefaçon.

[92] Comme je le disais plus haut en analysant la question 2, le régime de réglementation créé par les dispositions habilitantes de la *Loi sur les brevets*, précitée, et le Règlement sur les ADC, qui en a résulté, vise surtout la contrefaçon par la seconde personne (le fabricant de produits pharmaceutiques génériques). La contrefaçon d'un médicament par un utilisateur final n'est visée par le règlement que lorsque la première personne (l'innovateur) réussit à démontrer que la seconde personne (le fabricant de produits génériques) est impliquée dans la contrefaçon soit directement, soit indirectement par incitation. Le cadre réglementaire n'est pas censé interdire au ministre de délivrer un ADC dans les cas où aucun acte de contrefaçon par la seconde personne (le fabricant de produits génériques) ne peut être établi selon la preuve prépondérante.

[93] Le juge Hugessen, J.C.A. (tel était son titre) a affirmé dans *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (C.A.F.), à la page 320:

Le fait que la demande fondée sur l'art. 6 n'est pas une action ordinaire en contrefaçon signifie encore que ni l'une ni l'autre partie n'a droit à la communication, verbale ou documentaire. Dans le cas où une partie dépose des affidavits, il est possible à la partie adverse de la contre-interroger à ce sujet, mais puisqu'il n'y a aucune disposition prévoyant que l'avis d'allégation doit être fait sous forme d'affidavit, ou que l'intimé doit déposer aucun affidavit, le requérant ne saurait compter sur les déclarations de l'intimé pour prouver ses propres prétentions. Même quand il y a possibilité de contre-interrogatoire, ce contre-interrogatoire a une portée bien plus limitée que l'interrogatoire préalable et, à part les questions visant à mettre à l'épreuve la crédibilité du témoin, il est limité aux questions qui ressortent de l'affidavit lui-même. [Note de bas de page omise.]

[94] La Cour d'appel fédérale a statué que dans une instance engagée en vertu du Règlement sur les ADC, une seconde personne, telle Apotex, n'est pas tenue de présenter une preuve et que les demanderesse ne peuvent «compter sur les déclarations de l'intimé» pour



(*Merck Frosst, supra*).

[95] Generally, an applicant in a proceeding under the Regulations bears the legal burden to satisfy the Court that the allegation made by the generic is not justified on the legal and factual basis relied on by the generic. The applicant contends that there can be an evidential burden on a generic, where the generic is in possession of information and the applicant is not in possession of that information and has no means of access to that information, which creates an evidential burden on the generic to prove the facts asserted. In this case, Apotex is alleging that it is not seeking approval for an infringing use and that the infringing use will not be marketed with the product. This is not a situation where an evidential burden is created on Apotex to prove the facts asserted as the applicants are not in a situation where they have no means to access that information. In any event, subsection 6(7) of the NOC Regulations was available to the applicants.

[96] We must now consider the wording in the notice of allegation put forth by Apotex. Given the interpretation above of subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations, and the parallel sentence structure that appears in the NOA, it would appear to me that the NOA given by Apotex is not deficient in fact or law.

[97] The NOA does not extend to or make any allegation regarding potential third party infringements—unless there is a sufficient connection to Apotex such that Apotex is also involved directly or indirectly in the infringement. The NOA allegation corresponds to and satisfies the requirements of subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations.

[98] The burden remains with the applicants to satisfy the Court that the allegation made by Apotex is not justified on the legal and factual basis relied on. I am not satisfied that the applicants have discharged this burden and as a result, I am not willing to make an adverse finding that Apotex's allegation is not justified in fact or law.

[99] In the alternative, if I am incorrect in my conclusion that the infringement referred to in

prouver leurs propres prétentions (*Merck Frosst, précité*).

[95] Règle générale, dans une instance relative au Règlement sur les ADC, il incombe au demandeur de convaincre la Cour que l'allégation du fabricant de médicaments génériques n'est pas fondée en fait et en droit. La demanderesse affirme que le fabricant de médicaments génériques peut avoir le fardeau de la preuve dans les cas où il possède de l'information à laquelle le demandeur n'a pas accès, et se trouver ainsi dans l'obligation de prouver les faits qu'il allègue. En l'espèce, Apotex allègue qu'elle ne demande pas une approbation pour une utilisation constituant une contrefaçon et qu'une telle utilisation ne sera pas associée à son produit lors de sa commercialisation. Il ne s'agit pas d'une situation où Apotex a la charge de présenter une preuve à l'appui des faits qu'elle allègue puisque les demanderesse ne sont pas dans une situation où elles n'ont pas accès à cette information. En tout état de cause, les demanderesse pouvaient recourir au paragraphe 6(7) du Règlement sur les ADC.

[96] Il reste à examiner le libellé de l'ADA présenté par Apotex. Compte tenu de mon interprétation ci-dessus du sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les ADC, et de la structure de phrase semblable figurant dans l'ADA, il me semble que l'ADA d'Apotex est fondé en fait et en droit.

[97] L'ADA ne contient aucune allégation relative à des contrefaçons possibles par des tiers—à moins qu'il existe avec Apotex un lien susceptible d'impliquer cette dernière directement ou indirectement dans la contrefaçon. L'allégation contenue dans l'ADA satisfait aux exigences du sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les ADC.

[98] Les demanderesse ont le fardeau de convaincre la Cour que l'allégation d'Apotex n'est pas justifiée en fait et en droit. Je ne suis pas convaincu que les demanderesse se sont acquittées de ce fardeau et, par conséquent, je ne suis pas disposé à tirer une conclusion portant que l'allégation d'Apotex n'est pas justifiée en fait et en droit.

[99] Subsidièrement, en supposant que j'aie tort de conclure que la contrefaçon visée par le sous-alinéa

subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations refers to infringement by the second person either directly or indirectly, I would still find that the notice of allegation of Apotex was justified. I reach this conclusion because the applicants have not established that on the basis of the balance of probabilities, that there will be direct infringement of the applicants' patent if the notice of compliance is issued. Neither have the applicants persuaded me on the balance of probabilities that Apotex would indirectly infringe the applicants' patent by inducing or procuring patients to infringe the applicants' patent. My conclusion is based on my earlier analysis.

#### Conclusion

[100] I am not convinced, on a balance of probabilities, that issuing the NOC would result in an infringement of the '668 patent, and in particular by Apotex. Therefore, I cannot allow the application to prohibit the Minister from issuing a notice of compliance.

[101] In order to succeed in their application, the applicants were required to prove on a balance of probabilities that the Apotex allegation, the allegation that no claim for the '668 patent would be infringed by Apotex, was unjustified. In my view, the applicants have failed to do so and thus, the application should be dismissed.

[102] The respondent shall have its costs of the application.

#### ORDER

It is ordered that:

1. The applicants' application is dismissed.
2. The respondent shall have its costs of the application.

5(1)b)(iv) du Règlement sur les ADC fait référence à une contrefaçon commise, directement ou indirectement, par la seconde personne, je conclurais néanmoins que l'ADA d'Apotex était justifié. J'arrive à cette conclusion parce que les demanderessees n'ont pas établi, selon la preuve prépondérante, qu'il y aura contrefaçon directe de leur brevet si l'ADC est délivré. Les demanderessees ne m'ont pas convaincu non plus, selon la preuve prépondérante, qu'Apotex contreferait indirectement leur brevet en incitant ou en amenant des patients à contrefaire ledit brevet. Cette conclusion est fondée sur mon analyse antérieure.

#### Conclusion

[100] Je ne suis pas convaincu, selon la preuve prépondérante, que la délivrance d'un ADC entraînerait une contrefaçon du brevet '668, plus particulièrement par Apotex. Par conséquent, je ne peux accueillir la demande visant à interdire au ministre de délivrer un ADC.

[101] Pour avoir gain de cause, les demanderessees devaient démontrer, selon la preuve prépondérante, que l'allégation d'Apotex portant qu'aucune revendication du brevet '668 ne serait contrefaite par Apotex était injustifiée. À mon avis, les demanderessees ne l'ont pas fait, et la demande doit donc être rejetée.

[102] La défenderesse a droit aux dépens de demande.

#### ORDONNANCE

La Cour ordonne:

1. La demande des demanderessees est rejetée.
2. La défenderesse a droit aux dépens de la demande.

A-229-01  
2002 FCA 8

A-229-01  
2002 CAF 8

**Shu Foo Au** (*Appellant*)

v.

**Canada (Minister of Citizenship and Immigration)**  
(*Respondent*)

*INDEXED AS: AU v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Rothstein, Noël and Malone JJ.A.—  
Vancouver, December 12, 2001; Ottawa, January 14,  
2002.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible persons — After first visa officer refused permanent residence as sponsored applicant as inadmissible under Act, s. 19(1)(c.2) and IAD allowed appeal based on humanitarian and compassionate grounds, second visa officer not precluded by Act, s. 77(5) from holding appellant inadmissible pursuant to Act, s. 19(1)(c.2) on basis of evidence not before IAD — Interpretation of “other than those requirements on which the decision of the Appeal Division has been given” in Act, s. 77(5) — Requirements referred to therein including both relevant provisions of Immigration Act and relevant material facts, and open to visa officer, under s. 77(5), to consider new material facts not before IAD in deciding whether to approve application.*

The appellant was first refused permanent residence in 1995 by a visa officer on the grounds that he was inadmissible to Canada under paragraph 19(1)(c.2) of the *Immigration Act* (membership in criminal organization) based on criminal convictions in Hong Kong for membership in a triad (1974), possession of an offensive weapon (1976) and possession of dangerous drugs (1985). On appeal, the Immigration Appeal Division (IAD) found that the ground for refusal was valid but that special relief was warranted based on humanitarian and compassionate grounds (essentially, that the appellant, now crime-free for 10 years, was fully rehabilitated). The second visa officer to whom the case was subsequently remitted pursuant to subsection 77(5) of the Act determined that the pattern of evidence which was available to him (gambling convictions in 1993 and 1994 which were not disclosed during the hearing before the IAD) divulged credible and compelling reasons to believe that the appellant was a person described in paragraph 19(1)(c.2) of the Act. The Motions Judge dismissed

**Shu Foo Au** (*appelant*)

c.

**Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)** (*intimé*)

*RÉPERTORIÉ: AU c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Cour d'appel, juges Rothstein, Noël et Malone, J.C.A.—  
Vancouver, 12 décembre 2001; Ottawa, 14 janvier 2002.

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes non admissibles — Après que le premier agent des visas eut refusé la demande de résidence permanente présentée par l'appelant en tant que demandeur parrainé au motif que celui-ci n'était pas admissible en vertu de l'art. 19(1)c.2) de la Loi et que la SAI eut accueilli l'appel pour des raisons d'ordre humanitaire, l'art. 77(5) n'empêchait pas le deuxième agent de juger que l'appelant n'était pas admissible conformément à l'art. 19(1)c.2) de la Loi en raison d'éléments de preuve qui n'avaient pas été portés à la connaissance de la SAI — Interprétation des mots «autres que celles [les exigences] sur lesquelles la section d'appel a rendu sa décision» figurant à l'art. 77(5) de la Loi — Les exigences mentionnées dans cet article comprennent à la fois les dispositions pertinentes de la Loi sur l'immigration et les faits pertinents, et un agent des visas peut, en vertu de l'art. 77(5), tenir compte de faits nouveaux n'ayant pas été portés à la connaissance de la SAI au moment de décider s'il doit approuver la demande.*

L'appelant s'est d'abord vu refuser la résidence permanente en 1995 par un agent des visas pour le motif qu'il n'était pas admissible au Canada selon l'alinéa 19(1)c.2) de la *Loi sur l'immigration* (appartenance à une organisation criminelle) en raison de trois condamnations prononcées au criminel à Hong Kong pour appartenance à une triade (1974), possession d'une arme offensive (1976) et possession d'une drogue dangereuse (1985). En appel, la section d'appel de l'immigration (SAI) a conclu que le motif du refus était valide mais qu'une mesure spéciale était justifiée pour des raisons d'ordre humanitaire (essentiellement, que l'appelant, n'ayant commis aucun crime depuis 10 ans à ce moment-là, était entièrement réhabilité). Le deuxième agent des visas à qui l'affaire a été ultérieurement renvoyée en vertu du paragraphe 77(5) de la Loi a jugé que les éléments de preuve dont il disposait (des condamnations relatives au jeu prononcées en 1993 et en 1994 qui n'avaient pas été divulguées durant l'audience devant la SAI) fournissaient des raisons crédibles

the appellant's application for judicial review, holding that subsection 77(5) did not preclude the second officer from holding that the appellant was inadmissible pursuant to paragraph 19(1)(c.2) on the basis of evidence which was not before the IAD. This was an appeal from that decision.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The issue involves the interpretation of the words "other than those requirements on which the decision of the Appeal Division has been given" in subsection 77(5). If the requirements refer only to the statutory provision with which the IAD dealt (paragraph 19(1)(c.2) in this case), then the application would have to succeed. However, the requirements referred to in subsection 77(5) include both the relevant provisions of the *Immigration Act* and the relevant material facts, and it is open to a visa officer, under subsection 77(5), to consider new material facts not before the IAD in deciding whether to approve an application for permanent residence. Under subsection 77(5), the visa officer must determine whether the sponsor and the individual being sponsored meet the requirements of the Act. That is both a legal and a factual inquiry.

Although both decisions are based on the same statutory provision, it is apparent when regard is had to the evidence, that the evidence on which the second visa officer refused to admit the appellant is not the evidence which the IAD considered when it decided to exercise its equitable jurisdiction in favour of the appellant. The Motions Judge therefore came to the correct conclusion when he held that the decision of the second visa officer was not precluded by the concluding words of subsection 77(5). A visa officer is not precluded from refusing a sponsored application under subsection 77(5) on the same statutory basis as was relieved against by the IAD when new material facts arising after the IAD hearing or discovered after the IAD hearing and not before the IAD, come to the attention of the visa officer.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 3 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 2), 19(1)(c.2) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11; 1996, c. 19, s. 83), (2)(a.1)(i) (as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11), 77(5) (as am. *idem*, s. 68).

et impérieuses de croire que l'appelant correspondait au genre de personnes décrites à l'alinéa 19(1)c.2) de la Loi. Le juge des requêtes a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'appelant, concluant que le paragraphe 77(5) n'empêchait pas le deuxième agent de juger que l'appelant n'était pas admissible conformément à l'alinéa 19(1)c.2) en raison d'éléments de preuve qui n'avaient pas été portés à la connaissance de la SAI. Il s'agissait d'un appel de cette décision.

*Arrêt*: l'appel est rejeté.

Il s'agit de l'interprétation des mots «autres que celles [les exigences] sur lesquelles la section d'appel a rendu sa décision» figurant au paragraphe 77(5). Si les exigences se rapportent seulement à la disposition législative dont la SAI a tenu compte (l'alinéa 19(1)c.2) en l'espèce), l'appelant doit obtenir gain de cause quant à sa demande. Toutefois, les exigences mentionnées au paragraphe 77(5) comprennent à la fois les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration* et les faits pertinents, et un agent des visas peut, en vertu du paragraphe 77(5), tenir compte de faits nouveaux et pertinents n'ayant pas été portés à la connaissance de la SAI au moment de décider s'il doit approuver une demande de résidence permanente. En vertu du paragraphe 77(5), l'agent des visas doit décider si le répondant et la personne parrainée satisfont aux exigences de la Loi. C'est une enquête juridique et factuelle à la fois.

Bien que les deux décisions soient fondées sur la même disposition législative, il appert, eu égard à la preuve, que les éléments de preuve sur le fondement desquels le deuxième agent des visas a refusé d'admettre l'appelant ne sont pas les éléments de preuve dont la SAI a tenu compte quand elle a décidé d'exercer son pouvoir en *equity* en faveur de l'appelant. Le juge des requêtes est donc arrivé à la bonne conclusion lorsqu'il a estimé que les derniers mots du paragraphe 77(5) ne s'opposaient pas à la décision du deuxième agent des visas. Un agent des visas n'est pas empêché de refuser une demande parrainée en vertu du paragraphe 77(5) sur le même fondement juridique que celui qu'a fait valoir la SAI lorsque les faits nouveaux et pertinents apparus après l'audience de la SAI ou découverts après l'audience de la SAI, mais non portés à la connaissance de la SAI, ont été portés à l'attention de l'agent des visas.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 3 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 2), 19(1)c.2) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11; 1996, ch. 19, art. 83), (2)a.1(i) (édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11), 77(5) (mod., *idem*, art. 68).

APPEAL from a Trial Division decision (*Au v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 243; [2001] F.C.J. No. 435 (T.D.) (QL)) dismissing an application for judicial review of a visa officer's decision refusing the appellant's application for permanent residence. Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Christopher Elgin* for appellant.  
*Brenda Carbonell* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Elgin, Cannon and Associates*, Vancouver, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

MALONE J.A.:

Issue

[1] This appeal was heard further to the following question being certified by Nadon J. (2001 FCT 243; [2001] F.C.J. No. 435 (T.D.) (QL)):

Where the Immigration Appeal Division of the Immigration and Refugee Board (the "IAD") has allowed an appeal under s. 77(3)(b) of the *Immigration Act* from a refusal of a sponsored application for landing, which refusal was based on the sponsored applicant's inadmissibility to Canada under s. 19(1)(c.2) of the *Immigration Act*, does s. 77(5) of the *Immigration Act* prohibit the visa officer or immigration officer who has subsequently resumed review of the sponsored application from refusing the sponsored application on the basis of the sponsored applicant's inadmissibility to Canada under s. 19(1)(c.2) of the *Immigration Act* based on evidence that was not before the IAD when it allowed the appeal?

[2] The appellant was first refused permanent residence in 1995 by a visa officer on the grounds that he was inadmissible to Canada under paragraph 19(1)(c.2) [as enacted by S.C. 1992, c. 49, s. 11] and subparagraph 19(2)(a.1)(i) [as enacted *idem*] of the *Immigration Act* [R.S.C., 1985, c. I-2. Only paragraph 19(1)(c.2) [as am. by S.C. 1996, c. 19, s. 83] is germane to this appeal and reads as follows:

APPEL d'une décision de la Section de première instance (*Au c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 243; [2001] A.C.F. n° 435 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)), qui a rejeté une demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas ayant refusé la demande de résidence permanente de l'appellant. Appel rejeté.

## ONT COMPARU:

*Christopher Elgin* pour l'appellant.  
*Brenda Carbonell* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Elgin, Cannon and Associates*, Vancouver, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

LE JUGE MALONE, J.C.A.:

La question en litige

[1] Le présent appel a été entendu par suite de la certification de la question suivante par le juge Nadon (2001 CFPI 243; [2001] A.C.F. n° 435 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)):

[TRADUCTION] Lorsque la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la SAI) a fait droit à un appel interjeté en vertu de l'alinéa 77(3)b) de la *Loi sur l'immigration* contre le rejet d'une demande parrainée visant à l'obtention du droit d'établissement, le rejet étant fondé sur le fait que le demandeur parrainé ne peut pas être admis au Canada en vertu de l'alinéa 19(1)c.2) de la *Loi sur l'immigration*, le paragraphe 77(5) de la *Loi sur l'immigration* empêche-t-il l'agent des visas ou l'agent d'immigration qui a par la suite poursuivi l'examen de la demande parrainée de refuser la demande pour le motif que le demandeur ne peut pas être admis au Canada en vertu de l'alinéa 19(1)c.2) de la *Loi sur l'immigration* en se fondant sur des éléments de preuve dont ne disposait pas la SAI lorsqu'elle a fait droit à l'appel?

[2] L'appellant s'est d'abord vu refuser la résidence permanente en 1995 par un agent des visas pour le motif qu'il n'était pas admissible au Canada selon l'alinéa 19(1)c.2) [édicte par L.C. 1992, ch. 49, art. 11] et le sous-alinéa 19(2)a.1)(i) [édicte, *idem*] de la *Loi sur l'immigration* [L.R.C. (1985), ch. I-2]. Seul l'alinéa 19(1)c.2) [mod. par L.C. 1996, ch. 19, art. 83] se rapporte au présent appel et est libellé ainsi:

19. (1) No person shall be granted admission who is a member of any of the following classes:

...

(c.2) persons who there are reasonable grounds to believe are or were members of an organization that there are reasonable grounds to believe is or was engaged in activity that is part of a pattern of criminal activity planned and organized by a number of persons acting in concert in furtherance of the commission of any offence under the *Criminal Code* or *Controlled Drugs and Substances Act* that may be punishable by way of indictment or in the commission outside Canada of an act or omission that, if committed in Canada, would constitute such an offence, except persons who have satisfied the Minister that their admission would not be detrimental to the national interest.

[3] The first visa officer based his refusal on three separate criminal convictions of the appellant in Hong Kong, namely, membership in a triad (1974), possession of an offensive weapon (1976), and possession of a dangerous drug (1985). An appeal in 1997 to the IAD was successful. The panel found, *inter alia*, that the ground for refusal pursuant to paragraph 19(1)(c.2) was valid but that special relief was warranted based on humanitarian and compassionate grounds.

[4] The case was subsequently remitted to a visa officer pursuant to subsection 77(5) [as am. by S.C. 1992, ch. 49, s. 68] of the Act which provides:

77. . . .

(5) Subject to subsection (6), where the Minister has been notified by the Appeal Division that an appeal has been allowed pursuant to subsection (4), the Minister shall cause the review of the application to be resumed by an immigration officer or a visa officer, as the case may be, and the application shall be approved where it is determined that the person who sponsored the application and the member of the family class meet the requirements of this Act and the regulations, other than those requirements on which the decision of the Appeal Division has been given. [My emphasis.]

[5] In late 1999 and early 2000, a second visa officer interviewed the appellant and reviewed new information that was not available at the time of the appellant's first visa interview or at the IAD appeal. This information concerned gambling convictions in 1993 and 1994 which were not disclosed during the hearing before the IAD.

19. (1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible:

[. . .]

c.2) celles dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elles sont ou ont été membres d'une organisation dont il y a des motifs raisonnables de croire qu'elle se livre ou s'est livrée à des activités faisant partie d'un plan d'activités criminelles organisées par plusieurs personnes agissant de concert en vue de la perpétration d'une infraction au *Code criminel* ou à la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances* qui peut être punissable par mise en accusation ou a commis à l'étranger un fait—acte ou omission—qui, s'il avait été commis au Canada, constituerait une telle infraction, sauf si elles convainquent le ministre que leur admission ne serait nullement préjudiciable à l'intérêt national.

[3] Le premier agent des visas a fondé son refus sur trois condamnations distinctes prononcées au criminel contre l'appelant à Hong Kong, à savoir l'appartenance à une triade (1974), la possession d'une arme offensive (1976) et la possession d'une drogue dangereuse (1985). Il a interjeté appel avec succès auprès de la SAI en 1997. Le tribunal a conclu, entre autres, que le refus fondé sur l'alinéa 19(1)c.2) était valide mais qu'une mesure spéciale était justifiée par des raisons d'ordre humanitaire.

[4] L'affaire a ensuite été renvoyée devant un agent des visas conformément au paragraphe 77(5) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 68] de la Loi, qui prévoit ce qui suit:

77. [. . .]

(5) Une fois avisé qu'il a été fait droit à l'appel, le ministre, sous réserve du paragraphe (6), fait poursuivre l'examen de la demande par un agent d'immigration ou un agent des visas. Celui-ci approuve la demande s'il est établi que le répondant et le parent satisfont aux exigences de la présente loi et de ses règlements, autres que celles sur lesquelles la section d'appel a rendu sa décision. [C'est moi qui souligne.]

[5] À la fin de l'an 1999 et au début de l'an 2000, un deuxième agent des visas s'est entretenu avec l'appelant et a examiné de nouveaux renseignements qui n'étaient pas disponibles à l'époque de la tenue du premier entretien de l'appelant pour l'obtention d'un visa ou lors de l'appel interjeté auprès de la SAI. Ces renseignements

[6] The officer determined that the pattern of evidence which was available to him and which was not previously considered by the IAD divulged credible and compelling reasons to believe that the appellant was a person described in paragraph 19(1)(c.2) of the Act. The refusal letter states in part:

I have also carefully examined the information you provided at your interview of December 16, 1999 about the circumstances of your two convictions in Hong Kong for Gambling in a gambling establishment, dated December 17, 1993 and September 28, 1994 respectively. You confirmed to me at interview that you did not advise the Appeal Division of these two convictions when you provided oral testimony to them by telephone. I have determined that the circumstances of these two offences are characteristic of organized criminal activities when considered in the local context, and that they are further evidence of a pattern of ongoing organized criminal activity. The circumstances of these offences further corroborates information received in confidence from a reliable source, which identifies you as a confirmed member of a criminal organization. I have also confirmed with you at interview that you had regular contact with heroin dealers who were known to you as members of criminal organizations during the period in which you were previously addicted to heroin.

[7] The second visa officer denied the appellant's application on the basis of paragraph 19(1)(c.2) of the Act. In doing so, the refusal was based on the same statutory provision as the one which the IAD had earlier considered and waived.

[8] The appellant sought judicial review alleging, *inter alia*, that the second visa officer was precluded from refusing admission on requirements which the IAD had already dealt with in its decision.

#### Decision of the Motions Judge

[9] Nadon J. dismissed the appellant's application by order dated March 26, 2001. In his view, the second visa officer could not, in the face of the IAD ruling, invoke the 1974 conviction for triad membership as a basis for refusal of admission. However, the Motions Judge held

avaient trait à des condamnations relatives au jeu prononcées en 1993 et en 1994 qui n'avaient pas été divulguées durant l'audience devant la SAI.

[6] L'agent a jugé que les éléments de preuve dont il disposait et qui n'avaient pas été examinés antérieurement par la SAI fournissaient des raisons crédibles et impérieuses de croire que l'appelant correspondait au genre de personnes décrites à l'alinéa 19(1)c.2) de la Loi. La lettre de refus mentionne notamment:

[TRADUCTION] J'ai aussi examiné soigneusement les renseignements que vous avez fournis lors de l'entretien du 16 décembre 1999 au sujet des circonstances entourant vos deux condamnations à Hong Kong pour vous être trouvé dans une maison de jeu, en date du 17 décembre 1993 et du 28 septembre 1994 respectivement. Vous m'avez confirmé lors de l'entretien que vous n'aviez pas informé la section d'appel de ces deux condamnations quand vous avez fait une déposition par téléphone. J'ai estimé que les circonstances de ces deux infractions sont caractéristiques des activités criminelles organisées lorsqu'on tient compte du contexte local et qu'elles témoignent de plus de l'existence d'un plan d'activités criminelles organisées en cours. Les circonstances de ces infractions viennent également corroborer des renseignements reçus sous le sceau de la confiance d'une source fiable, qui vous identifie comme faisant partie depuis longtemps d'une organisation criminelle. J'ai également confirmé avec vous lors de l'entretien que vous entreteniez des contacts réguliers avec des vendeurs d'héroïne que vous saviez faire partie d'organisations criminelles durant le temps où vous vous adonniez à l'héroïne.

[7] Le deuxième agent des visas a rejeté la demande de l'appelant en se fondant sur l'alinéa 19(1)c.2) de la Loi. Ainsi, le refus était-il fondé sur la même disposition législative que celle que la SAI avait déjà prise en considération mais n'avait pas retenue.

[8] L'appelant a présenté une demande de contrôle judiciaire en alléguant entre autres que le deuxième agent des visas ne pouvait pas refuser l'admission au Canada en se fondant sur des exigences dont la SAI avait déjà tenu compte dans sa décision.

#### La décision du juge des requêtes

[9] Le juge Nadon a rejeté la demande de l'appelant par ordonnance en date du 26 mars 2001. À son avis, le deuxième agent des visas ne pouvait pas, en raison de la décision de la SAI, invoquer la condamnation de 1974 pour appartenance à une triade pour refuser l'admission

that subsection 77(5) did not preclude the second officer from holding that the appellant was inadmissible pursuant to paragraph 19(1)(c.2) on the basis of evidence which was not before the IAD. According to the Motions Judge, it would be contrary to the objectives of the Act as articulated by section 3 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 2] to curb the powers of a second officer in such circumstances. He said in the course of his reasons (paragraph 15):

Such an interpretation of subsection 77(5) of the Act would allow an immigrant to enter Canada even if evidence clearly indicated that he or she should be excluded, only because other evidence pointing to the same conclusion of inadmissibility under the same provision of the Act had previously been considered by the IAD. In my view, such a result cannot be intended by subsection 77(5) of the Act.

#### Arguments

[10] Before this Court, the appellant suggested that once the IAD rendered its decision on humanitarian and compassionate grounds, the second visa officer was without jurisdiction to consider again the appellant's status in relation to paragraph 19(1)(c.2) of the Act. Accordingly, the visa officer on resuming review under subsection 77(5) may not refuse the application on the same legal grounds as the first refusal.

[11] The Minister, on the other hand, urged that while the effect of the IAD decision was to prohibit the second visa officer from refusing the appellant's application on the same grounds as the initial refusal, the decision did not prohibit a refusal based on new and relevant evidence, even though the statutory basis of the refusal was the same.

#### Analysis

[12] The issue involves the interpretation of the words "other than those requirements on which the decision of the Appeal Division has been given" in subsection 77(5). If the requirements refer only to the statutory provision with which the IAD dealt, then the application must succeed. Paragraph 19(1)(c.2) was the provision under which the appellant was initially excluded and against

de l'appelant au Canada. Cependant, le juge des requêtes a conclu que le paragraphe 77(5) n'empêchait pas le deuxième agent de juger que l'appelant n'était pas admissible conformément à l'alinéa 19(1)c.2) en raison d'éléments de preuve qui n'avaient pas été portés à la connaissance de la SAI. Selon le juge des requêtes, il serait contraire aux objectifs de la Loi exposés à l'article 3 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 2] de réduire les pouvoirs d'un deuxième agent dans ces circonstances. Il dit dans ses motifs d'ordonnance (paragraphe 15):

Pareille interprétation du paragraphe 77(5) de la Loi permettrait à un immigrant d'entrer au Canada même si la preuve montrait clairement qu'il devrait être exclu, uniquement parce que d'autres éléments de preuve permettent également de conclure à l'inadmissibilité en vertu de la même disposition de la Loi que celle dont la SAI avait antérieurement tenu compte. À mon avis, le paragraphe 77(5) de la Loi ne peut pas entraîner pareil résultat.

#### Les arguments

[10] Devant la Cour, l'appelant a soutenu que, une fois que la SAI rendait sa décision pour des raisons d'ordre humanitaire, le deuxième agent des visas n'avait pas le pouvoir d'examiner de nouveau le statut de l'appelant en rapport avec l'alinéa 19(1)c.2) de la Loi. Par conséquent, l'agent des visas en poursuivant l'examen en vertu du paragraphe 77(5) ne peut pas refuser la demande pour les mêmes motifs d'ordre juridique que lors du premier refus.

[11] Le ministre, par ailleurs, a insisté pour dire que, bien que la décision de la SAI eût pour effet d'empêcher le deuxième agent des visas de refuser la demande de l'appelant pour les mêmes motifs que lors du refus initial, la décision n'interdisait pas un refus fondé sur des éléments de preuve nouveaux et pertinents, même si le refus était fondé sur la même disposition législative.

#### Analyse

[12] Il s'agit en l'espèce de l'interprétation des mots «autres que celles [les exigences] sur lesquelles la section d'appel a rendu sa décision» figurant au paragraphe 77(5). Si les exigences se rapportent seulement à la disposition législative dont la SAI a tenu compte, l'appelant doit obtenir gain de cause quant à sa demande. L'alinéa 19(1)c.2) était la disposition en vertu



which the IAD relieved.

[13] However, if the requirements refer not only to the statutory provision but also to the material facts upon which the IAD decision was based, then those new material facts that came to the attention of the visa officer but were not considered by the IAD, would not be requirements on which the IAD decision was given. On this interpretation, although the same statutory provision, as was considered by the IAD, might be under consideration by the visa officer, the visa officer would not be obligated to approve the application for permanent residence because the material facts were different.

[14] I am of the opinion that the requirements referred to in subsection 77(5) include both the relevant provisions of the *Immigration Act* and the relevant material facts, and it is open to a visa officer, under subsection 77(5), to consider new material facts not before the IAD in deciding whether to approve an application for permanent residence.

[15] Under subsection 77(5), the visa officer must determine whether the sponsor and the individual being sponsored meet the requirements of the Act. That is both a legal and factual inquiry. When the IAD has found that an individual does not meet the requirements of the Act on the facts before it, but nevertheless grants humanitarian and compassionate relief, a visa officer under subsection 77(5) cannot deny the individual that relief on the basis of those same facts. The words “those requirements” that describe the requirements that the visa officer is prohibited from considering must have the same meaning as the immediately preceding words “meet the requirements of this Act and the regulations”. The visa officer cannot consider the same facts that have been considered by the IAD and come to a different decision than the IAD. As the appellant points out, the visa officer does not, under subsection 77(5), sit in appeal or review of a decision of the IAD. That is the reason for the words “other than those requirements on which the decision of the Appeal Division has been given”.

de laquelle l'appelant avait été exclu initialement et que la SAI a fait valoir.

[13] Toutefois, si les exigences se rapportaient non seulement à la disposition législative mais également aux faits pertinents sur lesquels était fondée la décision de la SAI, alors ces faits nouveaux et pertinents qui ont été portés à l'attention de l'agent des visas mais n'ont pas été pris en compte par la SAI, ne constitueraient pas des exigences sur lesquelles était fondée la décision de la SAI. Selon cette interprétation, même si la même disposition législative, dont la SAI a tenu compte, pouvait être prise en compte par l'agent des visas, ce dernier ne serait pas obligé d'approuver la demande de résidence permanente parce que les faits pertinents étaient différents.

[14] J'estime que les exigences mentionnées au paragraphe 77(5) comprennent à la fois les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration* et les faits pertinents et qu'un agent des visas peut, en vertu du paragraphe 77(5), tenir compte de faits nouveaux et pertinents n'ayant pas été portés à la connaissance de la SAI au moment de décider s'il doit approuver une demande de résidence permanente.

[15] En vertu du paragraphe 77(5), l'agent des visas doit décider si le répondant et la personne parrainée satisfont aux exigences de la Loi. C'est une enquête juridique et factuelle à la fois. Lorsque la SAI a conclu qu'une personne ne satisfait pas aux exigences de la Loi selon les faits portés à sa connaissance, mais qu'elle accorde néanmoins une mesure d'ordre humanitaire, un agent des visas ne peut pas, en vertu du paragraphe 77(5), refuser cette mesure à cette personne en se fondant sur les mêmes faits. Les mots «ces exigences» décrivant les exigences dont il est interdit à l'agent des visas de tenir compte doivent avoir le même sens que les mots précédant immédiatement «satisfont aux exigences de la présente loi et de ses règlements». L'agent des visas ne peut pas tenir compte des mêmes faits dont la SAI a tenu compte et en venir à une décision différente de celle de la SAI. Comme le signale l'appelant, l'agent des visas, selon le paragraphe 77(5), ne siège pas en appel ou en révision de la décision de la SAI. C'est la raison pour laquelle ont été utilisés les mots «autres que celles sur lesquelles la section d'appel a rendu sa décision».

[16] However, the relief granted by the IAD is predicated on the facts presented to the IAD. Where new facts come to the attention of the visa officer, the visa officer is required to consider whether the sponsor and the person being sponsored meet the requirements of the Act, having regard to those new facts. Of course, the facts must be new in the sense that they arose after the IAD hearing or, as in this case, were within the knowledge of the sponsoree but were withheld from the IAD and were discovered subsequently. Also, the new facts considered by the visa officer must be material. A visa officer cannot seize on insignificant facts. To do that would, in effect, mean that the visa officer was considering whether the individual met the requirements of the Act on virtually the same material facts considered by the IAD.

[17] In this instance, the IAD exercised its discretion in favour of the appellant despite the fact that he was inadmissible pursuant to paragraph 19(1)(c.2) on the basis of evidence which established to its satisfaction that the appellant was fully rehabilitated. In coming to this conclusion, the IAD noted that the appellant had been crime-free for more than 10 years, that he had admitted to all of his convictions and that he had taken responsibility for his offences. (decision of the IAD, paragraphs 26 and 29).

[18] The appellant's gambling convictions in 1993 and 1994 are unquestionably new material facts which the IAD did not have the opportunity to consider. The visa officer, on the other hand, had this opportunity and it follows, in my view, that the requirements on which the visa officer based his refusal are not the same requirements considered by the IAD in arriving at its decision.

[19] Specifically, the IAD decided to exercise its equitable jurisdiction in favour of the appellant because the convictions which gave rise to his inadmissibility were dated and because it was satisfied, based on the appellant's testimony, that he was now fully rehabilitated.

[20] However, upon the resumption of the hearing under subsection 77(5), the second visa officer was

[16] Cependant, la mesure accordée par la SAI se fonde sur les faits présentés à cette dernière. Lorsque des faits nouveaux sont portés à l'attention de l'agent des visas, celui-ci doit tenir compte de la question de savoir si le répondant et la personne parrainée satisfont aux exigences de la Loi, étant donné ces faits nouveaux. Naturellement, les faits doivent être nouveaux en ce sens qu'ils ont pris naissance après l'audience de la SAI ou, comme en l'espèce, étaient connus de la personne parrainée, mais avaient été cachés à la SAI et ont été découverts par la suite. De plus, les faits nouveaux dont l'agent des visas tient compte doivent être pertinents. Un agent des visas ne peut pas sauter sur des faits non pertinents. Agir ainsi, cela voudrait dire, en effet, que l'agent des visas examinait si la personne satisfaisait aux exigences de la Loi sur pratiquement les mêmes faits pertinents dont la SAI a tenu compte.

[17] En l'espèce, la SAI a exercé son pouvoir discrétionnaire en faveur de l'appelant malgré le fait qu'il n'était pas admissible conformément à l'alinéa 19(1)c.2) en se fondant sur des éléments de preuve qui établissaient à sa satisfaction que l'appelant était tout à fait réhabilité. Pour arriver à cette conclusion, la SAI a fait remarquer que l'appelant n'avait pas commis de crime pendant plus de dix ans, qu'il avait avoué toutes ses condamnations et qu'il avait assumé la responsabilité de ses infractions (décision de la SAI, paragraphes 26 et 29).

[18] Les condamnations de l'appelant en 1993 et 1994 pour s'être trouvé dans une maison de jeu sont sans aucun doute des faits nouveaux et pertinents dont la SAI n'a pas eu la possibilité de tenir compte. L'agent des visas, par contre, a eu cette possibilité et il s'ensuit, à mon avis, que les exigences sur lesquelles l'agent des visas a fondé son refus ne sont pas les mêmes que celles dont la SAI a tenu compte pour parvenir à sa décision.

[19] Tout particulièrement, la SAI a décidé d'exercer son pouvoir en *equity* en faveur de l'appelant parce que les condamnations ayant donné lieu à son inadmissibilité dataient et parce qu'elle était convaincue, d'après le témoignage de l'appelant, qu'il était maintenant tout à fait réhabilité.

[20] Toutefois, lors de la poursuite de l'audience en vertu du paragraphe 77(5), le deuxième agent des visas

confronted with new evidence in the form of unrevealed convictions from which he concluded that not only was the appellant not rehabilitated but that he was engaged in a pattern of criminal activity and continued to be a member of a criminal organization. That is the basis upon which he ruled that the appellant was inadmissible pursuant to paragraph 19(1)(c.2).

[21] Although both decisions are based on the same statutory provision, it is apparent when regard is had to the evidence, that the evidence on which the second visa officer refused to admit the appellant is not the evidence which the IAD considered when it decided to exercise its equitable jurisdiction in favour of the appellant.

[22] In my view, therefore, Nadon J. came to the correct conclusion when he held that the decision of the second visa officer was not precluded by the concluding words of subsection 77(5). A visa officer is not precluded from refusing a sponsored application under subsection 77(5) on the same statutory basis as was relieved against by the IAD when new material facts arising after the IAD hearing or discovered after the IAD hearing and not before the IAD, come to the attention of the visa officer.

#### Disposition

[23] I would dismiss the appeal.

ROTHSTEIN J.A.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

a été mis en présence de nouveaux éléments de preuve sous la forme de condamnations non révélées dont il a conclu que non seulement l'appellant n'était pas réhabilité mais faisait partie d'un plan d'activités criminelles et continuait de faire partie d'une organisation criminelle. Ce qui l'a incité à statuer que l'appellant n'était pas admissible selon l'alinéa 19(1)(c.2).

[21] Bien que les deux décisions soient fondées sur la même disposition législative, il appert, eu égard à la preuve, que les éléments de preuve sur le fondement desquels le deuxième agent des visas a refusé d'admettre l'appellant au Canada ne sont pas les éléments de preuve dont la SAI a tenu compte quand elle a décidé d'exercer son pouvoir en *equity* en faveur de l'appellant.

[22] À mon avis, par conséquent, le juge Nadon est arrivé à la bonne conclusion lorsqu'il a estimé que les derniers mots du paragraphe 77(5) ne s'opposaient pas à la décision du deuxième agent des visas. Un agent des visas n'est pas empêché de refuser une demande parrainée en vertu du paragraphe 77(5) sur le même fondement juridique que celui qu'a fait valoir la SAI lorsque les faits nouveaux et pertinents apparus après l'audience de la SAI ou découverts après l'audience de la SAI, mais non portés à la connaissance de la SAI, ont été portés à l'attention de l'agent des visas.

#### Dispositif

[23] Je suis d'avis de rejeter l'appel.

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

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

IMM-5816-00  
2002 FCT 149

IMM-5816-00  
2002 CFPI 149

**Wen Zhen Huang** (*Applicant*)

**Wen Zhen Huang** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

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

*INDEXED AS: HUANG v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: HUANG c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, MacKay J.—Vancouver, June 20, 2001; Ottawa, February 8, 2002.

Section de première instance, juge MacKay—Vancouver, 20 juin 2001; Ottawa, 8 février 2002.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Arrest, detention, imprisonment — Applicant, illegal immigrant on board ship intercepted in Canadian waters, searched, handcuffed, taken to holding facility, interviewed — Told lawyer available three days after first apprehended — Applicant detained within meaning of Charter, s. 10(b) — Violation of right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Arrestation, détention, emprisonnement — La demanderesse était une immigrante illégale se trouvant à bord d'un navire intercepté dans les eaux canadiennes et elle a été fouillée, menottée, amenée à un établissement de détention et interrogée — On lui a dit trois jours après qu'elle eut été appréhendée qu'elle pouvait consulter un avocat — La demanderesse a été détenue au sens de l'art. 10b) de la Charte — Atteinte au droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Enforcement — Applicant, illegal immigrant on board ship intercepted in Canadian waters, searched, handcuffed, taken to holding facility, interviewed — Told lawyer available three days after first apprehended — Applicant detained within meaning of Charter, s. 10(b) — Violation of right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right — In circumstances of case, CRDD's decision to admit port of entry notes as evidence did not affect fairness of hearing as credibility finding, basis of refusal, not based on notes.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la loi — La demanderesse était une immigrante illégale se trouvant à bord d'un navire intercepté dans les eaux canadiennes et elle a été fouillée, menottée, amenée à un établissement de détention et interrogée — On lui a dit trois jours après qu'elle eut été appréhendée qu'elle pouvait consulter un avocat — La demanderesse a été détenue au sens de l'art. 10b) de la Charte — Atteinte au droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit — Dans les circonstances de l'affaire, la décision de la SSR d'accepter en preuve les notes du point d'entrée n'ont pas porté atteinte à l'équité de l'audience car la conclusion relative à la crédibilité, le motif du refus, n'était pas fondé sur les notes.*

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees — Applicant, illegal immigrant on board ship intercepted in Canadian waters, searched, handcuffed, taken to holding facility, interviewed — Told lawyer available three days after first apprehended — Convention refugee claim — Applicant detained within meaning of Charter, s. 10(b) — Violation of right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right — In circumstances of case, CRDD's decision to admit port of entry notes as evidence in Convention refugee hearing did not affect fairness thereof as*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention — La demanderesse était une immigrante illégale se trouvant à bord d'un navire intercepté dans les eaux canadiennes et elle a été fouillée, menottée, amenée à un établissement de détention et interrogée — On lui a dit trois jours après qu'elle eut été appréhendée qu'elle pouvait consulter un avocat — Revendication du statut de réfugié au sens de la Convention — La demanderesse a été détenue au sens de l'art. 10b) de la Charte — Atteinte au droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être*

*credibility finding, basis of refusal, not based on notes.*

The applicant, a citizen of China, was on board a ship intercepted by the RCMP and by Canadian immigration authorities. She was brought to shore, searched, handcuffed, taken to a holding facility, medically examined, and interviewed four times over the next few days. It was three days after she was first apprehended that the applicant was told that a lawyer was available to see her. She met with one shortly after that. At the hearing of her Convention refugee claim, she requested that the preliminary interview form, examination notes, and handwritten interview notes (the port of entry notes), taken at interviews before she was able to consult counsel, be excluded from proceedings before the CRDD, on grounds that these documents were obtained in breach of the applicant's right to counsel. This request was refused, and her claim for Convention refugee status was dismissed. After finding that the applicant was not credible and that her claim to refugee status was not established, the CRDD dismissed the applicant's claims that she was a refugee *sur place*, and that she would face severe persecution if sent back to China because she left the country without permission. This was an application for judicial review of the CRDD's decision, the applicant submitting that the CRDD erred by considering evidence, which was obtained in breach of her right to counsel, as guaranteed by paragraph 10(b) of the Charter.

*Held*, the application should be dismissed.

The issues were whether the applicant was detained within the meaning of paragraph 10(b); if so, whether there was a violation of the applicant's right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; if so, was the violation justified as a reasonable limit under section 1 of the Charter; if not, should the port of entry notes be excluded under subsection 24(2) of the Charter?

The standard of patent unreasonableness was applicable for review of the finding of credibility. However, the Court would intervene if the CRDD committed a breach of procedural fairness, or if it otherwise erred in law.

*informé de ce droit — Dans les circonstances de l'affaire, la décision de la SSR d'accepter en preuve les notes du point d'entrée n'ont pas porté atteinte à l'équité de l'audience car la conclusion relative à la crédibilité, le motif du refus, n'était pas fondée sur les notes.*

La demanderesse, une citoyenne de la Chine, se trouvait à bord d'un navire que la GRC et les autorités canadiennes de l'Immigration ont intercepté. On l'a amenée sur la rive, fouillée, menottée, amenée à un établissement de détention, fait passer un examen médical et interrogée quatre fois au cours des jours suivants. C'est trois jours après que la demanderesse eut été appréhendée qu'on lui a dit qu'elle pouvait consulter un avocat. Elle en a rencontré un peu de temps après. À l'audition de sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention, elle a demandé que soient écartés de la preuve devant la SSR le formulaire d'entrevue préliminaire qui a été rempli ainsi que les notes d'interrogatoire et les notes d'entrevue manuscrites (les notes du point d'entrée) qui ont été prises lors des entrevues ayant eu lieu avant qu'elle ne puisse consulter un avocat, et ce, au motif que ces documents ont été obtenus dans des conditions portant atteinte à son droit à un avocat. Cette demande a été refusée et sa revendication du statut de réfugié au sens de la Convention a été rejetée. Après avoir conclu que la demanderesse n'était pas un témoin crédible et n'avait pas démontré le bien-fondé de sa revendication du statut de réfugié, la SSR a rejeté ses prétentions selon lesquelles elle était une réfugiée sur place et serait gravement persécutée si elle retournait en Chine parce qu'elle avait quitté le pays sans permission. Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la SSR, la demanderesse prétendant que celle-ci avait commis une erreur en tenant compte d'éléments de preuve obtenus dans des conditions portant atteinte au droit à un avocat que lui garantit l'alinéa 10b) de la Charte.

*Jugement*: la demande est rejetée.

Les questions en litige étaient de savoir si la demanderesse avait été détenue au sens de l'alinéa 10b); dans l'affirmative, s'il y avait eu atteinte à son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informée de ce droit; dans l'affirmative, si l'atteinte constituait une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer en vertu de l'article premier de la Charte; dans la négative, si les notes du point d'entrée devaient être écartées en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte.

La norme de la décision manifestement déraisonnable s'appliquait en matière de contrôle de la conclusion relative à la crédibilité. Toutefois, la Cour n'intervient que si la SSR a porté atteinte à l'équité procédurale ou a par ailleurs commis une erreur de droit.

The applicant had been “detained” within the meaning of paragraph 10(b) of the Charter. The immigration authorities and the RCMP assumed close supervision and control over the applicant’s movements for approximately three days and offered her the opportunity to consult counsel only at the end of that time, after four interviews. This kind of control meets the criteria for “detention” as defined in *R. v. Therens*. In these circumstances, there was a violation of the applicant’s right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right. Since there was no attempt at justification by the Minister, *prima facie*, the violation of the applicant’s rights under paragraph 10(b) was not justified under section 1 of the Charter.

The CRDD did not, however, err in failing to exclude the evidence under subsection 24(2) of the Charter. The CRDD’s decision to admit the port of entry notes as evidence did not affect the fairness of the hearing, because the CRDD, in finding the applicant not to be credible, did not base its finding on those notes. The officers did act improperly in failing to provide the applicant with access to counsel for three days, even if ultimately that error was remedied by providing access after an unlawful delay. The ultimate remedy for that wrong, in appropriate circumstances, would be exclusion from evidence of any statements made in that period of delay if those statements were to form a significant basis for the CRDD decision. But that was not the case herein.

The decision of the CRDD was not reached by unfair process and was not patently unreasonable.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 8, 10(b), 24(2).

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 12 (as am. by S.C. 1990, c. 44, s. 16; 1992, c. 49, s. 7), 83(1) (as am. *idem*, s. 73).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 45 C.R. (3d) 97; 13

La demanderesse avait été détenue au sens de l’alinéa 10b) de la Charte. Les autorités de l’Immigration et la GRC ont supervisé et contrôlé de près les déplacements de la demanderesse pendant environ trois jours et elles ne lui ont offert la possibilité de consulter un avocat qu’à la fin de cette période, suivant quatre interrogatoires. Ce genre de contrôle satisfait aux critères permettant de déterminer s’il y a eu «détention» au sens de l’arrêt *R. c. Therens*. Dans ces circonstances, il y a eu atteinte au droit de la demanderesse d’avoir recours sans délai à l’assistance d’un avocat et d’être informée de ce droit. Le ministre n’ayant pas tenté de justifier *prima facie* l’atteinte aux droits que garantit l’alinéa 10b) à la demanderesse, cette atteinte n’était pas justifiée en vertu de l’article premier de la Charte.

La SSR n’a toutefois pas commis d’erreur en n’écartant pas les éléments de preuve en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte. La décision de la SSR d’accepter en preuve les notes du point d’entrée n’ont pas porté atteinte à l’équité de l’audience car, en concluant au manque de crédibilité de la demanderesse, la SSR n’a pas fondé sa conclusion sur ces notes. Les agents ont agi de façon irrégulière en omettant de fournir à la demanderesse, pendant trois jours, la possibilité de consulter un avocat, et ce, même s’ils ont corrigé cette erreur en lui donnant cette possibilité, après l’écoulement d’un délai non permis par la loi. Dans les cas qui s’y prêtent, la réparation accordée en bout de ligne relativement à ce tort consiste à écarter de la preuve toutes les déclarations faites pendant cette période qui constituent un fondement important de la décision de la SSR. Ce n’était pas le cas en l’espèce.

La SSR n’en est pas arrivée à sa décision au moyen d’un processus inéquitable et cette décision n’était pas manifestement déraisonnable.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 8, 10b), 24(2).

*Loi sur l’immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 12 (mod. par L.C. 1990, ch. 44, art. 16; 1992, ch. 49, art. 7), 83(1) (mod., *idem*, art. 73).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; (1985), 18 D.L.R. (4th) 655; [1985] 4 W.W.R. 286; 38 Alta. L.R. (2d) 99; 40 Sask. R. 122; 18 C.C.C. (3d) 481; 45 C.R. (3d) 97; 13

C.R.R. 193; 59 N.R. 122; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.

## DISTINGUISHED:

*R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; (1988), 67 O.R. (2d) 63; 55 D.L.R. (4th) 673; 45 C.C.C. (3d) 296; 66 C.R. (3d) 297; 89 N.R. 1; 30 O.A.C. 241.

## CONSIDERED:

*Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; (1993), 101 D.L.R. (4th) 654; 10 Admin. L.R. (2d) 1; 20 C.R. (4th) 34; 14 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (2d) 245; 150 N.R. 241.

## REFERRED TO:

*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; (1995), 124 D.L.R. (4th) 7; 97 C.C.C. (3d) 385; 38 C.R. (4th) 265; 181 N.R. 1.

APPLICATION for judicial review of a CRDD decision (*U.R.V. (Re)*, [2000] C.R.D.D. No. 247 (QL)) dismissing the applicant's claim for Convention refugee status. Application dismissed.

## APPEARANCES:

*J. Warren Puddicombe* for applicant.  
*Brenda Carbonell* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Larson Boulton Sohn Stockholder*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] MACKAY J.: This is an application for judicial review of the decision of a the Convention and Refugee Determination Division (the CRDD), dated October

C.R.R. 193; 59 N.R. 122; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.

## DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; (1988), 67 O.R. (2d) 63; 55 D.L.R. (4th) 673; 45 C.C.C. (3d) 296; 66 C.R. (3d) 297; 89 N.R. 1; 30 O.A.C. 241.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; (1993), 101 D.L.R. (4th) 654; 10 Admin. L.R. (2d) 1; 20 C.R. (4th) 34; 14 C.R.R. (2d) 1; 18 Imm. L.R. (2d) 245; 150 N.R. 241.

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; (1987), 38 D.L.R. (4th) 508; [1987] 3 W.W.R. 699; 13 B.C.L.R. (2d) 1; 33 C.C.C. (3d) 1; 56 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 122; 74 N.R. 276; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; (1995), 124 D.L.R. (4th) 7; 97 C.C.C. (3d) 385; 38 C.R. (4th) 265; 181 N.R. 1.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la SSR (*U.R.V. (Re)*, [2000] D.S.R.R. n° 247 (QL)) qui a rejeté la revendication du statut de réfugié au sens de la Convention de la demanderesse. Demande rejetée.

## ONT COMPARU:

*J. Warren Puddicombe* pour la demanderesse.  
*Brenda Carbonell* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Larson Boulton Sohn Stockholder*, Vancouver, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE MACKAY: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du 20 octobre 2000 [[2000] D.S.S.R. n° 247 (QL)] par laquelle la section du

20, 2000 [[2000] C.R.D.D. No. 247 (QL)], dismissing the applicant's claim for status as a Convention refugee.

[2] The applicant submits that the CRDD erred by considering evidence which was obtained in breach of her right to counsel, as guaranteed by paragraph 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter).

### Facts

[3] The applicant is a citizen of China. On August 31, 1999, the applicant was on board a ship which was intercepted in Canadian waters, off the shore of British Columbia, by the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) and by Canadian immigration authorities.

[4] When the applicant was brought to shore, the police searched her body and seized her personal belongings. A number was written on the back of her neck and on a band which was placed on her wrist.

[5] While the applicant was standing in line with other people who had arrived on the boat, someone threw Chinese money into the water. Immigration authorities retrieved the money and asked whose it was. When no one responded, the authorities placed plastic handcuffs on the legs of five of the women, including the applicant, who were standing in line.

[6] The applicant was ordered to board a bus, which took her to a holding facility. Upon arrival, she was given a new number on a wristband attached to her wrist and was photographed. She was then ordered to remove her clothing, and when she did, her clothes were taken away to be destroyed. She was told to shower, and then she was medically examined. The doctor asked her to provide a urine sample and submit to an x-ray, and the applicant complied. After the medical exam the applicant was given red clothes to wear, and was separated from most of the other people from the boat, who were wearing white clothes.

statut de réfugié (la SSR) a rejeté la revendication par la demanderesse du statut de réfugié au sens de la Convention.

[2] La demanderesse prétend que la SSR a commis une erreur en tenant compte d'éléments de preuve obtenus dans des conditions portant atteinte au droit à l'avocat que lui garantit l'alinéa 10b) 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).

### Les faits

[3] La demanderesse est une citoyenne de la Chine. Le 31 août 1999, elle se trouvait à bord d'un navire que la Gendarmerie royale du Canada (la GRC) et les autorités canadiennes de l'immigration ont intercepté dans les eaux canadiennes au large des côtes de la Colombie-Britannique.

[4] Après avoir amené la demanderesse sur la rive, la police lui a fait une fouille corporelle et a saisi ses biens personnels. On lui a inscrit un numéro à l'arrière du cou ainsi que sur le bracelet qu'on lui a mis au poignet.

[5] Lorsque la demanderesse était en ligne avec les autres passagers du navire, quelqu'un a jeté des devises chinoises à l'eau. Les autorités de l'immigration ont récupéré l'argent et demandé à qui il appartenait. Personne ne répondant, les autorités ont passé des menottes de plastique aux jambes de cinq des femmes qui étaient en ligne, dont la demanderesse.

[6] On a ordonné à la demanderesse de monter à bord d'un autobus, qui l'a amenée à un établissement de détention. À son arrivée, on lui a donné un nouveau numéro, figurant sur un bracelet, et on l'a photographiée. On lui a alors ordonné de se déshabiller, après quoi on a détruit ses vêtements. On lui a dit de prendre une douche et un médecin l'a ensuite examinée. Ce dernier lui a demandé de fournir un échantillon d'urine et de se soumettre à un rayon X, ce que la demanderesse a fait. Après l'examen médical, on lui a donné des vêtements rouges et on l'a séparée de la plupart des autres passagers du navire, lesquels portaient des vêtements blancs.



[7] The applicant was then assigned to a room with beds with the four other women in red clothes, and was told to go to bed. After she fell asleep, she was awakened and told to take certain pills, which she did.

[8] Over the next few days, the applicant was interviewed four times, the third time, on September 3, by a senior immigration officer, who issued her an exclusion order barring her from making a claim to refugee status in Canada. Only then was she told that a lawyer was available to see her. At that point the applicant indicated that she wanted to see a lawyer, and, after a further interview by police, she met with one briefly.

[9] On or about September 14, 1999, the applicant filed an application for leave and for judicial review of the exclusion order but before that was dealt with the respondent Minister of Immigration agreed to re-examine the applicant for the purpose of her admissibility to Canada upon her discontinuance of the application earlier filed in this Court. The applicant discontinued her application, and was found eligible to make a claim for refugee status on or about June 21, 2000. Shortly thereafter, the applicant claimed status as a Convention refugee, and a hearing was scheduled for August 30, 2000.

[10] On August 16, 2000, counsel for the applicant wrote the CRDD, requesting that the preliminary interview form, examination notes, and handwritten interview notes (the port of entry notes), taken at interviews before she was able to consult counsel, be excluded from the proceedings before the CRDD, on grounds that these documents were obtained in breach of the applicant's right to counsel. The CRDD refused this request, and the port of entry notes were admitted as evidence at the hearing.

[11] On October 20, 2000, the CRDD dismissed the applicant's claim for Convention refugee status. In its written reasons, the CRDD explained why it had refused the applicant's request to exclude the port of entry notes from the proceedings, and went on to assess the

[7] On l'a alors envoyée à une chambre en compagnie des quatre autres femmes portant des vêtements rouges et on lui a dit de se coucher. On l'a ensuite tirée de son sommeil pour lui faire prendre certaines pilules.

[8] Au cours des jours suivants, la demanderesse a été interrogée quatre fois, dont la troisième fois le 3 septembre par un agent principal, qui lui a délivré une mesure d'exclusion l'empêchant de revendiquer le statut de réfugié au Canada. C'est seulement à ce moment-là qu'on lui a dit qu'elle pouvait consulter un avocat. Elle a alors affirmé désirer voir un avocat et, après avoir été interrogée une fois de plus par la police, elle en a rencontré un brièvement.

[9] Vers le 14 septembre 1999, la demanderesse a déposé une demande d'autorisation et de contrôle judiciaire de la mesure d'exclusion mais, avant qu'il ne soit statué sur la demande, le défendeur, le ministre de l'immigration, a accepté d'interroger de nouveau la demanderesse en vue de se prononcer sur son admissibilité au Canada à la condition qu'elle se désiste de cette demande. La demanderesse s'est désistée et a été jugée admissible à revendiquer le statut de réfugié au sens de la Convention vers le 21 juin 2000. C'est ce qu'elle a fait peu après et une audience a été fixée au 30 août 2000.

[10] Le 16 août 2000, l'avocat de la demanderesse a écrit à la SSR pour solliciter que soient écartés de la preuve devant elle le formulaire d'entrevue préliminaire qui a été rempli ainsi que les notes d'interrogatoire et les notes d'entrevue manuscrites (les notes du point d'entrée) qui ont été prises lors des entrevues ayant eu lieu avant que la demanderesse ne puisse consulter un avocat, et ce, au motif que ces documents ont été obtenus dans des conditions portant atteinte au droit à l'avocat de la demanderesse. La SSR a refusé cette demande et les notes du point d'entrée ont été admises en preuve à l'audience.

[11] Le 20 octobre 2000, la SSR a rejeté la revendication par la demanderesse du statut de réfugié au sens de la Convention. Dans ses motifs écrits, la SSR a expliqué pourquoi elle avait refusé la demande d'exclusion de la preuve des notes du point d'entrée et

applicant's credibility. After finding that the applicant was not a credible witness and that her claim to status as a refugee was not established, the CRDD dismissed the applicant's claims that she was a refugee *sur place*, and that she would face severe persecution if she returned to China because she left the country without permission.

### Issues

[12] The applicant submits that the port of entry notes were obtained in breach of her right to counsel, as guaranteed by paragraph 10(b) of the Charter, and therefore should have been excluded from the proceedings before the CRDD. Paragraph 10(b) provides:

10. Everyone has the right on arrest or detention

...

(b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right; . . .

[13] It is common ground between the parties, following *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, that the reference to "everyone" in the section quoted above includes an individual in the position of the applicant. That aside, four issues arise for consideration. First, was the applicant "detained" within the meaning of paragraph 10(b)? Second, if so, was there a violation of the applicant's right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right? Third, if so, was the violation justified as a reasonable limit under section 1 of the Charter? Fourth, if not, should the port of entry notes, which were obtained in violation of the applicant's rights under paragraph 10(b) be excluded under subsection 24(2) of the Charter? I will address each of these issues in turn. First, however, I must determine the appropriate standard of review which should be applied in this case.

### Standard of review

[14] The respondent states that the CRDD has the advantage of seeing the applicant and hearing her

avait ensuite évalué la crédibilité de la demanderesse. Après avoir conclu que la demanderesse n'était pas un témoin crédible et n'avait pas démontré le bien-fondé de sa revendication du statut de réfugié, la SSR a rejeté ses prétentions selon lesquelles elle était une réfugiée *sur place* et serait gravement persécutée si elle retournait en Chine parce qu'elle avait quitté le pays sans permission.

### Les questions en litige

[12] La demanderesse soutient que les notes du point d'entrée ont été obtenues dans des conditions portant atteinte au droit à l'avocat que lui garantit l'alinéa 10b) de la Charte, de sorte qu'elles auraient dû être écartées de la preuve devant la SSR. L'alinéa 10b) prévoit que:

10. Chacun a le droit, en cas d'arrestation ou de détention:

[. . .]

b) d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informé de ce droit;

[13] Les parties conviennent que, suivant l'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, le mot «chacun» dans ce paragraphe vise les personnes se trouvant dans la situation de la demanderesse. Cela mis à part, il faut examiner quatre questions. Premièrement, la demanderesse a-t-elle été «détenue» au sens de l'alinéa 10b)? Deuxièmement, dans l'affirmative, y a-t-il eu atteinte au droit de la demanderesse d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informée de ce droit? Troisièmement, dans l'affirmative, l'atteinte constituait-elle une limite raisonnable dont la justification pouvait se démontrer en vertu de l'article premier de la Charte? Quatrièmement, dans la négative, les notes du point d'entrée, qui ont été obtenues dans des conditions portant atteinte aux droits que garantit à la demanderesse l'alinéa 10b), devraient-elles être écartées en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte? J'aborde chacune de ces questions à tour de rôle. Toutefois, je dois d'abord déterminer la norme de contrôle applicable en l'espèce.

### La norme de contrôle

[14] Le défendeur affirme que la SSR a eu l'avantage de voir la demanderesse et d'entendre son témoignage et

testimony, and submits that this Court should show substantial deference to assessments of credibility made by the CRDD. In the respondent's submission, this Court should not intervene merely because the evidence could conceivably lead to a different conclusion; rather, this Court should intervene only if it is satisfied that the CRDD based its conclusion on credibility on irrelevant considerations or ignored evidence that did not substantiate its findings. I accept that and apply the standard of patent unreasonableness for review of the finding of credibility. To this I would add that this Court will intervene if the CRDD committed a breach of procedural fairness, or if it otherwise erred in law.

Was the applicant "detained" within the meaning of paragraph 10(b)?

[15] In its decision, the CRDD wrote, at paragraph 20:

While the claimant was under the control of Immigration, it was not a detention within the meaning of s. 10(b) of the Charter. Neither the treatment to which the claimant was subjected to [*sic*] brings her within the meaning of detention as contemplated under s. 10(b) of the Charter.

[16] The applicant submits that the CRDD erred in finding that she was not detained within the meaning of paragraph 10(b). In support of this submission, the applicant relies on *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, where Mr. Justice Iacobucci, writing for the Court, commented, at pages 1065-1066:

The starting point in determining whether or not a "detention" has occurred for the purposes of s. 10(b) is the judgment of this Court in *Therens* . . . [*R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613], at pp. 641-642:

. . .

In addition to the case of deprivation of liberty by physical constraint, there is in my opinion a detention within s. 10 of the *Charter* when a police officer or other agent of the state assumes control over the movement of a person by a demand or direction which may have significant legal consequences and which prevents or impedes access to counsel.

que la Cour doit faire preuve d'une grande retenue à l'égard des évaluations relatives à la crédibilité auxquelles s'est livrée la SSR. D'après le défendeur, la Cour ne doit pas intervenir simplement parce que la preuve pourrait mener à une conclusion différente; elle doit plutôt intervenir uniquement si elle est convaincue que la SSR a fondé sa conclusion relative à la crédibilité sur des facteurs non pertinents ou n'a pas tenu compte d'éléments de preuve n'étayant pas ses conclusions. Je suis d'accord avec cet argument et j'applique la norme de la décision manifestement déraisonnable au contrôle de la conclusion relative à la crédibilité. J'ajouterais à cela que la Cour n'interviendra que si la SSR a porté atteinte à l'équité procédurale ou a commis une autre erreur de droit.

La demanderesse a-t-elle été «détenue» au sens de l'alinéa 10b)?

[15] Au paragraphe 20 de sa décision, la SSR a écrit ce qui suit:

La revendicatrice a été prise en charge par les autorités de l'Immigration, mais cela ne constituait pas une détention au sens de l'alinéa 10b) de la Charte. Le traitement qu'elle a subi ne constituait pas non plus une détention au sens de l'alinéa 10b) de la Charte.

[16] La demanderesse soutient que la SSR a commis une erreur en concluant qu'elle n'était pas détenue au sens de l'alinéa 10b). À l'appui de cet argument, la demanderesse invoque l'arrêt *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, où le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour suprême, a fait remarquer aux pages 1065 et 1066:

Pour déterminer s'il y a eu «détention» aux fins de l'al. 10b), il faut commencer par examiner l'arrêt *Therens* de notre Cour [. . .] [*R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613], aux pp. 641 et 642:

[. . .]

Outre le cas où il y a privation de liberté par contrainte physique, j'estime qu'il y a détention au sens de l'art. 10 de la *Charte* lorsqu'un policier ou un autre agent de l'État restreint la liberté d'action d'une personne au moyen d'une sommation ou d'un ordre qui peut entraîner des conséquences sérieuses sur le plan juridique et qui a pour effet d'empêcher l'accès à un avocat.

[17] The applicant submits that she was under the direct and constant control and custody of the RCMP and immigration authorities from the moment the ship she was on was intercepted by Canadian officials, and for the next three days. Moreover, the applicant submits that she was treated in a manner which was at least equally as intrusive as the strip search carried out in *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495.

[18] The respondent states that the port of entry notes which the applicant sought to exclude relate to her immigration processing and not to any suspected criminality on the part of the applicant, and therefore principles which apply in the criminal context should not apply in this case. In support of this submission, the respondent relies on *Dehghani, supra*, where Mr. Justice Iacobucci, writing for the Court, held, at page 1071, that:

It is well-established that the questioning of an individual by an agent of the state does not always give rise to a detention of constitutional import.

[19] The respondent further submits that although the applicant was searched, that search does not constitute a detention within the meaning of paragraph 10(b). In support of this submission, the respondent relies on *R. v. Simmons, supra*, where then-Chief Justice Dickson, writing for the majority, commented, in respect of the reasonableness of a border search, at pages 528-529:

I accept the proposition advanced by the Crown that the degree of personal privacy reasonably expected at customs is lower than in most other situations. People do not expect to be able to cross international borders free from scrutiny. . . .

In my view, routine questioning by customs officers, searches of luggage, frisk or pat searches, and the requirement to remove in private such articles of clothing as will permit investigation of suspicious bodily bulges permitted by the framers of ss. 143 and 144 of the *Customs Act*, are not unreasonable within the meaning of s. 8 [of the *Charter*].

The analogy is interesting but not persuasive since *Simmons* concerned the application of section 8 of the

[17] La demanderesse fait valoir qu'elle a été assujettie au contrôle direct et constant ainsi qu'à la garde de la GRC et des autorités de l'immigration dès l'interception par les autorités canadiennes du navire sur lequel elle se trouvait et pendant les trois jours suivants. La demanderesse allègue en outre avoir été traitée d'une manière au moins aussi envahissante que dans le cas de la fouille à nu qui a été effectuée dans *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495.

[18] Le défendeur affirme que les notes du point d'entrée dont la demanderesse sollicite l'exclusion ont trait au traitement de sa demande d'immigration, et non pas à des présumés actes criminels de sa part, de sorte que les principes applicables en droit criminel ne doivent pas s'appliquer en l'espèce. Pour appuyer cet argument, le défendeur cite l'arrêt *Dehghani*, précité, où le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour suprême, a conclu à la page 1071, que:

Il est bien établi que l'interrogatoire d'un particulier par un agent de l'État n'entraîne pas toujours une détention au sens constitutionnel du terme.

[19] Le défendeur soutient également que même si la demanderesse a été fouillée, cette fouille ne constitue pas une détention au sens de l'alinéa 10b). Il fonde cet argument sur l'arrêt *R. c. Simmons*, précité, où l'ancien juge en chef Dickson, s'exprimant au nom de la majorité, a indiqué ce qui suit relativement au caractère raisonnable d'une fouille à la frontière, aux pages 528 et 529:

J'accepte la proposition de la poursuite que les attentes raisonnables en matière de vie privée sont moindres aux douanes que dans la plupart des autres situations. En effet, les gens ne s'attendent pas à traverser les frontières internationales sans faire l'objet d'une vérification. [ . . . ]

À mon sens, l'interrogatoire de routine auquel procèdent les agents des douanes, l'examen des bagages, la fouille par palpation et la nécessité de retirer en privé suffisamment de vêtements pour permettre l'examen des renflements corporels suspects, qui sont autorisés par les rédacteurs des art. 143 et 144 de la *Loi sur les douanes*, ne sont pas abusifs au sens de l'art. 8 [de la *Charte*].

L'analogie est intéressante, mais non convaincante, étant donné que l'arrêt *Simmons* portait sur l'application de

Charter to border searches, not the application of paragraph 10(b).

[20] In my opinion, the applicant in this case was detained within the meaning of paragraph 10(b) of the Charter. While I accept, as the Supreme Court stated in *Dehghani*, that the questioning of an individual by the state does not always give rise to a detention, in this case the immigration authorities and the RCMP assumed close supervision and control over the applicant's movement for approximately three days and offered her the opportunity to consult counsel only at the end of that time, after four interviews and the issuance to her of an exclusion order. Following the ruling of the Supreme Court in *Therens*, this control over the applicant indicates that she was detained within the meaning of paragraph 10(b).

Was there a violation of the applicant's right to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right?

[21] It is common ground between the parties that approximately three days passed between the time the applicant was first apprehended, on August 31, 1999, and the time she was first provided with an opportunity to retain counsel, which appears to have occurred on September 3 or 4, 1999. In view of my earlier conclusion that the applicant was detained within the meaning of paragraph 10(b), and noting that immigration officers concerned were aware as of August 31 of the availability of duty counsel, the applicant's right to retain and instruct counsel without delay was violated, in my opinion.

Is the violation of the applicant's paragraph 10(b) rights saved by section 1?

[22] It is trite law that if an individual's Charter rights are infringed, the onus is on the Crown to justify the infringement under section 1 of the Charter, as a reasonable limit, prescribed by law, which is demonstrably justified in a free and democratic society. The respondent Minister has not addressed this issue directly. I conclude that, *prima facie*, the violation of the applicant's rights under paragraph 10(b) was not justified under section 1.

l'article 8 de la Charte aux fouilles à la frontière, et non pas sur l'application de l'alinéa 10b).

[20] Je suis d'avis qu'en l'espèce, la demanderesse a été détenue au sens de l'alinéa 10b) de la Charte. Bien que je convienne, comme la Cour suprême l'a déclaré dans l'arrêt *Dehghani*, que l'interrogatoire d'une personne par l'État ne constitue pas toujours de la détention, il n'en demeure pas moins qu'en l'espèce, les autorités de l'immigration et la GRC ont supervisé et contrôlé de près les déplacements de la demanderesse pendant environ trois jours et elles ne lui ont offert la possibilité de consulter un avocat qu'à la fin de cette période, suivant quatre interrogatoires et la délivrance d'une mesure d'exclusion. À la suite de l'arrêt de la Cour suprême *Therens*, ce contrôle sur la demanderesse indique qu'elle a été détenue au sens de l'alinéa 10b).

Y a-t-il eu atteinte au droit de la demanderesse d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat et d'être informée de ce droit?

[21] Les parties conviennent qu'environ trois jours se sont écoulés entre le moment où la demanderesse a été appréhendée, le 31 août 1999, et celui où on lui a donné pour la première fois la possibilité de faire appel à un avocat, ce qui paraît s'être produit le 3 ou le 4 septembre 1999. Compte tenu de ma conclusion antérieure selon laquelle la demanderesse a été détenue au sens de l'alinéa 10b) et du fait que les agents d'immigration concernés savaient le 31 août qu'un avocat de garde était disponible, je suis d'avis qu'il y a eu atteinte au droit de la demanderesse d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat.

L'atteinte au droit que garantit à la demanderesse l'alinéa 10b) est-elle sauvegardée par l'article premier?

[22] Il est bien établi en droit qu'en cas d'atteinte aux droits garantis à une personne par la Charte, il incombe à la Couronne de démontrer aux termes de l'article premier que cette atteinte constitue une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Le ministre défendeur n'a pas abordé cette question directement. Je conclus qu'à première vue, l'atteinte aux droits que garantit à la demanderesse l'alinéa 10b) n'était pas justifiée en vertu de l'article premier.

Did the CRDD err by failing to exclude the evidence under subsection 24(2)?

[23] Having concluded that the applicant's rights under paragraph 10(b) were violated in a manner not justified pursuant to section 1, the issue which arises for consideration is whether the CRDD erred by declining to exclude the port of entry notes under subsection 24(2) of the Charter. Subsection 24(2) provides:

24. . . .

(2) Where, in proceedings under subsection (1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.

[24] In its decision, at paragraph 26, the CRDD adopted the following comments made by another panel of the CRDD:

It is clear from *Simmons* [*R v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495] that even when the Court held that there was a violation of the appellant's Charter rights, the remedy was not to exclude the evidence obtained. I take particular note of the fact that the appellant Simmons faced criminal charges with a potential loss of liberty. Even in these circumstances, the Supreme Court [*sic*] held that the evidence should be admitted.

Even if I was to accept counsel's argument that the limitation placed on the liberty of the claimant were far more onerous than those in the *Dehghani* case and that it constituted a detention under s. 10(b) of the Charter, it does not follow that I have to exclude evidence obtained in the course of these interviews. I take note of the fact that unlike criminal proceedings where there is a right to remain silent, there is a statutory obligation imposed on those seeking entry to Canada to answer questions truthfully and corresponding statutory obligations placed on Immigration Officers to conduct examinations of those seeking to enter Canada.

There is no evidence before me that the Immigration Officers acted in anything other than good faith under unusual and trying circumstances. I am of the view that Immigration officers acted in accordance with statutory requirements at the

La SSR a-t-elle commis une erreur en n'écartant pas les éléments de preuve en vertu du paragraphe 24(2)?

[23] Vu la conclusion selon laquelle les droits garantis à la demanderesse par l'alinéa 10b) ont été violés d'une manière injustifiée aux termes de l'article premier, il faut déterminer si la SSR a commis une erreur en refusant d'écartier les notes du point d'entrée en application du paragraphe 24(2) de la Charte, lequel prévoit:

24. [. . .]

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe (1), le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

[24] Au paragraphe 26 de sa décision, la SSR a adopté les commentaires suivants faits par une autre de ses formations:

(TRADUCTION)

Il est clair, d'après l'arrêt *Simmons* [*R c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495], que même lorsque la Cour a jugé qu'il y avait violation des droits de l'appelante en vertu de la Charte, la réparation ne consistait pas à exclure les éléments de preuve obtenus. Je prends note en particulier du fait que l'appelante, Simmons, faisait l'objet d'accusations au criminel pouvant entraîner une privation de liberté. Même dans ces circonstances, la Cour suprême a statué que la preuve devait être admise.

Même si j'acceptais l'argument du conseil, à savoir que la restriction de liberté imposée à la revendicatrice était beaucoup plus sévère que celle imposée dans l'arrêt *Dehghani* et que celle-ci constituait une détention au sens de l'art. 10b) de la Charte, cela ne veut pas dire que je dois exclure les éléments de preuve obtenus au cours de ces entrevues. Je prends note du fait que, contrairement aux procédures criminelles où existe le droit de garder le silence, ceux qui cherchent à entrer au Canada sont tenus, en vertu d'obligations prévues par la loi, de répondre honnêtement aux questions qui leur sont posées, tout comme les agents d'immigration sont tenus, en vertu d'obligations prévues par la loi, de faire subir des interrogatoires aux personnes qui cherchent à entrer au Canada.

Il n'existe aucune preuve selon laquelle les agents d'immigration n'ont pas agi de bonne foi dans des circonstances inhabituelles et difficiles. À mon avis, ils ont agi conformément aux exigences légales existant à l'époque des

time they conducted these interviews and it would be the exclusion of this evidence that would bring the administration of justice into disrepute.

[25] The applicant submits that the CRDD erred by ignoring the decision of the Supreme Court in *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, where Mr. Justice Lamer, as he then was, writing for the majority, set out, at pages 280-289, numerous factors to be examined when considering whether evidence which has been obtained subsequent to an infringement of the Charter should be excluded.

[26] The applicant further submits that the CRDD erred by failing to recognize that the potential consequences of a negative Convention refugee determination for the applicant in the case at bar are just as serious, if not more so, than those arising from criminal charges in Canada. Finally, the applicant disputes the CRDD's finding that there was a lack of evidence that the immigration authorities acted in bad faith.

[27] The respondent relies on *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, for the proposition that, when deciding whether or not to exclude evidence under subsection 24(2) of the Charter, the most important factor to consider is the effect of the inclusion or exclusion of the evidence on the fairness of the proceeding. The respondent submits that the CRDD's decision to include the evidence did not affect the fairness in this proceeding, because the information in the port of entry notes was provided by the applicant to immigration authorities in a non-adversarial context, in response to reasonable questions, pursuant to section 12 [as am. by S.C. 1990, c. 44, s. 16; 1992, c. 49, s. 7] of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, as amended, and the questions posed were straightforward, including, for example: Why are you coming to Canada? Why did you leave China?, and Any reason you do not wish to return to China?

interrogatoires et c'est l'exclusion de la preuve qui aurait tendance à déconsidérer l'administration de la justice.

[25] La demanderesse soutient que la SSR a omis à tort de tenir compte de l'arrêt de la Cour suprême *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, où le juge Lamer, plus tard juge en chef, s'exprimant au nom de la majorité, a énoncé, aux pages 280 à 289, les nombreux facteurs dont le tribunal doit tenir compte lorsqu'il détermine si les éléments de preuve obtenus en contravention de la Charte doivent être écartés.

[26] La demanderesse prétend également que la SSR a commis une erreur en ne reconnaissant pas que les conséquences potentielles pour elle d'une décision défavorable en matière de statut de réfugié en l'espèce sont aussi graves, sinon plus graves, que les conséquences découlant d'accusations criminelles au Canada. Enfin, la demanderesse conteste la conclusion de la SSR selon laquelle il y avait absence de preuve que les autorités de l'immigration avaient agi de mauvaise foi.

[27] Le défendeur invoque l'arrêt *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, à l'appui de la proposition voulant que lorsqu'on détermine s'il faut écarter ou non des éléments de preuve en vertu du paragraphe 24(2) de la Charte, le facteur le plus important dont il faut tenir compte est l'effet de l'inclusion ou de l'exclusion de ces éléments sur le caractère équitable de l'instance. Le défendeur avance que la décision de la SSR d'accepter les éléments de preuve n'a pas porté atteinte à l'équité en l'instance parce que les renseignements contenus dans les notes du point d'entrée ont été fournis par la demanderesse aux autorités de l'immigration dans un cadre non-contradictoire en réponse à des questions raisonnables, en application de l'article 12 [mod. par L.C. 1990, ch. 44, art. 16; 1992, ch. 49, art. 7] de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, et ses modifications, et que les questions posées étaient directes, comme par exemple: Pourquoi venez-vous au Canada? Pourquoi avez-vous quitté la Chine? Y a-t-il des raisons pour lesquelles vous ne voulez pas retourner en Chine?

[28] The respondent further submits that the CRDD's decision to include the evidence did not affect the fairness of the hearing, because the CRDD, in finding the applicant not to be credible, did not base its finding on the port of entry notes. Rather, in the respondent's submission, the CRDD's decision was based on significant inconsistencies between the applicant's personal information form (PIF) and her testimony, and on internal inconsistencies in the applicant's testimony. The applicant urges that by referring to the port of entry notes in its decision, the CRDD improperly considered evidence and the extent to which this influenced the assessment of the applicant's credibility is indeterminable.

[29] In its decision, at paragraphs 48-49, the CRDD commented upon the applicant's testimony and her PIF as follows, after finding her evidence implausible, concerning events that were central to her expressed fear of persecution:

Her evidence is also internally inconsistent. When asked by counsel in re-direct where the other officers were, she said they were searching other rooms of the house. Her statement in her PIF creates an impression that the officers were with the supervisor when she said: "she and the officers started to yell at me". She also said in her testimony in direct examination that there was a "charged situation" and there was "yelling and shouting". She also said in re-direct that the officers were only ten steps away from where she and the supervisor were.

Even if the officers were searching another room, I do not find it plausible that with the ensuing shouting and yelling and the charged situation described the claimant, that the officers would not have come right away to assist the supervisor. The officers would have heard the yelling and shouting. Further, in direct examination, when describing how her aunt was able to run away, she said that there were two doors in the house. On re-direct, she said there were four doors in the house. Further, she also said that the supervisor was at the bottom of the stairs when she pushed her, but later she said that the supervisor was one step lower than the step where the claimant was, and that was seven to eight steps. This is internally inconsistent.

I find that the claimant's account of the event of June 1999 is confused, internally inconsistent and in other respects, implausible. I do not accept it as credible.

[28] Le défendeur prétend également que la décision de la SSR d'accepter les éléments de preuve n'ont pas porté atteinte à l'équité de l'audience parce qu'en concluant au manque de crédibilité de la demanderesse, la SSR ne s'est pas fondée sur les notes du point d'entrée. Au contraire, d'après le défendeur, la décision de la SSR était fondée sur des contradictions importantes entre le formulaire de renseignements personnels (FRP) de la demanderesse et son témoignage ainsi que sur des incohérences contenues dans ce témoignage. La demanderesse soutient qu'en faisant référence aux notes du point d'entrée dans la décision, la SSR a erronément tenu compte de certains éléments de preuve et qu'il est impossible de déterminer la mesure dans laquelle cela a influencé l'évaluation de sa crédibilité.

[29] Aux paragraphes 48 et 49 de sa décision, après avoir jugé non plausible le témoignage de la demanderesse sur des événements cruciaux quant à la crainte de persécution que celle-ci a exprimée, la SSR a fait les observations suivantes sur le témoignage et le FRP de la demanderesse:

Son témoignage est également incohérent. Quand le conseil lui a demandé, lors du réinterrogatoire, où se trouvaient les autres agents, elle a répondu qu'ils étaient en train de fouiller les autres pièces de la maison. Or, elle donne l'impression que les agents étaient avec la superviseuse quand elle affirme dans son FRP «qu'ils ont commencé à crier après moi». Elle a également déclaré, lors de l'interrogatoire principal, que la situation était très tendue et qu'on entendait beaucoup de cris. Elle a aussi affirmé, lors du réinterrogatoire, que les agents ne se trouvaient qu'à dix pas d'elle et de la superviseuse.

Même s'ils étaient en train de fouiller les autres pièces, je ne trouve pas plausible, compte tenu des cris et de la situation très tendue qui existait d'après la revendicatrice, que les agents ne seraient pas venus immédiatement à l'aide de la superviseuse. Ils auraient entendu les cris. Par ailleurs, lors de l'interrogatoire principal, la revendicatrice, qui expliquait comment sa tante avait été en mesure de s'enfuir, a déclaré qu'il y avait deux portes dans la maison. Lors du réinterrogatoire, elle a affirmé qu'il y en avait quatre. Elle a également affirmé que la superviseuse se trouvait au pied de l'escalier quand elle (la revendicatrice) l'a poussée. Toutefois, elle a déclaré plus tard que la superviseuse se trouvait sur une marche inférieure à celle où se tenait la revendicatrice, c'est-à-dire sur la septième ou huitième marche. Il y a là incohérence.

Le récit de la revendicatrice entourant l'incident du juin 1999 est nébuleux, incohérent et, à d'autres égards, peu plausible. Il manque de crédibilité.



[30] The passage quoted above makes clear that, in addition to finding her evidence implausible, the CRDD's decision was based on significant inconsistencies between the applicant's PIF and her testimony, and on internal inconsistencies in the applicant's testimony. In my opinion, the CRDD's decision to admit the port of entry notes as evidence did not affect the fairness of the hearing, because the CRDD, in finding the applicant not to be credible, did not base its finding on those notes.

[31] The applicant also urged there was bad faith on the part of the immigration authorities in deliberately refraining from advising the applicant for three days that she was entitled to consult counsel, when they knew that duty counsel had been assigned for that very purpose. In the absence of any specific legislative direction, I agree that the officers acted improperly in refraining to provide the applicant access to counsel for three days, even if ultimately that error was remedied by providing access after unlawful delay. The ultimate remedy for that wrong, in appropriate circumstances, would be exclusion from evidence of any statements made in that period of delay if those statements were to form a significant basis for the CRDD decision. In my view that was not the case here.

[32] In my opinion, the decision of the CRDD was not reached by unfair process and was not patently unreasonable. The application for judicial review will be dismissed by order. That order will issue after consideration of any written submissions from counsel, after they have consulted about any proposed question for certification pursuant to subsection 83(1) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73] of the *Immigration Act*. Any such submission should be filed at the Court in Vancouver on or before February 18, 2002.

[30] L'extrait susmentionné indique clairement qu'en plus de conclure que le témoignage de la demanderesse n'était pas plausible, la décision de la SSR reposait sur des contradictions importantes entre le FRP et le témoignage de la demanderesse ainsi que sur des incohérences contenues dans ce témoignage. Je suis d'avis que la décision de la SSR d'accepter en preuve les notes du point d'entrée n'ont pas porté atteinte à l'équité de l'audience car, en concluant au manque de crédibilité de la demanderesse, la SSR n'a pas fondé sa conclusion sur ces notes.

[31] La demanderesse avance également que les autorités de l'immigration ont agi de mauvaise foi en attendant délibérément trois jours avant de l'informer de son droit de consulter un avocat alors qu'elle savaient qu'un avocat de garde avait été nommé à cette fin. Vu l'absence de disposition législative à cet égard, je suis d'accord que les agents ont agi de façon irrégulière en omettant de fournir à la demanderesse, pendant trois jours, la possibilité de consulter un avocat, et ce, même s'ils ont corrigé cette erreur en lui donnant cette possibilité, après l'écoulement d'un délai non permis par la loi. Dans les cas qui s'y prêtent, la réparation accordée en bout de ligne relativement à ce tort consiste à écarter de la preuve toutes les déclarations faites pendant cette période qui constituent un fondement important de la décision de la SSR. Je suis d'avis que ce n'était pas le cas des déclarations faites en l'espèce.

[32] À mon avis, la SSR n'en est pas arrivée à sa décision au moyen d'un processus inéquitable et cette décision n'était pas manifestement déraisonnable. La demande de contrôle judiciaire sera rejetée par ordonnance. Cette ordonnance sera rendue après examen de toute observation écrite de la part des avocats, après consultation entre eux, relativement à tout projet de question certifiée en vertu du paragraphe 83(1) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73] de la *Loi sur l'immigration*. Toute observation à cet égard doit être déposée auprès de la Cour à Vancouver au plus tard le 18 février 2002.

A-63-01  
(IMM-192-00)  
2002 FCA 79

A-63-01  
(IMM-192-00)  
2002 CAF 79

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Appellant) (Respondent in the Trial Division)

**Le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration**  
(appellant) (défendeur devant la Section de première instance)

v.

c.

**Jagwinder Singh Sandhu** (Respondent) (Applicant in the Trial Division)

**Jagwinder Singh Sandhu** (intimé) (demandeur devant la Section de première instance)

*INDEXED AS: SANDHU v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (C.A.)*

*RÉPERTORIÉ: SANDHU c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.A.)*

Court of Appeal, Strayer, Sexton and Sharlow JJ.A.—  
Vancouver, January 29; Ottawa, February 28, 2002.

Court d'appel, juges Strayer, Sexton et Sharlow, J.C.A.—  
—Vancouver, 29 janvier; Ottawa, 28 février 2002.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Dependent students — Under Immigration Regulations, 1978, s. 2(1)(b)(i), visa officer has authority to determine whether alleged “dependent son” has been enrolled and in attendance as full-time student in an educational program in genuine, meaningful, bona fide respect — Mere physical attendance not enough: student must attempt to learn subjects taken — Court listing factors to be considered.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Étudiants à charge — Un agent des visas a le pouvoir, aux termes de l'art. 2(1)b)(i) du Règlement sur l'immigration de 1978, de déterminer si un prétendu «fils à charge» a véritablement été inscrit et a réellement et avec sérieux suivi à temps plein des cours dans un programme d'études — La simple présence physique ne suffit pas: l'étudiant doit faire des efforts pour assimiler la matière enseignée dans les cours qu'il a pris — La Cour a énuméré les facteurs devant être pris en considération.*

The respondent was submitted to be eligible as a “dependent son” in a sponsorship application which was based on his status as a student. The visa officer noted that since starting university, the respondent had not passed a single university course in two years of study and was unable to answer simple questions relating to the history of India, which the respondent claimed was his best subject. The visa officer concluded that although the respondent may have been enrolled in a university for the past two years, he could not in any meaningful way be said to have been in attendance; that he had not made any real attempt to turn his mind towards, or focus his energy and attention to his studies; that he had maintained his enrolment not because of any intention to study, but rather in an attempt to make it appear that he has continued his status as a dependent son. The visa officer therefore deleted the respondent from the father's application for permanent residence because he was not a dependent son within the meaning of the Regulations. The Motions Judge allowed the application for judicial review, specifically disagreeing with there being a qualitative element to the

L'intimé était inscrit comme un «fils à charge» dans une demande de parrainage en raison de son statut d'étudiant. L'agent des visas a constaté que l'intimé n'avait réussi aucun cours en deux ans depuis le début de ses études universitaires et qu'il était incapable de répondre à des questions simples sur l'histoire de l'Inde, malgré le fait qu'il ait affirmé que c'était la matière dans laquelle il réussissait le mieux. Selon l'agent des visas, bien que l'intimé ait pu être inscrit à l'université au cours des deux dernières années, on ne pouvait pas valablement dire qu'il y suivait des cours; il n'avait pas réellement tenté de se consacrer à ses études ou de concentrer son énergie et son attention sur ces dernières; en fait, il était demeuré inscrit non pas parce qu'il avait une quelconque intention d'étudier, mais plutôt pour donner l'impression qu'il possédait toujours son statut de fils à charge. L'agent des visas a donc retiré l'intimé de la demande de résidence permanente de son père parce qu'il n'était pas un fils à charge au sens du Règlement. Le juge des requêtes a fait droit à la demande de contrôle judiciaire et a explicitement rejeté l'idée que le fait de suivre des cours ait un aspect qualitatif. Il a certifié la

“attendance”, and certified a question as to whether the immigration officer had the authority under subparagraph 2(1)(b)(i) to determine the quality of the attendance of an alleged “dependent son” enrolled as a full-time student in a program. This was an appeal from that decision.

*Held*, the appeal should be allowed.

This appeal turns upon the meaning to be ascribed to the phrase “enrolled and in attendance as a full-time student” in the definition of “dependant son” in subparagraph 2(1)(b)(i) of the Regulations. The case law on this issue is conflicting. Some cases hold that attendance can be looked at qualitatively, while others hold that the assessment should only be a quantitative one.

Attendance “necessarily implies both physical and mental presence”: *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. Failure to demonstrate even a rudimentary knowledge of the subjects studied can lead to an inference that an applicant was not in attendance as a full-time student, but poor academic performance is by and in itself an insufficient basis upon which to so conclude: *Dhami v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*. The words “enrolled and in attendance as a full-time student” require that the student, on a continuous basis, make a *bona fide* attempt to assimilate the material of the subjects in which the student is enrolled. Thus a visa officer is required to consider more than mere physical attendance in determining whether the person had been “in attendance as a full-time student” and must make sufficient inquiries in order to satisfy himself that the student meets the requirements of subparagraph 2(1)(b)(i). The following are among the factors which should be considered: the record of the student’s actual attendance; the grades he achieved; whether he can discuss the subjects studied in, at the very least, a rudimentary fashion; whether he is progressing satisfactorily in an academic program; whether he has made a genuine, meaningful effort to assimilate the knowledge in the courses being studied.

In view of the evidence herein, the visa officer was entitled to reach the decision which he did in concluding that the respondent was not a full-time student.

As for the certified question, under subparagraph 2(1)(b)(i) of the *Immigration Regulations, 1978*, a visa officer has authority to determine whether the alleged “dependent son” has been enrolled and in attendance as a full-time student in an educational program in a genuine, meaningful and *bona fide* respect.

question suivante: l’agent d’immigration a-t-il le pouvoir, aux termes du sous-alinéa 2(1)b)(i), d’évaluer, pour un étudiant qui suit des cours, la qualité de sa fréquentation à titre de présumé «fils à charge» inscrit à temps plein dans un programme? C’est cette décision qui faisait l’objet de l’appel.

*Arrêt*: l’appel doit être accueilli.

Le présent appel porte sur le sens de l’expression «est inscrit et suit à temps plein des cours», qui est employée dans la définition de «fils à charge» au sous-alinéa 2(1)b)(i) du Règlement. La jurisprudence qui traite de cette question est contradictoire. Selon certaines décisions, le fait de suivre des cours peut faire l’objet d’une évaluation qualitative, alors que, selon d’autres décisions, l’évaluation devrait être seulement de nature quantitative.

Le fait de suivre des cours «suppose nécessairement une présence physique et mentale»: *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*. Le fait qu’un demandeur ne puisse même pas démontrer une connaissance rudimentaire des sujets qu’il a étudiés peut mener à la conclusion qu’il n’a pas suivi des cours à temps plein, mais le fait d’avoir de mauvaises notes n’est pas en soi un motif suffisant de tirer une telle conclusion: *Dhami c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*. L’expression «est inscrit et suit à temps plein des cours» exige que l’étudiant fasse continuellement des efforts réels pour assimiler la matière enseignée dans les cours auxquels il est inscrit. Par conséquent, lorsqu’il doit décider si une personne «est inscrite et suit à temps plein des cours», l’agent des visas doit non seulement tenir compte de la présence physique de cette personne aux cours, mais aussi faire ce qu’il faut pour s’assurer que l’étudiant satisfait aux exigences du sous-alinéa 2(1)b)(i). Parmi les facteurs qui devraient être pris en compte, il y a le dossier de présence de l’étudiant; les notes qu’il a obtenues; sa capacité de discuter, à tout le moins de façon rudimentaire, des matières étudiées; la question de savoir si son programme d’études se déroule de manière satisfaisante; la question de savoir s’il a fait des efforts réels et sérieux pour assimiler les connaissances enseignées dans ses cours.

Compte tenu de la preuve produite, l’agent des visas pouvait en arriver à la décision qu’il a rendue en concluant que l’intimé n’était pas un étudiant à temps plein.

Pour ce qui est de la question certifiée, un agent des visas a le pouvoir, aux termes du sous-alinéa 2(1)b)(i) du *Règlement sur l’immigration de 1978*, de déterminer si un prétendu «fils à charge» a véritablement été inscrit et a réellement et avec sérieux suivi à temps plein des cours dans un programme d’études.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Immigration Regulations, 1978*, SOR/78-172, s. 2(1) “dependent son” (as enacted by SOR/92-101, s. 1), (7) (as enacted *idem*), 6(6) (as am. *idem*, s. 3; 93-44, s. 5).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 9 Imm. L.R. (3d) 84 (F.C.T.D.); *Dhami v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 805; [2001] F.C.J. No. 1160 (T.D.) (QL); *Khaira v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 122 F.T.R. 63; 35 Imm. L.R. (2d) 257 (F.C.T.D.); *Malkana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 125 F.T.R. 71; 37 Imm. L.R. (2d) 288 (F.C.T.D.); *Chowdhury v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 514 (T.D.) (QL).

## NOT FOLLOWED:

*Patel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 155 F.T.R. 228 (F.C.T.D.).

APPEAL from the Trial Division decision (*Sandhu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 14 Imm. L.R. (3d) 309) allowing an application for judicial review of a visa officer’s decision deleting the respondent from the father’s application for permanent residence because he was not “enrolled and in attendance as a full-time student” within the meaning of “dependent son” in subparagraph 2(1)(b)(i) of the *Immigration Regulations, 1978*. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Brenda Carbonell* for appellant.  
*Harsh Sharma* (with leave of the Court to appear) for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Règlement sur l’immigration de 1978*, DORS/78-172, art. 2(1) «fils à charge» (édicte par DORS/92-101, art. 1), (7) (édicte, *idem*), 6(6) (mod., *idem*, art. 3; 93-44, art. 5).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2000), 9 Imm. L.R. (3d) 84 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Dhami c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 805; [2001] A.C.F. n° 1160 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Khaira c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1996), 122 F.T.R. 63; 35 Imm. L.R. (2d) 257 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Malkana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1996), 125 F.T.R. 71; 37 Imm. L.R. (2d) 288 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Chowdhury c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 514 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

## DÉCISION NON SUIVIE:

*Patel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1998), 155 F.T.R. 228 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

APPEL de la décision de la Section de première instance (*Sandhu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2001), 14 Imm. L.R. (3d) 309) faisant droit à une demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle un agent des visas a retiré l’intimé de la demande de résidence permanente de son père parce qu’il n’était pas «inscrit et [ne suivait pas] à temps plein des cours» au sens de la définition de «fils à charge» contenue au sous-alinéa 2(1)(b)(i) du *Règlement sur l’immigration de 1978*. Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Brenda Carbonell* pour l’appelant.  
*Harsh Sharma* (avec l’autorisation de la Cour) pour l’intimé.

## AVOCAT INSCRIT AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour l’appelant.

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

SEXTON J.A.:

### Introduction

[1] Subparagraph 2(1)(b)(i) of the *Immigration Regulations, 1978* [SOR/78-172], as enacted by SOR/92-101, section 1 requires that, in order for a person to obtain admission to Canada as a dependent student of parents who are also seeking admission, the person must be “enrolled and in attendance as a full-time student” at an educational institution.

[2] This appeal raises the issue as to the meaning to be attached to the words “in attendance as a full-time student”: whether they require only that the student merely be physically in attendance on a full-time basis or some further qualitative requirement that the student actually make a *bona fide* attempt to assimilate the material of the subjects in which the student is enrolled.

### Facts

[3] The respondent is the son of Gurdeep Singh Sandhu, who had submitted an application for permanent residence in Canada to the Canadian High Commission in New Delhi, India. This application had been sponsored by the father’s other son, Ranjodh Singh Sandhu, who lives in Canada. The father’s wife and the respondent were included in the application for landing. The respondent was submitted to be eligible as a “dependent son” in the sponsorship application which was based on his status as a student. A visa officer interviewed the respondent and his family on August 25, 1999 at the Canadian High Commission in New Delhi, at which time the respondent was 22 years old. At that time the respondent informed the visa officer that his educational history was as follows:

- March 1995 failed his 10<sup>th</sup> and his “+1” or 11<sup>th</sup> year examinations
- March 1997 failed his 12<sup>th</sup> year matriculation examinations
- September 1997 passed 12<sup>th</sup> year matriculation examinations

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

LE JUGE SEXTON, J.C.A.:

### Introduction

[1] Le sous-alinéa 2(1)(b)(i) du *Règlement sur l’immigration de 1978* [DORS/78-172], édicté par DORS/92-101, article 1, prévoit que, pour obtenir l’admission au Canada à titre d’étudiant à la charge de ses parents qui demandent aussi l’admission, une personne doit «[être] inscrit[e] [à un établissement d’enseignement] et y [suivre] à temps plein des cours».

[2] Le présent appel soulève la question du sens qu’il faut donner à l’expression «suit à temps plein des cours»: faut-il que l’étudiant soit simplement présent physiquement à temps plein aux cours ou cette expression comporte-t-elle aussi un élément qualitatif qui exige que l’étudiant fasse des efforts réels pour assimiler la matière enseignée dans les cours auxquels il est inscrit?

### Les faits

[3] L’intimé est le fils de Gurdeep Singh Sandhu, qui avait présenté une demande de résidence permanente au Canada au haut-commissariat du Canada à New Delhi, en Inde. Cette demande était parrainée par l’autre fils du père, Ranjodh Singh Sandhu, lequel habite au Canada. L’intimé et l’épouse du père étaient inclus dans la demande d’établissement. L’intimé était inscrit comme un «fils à charge» dans la demande de parrainage en raison de son statut d’étudiant. Un agent des visas a rencontré l’intimé et sa famille au haut-commissariat du Canada à New Delhi, le 25 août 1999. L’intimé, qui était alors âgé de 22 ans, a fait part à l’agent des visas de ses antécédents en matière d’études:

#### [TRADUCTION]

- Mars 1995 a échoué ses examens de 10<sup>e</sup> année et ceux de 11<sup>e</sup> année ou «+1»
- Mars 1997 a échoué ses examens officiels de 12<sup>e</sup> année
- Septembre 1997 a réussi ses examens officiels de 12<sup>e</sup> année

- September 1997 began his B.A. Part I at Guru Nanek Dev University
  - July 1998 failed first attempt at Year 1 examination
  - July 1999 failed second attempt at Year 1 examination
- Septembre 1997 a commencé la première partie d'un programme menant à l'obtention d'un B.A. à l'université Guru Nanek Dev
  - Juillet 1998 a échoué l'examen de la première année à sa première tentative
  - Juillet 1999 a échoué l'examen de la première année à sa deuxième tentative

[4] The visa officer further asked the respondent questions relating to his studies. The respondent was only able to provide cursory answers, most of which were inaccurate.

[4] L'agent des visas a posé des questions à l'intimé au sujet de ses études. L'intimé a seulement été en mesure de donner des réponses superficielles, dont la plupart étaient inexactes.

[5] The visa officer also requested transcripts for the respondent's last two years of study at Guru Nanek Dev University. The transcript of the respondent's first attempt at Year 1 examinations, taken in 1998, was submitted by the respondent and showed the following:

[5] L'agent des visas a aussi demandé les relevés de notes de l'intimé concernant ses deux dernières années d'études à l'université Guru Nanek Dev. L'intimé a produit le relevé des notes qu'il avait obtenues la première fois qu'il avait passé les examens de la première année, en 1998. Ce relevé indiquait ce qui suit:

[TRANSLATION]

- 2/100 in English Compulsory
- 3/100 in Punjabi Compulsory
- 6/200 in Punjabi Elective
- 1/200 in History
- 21/200 in Rural Development

- 2/100 en anglais - cours obligatoire
- 3/100 en punjabi - cours obligatoire
- 6/200 en punjabi - cours à option
- 1/200 en histoire
- 21/200 en développement rural

[6] The transcript for the respondent's second attempt at Year 1 examinations, taken in 1999, was also submitted which showed the following marks:

[6] Il a aussi produit le relevé des notes qu'il avait obtenues à sa deuxième tentative de réussir les examens de la première année, en 1999. Ce relevé indiquait ce qui suit:

[TRANSLATION]

- 0/100 in English Compulsory
- 27/100 in Punjabi Compulsory
- 31/200 in Punjabi Elective in History
- 26/200 in Rural Development

- 0/100 en anglais - cours obligatoire
- 27/100 en punjabi - cours obligatoire
- 31/200 en punjabi - cours à option
- 26/200 en développement rural

[7] The visa officer noted that since turning 19 years of age the respondent had successfully completed three academic years, being the 10th through to the 12th years. However, since starting university, the respondent had not passed a single university course in two years of study and was unable to answer simple questions relating to the history of India, which the respondent claimed was his best subject. Although the respondent

[7] L'agent des visas a constaté que, depuis qu'il avait atteint l'âge de 19 ans, l'intimé avait réussi trois années d'études, soit ses 10<sup>e</sup>, 11<sup>e</sup> et 12<sup>e</sup> années. Par contre, l'intimé n'avait réussi aucun cours en deux ans depuis le début de ses études universitaires. En outre, il était incapable de répondre à des questions simples sur l'histoire de l'Inde, malgré le fait qu'il ait affirmé que c'était la matière dans laquelle il réussissait le mieux.

was enrolled at university he produced no evidence to show that he was in physical attendance other than the transcripts for the examinations.

[8] The visa officer determined that the respondent was not in attendance as a full-time student since attaining the age of 19 and he concluded as follows:

Based on the above, I am forced to conclude that although Jagwinder Singh may have been enrolled in Guru Nanek Dev University for the past two years, he can not in any meaningful way be said to have been in attendance. Despite two alleged years of study, he has not been able to pass a single course. It is my opinion that this indicates that Jagwinder Singh has not made any real attempt to turn his mind towards, or focus his energy and attention to his studies. It is my opinion that Jagwinder Singh has maintained enrolment not because of any intention to study, but rather in an attempt to appear that he has continued his status as a dependent son.

I conclude that Jagwinder Singh has not been continually enrolled in an educational institution since attaining the age of 19, insofar as "attendance" has been held to include a qualitative element requiring more than simple passive enrolment, but also requiring the student to have expended some effort and attention to his studies during this time.

[9] In his decision, the visa officer held that the respondent should be deleted from the father's application for permanent residence because the respondent was not a dependent son within the meaning of the Regulations. The respondent filed an application for judicial review of the decision of the visa officer and by order dated January 23, 2001 [(2001), 14 Imm. L.R. (3d) 309], the Motions Judge allowed the application for judicial review and certified the following question of general importance [at paragraph 12]:

Does the Immigration Officer have the authority under subparagraph 2(1)(b)(i) to determine the quality of the attendance of an alleged "dependent son" enrolled as a full-time student in a program?

*Immigration Regulations, 1978* [ss. 2(7) (as enacted by SOR/92-101, s. 1), 6(6) (as am. *idem*, s. 3; 93-44, s. 5)]

2(1) . . .

"dependent son" means a son who

Bien qu'il ait été inscrit à l'université, la seule preuve qu'il a produite pour démontrer qu'il était présent physiquement aux cours était ses relevés de notes.

[8] L'agent des visas a décidé que l'intimé ne suivait pas à temps plein des cours depuis la date de ses 19 ans, et il a conclu ce qui suit:

[TRADUCTION] Étant donné ce qui précède, je n'ai d'autre choix que de conclure que, bien que Jagwinder Singh ait pu être inscrit à l'université Guru Nanek Dev au cours des deux dernières années, on ne peut valablement dire qu'il y suivait des cours. Malgré les deux années au cours desquelles il aurait étudié, il n'a pas été en mesure de réussir un seul cours. Je suis d'avis que cela indique que Jagwinder Singh n'a pas réellement tenté de se consacrer à ses études ou de concentrer son énergie et son attention sur ces dernières. Je suis d'avis que Jagwinder Singh est demeuré inscrit non pas parce qu'il avait une quelconque intention d'étudier, mais plutôt pour donner l'impression qu'il possédait toujours son statut de fils à charge.

Je conclus que Jagwinder Singh n'a pas été inscrit sans interruption dans un établissement d'enseignement depuis qu'il a atteint l'âge de 19 ans, dans la mesure où il a été décidé que «a suivi» un cours comporte un élément qualitatif qui exige plus qu'une simple inscription passive, mais également que l'étudiant ait consacré des efforts et de l'attention à ses études pendant ce temps.

[9] Dans sa décision, l'agent des visas a indiqué que l'intimé devait être retiré de la demande de résidence permanente de son père parce qu'il n'était pas un fils à charge au sens du Règlement. L'intimé a déposé une demande de contrôle judiciaire de la décision de l'agent des visas et, par une ordonnance rendue le 23 janvier 2001 [(2001), 14 Imm. L.R. (3d) 309], le juge des requêtes a fait droit à cette demande et a certifié la question de portée générale suivante [au paragraphe 12]:

L'agent d'immigration a-t-il le pouvoir, aux termes du sous-alinéa 2(1)b(i), d'évaluer, pour un étudiant qui suit des cours, la qualité de sa fréquentation à titre de présumé «fils à charge» inscrit à temps plein dans un programme?

*Règlement sur l'immigration de 1978* [art. 2(7) (édicte par DORS/92-101, art. 1), 6(6) (mod., *idem*, art. 3; 93-44, art. 5)]

2(1) [. . .]

«fils à charge» Fils:

...

(b) is enrolled and in attendance as a full-time student in an academic, professional or vocational program at a university, college or other educational institution and

(i) has been continuously enrolled and in attendance in such a program since attaining 19 years of age or, if married before 19 years of age, the time of his marriage, and

(ii) is determined by an immigration officer, on the basis of information received by the immigration officer, to be wholly or substantially financially supported by his parents since attaining 19 years of age or, if married before 19 years of age, the time of his marriage, or

(c) is wholly or substantially financially supported by his parents and

(i) is determined by a medical officer to be suffering from a physical or mental disability, and

(ii) is determined by an immigration officer, on the basis of information received by the immigration officer, including information from the medical officer referred to in subparagraph (i), to be incapable of supporting himself by reason of such disability.

...

(7) For the purposes of subparagraph (b)(i) of the definitions “dependent son” and “dependent daughter”, where a person has interrupted a program of studies for an aggregate period not exceeding one year, the person shall not be considered thereby to have failed to have continuously pursued a program of studies.

...

6. (1) ...

(6) A visa officer shall not issue an immigrant visa to a dependent son or dependent daughter referred to in paragraph (b) of the definition “member of the family class” in subsection 2(1) or a dependent son or dependent daughter of a member of the family class unless

(a) at the time the application for an immigrant visa is received by an immigration officer, the son or daughter meets the criteria respecting age, and marital or student status set out in the definitions “dependent son” and “dependent daughter” in subsection 2(1); and

(b) at the time the visa is issued, the son or daughter meets the criteria respecting marital or student status set out in those definitions.

[...]

b) soit qui est inscrit à une université, un collège ou un autre établissement d'enseignement et y suit à temps plein des cours de formation générale, théorique ou professionnelle, et qui:

(i) d'une part, y a été inscrit et y a suivi sans interruption ce genre de cours depuis la date de ses 19 ans ou, s'il était déjà marié à cette date, depuis la date de son mariage,

(ii) d'autre part, selon un agent d'immigration qui fonde son opinion sur les renseignements qu'il a reçus, a été entièrement ou en grande partie à la charge financière de ses parents depuis la date de ses 19 ans ou, s'il était déjà marié à cette date, depuis la date de son mariage;

c) soit qui est entièrement ou en grande partie à la charge financière de ses parents et qui:

(i) d'une part, selon un médecin agréé, souffre d'une incapacité de nature physique ou mentale,

(ii) d'autre part, selon l'agent d'immigration qui fonde son opinion sur les renseignements qu'il a reçus, y compris les renseignements reçus du médecin agréé visé au sous-alinéa (i), est incapable de subvenir à ses besoins en raison de cette incapacité.

[...]

(7) Pour l'application du sous-alinéa b)(i) des définitions de «fils à charge» et «fille à charge» au paragraphe (1) la personne qui a interrompu ses études pour une période totale d'au plus un an n'est pas considérée comme ayant interrompu ses études.

[...]

6. (1) [...]

(6) L'agent des visas ne peut délivrer un visa d'immigrant à un fils à charge ou à une fille à charge visé à l'alinéa b) de la définition de «parent» au paragraphe 2(1), ou à un fils à charge ou à une fille à la charge d'un parent, que si:

a) d'une part, au moment où l'agent d'immigration reçoit la demande de visa d'immigrant, le fils ou la fille répond aux critères concernant l'âge et l'état matrimonial ou le statut d'étudiant énoncés dans les définitions de «fils à charge» et «fille à charge» au paragraphe 2(1);

b) d'autre part, au moment où le visa est délivré, le fils ou la fille répond aux critères concernant l'état matrimonial ou le statut d'étudiant énoncés dans ces définitions.



### Existing Jurisprudence

[10] This appeal depends upon the meaning ascribed to the phrase “enrolled and in attendance as a full-time student” in the definition of “dependent son” in subparagraph 2(1)(b)(i) of the Regulations. Existing jurisprudence on this issue is conflicting. Some cases hold that the visa officer is entitled to make a qualitative assessment in order to determine whether there has been full-time attendance at an educational institution as set out in the definition of “dependent son”. Other cases hold that the assessment should only be a quantitative one, to be decided based solely on whether the dependent son was physically in full-time attendance at an educational institution. A short review of the prior decisions will illustrate the conflict that has arisen.

[11] In *Khaira v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 122 F.T.R. 63, the Trial Division found that the concept of attendance in the definition of “dependent son” had both quantitative and qualitative elements. The visa officer’s decision, which held that the student failed to qualify under both the quantitative and qualitative elements of the definition, was confirmed. The student had attended some 77 percent of his classes and, therefore, was held not to have been a full-time student. The visa officer also found that the applicant fell short on the qualitative component in that, while he might very well have been physically in attendance at the classes, his answers to the visa officer’s questions relating to the contents of the course of study were found to be entirely inadequate. This decision was followed in *Malkana v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 125 F.T.R. 71 (F.C.T.D.).

[12] In *Chowdhury v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] F.C.J. No. 514 (T.D.) (QL), the Court also appears to have concluded that there is a qualitative aspect contained within the definition of full-time attendance in an educational institution. The visa officer concluded that the student had not been in full-time attendance because the student provided no evidence of attendance; could not demonstrate any learning as a result of attendance; and, when he was

### Jurisprudence

[10] Le présent appel porte sur le sens qu’il faut donner à l’expression «est inscrit [. . .] et y suit à temps plein des cours», qui est employée dans la définition de «fils à charge» au sous-alinéa 2(1)b(i) du Règlement. La jurisprudence qui traite de cette question est contradictoire. Selon certaines décisions, l’agent des visas peut faire une évaluation qualitative afin de décider si une personne a suivi à temps plein des cours dans un établissement d’enseignement, conformément à la définition de «fils à charge». Selon d’autres décisions, par contre, seule devrait être faite une évaluation quantitative fondée uniquement sur la question de savoir si le fils à charge était présent physiquement aux cours à titre d’étudiant à temps plein. Un bref survol de la jurisprudence fera ressortir cette contradiction.

[11] Dans la décision *Khaira c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1996), 122 F.T.R. 63, la Section de première instance a statué que la notion de «suivre des cours» contenue dans la définition de «fils à charge» comportait à la fois un élément quantitatif et un élément qualitatif. La décision de l’agent des visas, selon laquelle l’étudiant ne satisfaisait ni à l’élément quantitatif ni à l’élément qualitatif de la définition, a été confirmée. Comme l’étudiant avait suivi environ 77 pour 100 de ses cours, l’agent des visas avait estimé qu’il n’était pas un étudiant à temps plein. L’agent des visas avait aussi conclu que le demandeur ne satisfaisait pas à l’élément qualitatif car, bien qu’il ait peut-être été présent physiquement aux cours, les réponses qu’il lui avait données au sujet du contenu de son programme d’études étaient tout à fait insuffisantes. Cette décision a ensuite été suivie dans *Malkana c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (1996), 125 F.T.R. 71 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[12] Dans la décision *Chowdhury c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 514 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), la Cour semble aussi avoir conclu que la définition concernant le fait de suivre à temps plein des cours dans un établissement d’enseignement comporte un aspect qualitatif. L’agent des visas avait considéré que l’étudiant n’avait pas suivi des cours à temps plein parce qu’il n’avait pas produit de preuve attestant de sa présence aux cours, qu’il ne pouvait pas

asked why he had not learned anything, the student had stated that he “did not attend classes well”.

[13] In *Patel v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] F.C.J. No. 1423 (T.D.) (QL), the Trial Division concluded [at paragraph 29] that “if the record states that he or she is enrolled and is in full-time attendance, then that should suffice”. The Court added [at paragraph 30], “Furthermore, given the broad range of academic subjects, in my opinion, it would be inappropriate to allow visa officers to assess the quality of an applicant’s academic performance”.

[14] The learned Motions Judge in the present case followed the decision in *Patel* and specifically disagreed with there being a qualitative element to the “attendance”.

[15] In *Chen v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 9 Imm. L.R. (3d) 84 (F.C.T.D.), Sharlow J., as she then was, held [at paragraph 9]:

In my view, a visa officer must consider the credibility of an applicant who claims to be enrolled and in attendance as a full-time student. A failure on the part of an applicant to learn the subject matter of a course of studies may be the result of an intellectual failing or difficult personal circumstances. Such factors would not, in my view, support the inference that the applicant is not in attendance as a full-time student. But a failure to learn may also be an indication that the applicant is not being truthful in claiming to be in attendance as a full-time student, and in this regard I accept the suggestion in *Khaira* and *Malkana* that “attendance” necessarily implies both physical and mental presence.

[16] In *Dhami v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 805; [2001] F.C.J. No. 1160 (T.D.) (QL), Madam Justice Dawson stated the meaning of “attendance” as follows [at paragraphs 40-44]:

From this jurisprudence I take two principles.

First, where an applicant’s credibility is in issue, and the applicant cannot describe the courses taken or the program of

démontrer les connaissances qu’il avait acquises en suivant ces cours et que, quand on lui avait demandé pourquoi il n’avait rien appris, il avait répondu qu’il [TRADUCTION] «ne suivait pas bien les cours».

[13] Dans la décision *Patel c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1423 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), la Section de première instance a conclu [au paragraphe 29] qu’«il suffit que selon le dossier, il soit inscrit et suive des cours à temps plein». La Cour a ajouté [au paragraphe 30]: «D’ailleurs, étant donné la grande variété des matières enseignées à l’université, il n’y a pas lieu de permettre aux agents des visas d’évaluer la qualité du travail qu’y fait un demandeur.»

[14] Le juge des requêtes a suivi en l’espèce la décision *Patel* et a explicitement rejeté l’idée que le fait de «suivre des cours» ait un aspect qualitatif.

[15] Dans la décision *Chen c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* (2000), 9 Imm. L.R. (3d) 84 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), M<sup>me</sup> le juge Sharlow, tel était alors son titre, a indiqué ce qui suit [au paragraphe 9]:

À mon avis, l’agent des visas doit tenir compte de la crédibilité du demandeur qui prétend être inscrit et suivre des cours en tant qu’étudiant à temps plein. Le fait que le demandeur n’ait pas appris la discipline qu’il étudie peut résulter d’une faiblesse intellectuelle ou d’une situation personnelle difficile. De tels facteurs n’appuient pas, à mon avis, la conclusion que la demanderesse ne suit pas des cours à temps plein. Mais, le fait que la demanderesse n’ait pas appris peut également indiquer qu’elle n’est pas sincère lorsqu’elle prétend suivre des cours à temps plein, et, à cet égard, j’accepte la proposition formulée dans les décisions *Khaira* et *Malkana* selon laquelle le fait de «suivre des cours» suppose nécessairement une présence physique et mentale.

[16] Dans la décision *Dhami c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 805; [2001] A.C.F. n° 1160 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), M<sup>me</sup> le juge Dawson a défini ainsi la notion de «suit des cours» [aux paragraphes 40 à 44]:

Je tire deux principes de cette jurisprudence.

Premièrement, lorsque la crédibilité d’un requérant est en cause et qu’il ne peut décrire les cours qu’il suit ou son

study, or cannot demonstrate even a rudimentary knowledge of subjects which the applicant claims to have taken, it is open to a visa officer to conclude that the applicant has failed to establish to the visa officer's satisfaction that the applicant was truly in attendance at the program for which the applicant claims to have been enrolled in.

Second, poor academic performance is by and in itself an insufficient basis upon which to conclude that an applicant was not in attendance as a full-time student. On the plain and ordinary meaning of the words "continuously enrolled and in attendance" there is no requirement for the applicant to demonstrate academic prowess or mastery of the subject matter.

I conclude that because the regulatory definition speaks of both enrollment and attendance, a visa officer is obliged to look beyond the mere fact of registration in a program of study. The reference in the definition to "attendance" is, in my view, for the purpose of testing the reality of a claim to full-time student status. The visa officer must inquire whether an applicant is simply enrolled on paper or whether an applicant is actually engaged in a *bona fide* manner in a program of study.

When the case law of the Court is reviewed carefully, I find what was argued to be a conflict in the jurisprudence is more apparent than real. In no case has an applicant been required to be a good or a successful student. At the heart of the question certified by Gibson J. was whether a visa officer could look to an applicant's inability to describe what was said to have been taught in courses or evidence of poor physical attendance for the purpose of determining whether the applicant was "in attendance".

Meaning of the words "is enrolled and in attendance as a full-time student"

[17] The requirement that a "dependent son" be enrolled in and in attendance as a full-time student in a program at an educational institution is public recognition of the value which our society attaches to higher education. For example, in many instances further education is a prerequisite to obtaining the sort of employment that a person seeks. Many employers seeking to fill certain positions will require evidence of university education before they will even interview applicants.

[18] Most full-time university students require financial assistance and in many instances this is provided by their parents. Subparagraph 2(1)(b)(i) of the

programme d'études, ou même démontrer une connaissance rudimentaire des sujets qu'il déclare avoir étudiés, l'agent des visas peut tout à fait conclure qu'il ne lui a pas démontré qu'il suivait véritablement des cours dans le cadre du programme où il prétendait avoir été inscrit.

Deuxièmement, le fait d'avoir de mauvaises notes n'est pas en soi un motif suffisant de conclure qu'un demandeur ne suit pas des cours à temps plein. En vertu du sens ordinaire des termes «a été inscrite et [ . . . ] a suivi sans interruption», il n'y a aucune exigence qu'un requérant fasse preuve d'excellence ou qu'il maîtrise le sujet étudié.

Comme la définition du Règlement mentionne à la fois l'inscription et le fait de suivre des cours, je conclus qu'un agent des visas doit aller plus loin que la constatation de l'inscription à un programme d'études. La mention «suit [ . . . ] des cours» dans la définition a pour objet, selon moi, la vérification de l'authenticité du statut d'étudiant à temps plein. L'agent des visas doit se poser la question de savoir si un requérant est tout simplement inscrit pour la forme, ou s'il est vraiment engagé dans un programme d'études en bonne et due forme.

Après un examen approfondi de la jurisprudence de notre Cour, je conclus que le conflit allégué est plus apparent que réel. Aucune des affaires citées n'exige qu'un requérant soit un bon étudiant ou qu'il ait du succès. Au cœur même de la question certifiée par le juge Gibson, on cherche à savoir si un agent des visas pouvait tenir compte de l'inaptitude d'un requérant à parler de ce qui avait été enseigné, ainsi que d'une preuve de présence médiocre, afin de déterminer si le requérant suivait des cours.

Sens de l'expression «est inscrit [ . . . ] et y suit à temps plein des cours»

[17] Le fait que l'on exige qu'un «fils à charge» soit inscrit à un établissement d'enseignement et y suive à temps plein des cours témoigne de l'importance que notre société accorde aux études supérieures. Par exemple, il arrive souvent que de telles études soient une condition préalable à un emploi. En outre, de nombreux employeurs exigeront une preuve des études universitaires d'un candidat avant même de le rencontrer dans le cadre d'une entrevue visant à combler un poste.

[18] La majorité des étudiants universitaires à temps plein ont besoin d'une aide financière. Dans la plupart des cas, cette aide est fournie par leurs parents. Le

Regulations, then, would appear to recognize this fact because it includes full-time students within the definition of dependents and, therefore, the Regulation promotes a policy of forwarding academic pursuits. This policy objective cannot be accomplished when a student merely physically attends school but makes no effort to study and understand the courses in which the student is enrolled.

[19] I therefore agree with the statement of Sharlow J., as she then was, in *Chen* that attendance “necessarily implies both physical and mental presence”. I also agree with the statements quoted in *Dhami* by Dawson J. that a failure to demonstrate even a rudimentary knowledge of the subjects studied can lead to an inference that an applicant was not in attendance as a full-time student, but that poor academic performance is by and in itself an insufficient basis upon which to so conclude.

[20] In my view, the words “enrolled and in attendance as a full-time student” require that the student, on a continuous basis, make a *bona fide* attempt to assimilate the material of the subjects in which the student is enrolled.

[21] This does not suggest that a student must be either successful in the examinations or that the student have acquired a mastery of the subject. What is required is a genuine effort on the part of the student to acquire the knowledge that the course seeks to impart.

[22] Thus a visa officer is required to consider more than mere physical attendance in determining whether the person has been “in attendance as a full-time student” and must make sufficient inquiries in order to satisfy himself that the student meets the requirements of subparagraph 2(1)(b)(i).

[23] The factors which should be considered in making such a determination could include the following, although this list may well not be exhaustive. First is the record of the student’s actual attendance. Second is the grades the student achieved. Third is whether the student can discuss the subjects studied in, at the very least, a rudimentary fashion. Fourth is

sous-alinéa 2(1)(b)(i) du Règlement semble reconnaître ce fait puisqu’il place dans la catégorie des personnes à charge les étudiants à temps plein. Le Règlement favorise ainsi la poursuite des études. Cet objectif ne peut cependant être atteint si un étudiant est simplement présent physiquement à l’école, sans faire d’effort pour étudier ou pour saisir la matière enseignée dans les cours auxquels il est inscrit.

[19] Je souscris donc aux propos formulés par le juge Sharlow, telle qu’elle était alors, dans la décision *Chen*, selon lesquels «le fait de “suivre des cours” suppose nécessairement une présence physique et mentale». Je suis d’accord aussi avec le juge Dawson quand elle dit, dans la décision *Dhami*, que le fait qu’un demandeur ne puisse même pas démontrer une connaissance rudimentaire des sujets qu’il dit avoir étudiés peut mener à la conclusion qu’il n’a pas suivi des cours à temps plein, mais que le fait d’avoir de mauvaises notes n’est pas en soi un motif suffisant de tirer une telle conclusion.

[20] À mon avis, l’expression «est inscrit [. . .] et y suit à temps plein des cours» exige que l’étudiant fasse continuellement des efforts réels pour assimiler la matière enseignée dans les cours auxquels il est inscrit.

[21] Cela ne veut pas dire qu’un étudiant doit réussir ses examens ou avoir acquis une maîtrise de la matière. Ce qu’il faut, c’est que l’étudiant fasse véritablement des efforts pour acquérir les connaissances transmises dans les cours.

[22] Par conséquent, lorsqu’il doit décider si une personne «est inscrite et suit à temps plein des cours», l’agent des visas doit non seulement tenir compte de la présence physique de cette personne aux cours, mais aussi faire ce qu’il faut pour s’assurer que l’étudiant satisfait aux exigences du sous-alinéa 2(1)(b)(i).

[23] Les facteurs qui devraient être pris en compte à cette fin pourraient inclure ceux qui suivent, quoique cette liste puisse bien ne pas être exhaustive. Premièrement, le dossier de présence de l’étudiant. Deuxièmement, les notes qu’il a obtenues. Troisièmement, sa capacité de discuter, à tout le moins de façon rudimentaire, des matières étudiées.

whether the student is progressing satisfactorily in an academic program. Fifth is whether the student has made a genuine and meaningful effort to assimilate the knowledge in the courses being studied. The factors might perhaps be summed up by asking whether the person is a *bona fide* student. While one could be a *bona fide* student and still have a poor academic performance, in such cases visa officers ought to satisfy themselves that, nevertheless, students have made a genuine effort in their studies.

[24] In the present case, the evidence before the visa officer shows that, despite being enrolled in university for two years, the respondent had not passed a single university course. When questioned by the visa officer the respondent could not answer questions relating to his courses in any satisfactory way and the visa officer concluded that the respondent had maintained his enrollment “not because of any intention to study”. There was no evidence before the visa officer as to actual record of attendance of the respondent. In my view, the visa officer was entitled to reach the decision which he did in concluding that the respondent was not a full-time student.

[25] The certified question will therefore be answered as follows. Under subparagraph 2(1)(b)(i) of the *Immigration Regulations, 1978* a visa officer has authority to determine whether the alleged “dependent son” has been enrolled and in attendance as a full-time student in an educational program in a genuine, meaningful and *bona fide* respect.

[26] This appeal will therefore be allowed.

STRAYER J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

Quatrièmement, la question de savoir si son programme d'études se déroule de manière satisfaisante. Cinquièmement, la question de savoir s'il a fait des efforts réels et sérieux pour assimiler les connaissances enseignés dans ses cours. On pourrait peut-être résumer tous ces facteurs en se demandant si la personne en cause est un véritable étudiant. Bien qu'une personne puisse être un véritable étudiant et avoir de mauvaises notes, l'agent de visas devrait, dans un tel cas, être convaincu que l'étudiant a tout de même fait véritablement des efforts dans ses études.

[24] En l'espèce, la preuve dont disposait l'agent des visas montre que, malgré le fait qu'il était inscrit à l'université depuis deux ans, l'intimé n'avait réussi aucun cours. En outre, il n'a pas été en mesure de répondre de manière satisfaisante aux questions posées par l'agent des visas au sujet de ses cours, et ce dernier a conclu qu'il était demeuré inscrit «non pas parce qu'il avait une quelconque intention d'étudier». L'agent des visas ne disposait d'aucune preuve concernant la présence de l'intimé aux cours. À mon avis, il pouvait en arriver à la décision qu'il a rendue en concluant que l'intimé n'était pas un étudiant à temps plein.

[25] La réponse suivante sera donc donnée à la question certifiée: un agent des visas a le pouvoir, aux termes du sous-alinéa 2(1)(b)(i) du *Règlement sur l'immigration de 1978*, de déterminer si un prétendu «fils à charge» a véritablement été inscrit et a réellement et avec sérieux suivi à temps plein des cours dans un programme d'études.

[26] L'appel sera accueilli.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

T-141-99  
2001 FCT 1418

T-141-99  
2001 CFPI 1418

**The Registrar of the Indian Register, Indian and Northern Affairs Canada, and The Attorney General of Canada (*Applicants*)**

v.

**John Jeremiah Sinclair (*Respondent*)**

**INDEXED AS: CANADA (REGISTRAR, INDIAN REGISTER) v. SINCLAIR (T.D.)**

Trial Division, Lemieux J.—Ottawa, July 5 and December 20, 2001.

*Native Peoples — Registration — Respondent Métis, descendant of residents in area covered by Treaty No. 8 — Name added to Indian Register in 1990 under Indian Act, s. 6(1)(f) — Registrar of Indian Register seeking to delete respondent's name from Register — Referred two questions to Court — First question, whether Registrar would err in deciding respondent not entitled to be registered under Act, previously answered negatively — Second question whether, if answer to first question in negative, Registrar would err in deleting respondent's name before protest, appeals under Act, ss. 14.2, 14.3 exhausted — Case law on deletion process reviewed — Registrar's decision to add, delete name under Act, s. 5(3) not binding, of no legal effect — Person entitled to be registered as Indian during protest process stage conducted by Registrar — Registrar's practice of advising governmental authorities person affected no longer Indian when deletion made, thereby precipitating termination of benefits, error of law — Entitlement to Indian status not decided under s. 5(3), only after protest stage.*

The respondent, Sam Sinclair, is a Métis and a descendant of residents in the geographical area now covered by Treaty No. 8. His name was added to the Indian Register in October 1990 under paragraph 6(1)(f) of the *Indian Act*. However, following an investigation, the Registrar of the Indian Register advised the respondent, on June 1, 1998, of her intention to delete his name from the Register on the ground that his maternal grandmother was no longer deemed to be entitled to registration. In support of his application for an interlocutory injunction prohibiting the Registrar from deleting his name

**Le Registrare du Registre des Indiens, Affaires indiennes et du Nord canadien et le Procureur général du Canada (*demandeurs*)**

c.

**John Jeremiah Sinclair (*défendeur*)**

**RÉPERTORIÉ: CANADA (REGISTRAIRE, REGISTRE DES INDIENS) c. SINCLAIR (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Lemieux—Ottawa, 5 juillet et 20 décembre 2001.

*Peuples autochtones — Inscription — Le défendeur est un Métis descendant des résidents d'un territoire couvert par le Traité n° 8 — Son nom a été inscrit au registre des Indiens en 1990 en vertu de l'art. 6(1)f) de la Loi sur les Indiens — Le registraire a cherché à faire retrancher du registre le nom du défendeur — Deux questions ont été renvoyées à la Cour — La première question, qui était de savoir si le registraire commettrait une erreur en décidant de ne pas inscrire le nom du défendeur en vertu de la Loi, avait antérieurement reçu une réponse négative — Deuxièmement, si la réponse à la première question est négative, le registraire commettrait-elle une erreur en retranchant le nom du défendeur avant que ce dernier ait épuisé ses protestations et appels en vertu des art. 14.2 et 14.3 de la Loi? — Examen de la jurisprudence sur la procédure de retranchement — La décision du registraire d'ajouter ou de retrancher un nom en vertu de l'art. 5(3) de la Loi ne lie personne et ne produit aucun effet juridique — Une personne a le droit d'être inscrite comme Indien à l'étape de la procédure de protestation menée par le registraire — Constitue une erreur de droit la pratique du registraire d'aviser les autorités gouvernementales que la personne en cause n'est plus un Indien lorsqu'il y a retranchement, accélérant ainsi la perte des avantages — Le droit au statut d'Indien n'est pas décidé en vertu de l'art. 5(3), mais seulement après l'étape de la protestation.*

Le défendeur, Sam Sinclair, est un Métis qui descend des résidents du territoire maintenant couvert par le Traité n° 8. En octobre 1990, son nom a été inscrit au registre des Indiens en vertu de l'alinéa 6(1)f) de la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, à la suite d'une enquête, le registraire a, le 1<sup>er</sup> juin 1998, informé le défendeur qu'elle avait l'intention de retrancher son nom du registre au motif que sa grand-mère maternelle n'était plus présumée avoir le droit d'être inscrite. À l'appui de sa demande d'injonction interlocutoire visant à interdire au registraire de retrancher son nom du registre des Indiens, le

from the Indian Register, the respondent filed an affidavit stating that, if the Registrar was permitted to do so, he would lose the benefits to which he is entitled as a registered Indian and consequently, he would suffer immediate and irreparable harm. On February 4, 1999, an interlocutory injunction was issued by the Associate Chief Justice preventing the deletion of the respondent's name pending the outcome of the proceedings. The Registrar referred two questions to the Court. The first question, whether she would err in law in deciding that the respondent was not entitled to be registered under the *Indian Act*, was answered in the negative. The second question was whether, if the answer to the first question was in the negative, the Registrar would err in law in deleting the respondent's name before the latter had exhausted his protest and appeals under sections 14.2 and 14.3 of the Act. In answering question 2, the issue was whether deletion of the respondent's name from the Indian Register under subsection 5(3) of the Act prior to his having exhausted the right to protest under section 14.2 and any appeal therefrom under subsection 14.3(1) would violate the law and infringe respondent's rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

*Held*, the second question should be answered in the affirmative.

In *Bay v. The Queen*, a case involving the refusal of the Registrar to add a person's name to a Band list, the Federal Court of Appeal dealt with section 7 of the *Indian Act* (now section 5) which empowers the Registrar to add or delete names. Thurlow J.A. ruled that the Registrar is not required to conduct an inquiry or to afford anyone a hearing on the question of a person's addition or deletion from the Register because the Registrar's view of the person's entitlement to be registered binds no one at this stage of the process. The Court of Appeal also pointed out that, after a protest was made, the Registrar was obliged to investigate and had the power to render a decision concerning such protest which is final and conclusive. It concluded that subsection 7(1) (now section 5) of the Act gave no express authority to decide who is or who is not entitled to be registered. This case was applied by the Federal Court, Trial Division in *Landry v. Canada (Indian and Northern Affairs)*, which ruled that the Registrar's decision to add or delete a name is not binding on anyone and is of no legal effect. The Court concluded that the applicants' right to be recorded in the Register will not be affected in any way by the deletion of their names.

défendeur a déposé un affidavit dans lequel il déclarait qu'il perdrait les avantages auxquels il a droit en tant qu'Indien inscrit si l'on permettait au registraire de retrancher son nom du registre des Indiens et qu'il subirait de ce fait un préjudice immédiat et irréparable. Le 4 février 1999, le juge en chef adjoint a délivré une injonction interlocutoire interdisant qu'on retranche le nom du défendeur du registre des Indiens jusqu'à l'issue de la présente instance. Le registraire a renvoyé deux questions à la Cour. Celle-ci a répondu négativement à la première question qui était de décider si le registraire commettrait une erreur de droit en décidant que le défendeur n'avait pas le droit d'être inscrit en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Si la réponse à la première question était négative, la deuxième question était de savoir si le registraire commettrait une erreur de droit en retranchant le nom du défendeur du registre avant que celui-ci ait épuisé ses protestations et appels en vertu des articles 14.2 et 14.3 de la Loi. Pour répondre à la deuxième question, il fallait décider si le fait de retrancher le nom du défendeur du registre des Indiens en vertu du paragraphe 5(3) de la Loi avant qu'il ait épuisé son droit de protestation sous le régime de l'article 14.2 et tout droit d'appel sous le régime du paragraphe 14.3(1) violerait la loi et contreviendrait aux droits du défendeur sous le régime de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

*Jugement*: il faut répondre affirmativement à la deuxième question.

Dans l'arrêt *Bay c. La Reine*, affaire portant sur le refus du registraire d'inscrire le nom d'une personne sur une liste de bande, la Cour d'appel fédérale a examiné l'article 7 de la *Loi sur les Indiens* (aujourd'hui l'article 5) qui habilite le registraire à ajouter ou à retrancher des noms. Le juge Thurlow, J.C.A. a statué que le registraire n'est pas obligé de faire tenir une enquête ou d'accorder à quiconque une audience sur la question de l'inscription du nom d'une personne au registre ou de son retranchement, parce que l'opinion du registraire concernant le droit d'une personne à l'inscription ne lie personne à cette étape de la procédure. La Cour d'appel a également fait ressortir que le registraire, après le dépôt d'une protestation, est obligé de tenir une enquête et qu'il a alors le pouvoir de rendre une décision concernant la protestation et que cette décision est définitive et sans appel. Elle a conclu que le paragraphe 7(1) [aujourd'hui l'article 5] ne conférerait aucunement au registraire le pouvoir de décider qui a ou n'a pas le droit d'être inscrit. Cet arrêt a été appliqué par la Section de première instance de la Cour fédérale dans *Landry c. Canada (Affaires indiennes et du Nord Canada)*, qui a affirmé que la décision du registraire d'ajouter ou de retrancher un nom ne lie personne et ne produit aucun effet juridique. La Cour avait conclu que le droit des requérants d'être inscrits au registre ne sera aucunement affecté par le retranchement de leurs noms.

Question two can be answered by applying the principles underlying the cases of *Bay* and *Landry* without recourse to the Charter or the common law principles of natural justice or fairness. However, the answer to that question must take into account the practice of the Registrar, not sanctioned under the *Indian Act*, of immediately notifying, upon deletion, the federal and provincial authorities of this fact which leads to the immediate cutting off of benefits normally conferred upon persons of Indian status. A decision as to whether a person is entitled to be registered as an Indian must be made during the protest process stage conducted by the Registrar who, then, must do an investigation, receive and weigh evidence and render a decision which is final and conclusive subject only to appeal to the provincial superior courts. Deletion or addition of a person's name is a condition precedent to that person making a protest. The Registrar's practice of advising governmental authorities that the person affected is no longer an Indian when deletion is made constitutes an error of law because an action by the Registrar under subsection 5(3) does not decide whether that person is entitled to be registered as an Indian; such decision is made only after investigation, the taking of evidence and the making of a final and conclusive decision which has legal effect under section 14 of the *Indian Act*. The applicants were skipping or downplaying an important and required stage in the process, namely, the protest process. A person whose name has been deleted has, under the current legislation, three years to protest. Question two must be answered in the affirmative; however the deletion of a name cannot lead to an immediate denial of benefits through the practice followed by the Registrar in advising governmental authorities of this fact. Entitlement to Indian status is not decided under subsection 5(3) of the Act but after the protest stage.

On peut répondre à la deuxième question en appliquant les principes qui sous-tendent à la fois les arrêts *Bay* et *Landry*, sans recourir à la Charte ou aux principes de common law ayant trait à la justice naturelle ou à l'équité. Toutefois, la réponse à cette question doit tenir compte de la pratique du registraire, non autorisée par la *Loi sur les Indiens*, d'aviser immédiatement les autorités fédérales et provinciales de sa décision lorsqu'il retranche le nom d'une personne du registre, ce qui entraîne la cessation immédiate des avantages normalement accordés aux personnes ayant le statut d'Indien. La décision de savoir si une personne a le droit d'être inscrite comme Indien doit être prise à l'étape de la procédure de protestation menée par le registraire qui est alors obligé de tenir une enquête, de recevoir des éléments de preuve et de les apprécier, puis de rendre une décision qui est définitive et sans appel, sous réserve uniquement de l'appel interjeté aux cours supérieures provinciales. L'addition ou le retranchement du nom d'une personne constitue une condition préalable à la formulation par elle d'une protestation. La pratique du registraire d'aviser les autorités gouvernementales que la personne en cause n'est plus un Indien lorsqu'il y a un retranchement constitue une erreur de droit parce que la mesure prise par le registraire en vertu du paragraphe 5(3) ne décide pas si elle a droit à l'inscription à titre d'Indien; cette décision n'est prise qu'après l'enquête, la réception de la preuve et la prise d'une décision définitive qui produit un effet juridique, le tout sous le régime de l'article 14 de la *Loi sur les Indiens*. Les demandeurs ont sauté ou minimisé une étape importante et obligatoire de la procédure, c'est-à-dire la procédure de protestation. La personne dont le nom a été retranché du registre jouit, sous le régime légal actuel, d'un délai de trois ans pour formuler une protestation. Il faut répondre affirmativement à la deuxième question; toutefois, le retranchement du nom d'une personne ne peut entraîner une cessation immédiate des avantages du fait de la pratique suivie par le registraire de porter ce fait à la connaissance des autorités gouvernementales. Le droit au statut d'Indien n'est pas décidé en vertu du paragraphe 5(3) de la Loi, mais après l'étape de la protestation.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.
- Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ss. 18, 28.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.3 (as enacted *idem*, s. 5), 57 (as am. *idem*, s. 19).
- Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 7.
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) "Indian", 5 (as

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n°44], art. 7.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.3 (édicte, *idem*, art. 5), 57 (mod., *idem*, art. 19).
- Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> Supp.), ch. 10, art. 18, 28.
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «Indien», 5 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32,



am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4), 6 (as am. *idem*; (4th Supp.), c. 43, s. 1), 7 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4), 14 (as am. *idem*), 14.1 (as enacted *idem*), 14.2 (as enacted *idem*), 14.3 (as enacted *idem*; (2nd Supp.), c. 27, s. 10; S.C. 1990, c. 17, s. 25; 1992, c. 51, s. 54; 1998, c. 30, s. 14; 1999, c. 3, s. 69).

art. 4), 6 (mod., *idem*; (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 43, art. 1), 7 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 4), 14 (mod., *idem*), 14.1 (édicte, *idem*), 14.2 (édicte, *idem*), 14.3 (édicte, *idem*; (2<sup>e</sup> suppl.) ch. 27, art. 10; L.C. 1990, ch. 17, art. 25; 1992, ch. 51, art. 54; 1998, ch. 30, art. 14; 1999, ch. 3, art. 69).

*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 7.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Bay v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 523; (1974), 8 C.N.L.C. 1; 2 N.R. 513 (C.A.); *Landry v. Canada (Indian and Northern Affairs)* (1996), 118 F.T.R. 184 (F.C.T.D.).

##### CONSIDERED:

*Canada (Registrar, Indian Register) v. Sinclair* (2001), 200 D.L.R. (4th) 347; [2001] 4 C.N.L.R. 11 (F.C.T.D.); *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

##### REFERRED TO:

*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; (1999), 216 N.B.R. (2d) 25; 177 D.L.R. (4th) 124; 26 C.R. (5th) 203; 244 N.R. 276; 50 R.F.L. (4th) 63; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 260 N.R. 1; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519; (2000), 191 D.L.R. (4th) 1; 150 Man. R. (2d) 161; [2001] 1 W.W.R. 1; 260 N.R. 203; 10 R.F.L. (5th) 122; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.

QUESTION referred to the court as to whether the Registrar of the Indian Register would err in law in deleting the respondent's name before the latter had exhausted his right to protest and to appeal under sections 14.2 and 14.3 of the *Indian Act*. Question answered in the affirmative.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Bay c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 523; (1974), 8 C.N.L.C. 1; 2 N.R. 513 (C.A.); *Landry c. Canada (Affaires indiennes et du Nord Canada)* (1996), 118 F.T.R. 184 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Canada (Registraire, Registre des Indiens) c. Sinclair* (2001), 200 D.L.R. (4th) 347; [2001] 4 C.N.L.R. 11 (C.F. 1<sup>er</sup> inst.); *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311; (1978), 88 D.L.R. (3d) 671; 78 CLLC 14,181; 23 N.R. 410; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 14 Admin. L.R. (3d) 173; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; (1999), 216 N.B.R. (2d) 25; 177 D.L.R. (4th) 124; 26 C.R. (5th) 203; 244 N.R. 276; 50 R.F.L. (4th) 63; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 260 N.R. 1; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519; (2000), 191 D.L.R. (4th) 1; 150 Man. R. (2d) 161; [2001] 1 W.W.R. 1; 260 N.R. 203; 10 R.F.L. (5th) 122; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1.

QUESTION renvoyée à la Cour visant à décider si le registraire du registre des Indiens commettrait une erreur de droit en retranchant le nom du défendeur du registre avant que celui-ci n'ait épuisé ses protestations et appels en vertu des articles 14.2 et 14.3 de la *Loi sur les Indiens*. Il faut répondre affirmativement à la question.

## APPEARANCES:

*John B. Edmond and Patricia A. Johnston* for applicants.  
*Marc LeClair* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for applicants.  
*Marc LeClair*, Ottawa, for respondent.

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

LEMIEUX J.:

A. INTRODUCTION

[1] These reasons answer the second of two questions referred to the Court under section 18.3 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1900, c. 8, s. 5)] (the Act) by the Registrar of the Indian Register (the Registrar) and the Attorney General for Canada.

[2] On April 11, 2001 [*Canada (Registrar, Indian Register) v. Sinclair* (2001), 200 D.L.R. (4th) 347 (F.C.T.D.), at paragraph 2], I answered “no” to the first question stated by the Registrar which reads:

Would I err in law in deciding that, under the provisions of the *Indian Act*, the Respondent is not entitled to have his name entered on the Indian Register and assigned an Indian Registry number under the said Act? [Emphasis mine.]

[3] The hearing on the second question had been deferred because the respondent was challenging certain procedural provisions of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] on grounds related to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] (the Charter) and no notice of constitutional question had been given as required by section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19] of the Act.

## ONT COMPARU:

*John B. Edmond et Patricia A. Johnston* pour les demandeurs.  
*Marc LeClair* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour les demandeurs.  
*Marc LeClair*, Ottawa, pour le défendeur.

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

LE JUGE LEMIEUX:

A. INTRODUCTION

[1] Les présents motifs répondent à la deuxième des deux questions que le registraire du registre des Indiens (le registraire) et le procureur général du Canada ont renvoyées à la Cour en vertu de l'article 18.3 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)] (la Loi).

[2] Le 11 avril 2001 [*Canada (Registraire, Registre des Indiens) c. Sinclair* (2001), 200 D.L.R. (4th) 347 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 2], j'ai répondu «non» à la première question énoncée par le registraire et rédigée comme suit:

[TRADUCTION]

En décidant que le défendeur n'a pas le droit de voir son nom inscrit au registre des Indiens et d'obtenir un numéro de registre des Indiens en vertu des dispositions de la *Loi sur les Indiens*, commettrais-je une erreur de droit? [Non souligné dans l'original.]

[3] L'audition de la deuxième question avait été ajournée, étant donné que le défendeur contestait certaines dispositions procédurales de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] pour des motifs liés à la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] (la Charte), mais qu'aucun avis d'une question constitutionnelle n'avait été donné en conformité avec l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19] de la Loi.

[4] Notice of constitutional question was properly given and I heard submissions on question 2 which reads [at paragraph 3]:

In the event the first question is answered in the negative, would I err in law in deleting the Respondent's name and Indian registry number from the Indian Register pursuant to section 5(3) of the *Indian Act*, prior to the Respondent exhausting his protest and appeals against my decision under sections 14.2 and 14.3 of the *Indian Act*, on the basis that the deletion of his name and registry number would, (but for the existence of an interlocutory injunction issued on the 16th of February, 1999 by the Associate Chief Justice of the Federal Court of Canada restraining me from deleting the Respondent's name pending the final disposition of the within proceeding in the Trial Division), cause the Respondent to lose access to the benefits available to him as a Registered Indian residing in the Province of Alberta, pending the determination of his appeals. [Emphasis mine.]

## B. BACKGROUND

[5] The respondent Sam Sinclair is a Métis and a descendant of residents in the geographical area now covered by Treaty No. 8 signed on June 21, 1899. He was born at Slave Lake, Alberta, on November 22, 1926, the son of Alfred Sinclair and Agathe Courtoreille. He resides in Edmonton, Alberta and is married to Edna Mary Pierce, a Cree who is a member of the Driftpile Reserve.

[6] Sam Sinclair had his name added to the Indian Register on October 12, 1990, after being advised by the Registrar he was entitled to be registered pursuant to paragraph 6(1)(f) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4] of the 1985 *Indian Act* since both of his parents were, at the time of their death, entitled to be registered pursuant to subsection 6(1) of that Act. The *Indian Act* was substantially modified in 1985, particularly in its entitlement to registration provisions, in order to comply with the provisions of section 15 of the Charter.

[7] The Registrar, after Mr. Sinclair's registration, had occasion to review his file after persons, who may have been related to him, applied to be added to the Indian Register. As a result of the Registrar's investigation, on

[4] Avis d'une question constitutionnelle a été donné en bonne et due forme et j'ai entendu les arguments sur la deuxième question, laquelle est ainsi rédigée [au paragraphe 3]:

[TRADUCTION]

À supposer que la première question reçoive une réponse négative, le fait de retrancher le nom du défendeur et son numéro de registre du registre des Indiens en vertu du paragraphe 5(3) de la *Loi sur les Indiens* avant que le défendeur ait épuisé ses protestations et appels de ma décision en vertu des articles 14.2 et 14.3 de la *Loi sur les Indiens*, constituerait-il une erreur de droit, étant donné que le fait de retrancher son nom et son numéro de registre aurait comme résultat de faire perdre au défendeur les avantages auxquels il a droit en tant qu'Indien inscrit résidant dans la province de l'Alberta avant qu'on ait tranché ses appels (l'injonction interlocutoire du 16 février 1999 du juge en chef associé de la Cour fédérale du Canada m'interdit de retrancher le nom du défendeur avant qu'on ait tranché la procédure en cours devant la Section de première instance)? [Non souligné dans l'original.]

## B. LE CONTEXTE

[5] Le défendeur Sam Sinclair est un Métis qui descend des résidents du territoire maintenant couvert par le Traité n° 8 signé le 21 juin 1899. Né au Lac de l'Esclave (Alberta) le 22 novembre 1926 d'Alfred Sinclair et d'Agathe Courtoreille, il réside actuellement à Edmonton (Alberta) et est marié à Edna Mary Pierce, une Crie membre de la réserve Driftpile.

[6] Le 12 octobre 1990, Sam Sinclair avait fait inscrire son nom au registre des Indiens après avoir été informé par le registraire qu'il avait le droit d'être inscrit en vertu de l'alinéa 6(1)f) [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 4] de la *Loi sur les Indiens* de 1985, étant donné que ses parents avaient tous les deux, à la date de leur décès, le droit d'être inscrits en vertu du paragraphe 6(1) de cette Loi. La *Loi sur les Indiens* a été considérablement modifiée en 1985, notamment en ses articles portant sur le droit à l'inscription, pour la rendre conforme à l'article 15 de la Charte.

[7] Après l'inscription de M. Sinclair, le registraire a eu l'occasion de réexaminer son dossier après que des personnes, qui pouvaient être reliées à lui par des liens de parenté, ont demandé d'être inscrites au registre des

June 1, 1998, she advised him he could no longer be considered by her to be entitled to be registered as an Indian and it was her intention to delete his name from the Indian Register, subject to his supplying additional proof of entitlement. The reason given by the Registrar relates to his maternal grandmother, Isabelle Courtoreille who was now no longer thought to be deemed to be entitled to registration.

[8] After having been granted several extensions of time to provide any additional information, Sam Sinclair decided to file a statement of claim in this Court seeking a declaration that subsection 5(3) [as am. *idem*], section 6 [as am. *idem*]; (4th Supp.), c. 43, s. 1], subsections 14.2(1) [as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4], (5) [as enacted *idem*] and (7) [as enacted *idem*] of the *Indian Act* were unconstitutional on various Charter grounds.

[9] On February 4, 1999, with the consent of the applicants, an interlocutory injunction was issued by the Associate Chief Justice preventing the deletion of his name pending the outcome of these proceedings. His action was subsequently converted into an application for a reference pursuant to section 18.3 of the Act.

### C. THE ISSUE

[10] There is but one issue to be decided in answering question 2 which is whether the deletion of his name from the Indian Register under subsection 5(3) of the *Indian Act* prior to his exhausting his right to protest under section 14.2 and any appeal therefrom under subsection 14.3(1) [as enacted *idem*] would violate the law, including an infringement of his rights under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter) which provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived therefrom except in accordance with the principles of fundamental justice.

[11] As will be discussed, the answer to that question must take into account the reasons why I answered “no”

Indiens. Par suite de son enquête, le 1<sup>er</sup> juin 1998, le registraire a informé Sam Sinclair qu'elle ne pouvait plus le considérer comme ayant le droit d'être inscrit au registre des Indiens et qu'elle avait donc l'intention d'y retrancher son nom, sous réserve de toute nouvelle preuve qu'il fournirait démontrant qu'il avait le droit d'être inscrit. Le motif donné par le registraire se rapportait à sa grand-mère maternelle, Isabelle Courtoreille qui, croyait-on maintenant, n'était plus présumée avoir le droit d'être inscrite.

[8] Après avoir bénéficié de plusieurs prorogations afin de pouvoir fournir les renseignements additionnels, Sam Sinclair a décidé de déposer une déclaration en notre Cour, demandant qu'on déclare inconstitutionnelles les dispositions suivantes de la *Loi sur les Indiens*: le paragraphe 5(3) [mod., *idem*], l'article 6 [mod., *idem*; (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 43, art. 1], ainsi que les paragraphes 14.2(1) [édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 4], (5) [édicte, *idem*] et (7) [édicte, *idem*]. Il se fondait sur divers motifs liés à la Charte.

[9] Le 4 février 1999, les demandeurs ont consenti à la délivrance par le juge en chef adjoint d'une injonction interlocutoire interdisant qu'on retranche son nom du registre des Indiens jusqu'à l'issue de la présente instance. Par la suite, son action a été convertie en une demande de renvoi présentée en vertu de l'article 18.3 de la Loi.

### C. LA QUESTION EN LITIGE

[10] Pour répondre à la deuxième question, il n'y a qu'une seule question litigieuse à trancher, et c'est la suivante: le fait de retrancher son nom du registre des Indiens en vertu du paragraphe 5(3) de la *Loi sur les Indiens* avant qu'il ait épuisé son droit de protestation sous le régime de l'article 14.2 et tout droit d'appel sous le régime du paragraphe 14.3(1) [édicte, *idem*] violerait-il la loi, y compris ses droits sous le régime de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte)? Voici le texte de cet article:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[11] Comme nous le verrons, la réponse à cette question doit tenir compte des motifs pour lesquels j'ai

to the first question and in particular the impact of the Federal Court of Appeal's decision in the *Bay* case, *infra*.

#### D. THE FACTUAL FOUNDATION

[12] Sam Sinclair had filed an affidavit in support of his application for an interlocutory injunction prohibiting the Registrar from deleting his name from the Indian Register until the protest process had been completed.

[13] In that affidavit, which he was not cross-examined on, he stated that, if the Registrar was permitted to delete his name from the Register, he would immediately lose the benefits to which he is entitled as a registered Indian and consequently he would suffer immediate and irreparable harm.

[14] He has health problems which require him to take significant amounts of medication. As a registered Indian, all of his prescription medicines are paid for by Health Canada Medical Services Branch. If he is forced to pay for this medication out of his limited resources, he will suffer dire economic hardship. It is the loss of this medical benefit which will likely have the gravest physical effect on him as soon as the deletion takes place.

[15] In addition to a modest pension, his earnings are supplemented by employment income earned on the reserve. The loss of his status would very likely result in his inability to earn any further income on reserve, thereby further compounding his financial problems.

[16] His status grants him hunting rights. He is still an active hunter. If he downs a moose, the food is shared amongst at least six other families as well as many friends in need. If his status is forfeited, he will be forced to obtain a hunting permit and would be restricted to hunt at designated times.

[17] At paragraph 16 of his affidavit, he identifies one of the greatest benefits afforded his status is the opportunity for the education his family enjoys. He has two daughters who have completed post-secondary degrees and two grandchildren who are currently

répondu «non» à la première question, notamment l'effet produit par la décision que la Cour d'appel fédérale a rendue dans l'affaire *Bay*, ci-après.

#### D. LE FONDEMENT FACTUEL

[12] Sam Sinclair avait déposé un affidavit à l'appui de sa demande d'une injonction interlocutoire interdisant au registraire de retrancher son nom du registre des Indiens jusqu'à ce que la procédure de protestation soit épuisée.

[13] Dans cet affidavit, à l'égard duquel il n'a pas été contre-interrogé, il a déclaré que si on permettait au registraire de retrancher son nom du registre des Indiens, il perdrait immédiatement les avantages auxquels il a droit en tant qu'Indien inscrit et qu'il subirait par conséquent un préjudice immédiat et irréparable.

[14] Ses problèmes de santé l'obligent à prendre une grande quantité de médicaments. En tant qu'Indien inscrit, tous ses médicaments d'ordonnance sont payés par la Direction générale des services médicaux de Santé Canada. S'il est obligé de payer ces médicaments sur ses maigres ressources, il subira des difficultés économiques désastreuses. C'est cette perte de prestations médicales qui aura probablement la conséquence physique la plus grave sur lui dès le retranchement de son nom du registre.

[15] À sa pension modeste, s'ajoutent des gains provenant d'un revenu d'emploi gagné sur la réserve. La perte de son statut l'empêcherait fort probablement de gagner d'autres revenus sur la réserve, ce qui alourdirait davantage ses problèmes financiers.

[16] Son statut lui confère des droits de chasse. Il demeure un chasseur actif. S'il tue un orignal, cette nourriture est partagée entre au moins six autres familles et plusieurs amis dans le besoin. S'il perd son statut, il sera obligé d'obtenir un permis de chasse et ne pourra chasser que pendant des périodes désignées.

[17] Au paragraphe 16 de son affidavit, il précise que l'un des plus grands avantages que lui confère son statut est l'accès à l'éducation dont jouit sa famille. Il a deux filles qui sont titulaires de diplômes postsecondaires et deux petits-enfants qui poursuivent actuellement des

pursuing theirs. He has many other grandchildren who hope to follow suit. He believes education is the only way native people can thrive in future generations both within their communities and as part of the greater Canada. Without his Indian status, the educational benefit will unlikely persist, he claims.

[18] To his affidavit, he appends letters from his children. For example, Lorraine Sinclair writes her current employment income is below the poverty line and the benefits of treaty status have been the key in her effort to survive. Certain tax exemptions help as well as meat from hunting lower her grocery costs. She requires medication at significant cost as her son is diagnosed with acute myelogenous leukemia requiring extensive drug therapy to battle the disease.

[19] How he and others will be affected by the immediate cut-off of benefits is identified by the Department of Indian and Northern Affairs (DIAN) to the Minister in a briefing note to answer a question during Question Period in the House of Commons as follows:

The affected individuals will lose access to benefits normally available to registered Indians, such as hunting and fishing rights, non-insured health benefits, post-secondary education funding and tobacco, fuel and income tax exemptions. Depending on the number of Individuals losing entitlement and the size of the Band, the Registrar's decision may result in a decrease in Band Funding.

[20] The impact of the deletion decision he says is compounded by the length of time involved in exercising rights of appeal under the *Indian Act*. His son's name, Gordon Sinclair, was deleted by the Registrar in August of 1997 and she only rendered a decision upholding her original ruling in March 1999 after Gordon Sinclair had exercised his right of protest provided for in the *Indian Act*. He does not know the length of time his son will have to wait for his appeal from the Registrar's decision to be heard and a decision

études postsecondaires. Il a plusieurs autres petits-enfants qui espèrent faire la même chose. Il estime que l'éducation est le seul moyen par lequel les générations futures d'Autochtones pourront s'épanouir aussi bien au sein de leurs collectivités que comme composante de la société canadienne plus large. Il prétend que, sans son statut d'Indien, il y a très peu de chance que cet avantage en matière d'éducation soit maintenu.

[18] À son affidavit il a annexé des lettres de ses enfants. Par exemple, Lorraine Sinclair écrit que son revenu d'emploi actuel est inférieur au seuil de pauvreté et que les avantages découlant du statut d'Indien inscrit visé par un traité ont été au cœur de ses efforts pour survivre. Certaines exonérations d'impôt aussi bien que la viande provenant de la chasse contribuent à baisser le coût de ses provisions. Elle doit se procurer des médicaments qui coûtent cher, car son fils a été diagnostiqué comme souffrant de leucémie myéloïde aiguë nécessitant une pharmacothérapie importante pour combattre la maladie.

[19] Une note de synthèse préparée par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) à l'intention du ministre pour lui permettre de fournir une réponse au cours de la période des questions à la Chambre des communes décrit comme suit comment lui et d'autres seront touchés par la cessation immédiate de ces avantages:

[TRADUCTION] Les personnes visées perdront le droit aux avantages normalement offerts aux Indiens inscrits, tels que les droits de chasse et de pêche, les services de santé non assurés, le financement des études postsecondaires et les exonérations relatives aux taxes sur le tabac ou sur le carburant, ou à l'impôt sur le revenu. Selon le nombre de personnes qui perdraient leur droit à l'inscription et la taille de la bande, la décision du registraire pourrait entraîner une baisse dans le financement de la bande.

[20] Il affirme que les conséquences de la décision portant retranchement sont accrues par le délai qu'implique l'exercice des droits d'appel sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. Le nom de son fils, Gordon Sinclair, a été retranché par le registraire en août 1997 et elle n'a rendu une décision confirmant sa décision initiale qu'en mars 1999, après que Gordon Sinclair eut exercé le droit de protestation que lui confère la *Loi sur les Indiens*. Il ne sait pas combien de temps son fils devra attendre pour que son appel de la décision du

rendered by the Court of Queen's Bench in Alberta.

E. RELEVANT LEGISLATIVE PROVISIONS OF THE INDIAN ACT

(a) The Indian Act

[21] Section 5 continues the Register, deems the names in the Register immediately prior to April 17, 1985, to constitute the Indian Register and empowers the Registrar to delete or add names to the Register. Section 5 of the *Indian Act* reads:

5. (1) There shall be maintained in the Department an Indian Register in which shall be recorded the name of every person who is entitled to be registered as an Indian under this Act.

(2) The names in the Indian Register immediately prior to April 17, 1985 shall constitute the Indian Register on April 17, 1985.

(3) The Registrar may at any time add to or delete from the Indian Register the name of any person who, in accordance with this Act, is entitled or not entitled, as the case may be, to have his name included in the Indian Register.

(4) The Indian Register shall indicate the date on which each name was added thereto or deleted therefrom.

(5) The name of a person who is entitled to be registered is not required to be recorded in the Indian Register unless an application for registration is made to the Registrar. [Emphasis mine.]

[22] Sections 6 and 7 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4] deal with persons who are entitled or not entitled to be registered.

[23] Section 14.1 provides for inquiries relating to the Indian Register or Band Lists. Section 14.2 authorizes protests and spells out some procedures related to inclusions or additions or omissions or deletions to the Indian Register and section 14.3 allows appeals to the provincial superior courts from the Registrar's decision dealing with a protest. These provisions read:

14.1 The Registrar shall, on inquiry from any person who believes that he or any person he represents is entitled to have

registraire soit entendu et qu'une décision soit rendue par la Cour du Banc de la Reine en Alberta.

E. DISPOSITIONS PERTINENTES DE LA LOI SUR LES INDIENS

a) La Loi sur les Indiens

[21] L'article 5 maintient le registre. Il indique que les noms figurant au registre des Indiens juste avant le 17 avril 1985 constituent le registre des Indiens et il habilite le registraire à ajouter des noms au registre ou à retrancher. L'article 5 de la *Loi sur les Indiens* est rédigé de la façon suivante:

5. (1) Est tenu au ministère un registre des Indiens où est consigné le nom de chaque personne ayant le droit d'être inscrite comme Indien en vertu de la présente loi.

(2) Les noms figurant au registre des Indiens le 16 avril 1985 constituent le registre des Indiens au 17 avril 1985.

(3) Le registraire peut ajouter au registre des Indiens, ou en retrancher, le nom de la personne qui, aux termes de la présente loi, a ou n'a pas droit, selon le cas, à l'inclusion de son nom dans ce registre.

(4) Le registre des Indiens indique la date où chaque nom y a été ajouté ou en a été retranché.

(5) Il n'est pas requis que le nom d'une personne qui a le droit d'être inscrite soit consigné dans le registre des Indiens, à moins qu'une demande à cet effet soit présentée au registraire. [Non souligné dans l'original.]

[22] Les articles 6 et 7 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 4] traitent des personnes qui ont le droit d'être inscrites ou qui n'en ont pas le droit.

[23] L'article 14.1 traite des demandes portant sur le registre des Indiens ou sur les listes de bande. L'article 14.2 accorde le droit de formuler des protestations et précise les procédures à suivre quant à l'inclusion, à l'addition, à l'omission ou au retranchement d'un nom au registre des Indiens. L'article 14.3 prévoit qu'on peut interjeter appel à la cour supérieure d'une province de la décision du registraire faisant suite à une protestation. Ces dispositions sont rédigées comme suit:

14.1 Le registraire, à la demande de toute personne qui croit qu'elle-même ou que la personne qu'elle représente a

his name included in the Indian Register or a Band List maintained in the Department, indicate to the person making the inquiry whether or not that name is included therein.

#### *Protests*

14.2 (1) A protest may be made in respect of the inclusion or addition of the name of a person in, or the omission or deletion of the name of a person from, the Indian Register, or a Band List maintained in the Department, within three years after the inclusion or addition, or omission or deletion, as the case may be, by notice in writing to the Registrar, containing a brief statement of the grounds therefor.

(2) A protest may be made under this section in respect of the Band List of a band by the council of the band, any member of the band or the person in respect of whose name the protest is made or that person's representative.

(3) A protest may be made under this section in respect of the Indian Register by the person in respect of whose name the protest is made or that person's representative.

(4) The onus of establishing the grounds of a protest under this section lies on the person making the protest.

(5) Where a protest is made to the Registrar under this section, the Registrar shall cause an investigation to be made into the matter and render a decision.

(6) For the purposes of this section, the Registrar may receive such evidence on oath, on affidavit or in any other manner, whether or not admissible in a court of law, as the Registrar, in his discretion, sees fit or deems just.

(7) Subject to section 14.3, the decision of the Registrar under subsection (5) is final and conclusive.

14.3 (1) Within six months after the Registrar renders a decision on a protest under section 14.2,

(a) in the case of a protest in respect of the Band List of a band, the council of the band, the person by whom the protest was made, or the person in respect of whose name the protest was made or that person's representative, or

(b) in the case of a protest in respect of the Indian Register, the person in respect of whose name the protest was made or that person's representative,

may, by notice in writing, appeal the decision to a court referred to in subsection (5).

droit à l'inclusion de son nom dans le registre des Indiens ou une liste de bande tenue au ministère, indique sans délai à l'auteur de la demande si ce nom y est inclus ou non.

#### *Protestations*

14.2 (1) Une protestation peut être formulée, par avis écrit au registraire renfermant un bref exposé des motifs invoqués, contre l'inclusion ou l'addition du nom d'une personne dans le registre des Indiens ou une liste de bande tenue au ministère ou contre l'omission ou le retranchement de son nom de ce registre ou d'une telle liste dans les trois ans suivant soit l'inclusion ou l'addition, soit l'omission ou le retranchement.

(2) Une protestation peut être formulée en vertu du présent article à l'égard d'une liste de bande par le conseil de cette bande, un membre de celle-ci ou la personne dont le nom fait l'objet de la protestation ou son représentant.

(3) Une protestation peut être formulée en vertu du présent article à l'égard du registre des Indiens par la personne dont le nom fait l'objet de la protestation ou son représentant.

(4) La personne qui formule la protestation prévue au présent article a la charge d'en prouver le bien-fondé.

(5) Lorsqu'une protestation lui est adressée en vertu du présent article, le registraire fait tenir une enquête sur la question et rend une décision.

(6) Pour l'application du présent article, le registraire peut recevoir toute preuve présentée sous serment, par affidavit ou autrement, si celui-ci, à son appréciation, l'estime indiquée ou équitable, que cette preuve soit ou non admissible devant les tribunaux.

(7) Sous réserve de l'article 14.3, la décision du registraire visée au paragraphe (5) est définitive et sans appel.

14.3 (1) Dans les six mois suivant la date de la décision du registraire sur une protestation prévue à l'article 14.2, peuvent, par avis écrit, en interjeter appel devant le tribunal visé au paragraphe (5) :

a) s'il s'agit d'une protestation formulée à l'égard d'une liste de bande, le conseil de la bande, la personne qui a formulé la protestation ou la personne dont le nom fait l'objet de la protestation ou son représentant;

b) s'il s'agit d'une protestation formulée à l'égard du registre des Indiens, la personne dont le nom a fait l'objet de la protestation ou son représentant.



(2) Where an appeal is taken under this section, the person who takes the appeal shall forthwith provide the Registrar with a copy of the notice of appeal.

(3) On receipt of a copy of a notice of appeal under subsection (2), the Registrar shall forthwith file with the court a copy of the decision being appealed together with all documentary evidence considered in arriving at that decision and any recording or transcript of any oral proceedings related thereto that were held before the Registrar.

(4) The court may, after hearing an appeal under this section,

(a) affirm, vary or reverse the decision of the Registrar; or

(b) refer the subject-matter of the appeal back to the Registrar for reconsideration or further investigation.

(5) An appeal may be heard under this section

(a) in the Province of Quebec, before the Superior Court for the district in which the band is situated or in which the person who made the protest resides, or for such other district as the Minister may designate;

(a.1) in the Province of Ontario, before the Superior Court of Justice;

(b) in the Province of New Brunswick, Manitoba, Saskatchewan or Alberta, before the Court of Queen's Bench;

(c) in the Province of Prince Edward Island or Newfoundland, before the Trial Division of the Supreme Court;

(c.1) [Repealed, S.C. 1992, c. 51, s. 54]

(d) in the Provinces of Nova Scotia and British Columbia, the Yukon Territory or the Northwest Territories, before the Supreme Court; or

(e) in Nunavut, before the Nunavut Court of Justice. [Emphasis mine.]

(b) The Federal Court Act

[24] Section 18.3 of the *Federal Court Act* dealing with references reads:

**18.3** (1) A federal board, commission or other tribunal may at any stage of its proceedings refer any question or issue of law, of jurisdiction or of practice and procedure to the Trial Division for hearing and determination.

(2) Lorsqu'il est interjeté appel en vertu du présent article, l'appelant transmet sans délai au registraire une copie de l'avis d'appel.

(3) Sur réception de la copie de l'avis d'appel prévu au paragraphe (2), le registraire dépose sans délai au tribunal une copie de la décision en appel, toute la preuve documentaire prise en compte pour la décision, ainsi que l'enregistrement ou la transcription des débats devant le registraire.

(4) Le tribunal peut, à l'issue de l'audition de l'appel prévu au présent article:

a) soit confirmer, modifier ou renverser la décision du registraire;

b) soit renvoyer la question en appel au registraire pour réexamen ou nouvelle enquête.

(5) L'appel prévu au présent article peut être entendu:

a) dans la province de Québec, par la Cour supérieure du district où la bande est située ou dans lequel réside la personne qui a formulé la protestation, ou de tel autre district désigné par le ministre;

a.1) dans la province d'Ontario, par la Cour supérieure de justice;

b) dans la province du Nouveau-Brunswick, du Manitoba, de la Saskatchewan ou d'Alberta, par la Cour du Banc de la Reine;

c) dans les provinces de l'Île-du-Prince-Édouard et de Terre-Neuve, par la Section de première instance de la Cour suprême;

c.1) [Abrogé, L.C. 1992, ch. 51, art. 54]

d) dans les provinces de la Nouvelle-Écosse et de la Colombie-Britannique, le territoire du Yukon et les Territoires du Nord-Ouest, par la Cour suprême;

e) au Nunavut, par la Cour de justice. [Non souligné dans l'original.]

b) La Loi sur la Cour fédérale

[24] L'article 18.3 de la *Loi sur la Cour fédérale* régit les renvois. Il est rédigé comme suit:

**18.3** (1) Les offices fédéraux peuvent, à tout stade de leurs procédures, renvoyer devant la Section de première instance pour audition et jugement toute question de droit, de compétence ou de pratique et procédure.

(2) The Attorney General of Canada may, at any stage of the proceedings of a federal board, commission or other tribunal, other than a service tribunal within the meaning of the *National Defence Act*, refer any question or issue of the constitutional validity, applicability or operability of an Act of Parliament or of regulations thereunder, to the Trial Division for hearing and determination.

#### E. THE CASE FOR MR. SINCLAIR

[25] Counsel for Mr. Sinclair premises his argument on the fact the Registrar, but for the injunction in this case, would have deleted his name from the Register prior to his protest under section 14.2 having been launched and decided and a possible appeal to the provincial superior courts under section 14.3 decided and ruled upon. Mr. Sinclair would immediately lose his benefits upon such deletion as it is the Registrar's practice to advise competent authorities of the deletion from the Register. Counsel for the applicants agrees with this factual assumption of deletion prior to protest and consequent loss of benefits.

[26] Counsel for Mr. Sinclair argues this process leading up to deletion before protest violates Mr. Sinclair's rights under section 7 of the Charter: his liberty and security interests are engaged and the manner of his deprivation is not in accordance with the common law requirements of fairness.

[27] He relies principally upon the following recent decisions of the Supreme Court of Canada on section 7 of the Charter: (1) *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G.(J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; (2) *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307; and (3) *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519.

[28] He argues the rights of liberty and security of the person protect the rights, benefits and interests that accrue to him as a registered Indian, and these include access to his entitlement to benefits, programs and services.

(2) Le procureur général du Canada peut, à tout stade des procédures d'un office fédéral, sauf s'il s'agit d'un tribunal militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, renvoyer devant la Section de première instance pour audition et jugement toute question portant sur la validité, l'applicabilité ou l'effet, sur le plan constitutionnel, d'une loi fédérale ou de ses textes d'application.

#### E. LA THÈSE DE M. SINCLAIR

[25] L'avocat de M. Sinclair fait reposer son argument sur le fait que le registraire, n'était l'injonction prononcée en l'espèce, aurait retranché son nom du registre avant que sa protestation formulée en vertu de l'article 14.2 ait été introduite et tranchée et qu'un appel possible devant les cours supérieures provinciales interjeté sous le régime de l'article 14.3 ait été instruit et tranché. M. Sinclair perdrait immédiatement ses avantages dès ce retranchement, car la pratique du registraire est d'aviser les autorités compétentes du retranchement d'un nom du registre. L'avocat des demandeurs souscrit à cette hypothèse factuelle du retranchement avant la protestation et de la perte corrélative des avantages.

[26] L'avocat de M. Sinclair fait valoir que cette procédure qui mène au retranchement avant la protestation viole les droits que l'article 7 de la Charte reconnaît à M. Sinclair: ses droits à la liberté et à la sécurité sont en jeu et les modalités de sa privation ne respectent pas les exigences de la common law en matière d'équité.

[27] Il prend appui principalement sur les décisions récentes suivantes de la Cour suprême du Canada portant sur l'article 7 de la Charte: 1) *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G.(J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; 2) *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307; et 3) *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519.

[28] Il soutient que les droits à la liberté et à la sécurité de la personne protègent les droits, les avantages et les intérêts dont il bénéficie en tant qu'Indien inscrit, dont son droit à l'admissibilité aux avantages, aux programmes et aux services.

[29] Relying on *Blencoe, supra*, his counsel argues his liberty rights are deprived by the decision to delete and its consequences; the decision affects fundamental and important life choices, his personal autonomy to live his own life and his dignity.

[30] Counsel points to his right to hunt, fish and trap which is an Aboriginal right constitutionally protected. Also, he can no longer apply for post-secondary educational programs either for himself or for his family. His right to go down to his corner pharmacy and obtain prescription drugs free of charge which he needs for his heart will lapse. So will his benefits relating to certain types of taxation and his right to earn income working on a reserve. The greatest impact of the deletion decision is on his children and grandchildren.

[31] As for his security, again relying on *Blencoe, supra*, his counsel argues security of the person encompasses both physical and psychological integrity. The deletion decision affects his ability to provide the necessities of life and the health benefits he receives.

[32] The second branch of section 7 of the Charter is satisfied because the duty of fairness has been breached in several ways in the procedure followed by the Registrar in this case, one which leads to the forfeiture of his benefits: (1) no oral hearing was held which is critical because of the importance of oral tradition in Aboriginal cases; (2) no right to present evidence was granted including those of family members; (3) Mr. Sinclair had no ability to know the case against him because of the Registrar's reliance, on grounds of solicitor-client privilege, on a legal opinion from Justice Canada; and (4) there was a lack of an unbiased tribunal because of the Registrar's stated intention on June 1, 1998, to delete his name.

[33] He spent a considerable amount of time examining in reality how long it took the Registrar to

[29] S'appuyant sur *Blencoe, précité*, son avocat prétend que la décision portant retranchement et ses conséquences portent atteinte à ses droits à la liberté; la décision a des effets sur des choix de vie fondamentaux et importants, sur son autonomie personnelle de vivre sa propre vie et sur sa dignité.

[30] L'avocat mentionne son droit de chasser, de pêcher et de faire le piégeage, droit ancestral protégé par la Constitution. Par ailleurs, il ne peut plus se prévaloir des programmes d'éducation postsecondaire pour lui-même ou pour sa famille. Son droit d'aller à la pharmacie du coin et d'obtenir gratuitement des médicaments d'ordonnance dont il a besoin pour son cœur s'éteindra. Tout comme s'éteindront ses avantages liés à certaines formes d'impôt et son droit de gagner un revenu en travaillant sur une réserve. Les conséquences les plus graves de la décision portant retranchement se feront ressentir sur ses enfants et sur ses petits-enfants.

[31] Pour ce qui est de sa sécurité, prenant de nouveau appui sur *Blencoe, précité*, son avocat fait valoir que la sécurité de la personne englobe l'intégrité tant physique que psychologique. La décision portant retranchement porte atteinte à sa capacité de fournir les nécessités de la vie et touche les prestations médicales qu'il reçoit.

[32] Le non-respect du second volet de l'article 7 de la Charte est établi parce que la procédure suivie par le registraire a violé de plusieurs façons l'obligation en matière d'équité, violation qui entraîne la perte de ses avantages: 1) aucune audience orale n'a été tenue, ce qui est déterminant étant donné l'importance de la tradition orale dans les litiges mettant en cause les Autochtones; 2) aucun droit n'a été accordé de produire des éléments de preuve, y compris ceux des membres de la famille; 3) M. Sinclair n'avait aucune façon de savoir ce qui lui était reproché étant donné que le registraire se fondait, invoquant le secret professionnel de l'avocat, sur un avis juridique formulé par Justice Canada; et 4) il y avait absence d'un tribunal impartial étant donné que l'intention déclarée du registraire le 1<sup>er</sup> juin 1998 était de retrancher son nom du registre.

[33] Il a consacré beaucoup de temps à examiner combien de temps en réalité il a fallu au registraire pour

decide Mr. Sinclair's son's protest three years after it was made; his appeal still has not been decided in the Supreme Court of Alberta. Yet, his benefits have immediately been denied.

[34] In closing, Mr. LeClair said he was looking for an answer of "yes" to the second question and he also added a request that I direct an oral hearing, that Mr. Sinclair be furnished with all of the documentation so he can know the case he has to meet and a declaration that the Registrar should not delete Mr. Sinclair's name until he has exhausted his appeals and his protest.

#### F. THE CASE FOR THE REGISTRAR AND THE ATTORNEY GENERAL

[35] As noted, counsel for the applicants agrees with counsel for the respondent, the Registrar can and does delete prior to protest with consequent revocation of benefits. He says section 5 of the *Indian Act* authorizes the Registrar to so delete; a person is deleted pursuant to section 5 and not by a subsequent action of the Registrar as the result of a protest.

[36] In his view, under section 14.2, the Registrar decides whether the protest is well founded. He points to the wording of subsection 14.2(1) as to the purpose or nature of a protest. He says a protest may be made "in respect of the deletion of the name of a person from the Indian Register", and there is a three-year time limit for the person affected to file a protest. He says, based on this wording, unless there had been a deletion, there would be no basis for a protest; deletion is a condition precedent to a protest.

[37] Counsel for the applicants recognized, albeit not flowing from the *Indian Act*, the Registrar, as a matter of practice upon deletion of a name from the Register, advises various federal authorities of this fact which then results in benefits being immediately cut off. He adds, however, a person's Indian status card, which permits him/her access to medical benefits, is not

statuer sur la protestation du fils de M. Sinclair, trois années après qu'il l'eut présentée; la Cour suprême de l'Alberta n'a pas encore statué sur son appel. Pourtant, ses avantages ont été immédiatement supprimés.

[34] En conclusion, M<sup>e</sup> LeClair a déclaré qu'il cherchait à obtenir une réponse affirmative à la deuxième question, demandant aussi que j'ordonne la tenue d'une audience orale, que toute la documentation soit fournie à M. Sinclair pour lui permettre de savoir ce qui lui était reproché et que je déclare que le registraire ne devrait pas retrancher le nom de M. Sinclair tant qu'il n'aura pas épuisé ses voies d'appel et sa protestation.

#### F. LA THÈSE DU REGISTRAIRE ET DU PROCUREUR GÉNÉRAL

[35] Comme je l'ai souligné, l'avocat des demandeurs est d'accord avec l'avocat du défendeur pour dire que le registraire a le pouvoir de retrancher et retranche avant la protestation, ce qui entraîne la révocation des avantages. Il affirme que l'article 5 de la *Loi sur les Indiens* l'autorise à retrancher ainsi des noms du registre; le nom d'une personne est retranché en vertu de l'article 5 et non en raison d'une mesure ultérieure prise par le registraire par suite d'une protestation.

[36] À son avis, le registraire décide en vertu de l'article 14.2 si la protestation est bien fondée. Il attire l'attention sur le libellé du paragraphe 14.2(1) quant à l'objet ou à la nature d'une protestation. Selon lui, une personne peut formuler une protestation «contre le retranchement de son nom de ce registre [des Indiens]», et la personne dispose d'un délai de trois ans pour formuler une protestation. Il ajoute que, compte tenu de ce libellé, à moins qu'il y ait eu retranchement, une protestation serait dénuée de fondement; le retranchement constitue une condition préalable à la protestation.

[37] L'avocat des demandeurs a reconnu, bien que ce ne soit pas là un effet de la *Loi sur les Indiens*, que le registraire, en pratique, s'il y a retranchement d'un nom du registre, en avise diverses autorités fédérales, ce qui entraîne la cessation immédiate des avantages. Il ajoute, cependant, qu'on ne retire pas le certificat de statut d'Indien de la personne en cause, ce qui lui permet

retrieved as it will expire but concedes receiving such benefits after deletion would be illegal.

[38] The approach taken by counsel for the applicants was to concentrate on the procedural component of the second branch of section 7 of the Charter. He appreciated the Supreme Court of Canada had considerably refined the first branch in recent cases and did not press much against counsel for Mr. Sinclair's analysis of those recent decisions although he did characterize the rights advanced by Mr. Sinclair as being clearly economic ones, not encompassed within section 7.

[39] He points to Justice Thurlow's reasons in *Bay v. The Queen*, [1974] 1 F.C. 523 (C.A.), a case involving the refusal of the Registrar to add a person's name to a Band List. Speaking to section 7 of the *Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6] (now section 5) which empowers the Registrar to add or delete names, Justice Thurlow ruled the Registrar is not required to conduct an inquiry or to afford any one a hearing on the question of a person's addition or deletion from the Register because the Registrar's view of the person's entitlement to be registered binds no one at this stage of the process.

[40] In any event, he argued, the facts of this case, in terms of procedural fairness, puts it well beyond the low threshold established by Justice Thurlow in *Bay, supra*, recognizing the Registrar had to be fair in the circumstances and had treated Mr. Sinclair fairly on the evidence before me.

[41] He pointed to the affidavit of Donna McLaren listing the opportunities accorded to Mr. Sinclair to provide additional information or new evidence to refute the findings of the Registrar in her June 1, 1998 letter in which she indicated an intention to delete.

[42] With the extensions, and before the Charter challenge was launched by way of action in this Court,

d'avoir accès aux prestations médicales, puisqu'il expirera, mais concède que l'obtention de tels avantages après retranchement serait illégale.

[38] La démarche adoptée par l'avocat des demandeurs était de s'en tenir surtout à la composante procédurale du second volet de l'article 7 de la Charte. Il a reconnu que la Cour suprême du Canada a circonscrit considérablement le premier volet dans sa jurisprudence récente et n'a pas contesté beaucoup l'analyse de cette jurisprudence qu'a faite l'avocat de M. Sinclair, bien qu'il ait qualifié les droits que M. Sinclair a fait valoir comme étant des droits clairement économiques, non visés par l'article 7.

[39] Il mentionne les motifs énoncés par le juge Thurlow dans l'arrêt *Bay c. La Reine*, [1974] 1 C.F. 523 (C.A.), affaire portant sur le refus du registraire d'inscrire le nom d'une personne sur une liste de bande. S'exprimant au sujet de l'article 7 de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, ch. I-6] (aujourd'hui l'article 5) qui habilite le registraire à ajouter ou à retrancher des noms, le juge Thurlow a statué que le registraire n'est pas obligé de faire tenir une enquête ou d'accorder à quiconque une audience sur la question de l'inscription du nom d'une personne au registre ou de son retranchement, parce que l'opinion du registraire concernant le droit d'une personne à l'inscription ne lie personne à cette étape de la procédure.

[40] De toute façon, a-t-il prétendu, les faits de la présente espèce, pour ce qui est de l'équité procédurale, la placent bien au-delà du seuil peu élevé établi par le juge Thurlow dans *Bay*, précité, reconnaissant que le registraire devait faire preuve d'équité dans les circonstances et avait traité M. Sinclair avec équité eu égard à la preuve dont je suis saisi.

[41] Il a mentionné l'affidavit souscrit par Donna McLaren énumérant les occasions accordées à M. Sinclair de fournir des renseignements additionnels ou de nouveaux éléments de preuve pour réfuter les conclusions du registraire dans sa lettre du 1<sup>er</sup> juin 1998 dans laquelle elle a exprimé l'intention de procéder au retranchement de son nom du registre.

[42] En tenant compte des prorogations, et avant que le recours fondé sur la Charte ne soit exercé par voie

the Registrar had provided Mr. Sinclair eight months to come up with new information or new evidence and, in that time, he had provided none. In his submission, what the Registrar did was fair in the circumstances for the purposes of the initial stage of the process.

[43] He rebuts counsel for Mr. Sinclair's argument on the necessity of an oral hearing by referring to subsection 14.2(6) of the *Indian Act* which, on a protest, does not require the Registrar to hold a hearing but provided a discretion to the Registrar to receive evidence in a flexible manner, suggesting the Court should be reluctant to impose a different standard than the one contemplated by Parliament, even more so at the initial stage as contrasted to the protest stage.

[44] He distinguishes the Supreme Court of Canada's decision in *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, on the basis the need for an oral hearing identified there was because of the need for credibility findings in refugee claims which he suggests would not arise in *Indian Act* registration cases and, in any event, there was no evidence Mr. Sinclair asked the Registrar for an oral hearing.

[45] Examining Justice Pratte's reasons for decision in *Bay, supra*, followed by Justice Nadon in *Landry v. Canada (Indian and Northern Affairs)* (1996), 118 F.T.R. 184 (F.C.T.D.) which he said is on all fours with the case before me, he argues there is no breach of fundamental justice under section 7 of the Charter because the Registrar does not decide when deleting or adding a name whether that person is entitled to be registered, which can only be decided at the protest stage. All the Registrar does, at the initial stage, is determine as a simple fact whether the person's name should be on the Register. If he/she is deleted, clearly he or she is not on the Register; the Government does not consider him/her an Indian and consequently that person is not entitled to government benefits.

d'action devant notre Cour, le registraire a accordé à M. Sinclair huit mois pour présenter de nouveaux renseignements ou de nouveaux éléments de preuve, et, pendant ce délai, il n'a rien fourni. Selon lui, ce que le registraire a fait était équitable dans les circonstances pour les besoins de l'étape initiale de la procédure.

[43] Il réfute l'argument de l'avocat de M. Sinclair quant à la nécessité de tenir une audience orale en invoquant le paragraphe 14.2(6) de la *Loi sur les Indiens*, qui, en cas de protestation, n'oblige pas le registraire à tenir une audience, mais lui confère le pouvoir discrétionnaire de recevoir des éléments de preuve d'une manière souple, ce qui laisse entendre que la Cour devrait hésiter à imposer une norme différente de celle envisagée par le Parlement, et encore plus à l'étape initiale par opposition à l'étape de la protestation.

[44] Il établit une distinction d'avec la décision que la Cour suprême du Canada a rendue dans *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, pour le motif que le besoin d'une audience orale y mentionné était fondé sur la nécessité d'établir la crédibilité en matière de revendication du statut de réfugié, nécessité qui ne se présenterait pas en matière d'inscription sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, et, de toute façon, rien ne démontrait que M. Sinclair avait demandé au registraire de tenir une audience orale.

[45] Examinant les motifs de décision que le juge Pratte a rendus dans l'arrêt *Bay*, précité, lequel a été suivi par le juge Nadon dans *Landry c. Canada (Affaires indiennes et du Nord Canada)* (1996), 118 F.T.R. 184 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), affaire qui, affirme-t-il, correspond en tout point à la présente espèce, il fait valoir qu'il n'y a aucune violation de la justice fondamentale sous le régime de l'article 7 de la Charte parce que le registraire ne décide pas, lorsqu'il retranche ou ajoute un nom, si la personne en cause a le droit d'être inscrite, décision qui ne peut être prise qu'à l'étape de la protestation. À l'étape initiale, tout ce que fait le registraire est de déterminer comme un simple fait si le nom de la personne devrait figurer au registre. Si le nom est retranché, il ne figure manifestement pas au registre; le gouvernement ne considère pas la personne en cause comme un Indien et, en conséquence, elle n'a pas droit aux avantages qu'accorde le gouvernement.

[46] Another element rebutting the absence of any breach of fundamental justice is the ability of the courts to grant a stay against deletion. Justice Rouleau issued such a stay in the *Landry* case as did, albeit on consent, the Associate Chief Justice in the case before me.

[47] He emphasizes to answer “yes” to the second question would be to grant Mr. Sinclair an automatic three-year stay because he does not have to file a protest before then. He points to jurisprudence to the effect a stay should only be granted on a case by case basis.

### G. ANALYSIS

#### (1) The impact of the answer to question 1

[48] As noted, on April 11, 2001, I ruled the Registrar, on the considerable evidence which was before her and before the Court on the reference, would not err in law in deciding Mr. Sinclair was not entitled to have his name entered on the Indian Register and assigned a number under the Act.

[49] What led me to the conclusion I reached were a number of factors:

(1) the evidence before the Registrar on which she formed her intention to delete Mr. Sinclair’s name and so advised him on June 1, 1998. Supplementary research was also put in evidence;

(2) the legislative scheme under the *Indian Act* related to additions and deletions of names to the Indian Register:

(a) the initial stage under subsection 5(3) of adding or deleting a name to the Register;

(b) the Registrar’s decision, after protest, made pursuant to section 14.2;

(c) the appeal stage to a provincial superior court of the Registrar’s decision after protest;

[46] Un autre élément qui réfute toute violation de la justice fondamentale réside dans la capacité des tribunaux de surseoir au retranchement. Dans l’affaire *Landry*, le juge Rouleau avait prononcé un tel sursis, comme l’a fait, bien qu’avec le consentement des parties, le juge en chef adjoint dans la présente affaire.

[47] Il souligne que le fait de répondre «oui» à la deuxième question reviendrait à accorder à M. Sinclair un sursis automatique de trois ans puisqu’il n’aura pas à formuler de protestation avant cette date. Il invoque la jurisprudence qui établit que le sursis ne devrait être accordé qu’au cas par cas.

### G. ANALYSE

#### 1) Les conséquences de la réponse à la première question

[48] Comme je l’ai mentionné, j’ai statué le 11 avril 2001 que le registraire, se fondant sur la preuve considérable dont elle était saisie et dont la Cour a été saisie à l’occasion du renvoi, ne commettrait pas d’erreur de droit en décidant que M. Sinclair n’avait pas le droit de voir son nom inscrit au registre des Indiens et d’obtenir un numéro de registre des Indiens en vertu des dispositions de la Loi.

[49] Plusieurs facteurs m’avaient amené à la conclusion à laquelle j’étais parvenu:

1) la preuve dont le registraire était saisie et sur laquelle elle a fondé son intention de retrancher le nom de M. Sinclair du registre et l’en avait informé le 1<sup>er</sup> juin 1998; les résultats d’une recherche additionnelle ont également été produits en preuve;

2) le cadre légal établi par la *Loi sur les Indiens* ayant trait aux additions de noms au registre des Indiens et à leurs retranchements de ce registre:

a) l’étape initiale prévue au paragraphe 5(3) à laquelle des noms sont ajoutés au registre ou en sont retranchés;

b) la décision du registraire, après protestation, prise en vertu de l’article 14.2;

c) l’étape de l’appel interjeté à une cour supérieure provinciale contre la décision du registraire après la protestation;

(3) the Federal Court of Appeal's decision in *Bay*, *supra*;

(4) the stage in the proceedings before the Registrar for the purpose of supplying the context to the answers to be given on the questions referred to the Court. Both parties agreed the proceedings before the Registrar were at the subsection 5(3) initial stage of whether Mr. Sinclair should have his name deleted from the Register, that is whether there was sufficient evidence to enable the Registrar to do so.

[50] Taking these factors into account, I concluded the following which led me to answer "no" to question number one:

(1) For the purposes of subsection 5(3) of the *Indian Act*, in order to support the action to delete, it was inappropriate to apply the balance of probabilities standard of proof test. That standard of proof was more appropriate to the middle stage of the process where the Registrar's decision was made after protest, investigation, the taking of evidence and the weighing of that evidence.

(2) In this context, in order to support a deletion under subsection 5(3), the evidence before the Registrar need only to be sufficiently strong as to lead the Registrar to reasonably believe Sam Sinclair was not entitled to registration. Based on the evidence before me, I was satisfied there was sufficient evidence before the Registrar permitting her to so reasonably believe.

(3) I did not comment extensively on the evidence because, upon a protest launched by Mr. Sinclair, the Registrar would be required to consider and weigh the evidence in the appeal case and such additional evidence as may be brought forward. I did conclude, however, the way Sam Sinclair and his family now live was an indicia of the way of life of his maternal grandmother. I agreed with counsel for Mr. Sinclair the historical evidence would seem to indicate considerable differences in the way various First Nations and other communities lived in various geographical areas and that the same could be said of the Métis.

3) l'arrêt *Bay*, précité, de la Cour d'appel fédérale;

4) l'étape des procédures devant le registraire comme contexte pour les réponses à donner aux questions soumises à la Cour. Les deux parties étaient d'accord pour dire que les procédures devant le registraire étaient à l'étape initiale prévue au paragraphe 5(3), la question étant alors de savoir si le nom de M. Sinclair devait être retranché du registre, c'est-à-dire s'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour permettre au registraire d'agir en ce sens.

[50] En tenant compte de ces facteurs, j'ai tiré les conclusions suivantes, lesquelles m'ont permis de répondre «non» à la première question:

1) Pour l'application du paragraphe 5(3) de la *Loi sur les Indiens*, afin de justifier la décision de retrancher un nom, il ne convenait pas d'appliquer la norme de la probabilité la plus forte. Cette norme de preuve convenait davantage à l'étape intermédiaire de la procédure où la décision du registraire a été prise après protestation, enquête, réception de la preuve et appréciation de cette preuve.

2) Dans ce contexte, afin de justifier le retranchement en vertu du paragraphe 5(3), il suffit que la preuve présentée au registraire soit suffisamment convaincante pour l'amener à conclure de façon raisonnable que Sam Sinclair n'avait pas le droit d'être inscrit. Au vu de la preuve dont j'étais saisi, j'étais convaincu que le registraire avait en main une preuve suffisante pour l'amener à conclure ainsi de façon raisonnable.

3) Je n'ai pas fait de commentaires plus détaillés sur la preuve étant donné que, si M. Sinclair formulait une protestation, le registraire devrait examiner et évaluer la preuve versée au dossier d'appel, ainsi que toute autre preuve additionnelle susceptible d'être présentée. J'ai cependant conclu que la façon actuelle de vivre de Sam Sinclair et de sa famille était une indication du mode de vie de sa grand-mère maternelle. J'ai partagé l'avis de l'avocat de M. Sinclair portant que les preuves historiques semblaient indiquer qu'il y avait des différences considérables dans les modes de vie des Premières nations et des autres communautés selon le lieu où elles s'étaient fixées, et qu'on pouvait dire la même chose des Métis.



(2) The lessons from the Bay case

[51] The *Bay* case was decided in 1974 at a time the Court was struggling to define the space between then sections 28 and 18 of the *Federal Court Act* [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10] enacted in 1970 focussing on the question whether a “decision” was a judicial, quasi-judicial or administrative one.

[52] Furthermore, that case was decided before the Supreme Court of Canada’s watershed case of *Nicholson v. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 S.C.R. 311 which found administrative decisions attracted a degree of procedural fairness, the contents of which vary depending upon a number of factors which Justice L’Heureux-Dubé drew together in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 23, namely:

- (1) the nature of the decision being made and the process followed in making it;
- (2) the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the decision maker operates. For instance, greater procedural protections will be required when no appeal procedure is provided within the statute;
- (3) the importance of the decision to the individual or individuals affected;
- (4) the legitimate expectation of the person challenging the decision.
- (5) important weight must be given to the choice of procedures made by the decision maker itself and its institutional constraints.

[53] It is not my view these post-*Bay* developments mean it is no longer of any value or is spent. Justice Nadon, in 1996, applied *Bay* in *Landry, supra*, a section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] judicial review application where the applicants sought to prohibit the Registrar from deleting their names from the Register.

2) Les leçons tirées de l’arrêt Bay

[51] L’arrêt *Bay* a été rendu en 1974 à un moment où la Cour avait beaucoup de mal à distinguer entre ce qui était alors les articles 28 et 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* [S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 10] édictée en 1970, s’attachant particulièrement à la question de savoir si une «décision» était de nature judiciaire, quasi judiciaire ou administrative.

[52] De plus, cet arrêt a été rendu avant l’arrêt décisif de la Cour suprême du Canada, *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, [1979] 1 R.C.S. 311, qui avait conclu que les décisions administratives nécessitaient un degré d’équité procédurale, dont le contenu dépendait d’un certain nombre de facteurs que le juge L’Heureux-Dubé a réunis dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 23, à savoir:

- 1) la nature de la décision en cause et le processus suivi pour y parvenir;
- 2) la nature du régime légal et les termes de la loi en vertu de laquelle agit le décideur. Par exemple, des protections procédurales plus importantes seront exigées lorsque la loi ne prévoit aucune procédure d’appel;
- 3) l’importance de la décision pour les personnes visées;
- 4) l’attente légitime de la personne qui conteste la décision;
- 5) il faut accorder une grande importance au choix des procédures par le décideur lui-même et à ses contraintes institutionnelles.

[53] Je ne suis pas d’avis que ces développements jurisprudentiels postérieurs à l’arrêt *Bay* signifient que cet arrêt n’a plus aucune valeur ni qu’il est périmé. En 1996, le juge Nadon a appliqué *Bay* dans *Landry*, précité, affaire concernant une demande de contrôle judiciaire fondée sur l’article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] dans laquelle les demandeurs sollicitaient une ordonnance interdisant au registraire de retrancher leurs noms du registre.

[54] As I see it, what the Federal Court of Appeal did in *Bay* and what Justice Nadon did in *Landry* was to harmonize the legislative scheme now found in sections 5 and 14 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 4] of the *Indian Act* in order to make all of its provisions mesh together in a workable whole as intended by Parliament.

[55] The judges of the Federal Court of Appeal in *Bay* (Chief Justice Jaccett with Justices Thurlow and Pratte) as was Justice Nadon, in *Landry*, were acutely aware of the various steps in a deletion process.

[56] Chief Justice Jaccett stressed it was after a protest was made the Registrar was obliged to investigate and had the power to render a decision concerning such protest which is final and conclusive. This is what he wrote at page 524:

When the Registrar is asked to exercise the section 7 power [now section 5] to add or delete a name, he must, of course, take a position as to whether the person in question is or is not entitled to have his name on the list so as to give rise to the duty to add or delete. There is, however, a clear difference between a position so taken by the Registrar on the occasion of a request to exercise the section 7 power and a decision rendered by the Registrar in the exercise of his section 9 [now section 14.2] decision-making power. Once the Registrar has exercised his section 9 decision-making power, his decision has legal effect and his power with regard thereto is spent. When, however, the Registrar takes a position as to whether he has a section 7 duty to add or delete a name, that "decision" has no legal effect. In such a case, as a matter of law, nothing has been decided. The Registrar himself, or his successor, in the very case in which such a position was taken, can take a different position at any time and, having taken such a different position, can exercise his section 7 power to add or delete in accordance therewith. [Emphasis mine.]

[57] Justice Thurlow concluded subsection 7(1) (now section 5) gave the Registrar no express authority to decide who is or who is not entitled to be registered. He wrote at pages 526-528:

[54] Selon mon interprétation, la démarche de la Cour d'appel fédérale dans *Bay* et celle du juge Nadon dans *Landry* consistaient à harmoniser le régime légal que l'on trouve maintenant aux articles 5 et 14 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 4] de la *Loi sur les Indiens* de façon à ce que toutes ses dispositions s'accordent entre elles pour former un ensemble cohérent conformément à l'intention du Parlement.

[55] Dans l'affaire *Bay*, les juges de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Jaccett et les juges Thurlow et Pratte), tout comme le juge Nadon dans *Landry*, étaient tout à fait conscients des diverses étapes que comporte la procédure de retranchement.

[56] Le juge en chef Jaccett a insisté sur le fait que c'est après qu'une protestation a été formulée que le registraire est obligé de tenir une enquête et a alors le pouvoir de rendre une décision concernant la protestation et que cette décision est définitive et sans appel. Voici ce qu'il a écrit, aux pages 524 et 525:

Lorsqu'on demande au registraire d'exercer le pouvoir conféré par l'article 7 [aujourd'hui l'article 5] d'ajouter ou de retrancher un nom, il doit, bien sûr, se faire une opinion sur la question de savoir si la personne en cause a ou n'a pas droit à l'inclusion de son nom dans cette liste, ce qui donne naissance à l'obligation d'ajouter ou de retrancher ce nom. Il y a cependant une différence nette entre l'opinion que se fait le registraire lorsqu'on lui demande d'exercer le pouvoir conféré par l'article 7 et une décision rendue par le registraire dans l'exercice de son pouvoir de rendre une décision en vertu de l'article 9 [aujourd'hui l'article 14.2]. Une fois que le registraire a exercé son pouvoir de rendre une décision en vertu de l'article 9, cette décision a un effet juridique et son pouvoir à cet égard est épuisé. Cependant, lorsque le registraire se fait une opinion sur la question de savoir s'il a l'obligation en vertu de l'article 7 d'ajouter ou de retrancher un nom, cette «décision» n'a aucun effet juridique. Dans un tel cas, rien n'a été décidé en droit. Après s'être fait une opinion dans un cas donné, le registraire lui-même, ou son successeur, peut, à tout moment dans ce même cas, adopter une opinion différente, et il peut, par la suite, exercer son pouvoir en vertu de l'article 7 d'ajouter ou de retrancher le nom, en conformité avec cette nouvelle opinion. [Non souligné dans l'original.]

[57] Le juge Thurlow a conclu que le paragraphe 7(1) (aujourd'hui l'article 5) ne conférait aucunement au registraire le pouvoir de décider qui a ou n'a pas le droit d'être inscrit. Il a écrit, aux pages 526 à 528:

It merely authorizes him to add the name of a person who is entitled or to delete the name of a person who is not entitled and no procedure for determining entitlement or for the exercise of the function is prescribed. If the Registrar adds a name or deletes a name pursuant to section 7, the procedures of subsection 9(1) to which I have referred may be invoked to determine the entitlement. . . .

...

As I see it, the Registrar when dealing with a matter under section 7 [now section 5] is not required to conduct an inquiry or to afford any one a hearing on the question of a person's entitlement to registration and his view of the person's entitlement when reached binds no one for he is free to change that view at any time and thereupon act accordingly. [Emphasis mine.]

[58] Justice Pratte was of the view a decision under the then section 28 of the *Federal Court Act* had to have legal effect of settling the matter after a tribunal had exercised its jurisdiction or powers in a particular case by a decision. He wrote at pages 529-530:

In the present case, the so-called decision of the Registrar has been made under section 7 of the *Indian Act*. This section does not empower the Registrar to decide whether a person is entitled to be registered as an Indian; it merely imposes on the Registrar the duty to add to or delete from the Register "the name of any person who . . . is entitled or not entitled, as the case may be," to be registered. If the Registrar wrongly refuses to record in the Register the name of a person who is entitled to be registered, he fails in his duty. However, in such a case, the person who is entitled to be registered does not, by virtue of such a refusal, lose his right to be registered. The refusal of the Registrar to register a person who is entitled to be registered does not have any legal effect, whatsoever the importance of its practical effect; such a refusal does not settle or purport to settle in any way the question of the entitlement to the registration; it is not binding on anyone. It is not a decision within the meaning of section 28(1). [Emphasis mine.]

[59] It seems to me Justice Nadon in *Landry, supra*, approached the case before him in the same perspective after stating the applicants' premise is that the deletion of their names from the Register will deprive them of the rights conferred on them through their registration in the Register in 1990.

Ce paragraphe l'autorise simplement à ajouter le nom d'une personne qui a droit d'être inscrite ou à retrancher le nom d'une personne qui n'y a pas droit; il ne prévoit aucune procédure permettant de déterminer les droits en cause ni ne décrit comment s'acquitter de cette fonction. Si le registraire ajoute ou retranche un nom conformément à l'article 7, on peut invoquer les procédures prévues au paragraphe 9(1), déjà mentionné, dans le but de déterminer les droits en cause.

[...]

À mon sens, lorsqu'il traite d'une question relevant de l'article 7 [aujourd'hui l'article 5], le registraire n'est pas obligé de faire tenir une enquête ou d'accorder à quiconque une audition sur la question de savoir si la personne a droit à l'enregistrement et une fois qu'il s'est fait une opinion sur cette question, elle ne lie personne, car il peut à tout moment en changer et agir en conséquence. [Non souligné dans l'original.]

[58] Le juge Pratte était d'avis qu'une décision rendue en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* dans sa version d'alors devait avoir pour effet juridique de régler l'affaire après qu'un tribunal eut exercé sa compétence ou ses pouvoirs en rendant une décision dans une affaire donnée. Il a écrit, aux pages 529 et 530:

Dans l'affaire présente, la prétendue décision du registraire a été rendue en vertu de l'article 7 de la *Loi sur les Indiens*. Cet article ne confère pas au registraire le pouvoir de décider si une personne a droit ou non d'être inscrite comme Indien; cet article impose seulement au registraire l'obligation d'ajouter ou de retrancher du registre «le nom de toute personne qui [...] a ou n'a pas droit, selon le cas,» d'être inscrite. Si le registraire refuse à tort de porter au registre le nom d'une personne qui a droit d'être inscrite, il manque à son devoir. Cependant, dans un tel cas, la personne qui a droit d'être inscrite ne perd pas, du seul fait de ce refus, son droit à être inscrite. Le refus du registraire d'inscrire une personne qui a droit d'être inscrite n'a aucun effet juridique, quelle que soit l'importance des effets pratiques de sa décision; un tel refus ne règle aucunement la question du droit à l'enregistrement, ni ne prétend régler cette question; le refus ne lie personne. Il ne s'agit pas d'une décision au sens de l'article 28(1). [Non souligné dans l'original.]

[59] Il me semble que, dans l'affaire *Landry*, précitée, le juge Nadon a abordé l'affaire dont il était saisi dans la même perspective après avoir indiqué que la prémisse des requérants était que le retranchement de leurs noms du registre aura comme conséquence de leur faire perdre les droits qui leur ont été conférés en raison de leur inscription au registre en 1990.

[60] He applied *Bay, supra*, finding “it provides a complete solution to this litigation”. This is what Justice Nadon wrote at paragraph 62 of his reasons:

In my opinion, it is clear from the Court of Appeal decision in *Bay* that the statements by the three judges make no distinction between the addition or deletion of a name. In any event, such a decision is not one that is binding on anyone. The applicants’ premise, as I indicated earlier, is that if the Registrar deletes their names from the Register, they will lose the rights that were recognized to them when their names were added in 1990. In my opinion, this argument cannot hold in view of the reasons stated by the three judges in the Court of Appeal. I repeat once again, the Registrar’s decision to add or delete a name is not binding on anyone and is of no legal effect. Under the old subsection 7(1) and thus under subsection 5(3) of the Act, the Registrar does not have the power to determine, in the case at bar, whether the applicants are or are not entitled to be recorded in the Register. That power can be exercised by the Registrar only under section 14.2(5) when a protest is filed by the person whose name is deleted under section 5(3). Accordingly, the applicants’ right to be recorded in the Register, as they claim, will not be affected in any way by the deletion of their names. [Emphasis mine.]

[61] Justice Nadon concluded at paragraphs 65 and 66 in the following words:

If the Registrar deletes their names from the Register, the applicants may file a protest under s.14.2 of the Act. The Registrar will then be obliged to hold an investigation and render a decision which, under subs. 14.2(7), will be final and thus have legal effect.

... if the Registrar rejects the applicants’ protest, there is no doubt that their rights will be affected since the Registrar, under section 14.2, has the power to determine whether the applicants are or are not entitled to be recorded in the Register. At this point, however, the applicants’ rights are in no way affected and will not be if the Registrar deletes their names from the Register. [Emphasis mine.]

[62] I am in agreement with Justice Nadon’s analysis and conclusions.

## H. CONCLUSIONS

[63] Question number two, in my view, can be answered by applying the principles underlying both

[60] Il a appliqué l’arrêt *Bay*, précité, concluant qu’il «apporte une solution complète au présent litige». Voici ce que le juge Nadon a écrit au paragraphe 62 de ses motifs:

À mon avis, il est clair à la lecture de la décision de la Cour d’appel dans *Bay*, que les propos énoncés par les trois juges ne font aucune distinction entre l’ajout ou le retranchement d’un nom. Peu importe, cette décision en est une qui ne lie personne. La prémisse des requérants, comme je l’ai déjà indiqué, en est une à l’effet que, si le Registraire retranche leurs noms du Registre, ils perdront les droits qui leur ont été reconnus lorsque leurs noms ont été ajoutés en 1990. À mon avis, compte tenu des motifs énoncés par les trois juges de la Cour d’appel, cet argument ne peut réussir. Je le répète encore une fois, la décision du Registraire d’ajouter ou de retrancher un nom ne lie personne et ne produit aucun effet juridique. Sous l’ancien paragraphe 7(1), et donc sous le paragraphe 5(3) de la Loi, le Registraire n’a pas le pouvoir de décider, en l’instance, si les requérants ont droit ou non d’être inscrits au Registre. Ce pouvoir ne peut être exercé par le Registraire que sous le paragraphe 14.2(5) lorsqu’un protêt est déposé par la personne dont le nom est retranché sous le paragraphe 5(3). Par conséquent, le droit des requérants d’être inscrits au Registre, tel qu’ils le prétendent, ne sera aucunement affecté par le retranchement de leurs noms. [Non souligné dans l’original.]

[61] Le juge Nadon a conclu, aux paragraphes 65 et 66, dans les termes suivants:

Si le Registraire retranche leurs noms du Registre, les requérants pourront déposer un protêt sous l’article 14.2 de la Loi. Le Registraire aura dès lors l’obligation de tenir une enquête et de rendre une décision qui, aux termes du paragraphe 14.2(7), sera définitive et donc aura des effets juridiques.

[...] si le Registraire rejette le protêt des requérants, il ne fait aucun doute que leurs droits seront affectés puisque le Registraire, sous l’article 14.2, a le pouvoir de décider si les requérants ont droit ou non d’être inscrits au Registre. Pour l’instant, les droits des requérants ne sont nullement affectés et ne le seront pas si le Registraire retranche leurs noms du Registre. [Non souligné dans l’original.]

[62] Je partage l’analyse et les conclusions du juge Nadon.

## H. CONCLUSIONS

[63] À mon avis, on peut répondre à la deuxième question en appliquant les principes qui sous-tendent à

*Bay*, which counsel for the applicants say is binding on me and I agree and *Landry*, *supra*, without recourse to the Charter or the common law principles of natural justice or fairness.

[64] However, question number two must be answered taking into account the practice of the Registrar, not sanctioned under the *Indian Act*, of immediately notifying, upon deletion, the federal, and perhaps the provincial, authorities of this fact which leads to the immediate cutting off of benefits normally conferred upon persons of Indian status.

[65] Both *Bay* and *Landry* and a consideration of the legislative scheme leads one to the inevitable conclusion the place Parliament wanted a decision to be made about whether a person is entitled to be registered as an Indian is during the protest process stage conducted by the Registrar who, at this stage, must do an investigation, receive and weigh evidence and render a decision which is final and conclusive subject only to appeal to the provincial superior courts. Moreover, subsection 14.2(6) of the Act authorizes the Registrar to receive evidence on oath or on affidavit in Parliament's contemplation that, in some cases, an oral hearing may be required.

[66] It is this legislative scheme and its focus on the protest provisions which led the judges to conclude in *Bay* and *Landry*, *supra*, the addition or deletion of a person's name from the Register has no legal effect and nothing has been decided since the question of entitlement to registration is decided at the protest stage. Because a subsection 5(3) addition or deletion decision does not affect a person's rights, no procedures have been laid out under subsection 5(3) and, at this initial stage, the Registrar is not required, as a matter of common law fairness, to conduct an inquiry or to afford anyone a hearing on the question of a person's entitlement to registration simply because rights are not determined then.

la fois l'arrêt *Bay*, qui, aux dires de l'avocat des demandeurs, me lie, et je suis d'accord, et l'arrêt *Landry*, sans recourir à la Charte ou aux principes de common law ayant trait à la justice naturelle ou à l'équité.

[64] Toutefois, il faut répondre à la deuxième question en tenant compte de la pratique du registraire, laquelle n'est pas sanctionnée par la *Loi sur les Indiens*, d'aviser immédiatement, en cas de retranchement, les autorités fédérales et, peut-être, les autorités provinciales de sa décision, ce qui entraîne la cessation immédiate des avantages normalement accordés aux personnes ayant le statut d'Indien.

[65] Les arrêts *Bay* et *Landry* aussi bien que l'examen du régime de la Loi nous amènent à la conclusion inévitable que c'est à l'étape de la procédure de protestation menée par le registraire, qui, à ce stade, est obligé de tenir une enquête, de recevoir des éléments de preuve et de les apprécier, puis de rendre une décision qui est définitive et sans appel, sous réserve uniquement de l'appel interjeté aux cours supérieures provinciales, que le Parlement entendait que la décision fût prise de savoir si une personne a le droit d'être inscrite comme Indien. De plus, le paragraphe 14.2(6) de la Loi autorise le registraire à recevoir la preuve sous serment ou par affidavit, le Parlement estimant que, dans certains cas, il peut être nécessaire de tenir une audience orale.

[66] C'est ce régime légal et l'accent qu'il met sur les dispositions relatives à la protestation qui ont amené les juges à conclure dans *Bay* et *Landry*, précités, que l'addition du nom d'une personne au registre ou son retranchement ne produit aucun effet juridique, rien n'ayant été décidé puisque la question du droit à l'inscription est tranchée à l'étape de la protestation. Étant donné que la décision relative à l'inscription ou au retranchement fondée sur le paragraphe 5(3) ne touche pas les droits d'une personne, aucune procédure n'a été prévue sous le régime du paragraphe 5(3) et, à cette étape initiale, le registraire n'est pas tenu, sur le plan des principes de la common law en matière d'équité, de tenir une enquête ou d'accorder à quiconque une audience sur la question de savoir si la personne a droit à l'inscription tout simplement parce que les droits ne sont pas alors déterminés.

[67] I agree with counsel for the applicants deletion or addition of a person's name is a condition precedent to that person making a protest. A protest, under subsection 14.2(1) is made "in respect of the inclusion or addition of the name of a person in, or the omission or deletion of the name of a person from, the Indian Register. . . within three years after the inclusion or addition, or omission or deletion, as the case may be".

[68] This conclusion, in a sense, answers part of question number two "would I err in law in deleting the Respondent's name . . . prior to the Respondent exhausting his protest . . . on the basis that the deletion of his name and registry number would . . . cause the Respondent to lose access to the benefits available to him as a Registered Indian residing in the Province of Alberta".

[69] If a deletion is required in order to protest one may ask how it can be said the Registrar would err in law in deleting his name prior to protest.

[70] The real problem with question number two is the second half of it, that is, "on the basis that the deletion of his name and registry number would . . . cause the Respondent to lose access to the benefits available to him as a Registered Indian residing in Alberta".

[71] It is not the Registrar who denies a deleted person his/her benefits as an Indian; it is other federal and perhaps provincial authorities who take this action based on the practice of the Registrar to advise them of the deletion of a person's name from the Indian Register presumably on the basis, as advanced by counsel for the applicants, such a person is no longer an Indian because of the definition of Indian [in subsection 2(1)] under the Act where "Indian means a person who pursuant to this Act is registered as an Indian or is entitled to be registered as an Indian".

[67] Je partage l'avis de l'avocat des demandeurs selon lequel l'addition ou le retranchement du nom d'une personne constitue une condition préalable à la formulation par elle d'une protestation. Selon le paragraphe 14.2(1), la protestation est formulée «contre l'inclusion ou l'addition du nom d'une personne dans le registre des Indiens [...] ou contre l'omission ou le retranchement de son nom de ce registre [...] dans les trois ans suivant soit l'inclusion ou l'addition, soit l'omission ou le retranchement».

[68] En quelque sorte, cette conclusion répond à une partie de la deuxième question «le fait de retrancher le nom du défendeur [...] avant que le défendeur ait épuisé ses protestations [...] constituerait-il une erreur de droit, étant donné que le fait de retrancher son nom et son numéro de registre aurait comme résultat de faire perdre au défendeur les avantages auxquels il a droit en tant qu'Indien inscrit résidant dans la province de l'Alberta [...]?».

[69] Si la protestation doit être consécutive au retranchement, il est permis de se demander comment on peut affirmer que le registraire commettrait une erreur de droit en retranchant son nom avant la protestation.

[70] Le véritable problème que pose la deuxième question a trait à la deuxième partie de la question, savoir: «étant donné que le fait de retrancher son nom et son numéro de registre aurait comme résultat de faire perdre au défendeur les avantages auxquels il a droit en tant qu'Indien inscrit résidant dans la province de l'Alberta [...]?».

[71] Ce n'est pas le registraire qui refuse d'accorder à une personne dont le nom a été retranché du registre ses avantages à titre d'Indien; cette mesure est prise par d'autres autorités fédérales et, peut-être, provinciales, qui se fondent sur la pratique du registraire de les aviser du retranchement du nom d'une personne du registre des Indiens, et présument, tel qu'il a été énoncé par l'avocat des demandeurs, que cette personne n'est plus un Indien en raison de la définition que donne la Loi au mot Indien [au paragraphe 2(1)], soit une «[p]ersonne qui, conformément à la présente Loi, est inscrite à titre d'Indien ou a droit de l'être».

[72] In my view, the Registrar's practice of so advising governmental authorities the person affected is no longer an Indian when deletion is made constitutes an error of law because an action by the Registrar under subsection 5(3) does not decide whether that person is entitled to be registered as an Indian and therefore it cannot be said this person is not an Indian for the purposes of the Act and benefits such a person would normally receive.

[73] It seems to me the applicants have a misguided approach to the legislative scheme by immediately advising governmental authorities of the deletion of a person's name which leads, as I understand it, to an automatic cut off of benefits. They are also wrong to concentrate all of their evidentiary efforts at the initial stage of the process; the place for the substantial consideration in an open-minded approach of all of the evidence is after protest. It is this process and the evidence there which a provincial superior court judge reviews on appeal.

[74] By taking the approach of advising governmental authorities that deletion equates to non entitlement to registration as an Indian, the applicants are assuming the person is not entitled to registration. Clearly, based on the jurisprudence reviewed, this decision is not made at the stage of the process when the Registrar acts under subsection 5(3) but only after investigation, the taking of evidence and the making of a final and conclusive decision which has legal effect, all under section 14 of the *Indian Act*. Put in other words, the applicants are skipping or downplaying an important and required stage in the process, namely, the protest process.

[75] I reach this conclusion recognizing a person whose name has been deleted has, under the current legislation, three years to protest. This was a change made in 1985 when Parliament amended the legislation. Under the previous *Indian Act*, protests had to be made within three months of deletion.

[72] À mon avis, la pratique du registraire d'aviser ainsi les autorités gouvernementales que la personne en cause n'est plus un Indien lorsqu'il y a retranchement constitue une erreur de droit parce que la mesure prise par le registraire en vertu du paragraphe 5(3) ne décide pas si elle a droit à l'inscription à titre d'Indien et, par conséquent, on ne peut pas dire que cette personne n'est pas un Indien aux fins de la Loi et des avantages qu'elle recevrait normalement.

[73] Il me semble que les demandeurs adoptent une démarche peu éclairée à propos du régime de la Loi en avisant immédiatement les autorités gouvernementales du retranchement du nom d'une personne, ce qui entraîne, si je comprends bien, la cessation automatique de ses avantages. Ils sont également mal avisés de concentrer toute la charge de leur preuve à l'étape initiale de la procédure; c'est après la protestation qu'il faut examiner la preuve de manière approfondie en manifestant une ouverture d'esprit. C'est cette procédure et la preuve qui y est produite que le juge d'une cour supérieure provinciale examine en appel.

[74] En adoptant la démarche d'aviser les autorités gouvernementales que le retranchement est égal à l'absence du droit à l'inscription à titre d'Indien, les demandeurs présument que la personne n'a pas le droit d'être inscrite. Il ressort manifestement de la jurisprudence examinée que cette décision n'est pas prise à l'étape de la procédure quand le registraire agit en vertu du paragraphe 5(3), mais uniquement après l'enquête, la réception de la preuve et la prise d'une décision définitive qui produit un effet juridique, le tout sous le régime de l'article 14 de la *Loi sur les Indiens*. En d'autres termes, les demandeurs sautent ou minimisent un étape importante et obligatoire de la procédure, c'est-à-dire la procédure de protestation.

[75] J'arrive à cette conclusion tout en ayant à l'esprit que la personne dont le nom a été retranché du registre jouit, sous le régime légal actuel, d'un délai de trois ans pour formuler une protestation. Il s'agit d'une modification qui a été apportée en 1985 lorsque le Parlement a modifié la Loi. Selon l'ancienne *Loi sur les Indiens*, les protestations devaient être formulées dans un délai de trois mois du retranchement.

[76] I was not told why Parliament greatly extended the time to make protests but, when it did so in 1985, it is presumed to have known the state of the law as pronounced in the Federal Court of Appeal in *Bay*.

[77] The concept of restitution, on the basis a person would have received benefits not entitled to since deletion, was raised where after protest it was found by the Registrar that a person was not entitled to registration. I will not comment on the possibility of seeking restitution in that circumstance as the matter was not argued before me.

[78] I make one final point. The Charter or common law challenge to the procedures followed by the Registrar at the initial stage was premised on a scenario which would see the immediate loss of benefits at that stage—the act of deletion—and not after the protest stage had been exhausted.

[79] That is why, based on this assumption, both counsel argued for and against various participatory procedural rights based on Charter or common law fairness principles.

[80] It is clear from these reasons the focus of participatory process rights at the initial stage is misplaced and, as such, fails to identify the proper stage or place in the process to consider either a breach of the Charter or common law principles of fairness. It is, at this moment, hypothetical and speculative to surmise what kind of procedure the Registrar would follow upon deletion and protest.

[81] My conclusion is that question number two must be answered “yes”. To be clear, the Registrar can, and must, in accordance with the statutory scheme, delete before protest if there is sufficient evidence to do so but

[76] On ne m’a pas expliqué pourquoi le Parlement avait considérablement prolongé le délai imparti pour formuler une protestation, mais, lorsqu’il l’a fait en 1985, il faut présumer qu’il connaissait l’état du droit tel que l’avait énoncé la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Bay*.

[77] La notion de restitution s’agissant d’une personne qui aurait, après le retranchement, reçu des avantages auxquels elle n’avait plus droit a été soulevée concernant le cas où, après formulation de la protestation, le registraire concluait qu’elle n’avait pas droit à l’inscription. Je ne ferai pas de commentaires sur la possibilité d’obtenir restitution dans cette circonstance, la question n’ayant pas été débattue devant moi.

[78] Je formule un dernier point. La contestation—fondée sur la Charte ou la common law—des procédures suivies par le registraire à l’étape initiale avait pour prémisses un scénario dans lequel il y aurait perte immédiate des avantages à ce stade—l’acte de retranchement—et non après épuisement de la procédure de protestation.

[79] Voilà pourquoi, en se fondant sur cette présomption, les deux avocats se sont prononcés en faveur et contre divers droits de participation de nature procédurale fondés sur les principes de l’équité reconnus par la Charte ou la common law.

[80] Il ressort clairement des présents motifs que l’accent mis à l’étape initiale sur les droits de participation de nature procédurale est déplacé et, comme tel, qu’il constitue une erreur quant au stade ou à l’étape de la procédure où il serait approprié d’examiner soit la violation de la Charte, soit la violation des principes de l’équité reconnus par la common law. À ce moment-ci, il est hypothétique et spéculatif de conjecturer sur le genre de procédure que le registraire suivrait en cas de retranchement et de protestation.

[81] Je conclus que la réponse à la deuxième question doit être «oui». Pour être clair, le registraire peut, et doit, en conformité avec le régime de la Loi, retrancher un nom avant qu’il y ait protestation s’il possède



such deletion cannot lead to an immediate denial of benefits through the practice followed by the Registrar in advising governmental authorities of this fact. *Bay* and *Landry* make it clear entitlement to Indian status is not decided pursuant to subsection 5(3) but rather after the protest stage.

[82] Counsel for Mr. Sinclair asked that, if I answer the second question with a “yes”, I issue certain declarations and a stay. The nature of this reference prevents me from doing anything but answer the questions put. I therefore decline the respondent’s additional requests.

#### I. DISPOSITION

[83] For all of these reasons, question number two is answered “yes”.

suffisamment d’éléments de preuve pour agir en ce sens, mais un tel retranchement ne peut entraîner une cessation immédiate des avantages du fait de la pratique suivie par le registraire de porter ce fait à la connaissance des autorités gouvernementales. Les arrêts *Bay* et *Landry* disent clairement que le droit au statut d’Indien n’est pas décidé en vertu du paragraphe 5(3), mais plutôt après l’étape de la protestation.

[82] L’avocat de M. Sinclair a demandé que, si je répondais «oui» à la deuxième question, je fasse certaines déclarations et que je prononce un sursis. La nature du présent renvoi m’empêche de faire quoi que ce soit d’autre que de répondre aux questions posées. En conséquence, je rejette les autres demandes du défendeur.

#### I. DISPOSITIF

[83] Pour ces motifs, la réponse à la deuxième question est «oui».

A-753-99  
2002 FCA 82

A-753-99  
2002 CAF 82

**Mary T. Collins** (*Appellant*)

**Mary T. Collins** (*appelante*)

v.

c.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada**  
(*Respondent*)

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

**INDEXED AS: COLLINS v. CANADA (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: COLLINS c. CANADA (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, Sharlow and Malone JJ.A.  
—Fredericton, December 3, 2001; Ottawa, March 1,  
2002.

Court d'appel, juges Strayer, Sharlow et Malone,  
J.C.A.—Fredericton, 3 décembre 2001; Ottawa, 1<sup>er</sup>  
mars 2002.

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Appeal from Trial Judge's finding provisions of Old Age Security Act excluding separated spouses from entitlement to spousal allowance infringing Charter, s. 15 but justified under s. 1 — Appellant not qualifying for "spouse's allowance" under Old Age Security Act, s. 19 at age 60 because separated — Charter not requiring Parliament, upon undertaking old age pension scheme, to provide same benefit to everyone — Distinctions may be made if not amounting to discrimination within meaning of s. 15, or can be justified under s. 1 — If statutory distinction not affront to dignity, intrinsic worthiness, self-respect of persons not cohabiting with spouses, differential treatment not discriminatory in Charter sense — S.C.C. holding in Lovelace v. Ontario even targeted ameliorative program may infringe Charter, s. 15 — In s. 15 analysis, Trial Judge erred in reliance upon comments in three S.C.C. decisions regarding emerging recognition separated as group, especially women, constitute disadvantaged, vulnerable group — Such comments not evidence, but factor given little weight and failure to prove historical disadvantage not by itself fatal — Trial Judge correctly concluding statute granting income-tested allowance to cohabiting spouse, while denying it to separated spouse in similar financial circumstances, discriminatory in that creates distinction based on personal characteristic intrinsic to human dignity.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Appel de la décision dans laquelle le juge de première instance a conclu que les dispositions de la Loi sur la sécurité de la vieillesse qui privent les conjoints séparés du droit à l'allocation au conjoint contrevenaient à l'art. 15 de la Charte des droits mais étaient justifiées en vertu de son article premier — L'appelante n'était pas admissible à «l'allocation au conjoint» prévue à l'art. 19 de la Loi sur la sécurité de la vieillesse à l'âge de 60 ans car elle était séparée — La Charte n'oblige pas le législateur à accorder le même avantage à tous lorsqu'il établit un régime de sécurité de la vieillesse — Il peut faire des distinctions si celles-ci n'équivalent pas à de la discrimination au sens de l'art. 15 ou peuvent être justifiées en vertu de l'article premier — Si la distinction faite par la loi ne constitue pas un affront à la dignité, à la valeur intrinsèque ou à l'estime de soi des personnes ne vivant pas avec leur conjoint, la différence de traitement n'est pas discriminatoire au sens de la Charte — La C.S.C. a conclu dans l'arrêt Lovelace c. Ontario que même un programme améliorateur ciblé pouvait violer l'art. 15 de la Charte — Dans son analyse relative à l'art. 15, le juge de première instance s'est fondé à tort sur les observations faites dans trois arrêts de la C.S.C. pour conclure qu'on reconnaît de plus en plus qu'en tant que groupe, les conjoints séparés, et en particulier les femmes séparées, sont défavorisés et vulnérables — Ces observations ne constituent pas des éléments de preuve, mais peu de poids a été attribué à ce facteur et le défaut de démontrer le désavantage historique n'est pas en soi déterminant — Le juge de première instance a conclu avec raison qu'une loi accordant une allocation justifiée en fonction du revenu à une personne vivant avec son conjoint tout en la refusant à un conjoint séparé se trouvant dans la même situation financière est discriminatoire en ce qu'elle crée une distinction fondée sur une caractéristique personnelle inhérente à la dignité humaine.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Limitation Clause — Appeal from Trial Judge's finding provisions of Old Age Security Act excluding separated spouses from entitlement to spousal allowance infringing Charter, s. 15, but justified under s. 1 — Trial Judge finding objective of limitation pressing, substantial — Appellant submitting limiting costs only reason for excluding separated spouses from entitlement to spouse's allowance — While cost alone not justifying Charter infringement, basis for decisions to limit spouse's allowance to cohabiting spouses, to provide similar allowance for widows, widowers was concern universal allowance for those 60 or older could tend to change behaviour, particularly as to age of retirement, causing significant social, fiscal repercussions — Trial Judge found proportionality between effects of impugned provision, objectives — Assigning little weight to deleterious effects of denial of spouse's allowance to separated spouses (e.g. motivating person to remain in abusive spousal relationship) because in most cases provincial financial assistance available — No evidence of spousal abuse herein; couple separated nine years before husband pensioner — Trial Judge gave appropriate weight to availability of provincial financial assistance, correctly discounted submission social stigma attached to receipt of financial assistance under provincial programs as opposed to income-tested benefits under Old Age Security Act — Exclusion of separated spouses from eligibility for spouse's allowance justified under Charter, s. 1.*

*Pensions — Appeal from Trial Judge's finding provisions of Old Age Security Act excluding separated spouses from entitlement to spousal allowance infringing Charter, s. 15, but justified under s. 1 — Appellant not qualifying for spouse's allowance at age 60 because separated from husband — Trial Judge correctly concluding statute granting income-tested allowance to cohabiting spouse, while denying it to separated spouse in similar financial circumstances, discriminatory in that creates distinction based on personal characteristic intrinsic to human dignity — Basis of decisions to limit spouse's allowance to cohabiting spouses of pensioners, or decision to provide similar allowance for widows, widowers was concern universal allowance for those 60 or older could tend to change behaviour, particularly as to age of retirement, with significant social, fiscal repercussions — Thus cost not sole*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Clause limitative — Appel de la décision dans laquelle le juge de première instance a conclu que les dispositions de la Loi sur la sécurité de la vieillesse qui privent les conjoints séparés du droit à l'allocation au conjoint contrevenaient à l'art. 15 de la Charte des droits mais étaient justifiées en vertu de son article premier — Le juge de première instance a conclu que l'objectif de la limite était urgent et réel — L'appelante a prétendu que la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint visait uniquement à limiter les coûts — Même si les coûts ne justifient pas à eux seuls une violation de la Charte, les décisions de limiter aux conjoints faisant vie commune avec des pensionnés l'allocation au conjoint et de verser une allocation semblable aux veufs et aux veuves découlaient de la crainte qu'une allocation universelle visant les personnes âgées de 60 ans et plus puisse avoir tendance à modifier les comportements, particulièrement en ce qui concerne l'âge de la retraite, ce qui entraînerait des conséquences sociales et fiscales importantes — Le juge de première instance a conclu qu'il y avait proportionnalité entre les effets de la disposition contestée et ses objectifs — Il a attribué peu de poids aux effets préjudiciables du refus aux conjoints séparés de l'allocation au conjoint (p. ex., inciter une personne à maintenir une vie commune où elle subit de la violence) parce que dans la plupart des cas, ils auraient droit à de l'aide financière de la part de la province — Aucune preuve de violence conjugale en l'espèce; le couple s'est séparé neuf ans avant que le mari ne devienne un pensionné — Le juge de première instance a accordé le poids qui convenait à la possibilité d'aide financière de la part de la province et il a écarté avec raison l'argument selon lequel la réception d'aide financière en vertu de programmes provinciaux comporte une flétrissure sociale contrairement à la réception de prestations justifiées en fonction du revenu en application de la Loi sur la sécurité de la vieillesse — La non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint était justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.*

*Pensions — Appel de la décision dans laquelle le juge de première instance a conclu que les dispositions de la Loi sur la sécurité de la vieillesse qui privent les conjoints séparés du droit à l'allocation au conjoint contrevenaient à l'art. 15 de la Charte des droits mais étaient justifiées en vertu de son article premier — L'appelante n'était pas admissible à l'allocation au conjoint à l'âge de 60 ans car elle était séparée de son mari — Le juge de première instance a conclu avec raison qu'une loi accordant une allocation justifiée en fonction du revenu à une personne vivant avec son conjoint tout en la refusant à un conjoint séparé se trouvant dans la même situation financière est discriminatoire en ce qu'elle crée une distinction fondée sur une caractéristique personnelle inhérente à la dignité humaine — Les décisions de limiter aux conjoints faisant vie commune avec des pensionnés l'allocation au conjoint*

*basis for decision to limit spouse's allowance — Deleterious effects of denial of spouse's allowance to separated spouses (motivating person to stay in abusive spousal relationship) given little weight because provincial financial assistance usually available — Exclusion of separated spouses from eligibility for spouse's allowance justified under Charter, s. 1.*

This was an appeal from the Trial Judge's finding that provisions of the *Old Age Security Act* that exclude separated spouses from entitlement to the spouse's allowance infringe Charter of Rights, section 15, but are justified under Charter, section 1. The appellant separated from her husband of 24 years in 1975. The separation continued until his death in 1998. In 1984 when Mr. Collins became 65 he received a pension under the *Old Age Security Act*. He also received the "guaranteed income supplement". The original objective of the *Old Age Security Act* was to alleviate poverty among retired persons (originally those over 70 and subsequently those over 65). In 1975 Parliament extended benefits to low-income persons who were over the age of 60, but not yet 65 who were spouses of pensioners, but not to persons in that age group who were separated, whose spousal relationship had ended in divorce or the death of the spouse, or who had never been anyone's spouse. In 1985 widows and widowers were included among persons between 60 and 65 years of age who could qualify for an income-tested allowance. The appellant did not qualify for the spouse's allowance when she turned 60 because she was separated from her spouse. She did become entitled to the old age pension in 1990, and the guaranteed income supplement as well. Before that she received income assistance from the Province of Nova Scotia, which amounted to slightly more than she would have received if she had been entitled to the spouse's allowance. Thus, although her entitlement under the *Old Age Security Act* was the same as those persons of the same age and income level who were single because they had never been married, it was less than that of persons of the same age and income level who had cohabited with their spouse or whose spouse had died. She alleged that the provisions of the *Old Age Security Act* that barred separated spouses from claiming the spouse's allowance discriminated against her on the basis of marital status.

*et de verser une allocation semblable aux veufs et aux veuves découlaient de la crainte qu'une allocation universelle visant les personnes âgées de 60 ans et plus puisse également avoir tendance à modifier les comportements, particulièrement en ce qui concerne l'âge de la retraite, ce qui entraînerait des conséquences sociales et fiscales importantes — Les coûts n'ont donc pas motivé à eux seuls la décision de limiter l'allocation au conjoint — Peu de poids a été attribué aux effets préjudiciables du refus aux conjoints séparés de l'allocation au conjoint (inciter une personne à maintenir une vie commune où elle subit de la violence) parce que de l'aide financière de la part de la province est généralement disponible — La non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint était justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.*

Il s'agissait d'un appel de la décision dans laquelle le juge de première instance a conclu que les dispositions de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* qui privent les conjoints séparés du droit à l'allocation au conjoint contrevenaient à l'article 15 de la Charte des droits mais étaient justifiées en vertu de son article premier. L'appelante s'est séparée en 1975 de son mari, avec lequel elle vivait depuis 24 ans. Ils sont demeurés séparés jusqu'à ce qu'il décède en 1998. En 1984, lorsque M. Collins a atteint l'âge de 65 ans, il a reçu une pension en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Il a aussi reçu le «supplément de revenu garanti». L'objectif initial de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* consistait à réduire la pauvreté parmi les retraités (au début, les personnes âgées de plus de 70 ans et, plus tard, les personnes âgées de plus de 65 ans). En 1975, le législateur a étendu les prestations aux personnes à faible revenu ayant plus de 60 ans et moins de 65 ans qui étaient conjointes de pensionnés, mais il ne l'a pas fait pour les personnes se trouvant dans ce groupe d'âge qui étaient séparées, divorcées ou veuves ou qui n'avaient jamais eu de conjoint. En 1985, les veufs et veuves ont été ajoutés au nombre de personnes ayant entre 60 et 65 ans qui étaient admissibles à une allocation justifiée en fonction du revenu. L'appelante n'était pas admissible à l'allocation au conjoint à l'âge de 60 ans car elle était séparée de son conjoint. Elle a obtenu le droit à la pension de la sécurité de la vieillesse en 1990 de même qu'au supplément de revenu garanti. Auparavant, elle recevait de la province de la Nouvelle-Écosse des prestations d'aide au revenu qui équivalaient à légèrement plus que ce qu'elle aurait reçu si elle avait eu droit à l'allocation au conjoint. Par conséquent, même si elle avait le même droit en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* que les personnes du même âge et du même niveau de revenu qui étaient célibataires parce qu'elles n'avaient jamais eu de conjoint, elle avait un droit moindre que celui des personnes du même âge et du même niveau de revenu qui vivaient avec leur conjoint ou dont le conjoint

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Charter does not require Parliament, upon undertaking an old age pension scheme, to provide the same benefit to everyone. Distinctions may be made, as long as the distinctions do not amount to discrimination within the meaning of subsection 15(1) of the Charter, or can be justified under section 1. In determining whether the exclusion of separated spouses from entitlement to the spouse's allowance brings into play Charter, subsection 15(1) in remedying such social ills as prejudice, stereotyping and historical disadvantage, the main consideration is whether there is any basis for concluding that the statutory distinction is an affront to the dignity, intrinsic worthiness or self-respect of persons who are not cohabiting with their spouses. If not, then the differential treatment complained of is not discriminatory in the Charter sense. The Crown argued that the scheme of pensions and allowances in the *Old Age Security Act* is intended to ameliorate hardship among persons in a disadvantaged group and that according to *Lovelace v. Ontario*, such a scheme does not infringe Charter, subsection 15(1) merely because it excludes an equally or more disadvantaged group. The Supreme Court of Canada held in that case that there was no infringement of subsection 15(1) because the program, which was designed to relieve disadvantages suffered by reserve communities, did not, in purpose or result, perpetuate a stereotype or offend the essential human dignity of unregistered bands or members thereof. *Lovelace* confirmed that even a targeted ameliorative program may infringe Charter, subsection 15(1).

In his subsection 15(1) analysis, the Trial Judge considered whether separated spouses suffer from some pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping or prejudice. He considered three decisions of the Supreme Court of Canada that he said indicated an emerging recognition that the separated as a group, and particularly separated women, constitute a disadvantaged and vulnerable group. It was incorrect to treat these judicial comments as evidence, and in any event, they fell short of establishing that separated spouses generally are subject to the kind of historical disadvantage or vulnerability that could support a Charter claim. The Trial Judge, however, gave this factor little weight, and failure to prove historical disadvantage or

était décédé. Elle a allégué que les dispositions de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* qui empêchaient les conjoints séparés de réclamer l'allocation au conjoint constituaient de la discrimination fondée sur l'état matrimonial à son endroit.

*Arrêt*: l'appel est rejeté.

La Charte n'oblige pas le législateur à accorder le même avantage à tous lorsqu'il établit un régime de sécurité de la vieillesse. Il peut faire des distinctions dans la mesure où celles-ci n'équivalent pas à de la discrimination au sens du paragraphe 15(1) de la Charte ou peuvent être justifiées en vertu de l'article premier. Pour déterminer si la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint fait intervenir le paragraphe 15(1) de la Charte afin qu'il soit remédié à des problèmes sociaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique, il faut déterminer principalement s'il existe des motifs permettant de conclure que la distinction faite par la loi constitue un affront à la dignité, à la valeur intrinsèque ou à l'estime de soi des personnes ne vivant pas avec leur conjoint. Si tel n'est pas le cas, il s'ensuit que la différence de traitement dont on se plaint n'est pas discriminatoire au sens de la Charte. La Couronne a soutenu que le régime de pensions et d'allocations prévu dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* visait à améliorer le sort des personnes faisant partie d'un groupe défavorisé et que, selon l'arrêt *Lovelace c. Ontario*, un tel régime ne violait pas le paragraphe 15(1) de la Charte simplement parce qu'il excluait un groupe aussi défavorisé ou plus défavorisé. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a conclu à l'absence de violation du paragraphe 15(1) parce que le programme, qui visait à atténuer les désavantages subis par les communautés vivant sur des réserves, n'avait pas comme objet ou comme résultat de perpétuer un stéréotype ou de porter atteinte à la dignité humaine essentielle des bandes non inscrites ou de leurs membres. L'arrêt *Lovelace* a confirmé que même un programme améliorateur ciblé pouvait violer le paragraphe 15(1) de la Charte.

Dans son analyse relative au paragraphe 15(1), le juge de première instance a examiné la question de savoir si les conjoints séparés souffrent d'un désavantage préexistant, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés. Il a examiné trois arrêts de la Cour suprême du Canada qui, selon lui, indiquent qu'on reconnaît de plus en plus qu'en tant que groupe, les conjoints séparés, et en particulier les femmes séparées, sont défavorisés et vulnérables. Il était erroné de traiter ces commentaires comme éléments de preuve, et, de toute manière, ceux-ci n'établissent pas que les conjoints séparés font généralement l'objet d'un désavantage historique ou d'une vulnérabilité de nature à appuyer une demande fondée sur la Charte. Le juge de première instance

vulnerability is not by itself fatal to a claim under Charter, subsection 15(1).

The Trial Judge correctly concluded that the exclusion of separated spouses from entitlement to the spouse's allowance denied them access to federal government assistance that was available to other older Canadians whose circumstances were similar, and that the *Old Age Security Act* did not recognize, address or accommodate the needs of separated spouses with low incomes during the relevant period. Finally, the Trial Judge referred to the comments of McLachlin J. in *Thibaudeau v. Canada* that "one's status *vis-à-vis* one's former spouse involves freedom to form family relationships and touches on matters so intrinsically human, personal and relational that a distinction based on this ground must often violate a person's dignity". The validity of this comment was obvious. The Trial Judge did not err in concluding that a statute granting an income-tested allowance to a cohabiting spouse, while denying it to a separated spouse in similar financial circumstances, is discriminatory in that it creates a distinction based on a personal characteristic intrinsic to human dignity.

The Trial Judge determined that the exclusion of separated spouses from entitlement to the spouse's allowance was justified under Charter, section 1. The appellant argued that the only reason for excluding separated spouses from entitlement to the spouse's allowance was to limit costs, and that cost considerations can never justify infringement of a Charter right to equality. It was also argued that discrimination in the relief of poverty is not compatible with the values that characterize a free and democratic society. While cost alone cannot justify a Charter infringement, the record did not establish that cost was the sole basis for the decision to limit the spouse's allowance to cohabiting spouses of pensioners, or the decision to provide a similar allowance for widows and widowers only. The basis of both decisions was the concern that a universal allowance for those 60 years or older would not only lead to a greater number of claims immediately, which obviously is a cost consideration, but could also tend to change behaviour, particularly with respect to the age of retirement, which would have a number of other social and fiscal implications.

a toutefois donné peu de poids à ce facteur, et le défaut de démontrer l'existence d'un désavantage historique ou d'une vulnérabilité n'emporte pas en soi le rejet d'une demande fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte.

Le juge de première instance a eu raison de conclure que la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint les empêchait d'obtenir l'aide fédérale à laquelle peuvent recourir d'autres Canadiens âgés se trouvant dans la même situation et que la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* ne reconnaissait pas les besoins des conjoints séparés à faible revenu et qu'elle ne prévoyait rien à leur égard pendant la période pertinente. Finalement, le juge de première instance a fait référence aux observations que le juge McLachlin a faites dans l'arrêt *Thibaudeau c. Canada* et selon lesquelles «le statut d'une personne par rapport à celui de son ex-conjoint touche la liberté de l'individu à façonner ses relations familiales comme il l'entend et touche des éléments si intrinsèquement humains, personnels et relationnels qu'une distinction fondée sur ce motif peut souvent porter atteinte à la dignité d'une personne». Le bien-fondé de ce commentaire était évident. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur en concluant qu'une loi accordant une allocation justifiée en fonction du revenu à une personne vivant avec son conjoint tout en la refusant à un conjoint séparé se trouvant dans la même situation financière est discriminatoire en ce qu'elle crée une distinction fondée sur une caractéristique personnelle inhérente à la dignité humaine.

Le juge de première instance a conclu que la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint était justifiée en vertu de l'article premier de la Charte. L'appelante a prétendu que la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint visait uniquement à limiter les coûts et que les questions de coûts ne pouvaient jamais justifier l'atteinte à un droit à l'égalité garanti par la Charte. Elle a également soutenu que la discrimination dans le cadre de l'atténuation de la pauvreté était incompatible avec les valeurs qui caractérisent une société libre et démocratique. Même si les coûts ne peuvent pas à eux seuls justifier une violation de la Charte, le dossier n'établissait pas que seuls les coûts avaient motivé la décision de limiter aux conjoints faisant vie commune avec des pensionnés l'allocation au conjoint ou la décision de verser une allocation semblable uniquement aux veufs et aux veuves. Les deux décisions découlaient de la crainte qu'une allocation universelle visant les personnes âgées de 60 ans et plus non seulement mène immédiatement à un plus grand nombre de demandes, ce qui est manifestement une question de coûts, mais puisse également avoir tendance à modifier les comportements, particulièrement en ce qui concerne l'âge de la retraite, ce qui entraînerait un certain nombre d'autres conséquences pour la société et les contribuables.

The Trial Judge found that there was proportionality between the effects of the impugned provision and its objectives. While denial of the spouse's allowance to separated spouses could have deleterious effects, particularly if the ineligibility for the spousal allowance could motivate a person to remain in an abusive spousal relationship, the Trial Judge assigned this possibility little weight because in most cases a person who has no recourse to the spouse's allowance would be eligible for provincial financial assistance. Ineligibility for the spouse's allowance was not a factor in the appellant's decision to separate from her husband. There was no evidence of spousal abuse and her separation occurred nine years before Mr. Collins became a pensioner. The Trial Judge gave appropriate consideration to the availability of provincial financial assistance for the appellant and similarly situated individuals, and correctly discounted the submission that there is a social stigma attached to the receipt of financial assistance under provincial programs as opposed to income tested benefits under the *Old Age Security Act*. Bearing in mind that Parliament is better equipped than the Court to find an appropriate balance between the competing interests that arose herein, the Trial Judge correctly held that the exclusion of separated spouses from eligibility for a spouse's allowance under the *Old Age Security Act* was justified under Charter, section 1.

Le juge de première instance a conclu qu'il y avait proportionnalité entre les effets de la disposition contestée et ses objectifs. Même si le refus aux conjoints séparés de l'allocation au conjoint pourrait avoir des effets préjudiciables, particulièrement si cette non-admissibilité était susceptible d'inciter une personne à maintenir une vie commune où elle subit de la violence, le juge du procès a accordé peu d'importance à cette possibilité parce que dans la plupart des cas, une personne n'ayant pas droit à l'allocation au conjoint serait admissible à de l'aide financière de la part de la province. La non-admissibilité à l'allocation au conjoint n'a joué aucun rôle dans la décision de l'appelante de se séparer de son mari. Aucun élément de preuve n'indiquait l'existence de violence conjugale et la séparation a eu lieu environ neuf ans avant que M. Collins ne devienne un pensionné. Le juge du procès a tenu compte comme il se doit de la possibilité pour l'appelante et les personnes se trouvant dans la même situation d'obtenir de l'aide financière de la part de la province, et il a écarté avec raison l'argument selon lequel la réception d'aide financière en vertu de programmes provinciaux comporte une flétrissure sociale contrairement à la réception de prestations justifiées en fonction du revenu en application de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*. Compte tenu que le législateur est mieux placé que la Cour pour trouver un équilibre convenable entre les intérêts contradictoires en l'espèce, le juge de première instance a conclu avec raison que la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint prévue par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* était justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- An Act to amend the Old Age Security Act*, S.C. 1970-71-72, c. 9.  
*An Act to amend the Old Age Security Act*, S.C. 1985, c. 30.  
*Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3.  
*Budget Implementation Act, 1998*, S.C. 1998, c. 21.  
*Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8.  
*Canada Pension Plan*, S.C. 1964-65, c. 51.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15(1).  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.  
*Old Age Pensions Act, 1927*, S.C. 1926-27, c. 35, s. 3 (as am. by S.C. 1931, c. 42, s. 1).  
*Old Age Security Act*, R.S.C. 1970, c. O-6, ss. 17.1 (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 58, s. 5), 17.2 (as enacted *idem*), 17.3 (as enacted *idem*), 17.31 (as enacted by S.C. 1978-79, c. 3, s. 2; 1979, c. 4, s. 4), 17.4 (as enacted by S.C. 1974-75-76, c. 58, s. 5), 17.5

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15(1).  
*Loi des pensions de vieillesse, 1927*, S.C. 1926-27, ch. 35, art. 3 (mod. par S.C. 1931, ch. 42, art. 1).  
*Loi d'exécution du budget de 1998*, L.C. 1998, ch. 21.  
*Loi modifiant la Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.C. 1970-71-72, ch. 9.  
*Loi modifiant la Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.C. 1985, ch. 30.  
*Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3.  
*Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, art. 19(1), (5) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 34, art. 2).  
*Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.R.C. 1970, ch. O-6, art. 17.1 (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 58, art. 5), 17.2 (édicte, *idem*), 17.3 (édicte, *idem*), 17.31 (édicte par S.C. 1978-79, ch. 3, art. 2; 1979, ch. 4, art. 4), 17.4 (édicte par S.C. 1974-75-76, ch. 58, art. 5), 17.5

(as enacted *idem*), 17.6 (as enacted *idem*), 17.7 (as enacted *idem*), 17.8 (as enacted *idem*).

*Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, s. 19(1), (5) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 34, s. 2).

*Old Age Security Act (The)*, S.C. 1951 (2nd Sess.), c. 18.

(édicte, *idem*), 17.6 (édicte, *idem*), 17.7 (édicte, *idem*), 17.8 (édicte, *idem*).

*Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.C. 1951 (2<sup>e</sup> sess.), ch. 18.

*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

*Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8.

*Régime de pensions du Canada*, S.C. 1964-65, ch. 51.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 236 N.R. 1; *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627; (1995), 124 D.L.R. (4th) 449; 29 C.R.R. (2d) 1; [1995] 1 C.T.C. 382; 95 DTC 5273; 182 N.R. 1; 12 R.F.L. (4th) 1; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; Reference re Independence and Impartiality of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island; R. v. Campbell; R. v. Ekmecic; R. v. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. v. Manitoba (Minister of Justice)*, [1997] 3 S.C.R. 3; (1997), 204 A.R. 1; 121 Man. R. (2d) 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; (1999), 171 D.L.R. (4th) 577; 238 N.R. 179; 121 O.A.C. 1; 46 R.F.L. (4th) 32.

##### DISTINGUISHED:

*Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201.

##### CONSIDERED:

*Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; (1992), 99 D.L.R. (4th) 456; [1993] 1 W.W.R. 481; 81 Man. R. (2d) 161; 145 N.R. 1; 43 R.F.L. (3d) 345; *Marzetti v. Marzetti*, [1994] 2 S.C.R. 765; [1994] 7 W.W.R. 623; (1994), 20 Alta. L.R. (3d) 1; 26 C.B.R. (3d) 161; 169 N.R. 161; 5 R.F.L. (4th) 1.

##### AUTHORS CITED

National Council of Welfare (Canada). *Women and Poverty Revisited: A Report*. Ottawa: The Council, 1990.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; (1995), 124 D.L.R. (4th) 609; 95 CLLC 210-025; 29 C.R.R. (2d) 79; 182 N.R. 161; 12 R.F.L. (4th) 201; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 236 N.R. 1; *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627; (1995), 124 D.L.R. (4th) 449; 29 C.R.R. (2d) 1; [1995] 1 C.T.C. 382; 95 DTC 5273; 182 N.R. 1; 12 R.F.L. (4th) 1; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R. 87; 14 O.A.C. 335; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; Renvoi relatif à l'indépendance et à l'impartialité des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard; R. c. Campbell; R. c. Ekmecic; R. c. Wickman; Manitoba Provincial Judges Assn. c. Manitoba (Ministre de la Justice)*, [1997] 3 R.C.S. 3; (1997), 204 A.R. 1; 121 Man. R. (2d) 1; 156 Nfld. & P.E.I.R. 1; 150 D.L.R. (4th) 577; 118 C.C.C. (3d) 193; 11 C.P.C. (4th) 1; 217 N.R. 1; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; (1999), 171 D.L.R. (4th) 577; 238 N.R. 179; 121 O.A.C. 1; 46 R.F.L. (4th) 32.

##### DISTINCTION FAITE D'AVEC:

*Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; (1992), 99 D.L.R. (4th) 456; [1993] 1 W.W.R. 481; 81 Man. R. (2d) 161; 145 N.R. 1; 43 R.F.L. (3d) 345; *Marzetti c. Marzetti*, [1994] 2 R.C.S. 765; [1994] 7 W.W.R. 623; (1994), 20 Alta. L.R. (3d) 1; 26 C.B.R. (3d) 161; 169 N.R. 161; 5 R.F.L. (4th) 1.

##### DOCTRINE

Conseil national du bien-être social (Canada). *La femme et la pauvreté: dix ans plus tard: Rapport*. Ottawa: Le Conseil, 1990.



APPEAL from the Trial Judge's finding that provisions of the *Old Age Security Act* that exclude separated spouses from entitlement to the spouse's allowance infringe Charter of Rights, section 15, but are justified under Charter, section 1 (*Collins v. Canada*, [2000] 2 F.C. 3; (1999), 178 F.T.R. 161 (T.D.)). Appeal dismissed.

## APPEARANCES:

*Vincent Calderhead* and *Chandra Gosine* for appellant.  
*John B. Laskin* and *Andrew E. Bernstein* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Nova Scotia Legal Aid* for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] SHARLOW J.A.: In 1988 Mary Collins commenced an action against the Crown on the basis that subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] is infringed by the provisions of the *Old Age Security Act*, R.S.C., 1985, c. O-9, that exclude separated spouses from entitlement to the spouse's allowance. The action was dismissed in a decision reported as *Collins v. Canada*, [2000] 2 F.C. 3 (T.D.). The Trial Judge gave lengthy and detailed reasons for holding that the provision was discriminatory but was justified under section 1 of the Charter. Ms. Collins now appeals that decision, arguing that the Trial Judge erred on the issue of justification. The Crown argues that the Trial Judge erred in finding the provision discriminatory, but if it was discriminatory, then the Trial Judge was correct to find justification.

APPEL de la décision dans laquelle le juge de première instance a conclu que les dispositions de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* qui privent les conjoints séparés du droit à l'allocation au conjoint contrevenaient à l'article 15 de la Charte des droits mais étaient justifiées en vertu de son article premier (*Collins c. Canada*, [2000] 2 C.F. 3; (1999), 178 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.)). Appel rejeté.

## ONT COMPARU:

*Vincent Calderhead* et *Chandra Gosine* pour l'appelante.  
*John B. Laskin* et *Andrew E. Bernstein* pour l'intimé.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Nova Scotia Legal Aid* pour l'appelante.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE SHARLOW, J.C.A.: En 1988, Mary Collins a introduit une action contre la Couronne au motif que la disposition de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, L.R.C. (1985), ch. O-9, qui prive les conjoints séparés du droit à l'allocation au conjoint, contrevenait au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi Constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. L'action a été rejetée dans une décision publiée sous *Collins c. Canada*, [2000] 2 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.). Le juge de première instance a prononcé des motifs élaborés à l'appui de sa conclusion selon laquelle la disposition en cause était discriminatoire mais était justifiée en vertu de l'article premier de la Charte. M<sup>me</sup> Collins interjette maintenant appel contre cette décision, prétendant que le juge de première instance a commis une erreur sur la question de la justification. La Couronne soutient que le juge de première instance a commis une erreur en concluant que la disposition était discriminatoire, mais que, si elle l'était, le juge a eu raison de conclure qu'elle était justifiée.

[2] The relevant statutory provisions as in force in 1988 read as follows:

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

...

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

*Old Age Security Act* [s. 19(5) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 34, s. 2)]

19. (1) Subject to this Act and the regulations, for each month in any fiscal year, a spouse's allowance may be paid to the spouse of a pensioner if the spouse

- (a) is not separated from the pensioner;
- (b) has attained sixty years of age but has not attained sixty-five years of age; and
- (c) has resided in Canada after attaining eighteen years of age and prior to the day on which the spouse's application is approved for an aggregate period of at least ten years and, where that aggregate period is less than twenty years, was resident in Canada on the day preceding the day on which the spouse's application is approved.

...

(5) A spouse's allowance under this section ceases to be payable on the expiration of the month in which the spouse in respect of whom it is paid dies, attains sixty-five years of age, ceases to be a spouse or becomes separated from the pensioner.

[2] Les dispositions législatives pertinentes en vigueur en 1988 prévoyaient:

*Charte canadienne des droits et libertés*

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[...]

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

*Loi sur la sécurité de la vieillesse* [art. 19(5) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 34, art. 2)]

19. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des règlements, il peut être versé une allocation mensuelle au conjoint qui réunit les conditions suivantes:

- a) il n'est pas séparé du pensionné;
- b) il a au moins soixante ans mais n'a pas encore 65 ans;
- c) il a, après l'âge de dix-huit ans, résidé en tout ou Canada pendant au moins dix ans et, dans le cas où la période de résidence est inférieure à vingt ans, résidait au Canada le jour précédant celui de l'agrément de sa demande.

[...]

(5) Le droit à l'allocation prévue au présent article expire à la fin du mois où son bénéficiaire atteint 60-cinq ans, meurt, perd sa qualité de conjoint ou se sépare du pensionné.

## Facts

[3] The appellant Mary Collins married Henry Collins in 1951. She separated from him in 1975. The separation continued until his death in 1998. Ms. Collins received no maintenance from him after the separation.

[4] In 1984 when Mr. Collins became 65 years of age, he received benefits under the *Old Age Security Act* [R.S.C. 1970, c. O-6], as then in effect, in the form of a pension referred to as the “old age pension”. His entitlement to the pension was based on his age and the fact that he met the statutory residence requirements. Because his income fell below the statutory threshold, he also received the “guaranteed income supplement” under the *Old Age Security Act*.

[5] But for the fact that Ms. Collins was separated from her husband, she would have been entitled to a monthly “spouse’s allowance” under section 19 of the *Old Age Security Act* beginning on November 21, 1985, when she became 60 years of age, until she became entitled to the old age pension in her own right at the age of 65.

[6] Ms. Collins became entitled to the old age pension on November 21, 1990. She also became entitled to the guaranteed income supplement because her income fell below the statutory threshold. Before that, she received income assistance from the Province of Nova Scotia, where she resided. The record does not disclose the basis upon which that financial assistance was provided, but in any event she received slightly more from the Province of Nova Scotia than she would have received if she had been entitled to the spouse’s allowance. Her provincial entitlement would have been reduced, dollar for dollar, for any spouse’s allowance she received.

[7] In 1988 Ms. Collins commenced an action alleging that the provision of the *Old Age Security Act* that barred separated spouses from claiming the spouse’s allowance discriminated against her on the basis of marital status, contrary to subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In

## Les faits

[3] L’appelante Mary Collins a épousé Henry Collins en 1951. Elle s’est séparée de lui en 1975. Ils sont demeurés séparés jusqu’à ce qu’il décède en 1998. M<sup>me</sup> Collins n’a reçu aucune pension alimentaire de sa part après la séparation.

[4] En 1984, lorsque M. Collins a atteint l’âge de 65 ans, il a reçu des prestations en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* [S.R.C. 1970, ch. O-6], suivant la version en vigueur à l’époque, sous forme de pension connue sous le nom de «pension de sécurité de la vieillesse». Son droit à la pension reposait sur son âge et sur son respect des exigences de résidence prévues par la loi. Son revenu étant inférieur au seuil prescrit, il a aussi reçu le «supplément de revenu garanti» que prévoit cette Loi.

[5] Si M<sup>me</sup> Collins n’avait pas été séparée de son mari, elle aurait eu droit à une «allocation au conjoint» mensuelle en vertu de l’article 19 de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* à compter du 21 novembre 1985, date où elle a atteint l’âge de 60 ans, jusqu’à ce qu’elle ait droit à sa propre pension de sécurité de la vieillesse à l’âge de 65 ans.

[6] M<sup>me</sup> Collins a obtenu le droit à la pension de sécurité de la vieillesse le 21 novembre 1990. Elle a également obtenu le droit au supplément de revenu garanti parce que son revenu était inférieur au seuil prévu par la loi. Auparavant, elle recevait des prestations d’aide au revenu de la province de la Nouvelle-Écosse, où elle résidait. Le dossier n’indique pas les motifs de l’octroi de ces prestations mais, de toute manière, elle recevait légèrement plus de la province que ce qu’elle aurait reçu si elle avait eu droit à l’allocation au conjoint. Le montant auquel elle avait droit de la part de la province aurait été réduit, au dollar près, de toute allocation au conjoint qu’elle aurait reçue.

[7] En 1988, M<sup>me</sup> Collins a introduit une action dans laquelle elle alléguait que la disposition de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* qui empêchait les conjoints séparés de réclamer l’allocation au conjoint constituait de la discrimination fondée sur l’état matrimonial à son endroit, contrairement au paragraphe 15(1) de la

addition to declaratory relief, she claimed damages in the amount of the spouse's allowance for the relevant period, plus interest.

#### Statutory history

[8] To put this issue in context, it is helpful to consider certain aspects of the history of the *Old Age Security Act*.

[9] The statutory predecessor to the *Old Age Security Act* was *The Old Age Pensions Act, 1927*, S.C. 1926-27, c. 35 (R.S.C. 1927, c. 156). Under that statute, the federal government reimbursed the provinces for 50% of pensions paid to certain Canadian residents aged 70 or over. The reimbursement was increased to 75% in 1931 (S.C. 1931, c. 42, s. 1). Entitlement was based on an income test or, as it was then referred to, a "means test".

[10] Effective January 1, 1952, the *Old Age Pensions Act, 1927* was replaced by the *The Old Age Security Act*, S.C. 1951 (2nd Sess.), c. 18. It provided a pension to all persons aged 70 or over, subject to certain requirements as to residence in Canada. The benefit was provided as of right, with no income test. It continued to be referred to as the old age pension.

[11] The enactment of the *Canada Pension Plan*, S.C. 1964-65, c. 51 led to a number of changes to the old age pension scheme. The Canada Pension Plan provides for a contributory pension based on income from employment and self-employment. The normal retirement age in the Canada Pension Plan was set at age 65. In order to co-ordinate the operation of the Canada Pension Plan with that of the *Old Age Security Act*, the age of entitlement under the latter statute was reduced annually by one year starting in 1966, so that by 1970 it was reduced to age 65.

[12] To provide benefits under the *Old Age Security Act* to those who reached the age of 65 before 1976,

*Charte canadienne des droits et libertés*. Hormis un jugement déclaratoire, elle a réclamé des dommages-intérêts au montant de l'allocation au conjoint pour la période pertinente, plus les intérêts.

#### L'historique législatif

[8] Pour situer cette question dans son contexte, il est utile d'examiner certains aspects de l'historique de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*.

[9] La loi ayant précédé la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* est la *Loi des pensions de vieillesse, 1927*, S.C. 1926-27, ch. 35 (S.R.C. 1927, ch. 156). En vertu de cette loi, le gouvernement fédéral remboursait aux provinces 50 % des pensions versées à certains résidents canadiens âgés de 70 ans ou plus. Le remboursement a été augmenté à 75 % en 1931 (S.C. 1931, ch. 42, art. 1). Le droit à la pension reposait sur une justification fondée sur le revenu ou, comme on l'appelait alors, une justification fondée sur les moyens.

[10] Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1952, la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, S.C. 1951 (2<sup>e</sup> sess.), ch. 18, a remplacé la *Loi des pensions de vieillesse, 1927*. La *Loi sur la sécurité de la vieillesse* prévoyait que les personnes âgées de 70 ans et plus recevraient une pension, sous réserve de certaines exigences relatives à la résidence au Canada. Tous avaient droit à cette pension sans être assujettis à une justification fondée sur le revenu. On a continué de l'appeler la pension de vieillesse.

[11] L'adoption du *Régime de pensions du Canada*, S.C. 1964-65, ch. 51, a mené à un certain nombre de modifications au régime de la sécurité de la vieillesse. Le régime de pensions du Canada établit une pension contributive fondée sur le revenu d'emploi et le revenu d'entreprise. Dans ce régime, l'âge normal de la retraite a été fixé à 65 ans. Pour coordonner l'application du régime de pensions du Canada et celle de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*, l'âge ouvrant droit à pension dans cette dernière loi a été réduit d'une année à chaque année à partir de 1966, de sorte qu'il avait été réduit à 65 ans en 1970.

[12] Pour fournir les prestations prévues par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* aux personnes ayant

when the first full benefits would become available under the Canada Pension Plan, a limited form of guaranteed income supplement was added to the *Old Age Security Act*. Entitlement to the guaranteed income supplement was based on an income test.

[13] In 1971 the federal government introduced a permanent guaranteed income supplement for pensioners [*An Act to amend the Old Age Security Act*], S.C. 1970-71-72, c. 9 (R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 21). The guaranteed income supplement was subject to an income test and was indexed to reflect increases in the cost of living. It provided a higher supplement to a pensioner living alone than to each member of a two-pensioner couple. Initially the higher rate was payable to a married pensioner with a cohabiting non-pensioner spouse, but that was no longer the case after 1973, when the basic old age pension rate was increased and indexed.

[14] The spouse's allowance was added to the *Old Age Security Act* [ss. 17.1 – 17.8] effective October 1, 1975 (S.C. 1974-75-76, c. 58, s. 5). It was payable, subject to an income test and certain requirements as to residence in Canada, to anyone 60 years of age or over but not yet 65 years of age, who was the spouse of a pensioner with whom he or she lived. Cohabiting couples were considered spouses for the purposes of this provision, if they publicly represented themselves as husband and wife for one year if neither had a legal spouse, or three years if one of them had a legal spouse.

[15] The spouse's allowance was intended to alleviate the financial hardship suffered by couples who had been living on the income of one working spouse. If the non-working spouse was not then 65, the couple would be compelled to live on a single old age pension and guaranteed income supplement when the working spouse retired at age 65. The spouse's allowance was set at a rate that ensured that a couple

atteint l'âge de 65 ans avant 1976, année où les premières prestations du régime de pensions du Canada étaient versées, on a ajouté à la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* une forme limitée de supplément de revenu garanti. Le droit à ce supplément était déterminé en fonction d'une justification fondée sur le revenu.

[13] En 1971, le gouvernement fédéral a introduit un supplément de revenu garanti permanent pour les pensionnés [*Loi modifiant la Loi sur la sécurité de la vieillesse*], S.C. 1970-71-72, ch. 9 (S.R.C. 1970 (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 21). Le supplément de revenu garanti était assujéti à une justification fondée sur le revenu et était indexé au coût de la vie. Ce supplément était plus élevé pour un pensionné vivant seul que pour chaque membre d'un couple de pensionnés. Au début, le barème le plus élevé revenait au pensionné marié avec un non-pensionné habitant avec lui, mais cela n'était plus le cas après 1973, année où le barème minimal de la pension de sécurité de la vieillesse a été accru et indexé.

[14] L'allocation au conjoint a été ajoutée à la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* [art. 17.1 à 17.8] et a commencé à s'appliquer le 1<sup>er</sup> octobre 1975 (S.C. 1974-75-76, ch. 58, art. 5). Sous réserve d'une justification fondée sur le revenu et de certaines exigences relatives à la résidence au Canada, cette allocation était payable à toute personne ayant entre 60 ans inclusivement et 65 ans exclusivement qui était conjointe d'un pensionné avec lequel elle vivait. Les membres des couples faisant vie commune étaient considérés des conjoints, aux fins de la disposition en cause, s'ils se présentaient publiquement comme mari et femme pendant un an dans le cas où aucun n'avait un conjoint au sens de la loi ou pendant trois ans si l'un d'eux avait un conjoint au sens de la loi.

[15] L'allocation au conjoint visait à atténuer les difficultés financières dont souffraient les couples où un seul conjoint travaillait. Si le conjoint qui ne travaillait pas n'était pas âgé de 65 ans, le couple était forcé de subvenir à ses besoins à partir d'une seule pension de sécurité de la vieillesse et d'un seul supplément de revenu garanti lorsque le conjoint qui travaillait prenait sa retraite à 65 ans. Le barème de

consisting of a pensioner and a non-pensioner would together receive the same amount as if they were both pensioners.

[16] Effective January 1, 1979, the *Old Age Security Act* [s. 17.31] was amended to permit the continuation of the spouse's allowance for six months after the death of the pensioner (S.C. 1978-79, c. 3, s. 2). The six-month limitation was soon altered so that the allowance would continue until the surviving spouse became 65 years of age, remarried or died (S.C. 1979, c. 4, s. 4).

[17] Effective September 1, 1985, the survivor's allowance was introduced ([*An Act to amend the Old Age Security Act*] S.C. 1985, c. 30). It was equivalent in amount to the spouse's allowance. The survivor's allowance was made available, subject to an income test and to certain requirements as to residence in Canada, to persons between the ages of 60 and 65 whose spouse had died and who had not thereafter become the spouse of another person. It did not matter whether the deceased spouse had ever been a pensioner.

[18] In the same legislation, the term "spouse" was redefined to include couples who had lived together for one year and who publicly represented themselves as man and wife. This eliminated the three-year requirement for persons cohabiting with someone other than a legal spouse.

[19] As a result of the most recent changes which took effect on July 1, 1999, same-sex partners are given the same entitlements as spouses, and a person in receipt of a spouse's allowance may continue to receive it for a period of three months after separation or divorce ([*Budget Implementation Act, 1998*] S.C. 1998, c. 21). The latter amendment represents the only attempt to alleviate the financial hardship associated with marital breakdown.

l'allocation au conjoint a été fixé de manière à ce qu'un couple formé d'un pensionné et d'un non-pensionné reçoive ensemble le même montant que si ses membres étaient tous deux pensionnés.

[16] Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1979, une modification à la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* [art. 17.31] a permis que l'allocation au conjoint continue d'être versée pendant six mois après le décès du pensionné (S.C. 1978-79, ch. 3, art. 2). Ce délai de six mois a rapidement été modifié de manière à ce que l'allocation continue d'être versée jusqu'à ce que le conjoint survivant atteigne l'âge de 65 ans, qu'il se remarie ou qu'il décède (S.C. 1979, ch. 4, art. 4).

[17] On a introduit l'allocation au survivant ([*Loi modifiant la Loi sur la sécurité de la vieillesse*] S.C. 1985, ch. 30) et celle-ci a commencé à s'appliquer le 1<sup>er</sup> septembre 1985. Cette allocation était du même montant que l'allocation au conjoint, et, sous réserve d'une justification fondée sur le revenu et de certaines exigences relatives à la résidence au Canada, elle était versée aux personnes ayant entre 60 ans inclusivement et 65 ans exclusivement, dont le conjoint était décédé, et qui n'avaient pas par la suite épousé une autre personne. Il n'importait pas que le conjoint décédé ait déjà été ou non un pensionné.

[18] Dans la même loi modificatrice, on a redéfini la notion de «conjoint» pour l'étendre aux couples qui ont vécu ensemble pendant un an et qui se sont publiquement présentés comme mari et femme. Cela a éliminé l'exigence de trois ans dans le cas des personnes vivant avec une autre personne qu'un conjoint au sens de la loi.

[19] En raison des modifications les plus récentes, entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 1999, les conjoints de même sexe bénéficient des mêmes droits que les conjoints et le prestataire d'une allocation au conjoint peut continuer à la recevoir pour une période de trois mois après la séparation ou le divorce ([*Loi d'exécution du budget de 1998*] L.C. 1998, ch. 21). La dernière modification constitue la seule tentative d'atténuer les difficultés financières liées à l'échec du mariage.

[20] Constitutional amendments were required to permit the federal government to provide old age pensions. There is also provincial legislation that is substantially equivalent to the *Canada Pension Plan*, R.S.C., 1985, c. C-8. Nothing turns on them in the present case.

[21] For the same reason I have disregarded a number of statutory amendments that increased pension rates, and the income tax regime relating to pensions. It is sufficient to note that pension rates have increased over time and that the income tax rules relating to amounts received under the *Old Age Security Act* are relatively less favourable to those with higher incomes.

[22] By way of summary, the original objective of the *Old Age Security Act* was to alleviate poverty among retired persons (originally those over 70 and then those over 65). In 1975, Parliament extended benefits under the *Old Age Security Act* to low income persons who were over the age of 60 but not yet 65 who were spouses of pensioners, but not to persons in that age group who were separated, whose spousal relationship had ended in divorce or the death of the spouse, or who had never been anyone's spouse. In 1985, widows and widowers were included among persons between 60 and 65 years of age who could qualify for an income tested allowance.

[23] Ms. Collins falls into the category of persons who did not qualify for the spouse's allowance when she became 60 years of age because she was by then separated from her spouse. Thus, although her entitlement under the *Old Age Security Act* is the same as those of persons of the same age and income level who are single because they have never become anyone's spouse, it is less than that of persons of the same age and income level who cohabit with their spouse or whose spouse has died. It is on the basis of the statutory distinction between cohabiting and separated spouses that Ms. Collins asserts a claim under subsection 15(1) of the Charter.

[20] Il a fallu des modifications constitutionnelles pour que le gouvernement fédéral puisse fournir des pensions de sécurité de la vieillesse. Il existe également des dispositions législatives provinciales essentiellement équivalentes au *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-8. Ces modifications et ces dispositions ne sont pas en cause en l'espèce.

[21] C'est pour la même raison que je n'ai pas tenu compte d'un certain nombre de modifications législatives qui ont accru les barèmes de pension et du régime fiscal applicable aux pensions. Il suffit de dire que les barèmes de pension ont augmenté avec le temps et que les règles fiscales portant sur les montants reçus en application de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* sont relativement moins favorables aux personnes à revenu élevé.

[22] En résumé, l'objectif initial de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* consistait à réduire la pauvreté parmi les retraités (au début, les personnes âgées de plus de 70 ans et, plus tard, les personnes âgées de plus de 65 ans). En 1975, le législateur a étendu les prestations prévues par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* aux personnes à faible revenu ayant plus de 60 ans et moins de 65 ans qui étaient conjointes de pensionnés, mais il ne l'a pas fait pour les personnes se trouvant dans ce groupe d'âge qui étaient séparées, divorcées ou veuves ou qui n'avaient jamais eu de conjoint. En 1985, les veufs et veuves ont été ajoutés au nombre de personnes ayant entre 60 et 65 ans qui étaient admissibles à une allocation justifiée en fonction du revenu.

[23] M<sup>me</sup> Collins fait partie de la catégorie des personnes qui n'étaient pas admissibles à l'allocation au conjoint à l'âge de 60 ans car elle était alors séparée de son conjoint. Par conséquent, bien qu'elle ait le même droit en vertu de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* que les personnes du même âge et du même niveau de revenu qui sont célibataires parce qu'elles n'ont jamais eu de conjoint, elle a un droit moindre que celui des personnes du même âge et du même niveau de revenu qui vivent avec leur conjoint ou dont le conjoint est décédé. C'est en raison de la distinction légale entre les conjoints vivant ensemble et les conjoints séparés que M<sup>me</sup> Collins présente une demande fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte.

## Subsection 15(1) of the Charter

[24] There may be many grounds on which one could criticize Parliament, having established the spouse's allowance for some but not all persons between the ages of 60 and 65, for drawing the line where it did in 1975, or where it did in 1985. Any low income person in one of the excluded categories might fairly complain that their financial need is the same as that of a person entitled to an allowance.

[25] However, the Charter does not require Parliament, upon undertaking an old age pension scheme, to provide the same benefit to everyone. Distinctions may be made, as long as the distinctions do not amount to discrimination within the meaning of subsection 15(1) of the Charter, or can be justified under section 1.

[26] In determining whether the exclusion of separated spouses from entitlement to the spouse's allowance brings into play subsection 15(1) of the Charter in remedying such social ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage, the main consideration is whether there is any basis for concluding that the statutory distinction is an affront to the dignity, intrinsic worthiness or self-respect of persons who are not cohabiting with their spouses. If not, then, the differential treatment of which Ms. Collins complains is not discriminatory in the Charter sense.

[27] The Trial Judge concluded that the exclusion of separated spouses is discriminatory in the Charter sense. That conclusion is supported by Ms. Collins and challenged by the Crown in this appeal.

[28] The Crown's argument is based primarily on the decision of the Supreme Court of Canada in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950. The Crown argues that if *Lovelace* had been decided before the Trial Judge had rendered his decision in this case, he would have concluded that the exclusion of separated spouses from eligibility for the spouse's allowance is not discriminatory within the meaning of subsection

## Le paragraphe 15(1) de la Charte

[24] Il peut y avoir de nombreuses raisons de critiquer le législateur pour avoir établi l'allocation au conjoint seulement pour certaines des personnes ayant entre 60 et 65 ans ou pour avoir tracé la ligne là où il l'a fait en 1975 ou en 1985. Toute personne à faible revenu faisant partie d'une des catégories exclues aurait des raisons de se plaindre au motif que ses besoins financiers sont les mêmes que ceux d'une personne ayant droit à une allocation.

[25] La Charte n'oblige cependant pas le législateur à accorder le même avantage à tous lorsqu'il établit un régime de sécurité de la vieillesse. Il peut faire des distinctions dans la mesure où celles-ci n'équivalent pas à de la discrimination au sens du paragraphe 15(1) de la Charte ou peuvent être justifiées en vertu de l'article premier.

[26] Pour déterminer si la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint fait intervenir le paragraphe 15(1) de la Charte afin qu'il soit remédié à des problèmes sociaux comme les préjugés, les stéréotypes et le désavantage historique, il faut déterminer principalement s'il existe des motifs permettant de conclure que la distinction faite par la loi constitue un affront à la dignité, à la valeur intrinsèque ou à l'estime de soi des personnes ne vivant pas avec leur conjoint. Si tel n'est pas le cas, il s'ensuit que la différence de traitement dont M<sup>me</sup> Collins se plaint n'est pas discriminatoire au sens de la Charte.

[27] Le juge de première instance a conclu que la non-admissibilité des conjoints séparés était discriminatoire au sens de la Charte. Dans le présent appel, M<sup>me</sup> Collins appuie cette conclusion tandis que la Couronne la conteste.

[28] La Couronne fonde principalement son argument sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950. La Couronne prétend que si l'arrêt *Lovelace* avait été prononcé avant que le juge de première instance ne rende sa décision en l'espèce, ce dernier aurait conclu que la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint n'est pas discriminatoire au



15(1) of the Charter. The Crown argues that the scheme of pensions and allowances in the *Old Age Security Act* is intended to ameliorate hardship among persons in a disadvantaged group, and that according to *Lovelace*, such a scheme does not infringe subsection 15(1) of the Charter merely because it excludes an equally or more disadvantaged group.

[29] In *Lovelace*, the Supreme Court of Canada held that a program established by the Ontario government did not offend section 15 of the Charter. However, there is little similarity between this case and *Lovelace*. Under the government program considered in *Lovelace*, the profits of casinos on reserve lands in Ontario were maintained in a special fund. The fund was used to benefit Ontario First Nations communities that have reserve lands by virtue of being registered as “bands” under the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. The constitutionality of the program was challenged on the basis that it did not benefit unregistered First Nations groups or individuals. The program was held to be targeted and ameliorative, in that it was designed to relieve the social, health and other disadvantages suffered by reserve communities. However, that is not why the Court found no infringement of subsection 15(1) of the Charter. Rather, the Court held that in benefiting only registered bands the program did not, in purpose or result, perpetuate a stereotype or offend the essential human dignity of unregistered bands or those who are members of unregistered bands.

[30] In my view, to read *Lovelace* as establishing a principle as broad as the Crown now propounds would be inconsistent with *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, in which the majority found that the exclusion of same-sex couples from entitlement to the spouse’s allowance was discriminatory. I do not read *Lovelace* as contradicting the conclusion of the Trial Judge in this case with respect to the scope and application of subsection 15(1) of the Charter. On the contrary

sens du paragraphe 15(1) de la Charte. La Couronne soutient que le régime de pensions et d’allocutions prévu dans la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* vise à améliorer le sort des personnes faisant partie d’un groupe défavorisé et que, selon l’arrêt *Lovelace*, un tel régime ne viole pas le paragraphe 15(1) de la Charte simplement parce qu’il exclut un groupe aussi défavorisé ou plus défavorisé.

[29] Dans *Lovelace*, la Cour suprême du Canada a conclu qu’un programme établi par le gouvernement de l’Ontario ne contrevenait pas à l’article 15 de la Charte. Il existe toutefois peu de similitudes entre la présente affaire et l’affaire *Lovelace*. En vertu du programme gouvernemental en cause dans *Lovelace*, les profits des casinos situés dans des réserves en Ontario étaient conservés dans un fonds spécial. Le fonds était utilisé au bénéfice des communautés des Premières Nations de l’Ontario qui avaient des terres de réserve en raison de leur inscription comme «bandes» en application de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. La constitutionnalité de ce programme a été contestée au motif que celui-ci ne bénéficiait pas aux groupes ou aux personnes n’étant pas membres d’une première nation inscrite. La Cour suprême a jugé que ce programme était améliorateur et ciblé puisqu’il visait à atténuer les désavantages en matière sociale et de santé ainsi que les autres désavantages subis par les communautés vivant sur des réserves. Cependant, il ne s’agit pas de la raison pour laquelle la Cour suprême a conclu à l’absence de violation du paragraphe 15(1) de la Charte. La Cour a plutôt conclu qu’en ne bénéficiant qu’aux bandes inscrites, le programme n’avait pas comme objet ou comme résultat de perpétuer un stéréotype ou de porter atteinte à la dignité humaine essentielle des bandes non inscrites ou de leurs membres.

[30] À mon avis, interpréter l’arrêt *Lovelace* comme établissant un principe aussi large que celui que la Couronne pose serait incompatible avec l’arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, dans lequel les juges majoritaires ont conclu que la non-admissibilité des couples de même sexe à l’allocation au conjoint était discriminatoire. D’après mon interprétation, l’arrêt *Lovelace* ne contredit pas la conclusion que le juge de première instance a tirée relativement à la portée et à

Iacobucci J., speaking for the Court in *Lovelace*, confirmed at paragraph 61 that even a targeted ameliorative program may infringe subsection 15(1) of the Charter.

[31] I turn now to a more general review of the subsection 15(1) analysis of the Trial Judge. He begins with the factors listed by Iacobucci J. in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at paragraphs 59-75. One factor is whether separated spouses suffer from some pre-existing disadvantage, vulnerability, stereotyping or prejudice. On that point there was little evidence before the Trial Judge. However, he considered three decisions of the Supreme Court of Canada that he said indicated an emerging recognition that the separated as a group, and particularly separated women, constitute a disadvantaged and vulnerable group. The cases are *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Marzetti v. Marzetti*, [1994] 2 S.C.R. 765; and *Thibaudeau v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 627.

[32] *Moge* was a case that required consideration of the principles upon which spousal support should be required after marital breakdown. These comments of L'Heureux-Dubé J. appear at page 861:

Women have tended to suffer economic disadvantages and hardships from marriage or its breakdown because of the traditional division of labour within that institution. Historically, or at least in recent history, the contributions made by women to the marital partnership were non-monetary and came in the form of work at home, such as taking care of the household, raising children, and so on.

and at page 862:

. . . once the marriage dissolves, the kinds of non-monetary contributions made by the wife may result in significant market disabilities. The sacrifices she has made at home catch up with her and the balance shifts in favour of the husband who has remained in the work force and focussed his attention outside the home. In effect, she is left with a diminished earning capacity and may have conferred upon her husband an embellished one.

l'application du paragraphe 15(1) de la Charte. Au contraire, le juge Iacobucci, s'exprimant au nom de la Cour dans l'arrêt *Lovelace*, a confirmé au paragraphe 61 que même un programme améliorateur ciblé pouvait violer le paragraphe 15(1) de la Charte.

[31] J'effectue maintenant un examen plus général de l'analyse relative au paragraphe 15(1) à laquelle s'est livrée le juge de première instance. Ce dernier a commencé par les facteurs énumérés par le juge Iacobucci dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, aux paragraphes 59 à 75. L'un de ces facteurs consiste à savoir si les conjoints séparés souffrent d'un désavantage préexistant, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés. Le juge de première instance était saisi de peu d'éléments de preuve sur ce point. Cependant, il a examiné trois arrêts de la Cour suprême du Canada qui, selon lui, indiquent qu'on reconnaît de plus en plus qu'en tant que groupe, les conjoints séparés, et en particulier les femmes séparées, sont défavorisés et vulnérables. Il s'agit des arrêts *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Marzetti c. Marzetti*, [1994] 2 R.C.S. 765; et *Thibaudeau c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 627.

[32] Dans l'arrêt *Moge*, il fallait examiner les principes en vertu desquels une pension alimentaire devait être requise après l'échec du mariage. Le juge L'Heureux-Dubé a fait les observations suivantes à la page 861:

Les femmes ont eu tendance à subir les inconvénients économiques qui découlent du mariage ou de son échec en raison de la répartition traditionnelle des tâches qu'on y retrouve. Dans l'histoire, ou du moins l'histoire récente, les femmes apportaient une contribution non monétaire à l'union conjugale sous forme de travail au foyer, notamment les soins du ménage et l'éducation des enfants.

et à la page 862:

[. . .] à la dissolution du mariage, les contributions non monétaires de l'épouse peuvent donner lieu à d'importants désavantages sur le marché du travail. C'est alors que se font sentir les sacrifices consentis; la balance penche en faveur du mari qui est demeuré sur le marché du travail et s'est orienté vers l'extérieur du foyer. En fait, l'épouse se retrouve avec une capacité financière limitée de gagner sa vie alors qu'elle peut avoir contribué à améliorer celle de son conjoint.

[33] *Marzetti* involved the interpretation of the *Bankruptcy Act*, R.S.C., 1985, c. B-3. One of the policy issues identified as relevant to the interpretive exercise was the need to balance family obligations against the claims of creditors. Iacobucci J., speaking for the Court, confirmed the recognition in *Moge*, that divorce and its economic effects are playing a role in the feminization of poverty. On a similar theme are the following words of McLachlin J. (as she then was) in *Thibaudeau* (in dissent), at paragraph 208:

Second, separated . . . custodial parents considered as a group have historically been subject to disadvantageous treatment. The social opprobrium to which this group has been subjected over the years may have lessened with time. Nevertheless, even today evidence of disadvantage suffered by such persons is overwhelming.

[34] It seems to me incorrect to treat these judicial comments as evidence, and in any event they fall short of establishing that separated spouses generally are subject to the kind of historical disadvantage or vulnerability that could support a Charter claim. The Trial Judge, however, seems to have given this factor little weight. Further, it is clear from *Law* that the failure to prove historical disadvantage or vulnerability is not by itself fatal to a claim under subsection 15(1) of the Charter, because the other factors must also be taken into account.

[35] In considering the other factors the Trial Judge reached two conclusions that in my view are clearly correct. First, he found that the exclusion of separated spouses from entitlement to the spouse's allowance denies them access to federal government assistance that is available to other older Canadians whose circumstances are similar.

[36] Second, he found that the *Old Age Security Act* does not recognize, address or accommodate the needs of separated spouses with low incomes. That was true

[33] L'arrêt *Marzetti* portait sur l'interprétation de la *Loi sur la faillite*, L.R.C. (1985), ch. B-3. L'une des questions de principe mentionnées comme étant pertinentes à l'exercice d'interprétation était le besoin de trouver un équilibre entre les obligations familiales et les réclamations des créanciers. S'exprimant au nom de la Cour suprême, le juge Iacobucci a confirmé la reconnaissance dans l'arrêt *Moge* du fait que le divorce et ses effets économiques jouent un rôle dans la féminisation de la pauvreté. Sur le même sujet, le juge McLachlin (maintenant juge en chef) a déclaré ce qui suit en dissidence dans l'arrêt *Thibaudeau*, au paragraphe 208:

Deuxièmement, les parents gardiens séparés [. . .], en tant que groupe, ont historiquement été l'objet de traitements désavantageux. La réprobation sociale dont ce groupe a été victime au fil des ans s'est peut-être quelque peu estompée avec le temps. Cependant, la preuve des désavantages subis par ces personnes est, encore aujourd'hui, accablante.

[34] Il me semble erroné de traiter ces commentaires comme éléments de preuve, et, de toute manière, ceux-ci n'établissent pas que les conjoints séparés font généralement l'objet d'un désavantage historique ou d'une vulnérabilité de nature à appuyer une demande fondée sur la Charte. Le juge de première instance a toutefois semblé donner peu de poids à ce facteur. En outre, il ressort de l'arrêt *Law* que le défaut de démontrer l'existence d'un désavantage historique ou d'une vulnérabilité n'emporte pas en soi le rejet d'une demande fondée sur le paragraphe 15(1) de la Charte car il faut aussi tenir compte des autres facteurs.

[35] Dans le cadre de l'examen des autres facteurs, le juge de première instance a tiré deux conclusions que je considère clairement bien fondées. Premièrement, il a conclu que la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint les empêchait d'obtenir l'aide fédérale à laquelle peuvent recourir d'autres Canadiens âgés se trouvant dans la même situation.

[36] Deuxièmement, il a conclu que la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* ne reconnaissait pas les besoins des conjoints séparés à faible revenu et qu'elle

during the period relevant to Ms. Collin's claim. The situation has changed somewhat because of the 1999 statutory amendment that allows a person in receipt of a spouse's allowance to continue to receive the benefit for three months after the breakdown of a spousal relationship with a pensioner. That amendment would not have assisted Ms. Collins, however, because she separated from her spouse before reaching the age of 60.

[37] In his concluding remarks about the applicability of subsection 15(1), the Trial Judge referred to the following comments of McLachlin J. in *Thibaudeau* at paragraph 207:

One's status *vis-à-vis* one's former spouse involves the individual's freedom to form family relationships and touches on matters so intrinsically human, personal and relational that a distinction based on this ground must often violate a person's dignity.

The validity of this comment seems obvious to me.

[38] I am of the view that the Trial Judge did not err in concluding that a statute granting an income-tested allowance to a cohabiting spouse, while denying it to a separated spouse in similar financial circumstances, is discriminatory in that it creates a distinction based on a personal characteristic intrinsic to human dignity. Thus, despite the paucity of evidence of historical disadvantage or vulnerability, I am not prepared to reverse the decision of the Trial Judge that the impugned legislation is discriminatory within the meaning of subsection 15(1) of the Charter.

Justification under section 1 of the Charter

[39] The Trial Judge provided a detailed and thoughtful discussion of the justification question using the analytical framework in *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. On the basis of that

ne prévoyait rien à leur égard. Cela était vrai pendant la période pertinente quant à la demande de M<sup>me</sup> Collins. La situation a quelque peu changé en raison de la modification législative de 1999, qui permet au prestataire d'une allocation au conjoint de continuer à en bénéficier pendant trois mois après l'échec de sa vie commune avec un pensionné. Cette modification n'aurait toutefois pas aidé M<sup>me</sup> Collins parce qu'elle s'est séparée avant d'avoir atteint l'âge de 60 ans.

[37] Dans ses conclusions au sujet de l'applicabilité du paragraphe 15(1), le juge de première instance a fait référence aux observations suivantes que le juge McLachlin a faites dans l'arrêt *Thibaudeau* au paragraphe 207:

Le statut d'une personne par rapport à celui de son ex-conjoint touche la liberté de l'individu à façonner ses relations familiales comme il l'entend et touche des éléments si intrinsèquement humains, personnels et relationnels qu'une distinction fondée sur ce motif peut souvent porter atteinte à la dignité d'une personne.

Le bien-fondé de ce commentaire me semble évident.

[38] Je suis d'avis que le juge de première instance n'a commis aucune erreur en concluant qu'une loi accordant une allocation justifiée en fonction du revenu à une personne vivant avec son conjoint tout en la refusant à un conjoint séparé se trouvant dans la même situation financière est discriminatoire en ce qu'elle crée une distinction fondée sur une caractéristique personnelle inhérente à la dignité humaine. Par conséquent, malgré la rareté des éléments de preuve démontrant l'existence de désavantage historique ou de vulnérabilité, je ne suis pas prêt à écarter la conclusion du juge de première instance selon laquelle la disposition législative contestée est discriminatoire au sens du paragraphe 15(1) de la Charte.

La justification en vertu de l'article premier de la Charte

[39] Le juge de première instance a effectué une analyse approfondie sur la question de la justification à l'aide du cadre analytique établi dans l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. À la lumière de

analysis, he concluded that the exclusion of separated spouses from entitlement to the spouse's allowance was justified under section 1 of the Charter. Counsel for Ms. Collins argues that the Trial Judge's justification analysis is wrong in several respects. I will address the arguments that seem to me to be the most substantial.

[40] The first question from *Oakes* is whether there is a pressing and substantial objective for the legislation as a whole, for the particular provision that is the subject of the Charter challenge and, where the allegation is underinclusiveness, for the limitation. The Trial Judge found that the objective of the legislation as a whole and the objective of the exclusion of separated spouses from the spouse's allowance were pressing and substantial. I summarize his reasons as follows:

(1) The *Old Age Security Act* is intended to provide income support to elderly persons, which is a pressing and substantial public policy objective. *Egan* establishes that the objective of the spouse's allowance is to benefit low income cohabiting spouses of whom only one has attained the age of 65 and the other has attained the age of 60, by providing them with income equivalent to what they would receive if both spouses were pensioners. This is a pressing and substantial objective.

(2) With respect to the objective of the exclusion, the legislation was not intended to benefit everyone over the age of 60, because there was a concern that this would encourage a general lowering of the normal retirement age to 60, which was seen to be undesirable from both a social and fiscal perspective. Also, there is evidence that the spouse's allowance probably would not have been enacted if it could not be enacted on a restricted basis. Thus, the exclusion of separated spouses from entitlement to the spouse's allowance is as pressing and substantial as the spouse's allowance itself.

(3) The pressing and substantial nature of the legislation and the exclusion did not change when widows and widowers were included among persons over the age of 60 who could qualify for an income

cette analyse, il a conclu que la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint était justifiée en vertu de l'article premier de la Charte. L'avocat de M<sup>me</sup> Collins prétend que l'analyse relative à la justification du juge de première instance est erronée à plusieurs égards. Je traite des arguments qui me semblent les plus importants.

[40] La première question que pose l'arrêt *Oakes* est de savoir si la loi dans son ensemble, la disposition particulière faisant l'objet de la contestation fondée sur la Charte, et, lorsqu'on allègue la portée trop restreinte, la limite ont un objectif urgent et réel. Le juge de première instance a conclu qu'étaient urgents et réels l'objectif visé par la loi dans son ensemble et celui visé par la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint. Je résume ainsi ses motifs:

1) La *Loi sur la sécurité de la vieillesse* vise à procurer un soutien du revenu aux personnes âgées, ce qui est un objectif de politique générale urgent et réel. L'arrêt *Egan* établit que l'objectif de l'allocation au conjoint consiste à aider les conjoints à faible revenu faisant vie commune, dont seulement l'un d'eux a atteint l'âge de 65 ans tandis que l'autre a atteint l'âge de 60 ans, en leur procurant un revenu équivalent à ce qu'ils recevraient si les deux étaient pensionnés. Il s'agit d'un objectif urgent et réel.

2) Quant à l'objectif de la non-admissibilité, la loi ne visait pas à conférer des avantages à toutes les personnes âgées de plus de 60 ans car on craignait que cela encourage une baisse générale de l'âge normal de la retraite à 60 ans, ce qui était considéré comme indésirable, tant du point de vue de la société que du point de vue des contribuables. De plus, des éléments de preuve indiquent qu'on n'aurait pas prévu l'allocation au conjoint si on n'avait pas pu y assortir des restrictions. En conséquence, la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint constitue un objectif aussi urgent et réel que l'allocation au conjoint elle-même.

3) Le caractère urgent et réel de la loi n'a pas changé lorsqu'on l'a modifiée pour qu'elle prévoie que les veufs et les veuves âgés de plus de 60 ans puissent être admissibles, en fonction d'une justification

tested allowance that was similar in amount to the spouse's allowance. The evidence at the time of the extension of the benefit was that the vast majority of persons who would be entitled to the survivor's allowance were widows who had been financially dependent on their spouses for most, if not all, of their lives. There was no demographic reason or statistical evidence that the same could be said of separated spouses.

[41] Counsel for Ms. Collins argues that there is no pressing and substantial objective for excluding separated spouses from entitlement to the spouse's allowance because the only reason for excluding separated spouses from entitlement to the spouse's allowance was to limit costs, and that cost considerations can never justify infringement of a Charter right to equality. He also argues that discrimination in the relief of poverty is not compatible with the values that characterize a free and democratic society.

[42] The proposition that cost alone cannot justify a Charter infringement is supported by a number of comments made by the Supreme Court of Canada, culminating in the following summary by Lamer C.J. in *Reference re Provincial Court Judges*, [1997] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 281-284:

The respondent attempted to justify the closure of the Manitoba Provincial Court as a measure designed to reduce the provincial deficit. Thus, it has chosen to characterize this decision as a financial measure. However, this begs the prior question of whether measures whose sole purpose is budgetary can justifiably infringe *Charter* rights. This Court has already answered this question in the negative, because it has held on previous occasions that budgetary considerations do not count as a pressing and substantial objective for s. 1. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 218, Wilson J. speaking for the three members of the Court who addressed the *Charter* (including myself), doubted that "utilitarian consideration[s]. . . [could] constitute a justification for a limitation on the rights set out in the *Charter*" (emphasis added). The reason behind Wilson J.'s scepticism was that "the guarantees of the *Charter* would be illusory if they could be ignored because it was administratively convenient

fondée sur le revenu, à une allocation d'un montant équivalant à l'allocation au conjoint. Au moment de l'extension de la prestation, il était prouvé que la grande majorité des personnes qui auraient droit à l'allocation au survivant étaient des veuves qui avaient été dépendantes financièrement de leur conjoint pour la plus grande partie, voire la totalité, de leur vie. Aucune raison de nature démographique et aucune preuve d'ordre statistique n'indiquaient qu'on pouvait en dire autant des conjoints séparés.

[41] L'avocat de M<sup>me</sup> Collins prétend que la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint ne répond à aucun objectif urgent et réel parce que cette non-admissibilité visait uniquement à limiter les coûts et que les questions de coûts ne peuvent jamais justifier l'atteinte à un droit à l'égalité garanti par la Charte. Il soutient également que la discrimination dans le cadre de l'atténuation de la pauvreté est incompatible avec les valeurs qui caractérisent une société libre et démocratique.

[42] Le principe voulant que les coûts ne peuvent pas à eux seuls justifier une violation de la Charte est appuyé par un certain nombre d'observations faites par la Cour suprême du Canada, dont le point culminant est le résumé suivant que le juge en chef Lamer a fait dans le *Renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale*, [1997] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 281 à 284:

L'intimé a tenté de justifier la fermeture de la Cour provinciale du Manitoba comme étant une mesure visant à réduire le déficit provincial. Il a donc choisi de caractériser cette décision de mesure financière. Ce faisant, toutefois, il élude la question préliminaire de savoir si des mesures dont le seul objectif est d'ordre budgétaire peuvent être des atteintes justifiées à des droits garantis par la *Charte*. Notre Cour a déjà répondu par la négative à cette question, puisqu'elle a, à différentes occasions, statué que des considérations budgétaires ne constituent pas un objectif urgent et réel pour l'application de l'article premier. Dans *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 218, le juge Wilson, s'exprimant pour les trois membres de la Cour qui ont examiné la *Charte* (dont moi-même), a dit douter que des «considération[s] utilitaire[s] [. . .] puisse[nt] justifier la limitation des droits énoncés dans la *Charte*» (je souligne). La raison du scepticisme du juge Wilson était que «[l]es garanties de la

to do so". I agree.

I expressed the same view in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, where I spoke for the Court on this point. In *Schachter*, I clarified that while financial considerations could not be used to justify the infringement of *Charter* rights, they could and should play a role in fashioning an appropriate remedy under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. As I said at p. 709:

This Court has held, and rightly so, that budgetary considerations cannot be used to justify a violation under s. 1. However, such considerations are clearly relevant once a violation which does not survive s. 1 has been established, s. 52 is determined to have been engaged and the Court turns its attention to what action should be taken thereunder. [Emphasis added.]

While purely financial considerations are not sufficient to justify the infringement of *Charter* rights, they are relevant to determining the standard of deference for the test of minimal impairment when reviewing legislation which is enacted for a purpose which is not financial. Thus, in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 994, the Court stated that "the distribution of scarce government resources" was a reason to relax the strict approach to minimal impairment taken in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; the impugned legislation was aimed at the protection of children. In *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, where the issue was the constitutionality of a provision in provincial human rights legislation, La Forest J. stated at p. 288 that "the proper distribution of scarce resources must be weighed in a s. 1 analysis". Finally, in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, where a scheme for pension benefits was under attack, Sopinka J. stated at para. 104 that

government must be accorded some flexibility in extending social benefits. . . . It is not realistic for the Court to assume that there are unlimited funds to address the needs of all.

Three main principles emerge from this discussion. First, a measure whose sole purpose is financial, and which infringes *Charter* rights, can never be justified under s. 1 (*Singh* and *Schachter*). Second, financial considerations are relevant to tailoring the standard of review under minimal

*Charte* seraient [. . .] illusoire s'il était possible de les ignorer pour des motifs de commodité administrative». Je partage son avis.

J'ai exprimé le même avis dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, où je parlais au nom de la Cour sur ce point. Dans cet arrêt, j'ai précisé que, même si des considérations financières ne pouvaient être invoquées pour justifier la violation de droits garantis par la *Charte*, elles pouvaient et devaient jouer un rôle dans la détermination de la réparation convenable en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Comme je l'ai dit, à la p. 709:

Notre Cour a statué à juste titre que les considérations budgétaires ne pouvaient servir à justifier une violation dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. Toutefois, ces considérations sont évidemment pertinentes lorsque l'on a établi l'existence d'une violation qui ne peut être sauvegardée par l'article premier, que l'application de l'art. 52 se trouve déclenchée et que le tribunal examine la mesure à prendre. [Je souligne.]

Quoique des considérations purement financières soient insuffisantes pour justifier la transgression de droits garantis par la *Charte*, elle sont pertinentes pour déterminer la norme de retenue à respecter dans l'application du critère de l'atteinte minimale, dans le cadre de l'examen d'un texte de loi édicté pour des fins autres que financières. Ainsi, dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 994, notre Cour a dit que «la répartition de ressources gouvernementales limitées» était un motif justifiant d'assouplir l'application stricte du critère relatif à l'atteinte minimale énoncé dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; la loi attaquée visait à protéger les enfants. Dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, où la question en litige était la constitutionnalité d'une disposition d'une loi provinciale sur les droits de la personne, le juge La Forest a dit, à la p. 288, que «devait être évaluée dans le cadre d'un examen fondé sur l'article premier, [. . .] la répartition de ressources limitées». Finalement, dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, où un régime de prestations de retraite était contesté, le juge Sopinka a dit ceci, au par. 104:

[. . .] le gouvernement doit pouvoir disposer d'une certaine souplesse dans la prestation des avantages sociaux [. . .] La Cour ferait preuve d'un manque de réalisme si elle présumait qu'il existe des ressources inépuisables pour répondre aux besoins de chacun.

Trois grands principes se dégagent de cette analyse. Premièrement, une mesure dont le seul objectif est d'ordre financier et qui porte atteinte à des droits garantis par la *Charte* ne peut jamais être justifiée en vertu de l'article premier (*Singh* et *Schachter*). Deuxièmement, des

impairment (*Irwin Toy, McKinney and Egan*). Third, financial considerations are relevant to the exercise of the court's remedial discretion, when s. 52 is engaged (*Schachter*). [Original emphasis.]

[43] In this case, however, the Trial Judge did not say and the record does not establish that cost was the sole basis for the decision to limit the spouse's allowance to cohabiting spouses of pensioners, or the decision to provide a similar allowance for widows and widowers only. On the contrary, the basis of both decisions was the concern that a universal allowance for those 60 years or older would not only lead to a greater number of claims immediately, which obviously is a cost consideration, but could also tend to change behaviour, particularly with respect to the age of retirement, which would have a number of other social and fiscal implications.

[44] I do not accept the proposition that there can be no justification under section 1 of the Charter in this case because the overriding objective of the statutory scheme is the relief of poverty. The Supreme Court of Canada has indicated that a degree of discrimination in such cases can be justified. Whether it is justified in this case is the subject of the *Oakes* analysis.

[45] With respect to the other factors relevant to the question of justification, the Trial Judge held that the exclusion of separated spouses from the spouse's allowance is rationally connected to the aim of the legislation because the legislation is intended to benefit only cohabiting spouses. He also found that there was a reasonable basis for the decision of Parliament to limit the spouse's allowance to cohabiting spouses and therefore the violation of the Charter right is a minimal impairment. He characterized this as a question upon which considerable deference was due to Parliament, because the

considérations financières sont pertinentes pour déterminer la norme de révision à respecter dans l'application du critère de l'atteinte minimale (*Irwin Toy, McKinney et Egan*). Troisièmement, de telles considérations sont pertinentes dans le cadre de l'exercice par les tribunaux de leur pouvoir discrétionnaire d'accorder une réparation en application de l'art. 52 (*Schachter*). [Souligné dans l'original.]

[43] En l'espèce, toutefois, le juge de première instance n'a pas dit, et le dossier n'établit pas, que seuls les coûts ont motivé la décision de limiter aux conjoints faisant vie commune avec des pensionnés l'allocation au conjoint ou la décision de verser une allocation semblable uniquement aux veufs et aux veuves. Au contraire, les deux décisions découlaient de la crainte qu'une allocation universelle visant les personnes âgées de 60 ans et plus non seulement mène immédiatement à un plus grand nombre de demandes, ce qui est manifestement une question de coûts, mais puisse également avoir tendance à modifier les comportements, particulièrement en ce qui concerne l'âge de la retraite, ce qui entraînerait un certain nombre d'autres conséquences pour la société et les contribuables.

[44] Je n'accepte pas la proposition qu'il ne peut y avoir aucune justification en vertu de l'article premier de la Charte en l'espèce au motif que l'objectif prépondérant du régime législatif est l'atténuation de la pauvreté. La Cour suprême du Canada a indiqué qu'une certaine discrimination pouvait être justifiée dans de tels cas. La question de savoir si elle l'est en l'espèce fait l'objet de l'analyse établie dans l'arrêt *Oakes*.

[45] Relativement aux autres facteurs pertinents concernant la question de la justification, le juge de première instance a conclu que la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint était raisonnablement liée à l'objectif de la disposition législative car celle-ci ne vise à bénéficier qu'aux conjoints faisant vie commune. Il a également conclu que la décision du législateur de restreindre aux conjoints faisant vie commune l'allocation au conjoint était fondée et que, par conséquent, la violation du droit garanti par la Charte constituait une atteinte minimale. À son avis, il s'agissait d'une question sur



impugned legislation represents a balancing of interests, in which Parliament was required to make choices among disadvantaged groups in the allocation of social benefits, and also because the extension of the spouse's allowance could have significant social and economic implications.

[46] I agree with the Trial Judge on this point. I note that it is consistent with the following guidance offered by Sopinka J. in *Egan* at paragraphs 104, 105 and 109:

It is not realistic for the Court to assume that there are unlimited funds to address the needs of all. A judicial approach on this basis would tend to make a government reluctant to create any new social benefit schemes because their limits would depend on an accurate prediction of the outcome of court proceedings under s. 15(1) of the *Charter*. The problem is identified by Professor Hogg in *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at pp. 911-12, where he states:

It seems likely that virtually any benefit programme could be held to be under-inclusive in some respect. The effect of *Schachter* [[1990] 2 F.C. 129 (C.A.)] and *Tétreault-Gadoury* [[1991] 2 S.C.R. 22] is to subject benefit programmes to unpredictable potential liabilities. These decisions by-pass the normal processes by which a government sets its priorities and obtains parliamentary approval of its estimates.

This Court has recognized that it is legitimate for the government to make choices between disadvantaged groups and that it must be provided with some leeway to do so. . . .

...

With respect to minimal impairment, the legislation in question represents the kind of socio-economic question in respect of which the government is required to mediate between competing groups rather than being the protagonist of an individual. In these circumstances, the Court will be more reluctant to second-guess the choice which Parliament has made. . . .

laquelle il fallait faire preuve d'une grande réserve à l'égard du législateur parce que la disposition législative contestée constituait une conciliation d'intérêts, dans le cadre de laquelle le législateur devait faire des choix parmi les groupes défavorisés dans l'attribution d'avantages sociaux, et parce que l'extension de l'allocation au conjoint pouvait entraîner des conséquences sociales et économiques importantes.

[46] Je partage l'opinion du juge de première instance sur ce point. Je souligne que cette opinion est conforme aux indications suivantes fournies par le juge Sopinka dans *Egan* aux paragraphes 104, 105 et 109:

La Cour ferait preuve d'un manque de réalisme si elle présumait qu'il existe des ressources inépuisables pour répondre aux besoins de chacun. Si les tribunaux adoptaient une telle conception, les gouvernements pourraient hésiter à mettre sur pied de nouveaux régimes d'avantages sociaux puisqu'il faudrait, pour en connaître les paramètres, prévoir avec exactitude l'issue des procédures judiciaires instituées sous le régime du par. 15(1) de la *Charte*. Dans *Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992), aux pp. 911 et 912, le professeur Hogg cerne le problème:

[TRADUCTION] Pour ainsi dire, tous les programmes de prestations seraient susceptibles d'être jugés insuffisants à certains égards. Les arrêts *Schachter* [[1990] 2 C.F. 129 (C.A.)] et *Tétreault-Gadoury* [[1991] 2 R.C.S. 22] ont pour effet d'exposer les programmes de prestations à des obligations potentielles imprévisibles. Ces décisions contournent les voies normales par lesquelles le gouvernement établit ses priorités et obtient l'approbation parlementaire pour ses budgets.

Notre Cour a reconnu le droit du gouvernement de privilégier certains groupes désavantagés et de jouir d'une certaine marge de manœuvre à cet égard [. . .]

[. . .]

Quant à l'atteinte minimale, la disposition en question soulève le genre de question socio-économique relativement à laquelle le gouvernement doit faire office de médiateur entre groupes opposés plutôt que de défenseur d'un individu. Dans ces circonstances, la Cour sera d'autant plus réticente à se prononcer après coup sur le choix du législateur.

[47] On the same theme, Iacobucci J. stated the following in *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at paragraph 78:

This Court has often stressed the importance of deference to the policy choices of the legislature in the context of determining whether the legislature has discharged its burden of proof under s. 1 of the *Charter*: . . . As a general matter, the role of the legislature demands deference from the courts to those types of policy decisions that the legislature is best placed to make.

[48] In this case, there was conflicting evidence with respect to the cost of providing a spouse's allowance to separated spouses, but the Trial Judge concluded, based on the evidence adduced for Ms. Collins, that on an annual basis the incremental cost of including separated spouses would be somewhere between \$53.4 and \$78.4 million. This would represent an increase of 13.5% to 20% over the 1998 cost of providing allowances to spouses and survivors (\$400 million). Although the claim asserted by Ms. Collins in this case is limited to those, like herself, who are 60 to 64 years of age and legally married but separated, one can reasonably foresee that her argument, if valid, would apply equally to persons of the same age who are separated following a divorce or other spousal relationship, and persons who have never been the spouse of another person. In that case the incremental costs would be \$825 million to \$1,275 million. Expanding entitlement to the spouse's allowance could result in behavioural and demographic changes with significant fiscal and social implications.

[49] Finally, the Trial Judge found that there was proportionality between the effects of the impugned provision and its objectives. In this regard he acknowledged that denying the spouse's allowance to separated spouses could have deleterious effects, particularly if ineligibility for the spousal allowance could motivate a person to remain in an abusive spousal relationship. However, the Trial Judge

[47] Sur le même sujet, le juge Iacobucci s'est exprimé ainsi dans l'arrêt *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 78:

Notre Cour a maintes fois souligné l'importance de la retenue à l'égard des choix de principe du législateur quand vient le temps de décider si le législateur s'est déchargé de son fardeau de la preuve aux termes de l'article premier de la *Charte*: [. . .] De façon générale, le rôle du législateur exige que les tribunaux fassent preuve de retenue à l'égard des décisions de principe que le législateur est le mieux placé pour prendre.

[48] En l'espèce, la preuve était contradictoire relativement aux coûts qu'engendrerait la prestation aux conjoints séparés d'une allocation au conjoint, mais le juge de première instance a conclu, sur la foi de la preuve produite en faveur de M<sup>me</sup> Collins, que les coûts supplémentaires d'une telle prestation se situeraient entre 53,4 et 78,4 millions de dollars par année. Cela constituerait une augmentation de 13,5 % à 20 % par rapport à ce qu'il en coûtait en 1998 pour fournir des allocations aux conjoints et aux survivants (400 millions de dollars). Bien que la demande de M<sup>me</sup> Collins en l'espèce vise uniquement ceux qui, comme elle, ont entre 60 et 64 ans et sont légalement mariés, mais séparés, on peut raisonnablement prévoir que, s'il était valable, son argument s'appliquerait également aux personnes du même âge qui sont séparées à la suite d'un divorce ou de l'échec de la vie commune ainsi qu'aux personnes du même âge qui n'ont jamais eu de conjoint. Dans ce cas, les coûts supplémentaires oscilleraient entre 825 millions de dollars et 1 milliard 275 millions de dollars. L'extension du droit à l'allocation au conjoint pourrait donner lieu à des changements comportementaux et démographiques entraînant des conséquences fiscales et sociales importantes.

[49] Enfin, le juge de première instance a conclu qu'il y avait proportionnalité entre les effets de la disposition contestée et ses objectifs. Il a reconnu à cet égard que refuser aux conjoints séparés l'allocation au conjoint pouvait avoir des effets préjudiciables, particulièrement si cette non-admissibilité était susceptible d'inciter une personne à maintenir une vie commune où elle subit de la violence. Le juge du

assigned this possibility little weight. The evidence indicates that financial resources are an important factor in the decision of an abused spouse to terminate a spousal relationship (National Council of Welfare (Canada), *Women and Poverty Revisited: A Report* (Ottawa: The Council, 1990) at page 60). In most cases, however, a person in such a situation who has no recourse to the spouse's allowance would be eligible for financial assistance from provincial sources. Ineligibility for the spouse's allowance was not a factor in Ms. Collins' decision to separate from her husband. There was no evidence of spousal abuse and her separation occurred some nine years before Mr. Collins became a pensioner.

[50] The record provides ample support for the Trial Judge's conclusions about the fiscal costs of the spouse's allowance program, the fiscal and social costs of the alternative programs that might result if this case were resolved in Ms. Collins' favour, and the proportionality between the effects of the impugned provision and its objectives. In my view, the Trial Judge gave appropriate consideration to the availability of provincial financial assistance for Ms. Collins and similarly situated individuals, and was correct to discount the submission that there is a social stigma attached to the receipt of financial assistance under provincial programs as opposed to income tested benefits under the *Old Age Security Act*.

[51] Taking all of these factual considerations into account, and bearing in mind that Parliament is better equipped than the Court to find an appropriate balance between the competing interests that arise in this case, I agree with the Trial Judge that the exclusion of separated spouses from eligibility for a spouse's allowance under the *Old Age Security Act* was justified under section 1 of the Charter.

procès a toutefois accordé peu d'importance à cette possibilité. La preuve indique que les ressources financières constituent un facteur important dans le cadre de la décision d'un conjoint violenté de mettre fin à une vie commune (Conseil national du bien-être social (Canada), *La femme et la pauvreté: dix ans plus tard: rapport* (Ottawa: Le Conseil, 1990), à la page 60). Dans la plupart des cas, cependant, une personne se trouvant dans une telle situation et n'ayant pas droit à l'allocation au conjoint serait admissible à de l'aide financière de la part de la province. La non-admissibilité à l'allocation au conjoint n'a joué aucun rôle dans la décision de M<sup>me</sup> Collins de se séparer de son mari. Aucun élément de preuve n'indiquait l'existence de violence conjugale, et la séparation a eu lieu environ neuf ans avant que M. Collins ne devienne un pensionné.

[50] Le dossier contient de nombreux éléments à l'appui des conclusions du juge de première instance relativement aux coûts pour les contribuables du programme d'allocation au conjoint, aux coûts, pour les contribuables et pour la société, des programmes de rechange susceptibles d'être mis sur pied en cas de décision favorable à M<sup>me</sup> Collins, et à la proportionnalité entre les effets de la disposition contestée et ses objectifs. Je suis d'avis que le juge du procès a tenu compte comme il se doit de la possibilité pour M<sup>me</sup> Collins et les personnes se trouvant dans la même situation d'obtenir de l'aide financière de la part de la province, et qu'il a écarté avec raison l'argument selon lequel la réception d'aide financière en vertu de programmes provinciaux comporte une flétrissure sociale contrairement à la réception de prestations justifiées en fonction du revenu en application de la *Loi sur la sécurité de la vieillesse*.

[51] Prenant en considération l'ensemble de ces faits et ayant à l'esprit que le législateur est mieux placé que la Cour pour trouver un équilibre convenable entre les intérêts contradictoires en l'espèce, je conviens avec le juge de première instance que la non-admissibilité des conjoints séparés à l'allocation au conjoint prévue par la *Loi sur la sécurité de la vieillesse* était justifiée en vertu de l'article premier de la Charte.

## Disposition

[52] The appeal should be dismissed. As no costs were requested, none should be awarded.

STRAYER J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

## Dispositif

[52] L'appel doit être rejeté. Comme les dépens n'ont pas été sollicités, ils ne seront pas accordés.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE MALONE, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

A-512-00  
2002 FCA 10

A-512-00  
2002 CAF 10

**Urea Casale S.A. (Appellant)**

**Urea Casale S.A. (appelante)**

v.

c.

**Stamicarbon B.V. (Respondent)**

**Stamicarbon B.V. (intimée)**

**INDEXED AS: STAMICARBON B.V. v. UREA CASALE S.A. (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: STAMICARBON B.V. c. UREA CASALE S.A. (C.A.)**

Court of Appeal, Stone, Sexton and Evans JJ.A.—  
Toronto, December 11, 2001; Ottawa, January 15, 2002.

Cour d'appel, juges Stone, Sexton et Evans, J.C.A.—  
Toronto, 11 décembre 2001; Ottawa, 15 janvier 2002.

*Patents—Practice—Appeal from F.C.T.D.'s Trial Division's dismissal of appellant's counterclaim by way of summary judgment—Action alleging patent invalidity; appellant counterclaiming for patent infringement—As result of attack on patent's validity, appellant applied for reissue of patent pursuant to Patent Act, s. 47—S. 47(2) providing in so far as claims of original, reissued patent identical, surrender not affecting any action pending at time of reissue or abating cause of action then existing—Reissued patent substituting "said method comprising" for "said method being characterized in that it comprises"—Motions Judge granting leave to discontinue action, dismissing counterclaim by way of summary judgment because claims not "identical"—Holding patent claims had to be exactly same in every detail for cause of action to survive—Appeal allowed—(1) Whether new wording broadening scope of claim substantive issue—Should not be resolved in summary judgment proceedings—In general, language used must receive ordinary natural meaning as would be understood at date of issuance by those knowledgeable in relevant sphere—Expert evidence may be required—Full trial of issue required to determine whether cause of action pleaded in counterclaim extinguished—(2) Whether cause of action pleaded in counterclaim continued after patent surrendered depended on construction of s. 47(2)—Appellant's cause of action pending at time of reissue when surrender of original patent effective—S. 47(2) appears to preserve pending cause of action only in so far as claims of original, reissued patents identical — Thus if claims identical, appellant should be entitled to recover damages for infringement — (3) S. 55(2) providing person liable to pay reasonable compensation for any damage sustained, after patent application open to public inspection and before grant of patent, by reason of act constituting infringement if patent had been granted on day application open to public inspection — If owner of invalid patent could not recover damages for conduct after patent issued, not entitled to recover compensation for conduct before reissue.*

*Brevets — Pratique — Appel dirigé contre une ordonnance de la Section de première instance de la Cour fédérale qui avait rejeté par jugement sommaire la demande reconventionnelle de l'appelante — Action alléguant l'invalidité d'un brevet; l'appelante a déposé une demande reconventionnelle pour contrefaçon de brevet — En conséquence de la contestation de la validité du brevet, l'appelante a demandé la redélivrance du brevet conformément à l'art. 47 de la Loi sur les brevets — L'art. 47(2) prévoit que, dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redélivré sont identiques, l'abandon du brevet n'atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n'annule aucun motif d'instance alors existant — Le brevet redélivré substituait les mots «ladite méthode comprenant» aux mots «ladite méthode étant caractérisée en ce qu'elle comprend» — Le juge des requêtes a accordé l'autorisation de désistement, en rejetant par jugement sommaire la demande reconventionnelle parce que les revendications n'étaient pas «identiques» — Il a jugé que les revendications des brevets devaient être exactement les mêmes, à tous égards, pour que le motif d'instance survive à l'abandon du brevet — Appel accueilli — 1) La question de savoir si le nouveau libellé élargissait le champ de la revendication était une question de fond — Cette question ne devrait pas être résolue à la faveur d'un jugement sommaire — De façon générale les mots employés doivent recevoir leur sens naturel et ordinaire tel que ces mots seraient compris à la date de la délivrance du brevet par ceux à qui le domaine concerné est familier — Une preuve d'expert pouvait être nécessaire — Un procès en règle portant sur la question était nécessaire pour savoir si le motif d'instance plaidé dans la demande reconventionnelle avait ou non été éteint — 2) La question de savoir si le motif d'instance plaidé dans la demande reconventionnelle avait subsisté après l'abandon du brevet dépendait de l'interprétation de l'art. 47(2) — Le motif d'instance de l'appelante était existant au moment de la redélivrance lorsque l'abandon du brevet original était devenu effectif — L'art. 47(2) semble préserver un motif d'instance existant uniquement dans la mesure où les*

revendications du brevet original et celles du brevet redélivré sont identiques — Ainsi, si les revendications sont identiques, l'appelante devrait être fondée à obtenir réparation pour atteinte à ses droits — 3) L'art. 55(2) rend responsable envers le breveté, à concurrence d'une indemnité raisonnable, quiconque accomplit un acte lui faisant subir un dommage entre la date à laquelle la demande de brevet est devenue accessible au public et l'octroi du brevet, dans le cas où cet acte aurait constitué une contrefaçon si le brevet avait été octroyé à la date où cette demande est ainsi devenue accessible — Si le propriétaire d'un brevet invalide n'a pu obtenir réparation pour des agissements postérieurs à la délivrance du brevet, il ne devrait pas pouvoir obtenir réparation pour des agissements antérieurs à la redélivrance du brevet.

*Practice — Judgments and Orders — Summary Judgment — Appeal from F.C.T.D.'s dismissal of appellant's counterclaim for patent infringement by summary judgment — Action alleging patent invalidity; appellant counterclaiming for patent infringement — As result of attack on patent's validity, appellant applied for reissue of patent pursuant to Patent Act, s. 47 — S. 47(2) providing in so far as claims of original, reissued patent identical, surrender not affecting any action pending at time of re-issue or abating cause of action then existing — Reissued patent, granted in 1999, substituting "said method comprising" for "said method being characterized in that it comprises" — Motions Judge granted leave to discontinue action, dismissed counterclaim by summary judgment because claim said to have been infringed not "identical" — Concluded patent claims had to be exactly same in every detail for cause of action to survive — Appeal allowed — Whether new wording broadening scope of claim substantive issue — Should not be resolved in summary judgment proceedings — Full trial of issue required to determine whether cause of action pleaded in counterclaim extinguished.*

*Construction of Statutes — Patent Act, s. 47(2) providing in so far as claims of original, reissued patents identical, surrender not affecting any action pending at time of re-issue or abating cause of action then existing — After respondent attacking validity of appellant's patent, appellant obtained reissued patent — Motions Judge dismissing appellant's counterclaim for patent infringement by way of summary judgment on ground wording of claims in reissued, original patents not identical; thus appellant could no longer sue for*

*Pratique — Jugements et ordonnances — Jugement sommaire — Appel dirigé contre une ordonnance de la Section de première instance qui avait rejeté par jugement sommaire la demande reconventionnelle de l'appelante pour contrefaçon de brevet — Action alléguant l'invalidité du brevet; l'appelante a déposé une demande reconventionnelle pour contrefaçon de brevet — En conséquence de la contestation de la validité du brevet, l'appelante a demandé la redélivrance du brevet conformément à l'art. 47 de la Loi sur les brevets — L'art. 47(2) prévoit que, dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redélivré sont identiques, l'abandon du brevet n'atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n'annule aucun motif d'instance alors existant — Le brevet redélivré, octroyé en 1999, substituait les mots «ladite méthode comprenant» aux mots «ladite méthode étant caractérisée en ce qu'elle comprend» — Le juge des requêtes a accordé à l'intimée l'autorisation de se désister de son action et rejeté la demande reconventionnelle par jugement sommaire parce que la revendication à laquelle il avait été censément porté atteinte n'était pas «identique» — Il a conclu que les revendications des brevets devaient être exactement les mêmes, à tous égards, pour que le motif d'instance survive à l'abandon du brevet — Appel accueilli — La question de savoir si le nouveau libellé élargissait le champ de la revendication était une question de fond — Cette question ne devrait pas être résolue à la faveur d'un jugement sommaire — Un procès en règle portant sur la question était nécessaire pour savoir si le motif d'instance plaidé dans la demande reconventionnelle avait ou non été éteint.*

*Interprétation des lois — L'art. 47(2) de la Loi sur les brevets, prévoit que, dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redélivré sont identiques, l'abandon du brevet n'atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n'annule aucun motif d'instance alors existant — Après que l'intimée eut contesté la validité du brevet de l'appelante, l'appelante avait obtenu un brevet redélivré — Le juge des requêtes a rejeté par jugement sommaire la demande reconventionnelle de*

*infringement of surrendered patent — Appeal therefrom allowed — Meaning of “identical” in s. 47(2) at issue — S. 47(2) derived from United States patent legislation — Appropriate to consider American case law in construing meaning of “identical” — American approach preferred to literal approach — Focus should be on whether scope of reissue claim changed from that of original claim because of use of different language — If not, claims “identical” even if language not same — Construction of patent claims substantive issue — Should not be resolved in summary judgment proceedings.*

*l'appelante pour contrefaçon de brevet, au motif que le libellé des revendications du brevet redéveloppé et celui des revendications du brevet original n'étaient pas identiques; ainsi l'appelante ne pouvait plus assigner l'intimée en contrefaçon du brevet abandonné — Appel accueilli — Signification du mot «identique», dans l'art. 47(2) — L'art. 47(2) est dérivé de la législation des États-Unis sur les brevets — Il était opportun d'étudier la jurisprudence américaine pour saisir le sens du mot «identique» — L'approche américaine doit être préférée à une interprétation littérale — L'essentiel est de savoir si la portée de la revendication du brevet redéveloppé a été modifiée par rapport à celle de la revendication du brevet original, en raison de l'utilisation de mots différents — Dans la négative, les revendications sont «identiques» même si les mots employés ne sont pas les mêmes — L'interprétation des revendications des brevets est une question de fond — Cette question ne devrait pas être résolue à la faveur d'un jugement sommaire.*

This was an appeal from an order of the Trial Division dismissing the appellant's counterclaim by way of summary judgment and a cross-appeal from the award of costs in the action. The respondent commenced an action alleging patent invalidity. The appellant filed a statement of defence, and a counterclaim alleging patent infringement. The patent had issued in January 1997. Priority had been based on 1994 Swiss patent applications. One of the grounds of invalidity was based on prior art found in a 1970 Japanese patent. As a consequence of that attack, the appellant applied, in December 1998, for reissue of the patent pursuant to *Patent Act*, section 47. Subsection 47(1) permits the Commissioner to issue a new patent for the same invention whenever a patent is deemed defective by reasons of an error which arose by mistake without any fraudulent or deceptive intention. Subsection 47(2) provides that “in so far as the claims of the original and reissued patents are identical, the surrender does not affect any action pending at the time of reissue or abate any cause of action then existing”. The reissued patent was granted in October 1999. In February 1998, the respondent moved for the dismissal of the counterclaim by way of summary judgment on the ground that the cause of action had ceased to exist. Claim 21 of the reissued patent substituted “said method comprising” for “said method being characterized in that it comprises” in claim 14 of the original patent. The Motions Judge concluded that the patent claims had to be exactly the same in every detail in order for the cause of action pleaded in the counterclaim to survive the surrender of the patent. He held that deletion of “characterized in that” broadened the scope of claim 21 because the features of claim 21 following immediately after the word “comprising” “may no longer be essential”. He determined that the two claims were different both in scope and language, and granted the motion on the ground that by surrendering the patent in favour of the reissued patent, the appellant could no longer sue for

Il s'agissait d'un appel interjeté contre une ordonnance de la Section de première instance, qui avait rejeté par jugement sommaire la demande reconventionnelle de l'appelante, et d'un appel incident à l'encontre de l'adjudication des dépens dans l'action. L'intimée a introduit une procédure dans laquelle elle alléguait l'invalidité du brevet. L'appelante a déposé une défense, ainsi qu'une demande reconventionnelle où elle alléguait que l'intimée portait atteinte au brevet. Le brevet avait été délivré en janvier 1997. Priorité avait été revendiquée sur des demandes de brevet suisses déposées en 1994. L'un des motifs d'invalidité était fondé sur l'état antérieur de la technique, constaté dans un brevet japonais de 1970. En conséquence de cette contestation, l'appelante a déposé en décembre 1998 une demande de redélivrance du brevet conformément à l'article 47 de la *Loi sur les brevets*. Le paragraphe 47(1) autorise le Commissaire à délivrer un nouveau brevet pour la même invention lorsqu'un brevet est jugé défectueux en raison d'une erreur qui a été commise par inadvertance, sans intention de frauder ou de tromper. Le paragraphe 47(2) prévoit que, «dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redéveloppé sont identiques, l'abandon n'atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n'annule aucun motif d'instance alors existant». Le brevet redéveloppé a été octroyé en octobre 1999. En février 1998, l'intimée a sollicité le rejet de la demande reconventionnelle par voie de jugement sommaire, en affirmant que la cause d'action ou le motif d'instance avait cessé d'exister. La revendication 21 du brevet redéveloppé substituait les mots «ladite méthode comprenant» aux mots «ladite méthode étant caractérisée en ce qu'elle comprend», qui apparaissaient dans la revendication 14 du brevet original. Le juge des requêtes a conclu que les revendications des brevets devaient être exactement les mêmes, à tous égards, pour que le motif d'instance plaidé dans la demande reconventionnelle survive à l'abandon du brevet. Il a exprimé

infringement of the patent because the claim said to have been infringed was not, as required by section 47, "identical" to the corresponding claim of the reissued patent. He awarded costs to the respondent on a solicitor-and-client basis with respect to the appellant's counterclaim.

Subsection 55(2) provides that a person is liable to pay reasonable compensation for any damage sustained by reason of any act, after the application for the patent became open to the public inspection and before the grant of the patent, that would have constituted an infringement of the patent if the patent had been granted on the day the application became open to public inspection. The appellant submitted that subsection 55(2) gives a patentee the right to claim reasonable compensation for "infringing" activities between the date of publication and the date a patent is granted.

The issues were: (1) whether the cause of action asserted in the counterclaim was extinguished by the surrender of the patent; (2) if so, whether the applicant was entitled to recover damages for any infringement to the date of surrender; (3) whether subsection 55(2) creates an independent cause of action which is unaffected by the surrender of the patent.

*Held*, the appeal should be allowed, with costs to the appellant.

(1) Given the apparent derivation of the reissue provisions of the *Patent Act*, it was appropriate to consider American case law construing the word "identical" in the United States statute as an aid to construing the same word in subsection 47(2). While there are some differences in the reissue provisions of the two statutes, none was material. The approach taken by the American courts to the construction of the word "identical" was preferred to a strict literal interpretation. The focus should be on whether the scope of the reissue claim has changed from that of the original claim because of use of different language. If not, the claims must be viewed as "identical" even though the language is not in all respects the same.

l'avis que la suppression des mots «caractérisée en ce que» avait élargi la portée de la revendication 21 parce que les particularités de la revendication 21 immédiatement après le mot «comprenant» «ne sont peut-être plus essentielles». Il a estimé que les deux revendications étaient différentes, à la fois dans leur portée et dans leur libellé, et il a fait droit à la requête au motif que, en abandonnant le brevet en faveur du brevet redéveloppé, l'appelante ne pouvait plus assigner l'intimée en contrefaçon de brevet parce que la revendication à laquelle l'intimée avait censément porté atteinte n'était pas, selon ce qu'exige l'art. 47, «identique» à la revendication correspondante du brevet redéveloppé. Il a accordé les dépens à l'intimée, sur une base avocat-client, en ce qui avait trait à la demande reconventionnelle de l'appelante.

Le paragraphe 55(2) prévoit qu'une personne est responsable envers le breveté, à concurrence d'une indemnité raisonnable, si elle accomplit un acte lui faisant subir un dommage entre la date à laquelle la demande de brevet est devenue accessible au public et l'octroi du brevet, dans le cas où cet acte aurait constitué une contrefaçon si le brevet avait été octroyé à la date où cette demande est ainsi devenue accessible. L'appelante a fait valoir que le paragraphe 55(2) donne au breveté le droit de réclamer une indemnité raisonnable pour les actes de «contrefaçon» accomplis entre la date de publication et la date d'octroi d'un brevet.

Les questions étaient les suivantes: 1) le motif d'instance invoqué dans la demande reconventionnelle s'est-il éteint par suite de l'abandon du brevet? 2) dans l'affirmative, l'appelante avait-elle droit à réparation pour toute contrefaçon antérieure à la date de l'abandon? 3) le paragraphe 55(2) établit-il un motif d'instance indépendant qui n'est pas touché par l'abandon du brevet?

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli, avec dépens en faveur de l'appelante.

1) Vu que les dispositions de la *Loi sur les brevets* relatives à la redéveloppement semblent dériver de la loi américaine, il était logique, pour l'interprétation du mot «identique», au paragraphe 47(2), de considérer la jurisprudence américaine qui a interprété le même mot apparaissant dans la loi américaine. Des différences subsistent dans les dispositions des deux textes relatives à la redéveloppement, mais aucune n'était déterminante. L'approche adoptée par les tribunaux américains pour l'interprétation du mot «identique» a été préférée à une stricte interprétation littérale. L'essentiel est de savoir si la portée de la revendication du brevet redéveloppé a été modifiée par rapport à la portée de la revendication du brevet original, en raison de l'utilisation de mots différents. Dans la négative, les revendications doivent être considérées comme «identiques» même si la formulation de l'une n'est pas à tous égards la même que celle de l'autre.



The respondent argued that by using the vague word “comprising” in claim 21, the appellant had broadened the original claim. This was a substantive argument which should not be resolved at the summary judgment stage. In general, the language used must receive its ordinary natural meaning as that language would be understood at the date of issuance by those knowledgeable in the field. The need for expert evidence was evident, where the parties dispute what is old and what is new in claim 21, as well as whether essential features of that claim have been deleted and its scope so changed as to render it non-“identical” to the original claim. A full trial of the issue will better enable the Court to decide whether the cause of action pleaded in the counterclaim has or has not been extinguished as a result of the surrender of the patent.

(2) Whether the cause of action pleaded in the counterclaim continued after the patent was surrendered depended primarily on the construction of subsection 47(2). The appellant’s cause of action was pending at the time of reissue when the surrender of the original patent became effective. Subsection 47(2) would appear to preserve a pending cause of action only “in so far as the claims of the original and reissued patents are identical”. Therefore, if it is found at trial that the claims in issue are identical the appellant should be entitled to recover damages for infringement but not otherwise.

(3) The true import of subsection 55(2) did not have to be addressed, but the appellant’s argument would lead to an illogical result. If the owner of an invalid patent could not recover damages for conduct occurring after issuance of the patent, he should not be entitled to recover compensation for conduct occurring before the reissue of the patent simply because the patent had at one time been issued. Moreover, the appellant’s right to recover for infringement of the patent depends on the construction of subsection 47(2). Damages for infringement may be recovered only if the two claims in issue are found at trial to be identical.

(4) Because the matter was returned to the Trial Division for a full trial, the order as to costs was varied to award the appellant its costs on the dismissal of the motion to dismiss the counterclaim in the Trial Division.

L’intimée a soutenu que, en employant dans la revendication 21 le mot vague «comprenant», l’appelante avait élargi la revendication originale. Il s’agissait là d’un argument de fond qui ne pouvait être résolu à l’étape d’un jugement sommaire. En règle générale, les mots employés doivent recevoir leur sens naturel et ordinaire tel que ces mots seraient compris à la date de la délivrance du brevet par ceux à qui le domaine concerné est familier. La nécessité d’une preuve d’expert était évidente dans cette affaire, une affaire où les parties débattaient ce qui était ancien et ce qui était nouveau dans la revendication 21, et se demandaient si des particularités essentielles de la revendication avaient été supprimées et si son étendue avait été modifiée au point que la nouvelle revendication cessait d’être «identique» à la revendication originale. Un procès en règle portant sur la question sera mieux à même de permettre à la Cour de dire si le motif d’instance plaidé dans la demande reconventionnelle a ou n’a pas été éteint par suite de l’abandon du brevet.

2) La question de savoir si le motif d’instance plaidé dans la demande reconventionnelle avait subsisté après l’abandon du brevet dépendait surtout de l’interprétation du paragraphe 47(2). Le motif d’instance de l’appelante était existant au moment de la redélivrance lorsque l’abandon du brevet original est devenu effectif. Le paragraphe 47(2) semblerait préserver un motif d’instance existant uniquement «dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redélivré sont identiques». Par conséquent, s’il est jugé au procès que les revendications en cause sont identiques, l’appelante devrait être fondée à obtenir réparation pour atteinte à ses droits, mais pas autrement.

3) Il n’était pas nécessaire d’examiner la véritable signification du paragraphe 55(2), mais l’argument de l’appelante conduirait à un résultat illogique. Si le propriétaire d’un brevet invalide n’a pu obtenir réparation pour des agissements postérieurs à la délivrance du brevet, il ne devrait pas pouvoir obtenir réparation pour des agissements antérieurs à la redélivrance du brevet du seul fait que le brevet avait autrefois été délivré. Au reste, le droit de l’appelante à réparation pour contrefaçon de brevet dépend de l’interprétation du paragraphe 47(2). Il ne peut y avoir réparation pour contrefaçon de brevet que si les deux revendications en cause sont, à l’issue d’un procès, jugées identiques.

4) Puisque l’affaire a été renvoyée à la Section de première instance pour un procès en bonne et due forme, l’ordonnance d’adjudication des dépens a été modifiée de telle sorte que l’appelante obtienne ses dépens au regard du rejet de la requête en jugement sommaire visant au rejet de la demande reconventionnelle devant la Section de première instance.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act Amending the Statutes of the United States with respect to Reissue of Defective Patents*, 45 Stat. 732.  
*An Act respecting Patents of Invention*, S.C. 1872, c. 26, s. 19.  
*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, rr. 213, 216.  
*Intellectual Property Law Improvement Act*, S.C. 1993, c. 15, s. 48.  
*Patent Act*, R.S.C. 1906, c. 69, s. 24.  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 47, 55(2) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 48).  
*Patents*, 35 U.S.C. § 251, 252 (1994).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Northern Electric Co. Ltd. and Western Electric Co. Inc. v. Photo Sound Corpn. and Perkins*, [1936] S.C.R. 649; [1936] 4 D.L.R. 657.

## CONSIDERED:

*Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning v. Commissioner of Patents*, [1966] S.C.R. 604; (1966), 50 C.P.R. 220; *Northern Electric Co. Ltd. et al. v. Photo Sound Corpn. et al.*, [1936] Ex. C.R. 75; [1936] 2 D.L.R. 711; *Hunter v. Carrick* (1884), 10 O.A.R. 449 (Ont. C.A.); *Detroit Fuse & Manufacturing Coy. v. Metropolitan Engineering Coy. of Canada Ltd.* (1922), 21 Ex. C.R. 276; 63 D.L.R. 179; *Van Heusen Products Inc. et al. v. Tooke Bros. Ltd.*, [1929] Ex. C.R. 89; *Austin v. Marco Dental Products, Inc.*, 560 F.2d 966 (9th Cir. 1977); *Seattle Box Co., Inc. v. Industrial Crating & Packing, Inc.*, 731 F.2d 818 (Fed. Cir. 1984); *Kaufman Co., Inc. v. Lantech, Inc.*, 807 F.2d 970 (Fed. Cir. 1986); *Slimfold Mfg. Co., Inc. v. Kinkead Industries, Inc.*, 810 F.2d 1113 (Fed. Cir. 1987); *Laitram Corp. v. NEC Corp.*, 952 F.2d 1357 (Fed. Cir. 1991); *Brooks v. Steele & Currie* (1896), 14 R.P.C. 46 (C.A.); *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 263 N.R. 88; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Imperial Tobacco Ltd.* (1993), 47 C.P.R. (3d) 188; 152 N.R. 292 (F.C.A.).

## REFERRED TO:

*Bloom Engineering Co., Inc. v. North American Mfg. Co., Inc.*, 129 F.3d 1247 (Fed. Cir. 1997); *Burton Parsons Chemicals, Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976]

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Acte concernant les Brevets d'Invention*, S.C. 1872, ch. 26, art. 19.  
*An Act Amending the Statutes of the United States with respect to Reissue of Defective Patents*, 45 Stat. 732.  
*Loi d'actualisation du droit de la propriété intellectuelle*, L.C. 1993, ch. 15, art. 48.  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 47, 55(2) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 48).  
*Loi sur les brevets*, S.R.C. 1906, ch. 69, art. 24.  
*Patents*, 35 U.S.C. § 251, 252 (1994).  
*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règles 213, 216.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*Northern Electric Co. Ltd. and Western Electric Co. Inc. v. Photo Sound Corpn. and Perkins*, [1936] R.C.S. 649; [1936] 4 D.L.R. 657.

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning v. Commissioner of Patents*, [1966] R.C.S. 604; (1966), 50 C.P.R. 220; *Northern Electric Co. Ltd. et al. v. Photo Sound Corpn. et al.*, [1936] R.C.É. 75; [1936] 2 D.L.R. 711; *Hunter v. Carrick* (1884), 10 O.A.R. 449 (C.A. Ont.); *Detroit Fuse & Manufacturing Coy. v. Metropolitan Engineering Coy. of Canada Ltd.* (1922), 21 R.C.É. 276; 63 D.L.R. 179; *Van Heusen Products Inc. et al. v. Tooke Bros. Ltd.*, [1929] R.C.É. 89; *Austin v. Marco Dental Products, Inc.*, 560 F.2d 966 (9th Cir. 1977); *Seattle Box Co., Inc. v. Industrial Crating & Packing, Inc.*, 731 F.2d 818 (Fed. Cir. 1984); *Kaufman Co., Inc. v. Lantech, Inc.*, 807 F.2d 970 (Fed. Cir. 1986); *Slimfold Mfg. Co., Inc. v. Kinkead Industries, Inc.*, 810 F.2d 1113 (Fed. Cir. 1987); *Laitram Corp. v. NEC Corp.*, 952 F.2d 1357 (Fed. Cir. 1991); *Brooks v. Steele & Currie* (1896), 14 R.P.C. 46 (C.A.); *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 263 N.R. 88; *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Imperial Tobacco Ltd.* (1993), 47 C.P.R. (3d) 188; 152 N.R. 292 (C.A.F.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Bloom Engineering Co., Inc. v. North American Mfg. Co., Inc.*, 129 F.3d 1247 (Fed. Cir. 1997); *Burton Parsons Chemicals, Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976]

1 S.C.R. 555; (1974), 54 D.L.R. (3d) 711; 17 C.P.R. (2d) 97; 3 N.R. 553; *Catnic Components Limited and Another v. Hill & Smith Limited*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.); *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.* (1998), 81 C.P.R. (3d) 289; 150 F.T.R. 205 (F.C.T.D.); *McPhar Engineering Co. of Canada Ltd. v. Sharpe Instruments Ltd. et al.*, [1956-60] Ex. C.R. 467; (1960), 35 C.P.R. 105; *Curl-Master Mfg. Co. Ltd. v. Atlas Brush Ltd.*, [1967] S.C.R. 514; (1967), 52 C.P.R. 51.

1 R.C.S. 555; (1974), 54 D.L.R. (3d) 711; 17 C.P.R. (2d) 97; 3 N.R. 553; *Catnic Components Limited and Another v. Hill & Smith Limited*, [1982] R.P.C. 183 (H.L.); *Kirkbi AG c. Ritvik Holdings Inc.* (1998), 81 C.P.R. (3d) 289; 150 F.T.R. 205 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *McPhar Engineering Co. of Canada Ltd. v. Sharpe Instruments Ltd. et al.*, [1956-60] R.C.É. 467; (1960), 35 C.P.R. 105; *Curl-Master Mfg. Co. Ltd. v. Atlas Brush Ltd.*, [1967] R.C.S. 514; (1967), 52 C.P.R. 51.

## AUTHORS CITED

*Chisum on Patents: A Treatise on the Law of Patentability, Validity, and Infringement*, loose-leaf. New York: LEXIS Pub.

Delbridge, Robert F. "Preparation and Prosecution of Canadian and Foreign Patent Applications" (1969), 58 C.P.R. 251.

Hayhurst, W. L. "Intellectual Property Laws in Canada: The British Tradition, the American Influence and the French Factor" (1996), 10 *I.P.J.* 275.

Johnson, D. S. "The Language of the Claim" (1955), 23 C.P.R. 76.

*Petit Robert I: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Le Robert 1983, "identique".

*The Canadian Oxford Dictionary*. Toronto: Oxford University Press, 1998, "identical".

## DOCTRINE

*Chisum on Patents: A Treatise on the Law of Patentability, Validity, and Infringement*, loose-leaf. New York: LEXIS Pub.

Delbridge, Robert F. «Preparation and Prosecution of Canadian and Foreign Patent Applications» (1969), 58 C.P.R. 251.

Hayhurst, W. L. «Intellectual Property Laws in Canada: The British Tradition, the American Influence and the French Factor» (1996), 10 *I.P.J.* 275.

Johnson, D. S. «The Language of the Claim» (1955), 23 C.P.R. 76.

*Petit Robert I: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Le Robert 1983, «identique».

*The Canadian Oxford Dictionary*. Toronto: Oxford University Press, 1998, «identical».

APPEAL from an order of the Trial Division (*Stamicarbon B.V. v. Urea Casale S.A.*, [2001] 1 F.C. 172; (2000), 8 C.P.R. (4th) 206; 192 F.T.R. 267) dismissing the appellant's counterclaim for patent infringement by way of summary judgment. Appeal allowed with costs to the appellant.

APPEL dirigé contre une ordonnance de la Section de première instance (*Stamicarbon B.V. c. Urea Casale S.A.*, [2001] 1 C.F. 172; (2000), 8 C.P.R. (4th) 206; 192 F.T.R. 267), qui avait rejeté par jugement sommaire la demande reconventionnelle de l'appelante pour contrefaçon de brevet. Appel accueilli, avec dépens en faveur de l'appelante.

## APPEARANCES:

*Douglas N. Deeth* and *Heather Watts* for appellant.

*A. David Morrow* and *Steven B. Garland* for respondent.

## ONT COMPARU:

*Douglas N. Deeth* et *Heather Watts*, pour l'appelante.

*A. David Morrow* et *Steven B. Garland*, pour l'intimée.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deeth Williams Wall LLP*, Toronto, for appellant.

*Smart & Biggar*, Ottawa, for respondent.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Deeth Williams Wall LLP*, Toronto, pour l'appelante.

*Smart & Biggar*, Ottawa, pour l'intimée.

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

[1] STONE J.A.: This is an appeal and cross-appeal from an order of the Trial Division dated July 27, 2000 [[2001] 1 F.C. 172], granting the respondent leave to discontinue its action and allowing its motion for summary judgment to dismiss the appellant's counterclaim. The main issue in the appeal concerns the decision of the learned Motions Judge to dismiss the appellant's counterclaim. The cross-appeal is chiefly concerned with the Motions Judge's award of costs in the action. The parties are agreed, however, that if the order under appeal is sustained in its entirety, neither of them will seek a variation of the disposition of costs by the Motions Judge.

#### FACTUAL BACKGROUND

[2] The action, commenced by the respondent on May 16, 1997, alleges that the appellant's Canadian patent No. 2141886 (the patent) was invalid on a number of grounds. On October 10, 1997, the appellant filed a statement of defence denying the allegations contained in the statement of claim and alleging by way of counterclaim infringement of the patent by the respondent. The appellant alleged in the counterclaim that the respondent had made, used, sold and offered for sale the invention claimed in claims 14 and 15 of the patent through modernization of two urea reactors in the provinces of Alberta and Saskatchewan. In its prayer for relief the appellant sought injunctive relief and damages or, alternatively, a full accounting of revenues and profits received by the respondent by reason of the infringing activities.

[3] Application for the patent was filed on February 6, 1995. It was issued on January 24, 1997 and is titled "Reactor Four Two-Phase Reactions, in Particular for Use Synthesis at High Pressure and Temperature". Priority was claimed from two Swiss patent applications filed in May and December 1994.

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

[1] LE JUGE STONE, J.C.A.: La Section d'appel est saisie d'un appel et d'un appel incident interjetés contre une ordonnance de la Section de première instance en date du 27 juillet 2000 [[2000] 1 C.F. 172], qui accordait à l'intimée l'autorisation de se désister de son action et qui faisait droit à sa requête en jugement sommaire visant au rejet de la demande reconventionnelle de l'appelante. Le point principal soulevé dans l'appel concerne la décision du juge des requêtes de rejeter la demande reconventionnelle de l'appelante. L'appel incident concerne principalement les dépens adjugés par le juge des requêtes dans l'action. Les parties s'entendent cependant pour que, si l'ordonnance frappée d'appel est maintenue intégralement, ni l'une ni l'autre ne demandent la modification des dépens accordés par le juge des requêtes.

#### LES FAITS

[2] Dans son action, déposée le 16 mai 1997, l'intimée affirmait que le brevet canadien n° 2141886 de l'appelante (le brevet) était invalide, pour plusieurs motifs. Le 10 octobre 1997, l'appelante déposait une défense niant les allégations contenues dans la déclaration de l'intimée et affirmant par demande reconventionnelle que l'intimée portait atteinte au brevet. L'appelante affirmait dans la demande reconventionnelle que l'intimée avait fabriqué, utilisé, vendu et offert à la vente l'invention visée par les revendications 14 et 15 du brevet, en modernisant deux réacteurs à l'urée dans les provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan. Dans sa demande de redressement, l'appelante sollicitait une injonction et des dommages-intérêts ou, subsidiairement, un compte rendu comptable intégral des recettes et bénéfices recueillis par l'intimée par suite des activités de contrefaçon.

[3] La demande de brevet a été déposée le 6 février 1995. Le brevet, délivré le 24 janvier 1997, est intitulé «Réacteur à quatre réactions biphasées, en particulier pour synthèse d'utilisation à haute pression et haute température». Priorité était revendiquée sur deux demandes de brevet suisses déposées en mai et décembre 1994.

[4] One of the grounds of invalidity relied upon by the respondent is based on prior art found in Japanese patent No. 38813 issued in December 1970. Apparently as a consequence of that attack, on December 16, 1998, the appellant filed an application for reissue of the patent pursuant to section 47 of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (the Act). The respondent was advised of this filing on December 10, 1999. The reissued patent was granted on October 12, 1999 (the reissued patent).

[5] In February 1998, the respondent moved for the dismissal of the counterclaim by way of summary judgment on the ground that the cause of action therein alleged had "ceased to exist".

#### THE ORDER BELOW

[6] The Motions Judge granted the motion. In his view, by surrendering the patent in favour of the reissued patent, the appellant could no longer sue for infringement of the patent because the claim said to have been infringed by the respondent was not, as required by section 47 of the Act, "identical" to the corresponding claim of the reissued patent. He based this conclusion on a construction of the language found in section 47 of the Act and the comparative language appearing in the relevant claims of the patent and the reissued patent. A reading of the Motions Judge's reasons suggests that he regarded the construction of section 47 of the Act and the patent claims in issue as raising questions of law capable of resolution on the motion itself without the need for a full trial. The Motions Judge was of the view, at paragraph 16 of his reasons, that: "The surrender of the original patent results in the abatement of any existing causes of action at the time of surrender except to the extent that the reissued patent contains claims that are identical to the original patent."

#### THE ISSUES

[7] The main issue on this appeal is whether the cause of action asserted by the appellant in the counterclaim was extinguished by reason of the surrender of the patent on October 12, 1999. A subsidiary issue is whether, even if the cause of action was extinguished on surrender of the patent, the applicant is entitled to

[4] L'un des motifs d'invalidité invoqués par l'intimée est l'état antérieur de la technique constaté dans le brevet japonais n° 38813 délivré en décembre 1970. En conséquence semble-t-il de cette contestation, l'appelante déposait le 16 décembre 1998 une demande de redélivrance du brevet conformément à l'article 47 de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (la Loi). L'intimée fut informée de ce dépôt le 10 décembre 1999. Le brevet redélivré a été accordé le 12 décembre 1999 (le brevet redélivré).

[5] En février 1998, l'intimée sollicitait le rejet de la demande reconventionnelle par voie de jugement sommaire, au motif que la cause d'action dont elle faisait état avait «cessé d'exister».

#### L'ORDONNANCE DU JUGE DES REQUÊTES

[6] Le juge des requêtes a fait droit à la requête. À son avis, en abandonnant le brevet en faveur du brevet redélivré, l'appelante ne pouvait plus assigner l'intimée en contrefaçon de brevet parce que la revendication à laquelle l'intimée aurait porté atteinte n'était pas, selon ce qu'exige l'article 47 de la Loi, «identique» à la revendication correspondante du brevet redélivré. Il a fondé cette conclusion sur une interprétation du texte de l'article 47 de la Loi et sur une comparaison des revendications respectives du brevet et du brevet redélivré. Une lecture des motifs du juge des requêtes montre que, selon lui, l'interprétation de l'article 47 de la Loi et des revendications en cause soulevait des points de droit susceptibles de résolution dans la requête elle-même, sans que soit nécessaire un procès en bonne et due forme. Le juge des requêtes était d'avis, au paragraphe 16 de ses motifs, que: «L'abandon du brevet original entraîne l'annulation de tout motif d'instance alors existant sauf dans la mesure où des revendications du brevet redélivré sont identiques à celles du brevet original».

#### POINTS LITIGIEUX

[7] Le point principal soulevé par le présent appel est de savoir si le motif d'instance invoqué par l'appelante dans la demande reconventionnelle s'est éteint par suite de l'abandon du brevet le 12 octobre 1999. Un point accessoire est de savoir si, quand bien même le motif d'instance se serait éteint à l'abandon du brevet,

recover damages for any infringement of the patent prior to the date of surrender. A second such issue is whether subsection 55(2) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 48] of the Act creates an independent cause of action which is unaffected by the surrender of the patent. These issues are, of course, to be addressed in the context of the motion for summary judgment and, specifically, whether the Motions Judge erred in dismissing the counterclaim at that early stage.

### THE LEGISLATION

[8] Section 47 of the Act reads as follows:

#### REISSUE OF PATENTS

47. (1) Whenever any patent is deemed defective or inoperative by reason of insufficient description and specification, or by reason of the patentee's claiming more or less than he had a right to claim as new, but at the same time it appears that the error arose from inadvertence, accident or mistake, without any fraudulent or deceptive intention, the Commissioner may, on the surrender of the patent within four years from its date and the payment of a further prescribed fee, cause a new patent, in accordance with an amended description and specification made by the patentee, to be issued to him for the same invention for the then unexpired term for which the original patent was granted.

(2) The surrender referred to in subsection (1) takes effect only on the issue of the new patent, and the new patent and the amended description and specification have the same effect in law, on the trial of any action thereafter commenced for any cause subsequently accruing, as if the amended description and specification had been originally filed in their corrected form before the issue of the original patent, but, in so far as the claims of the original and reissued patents are identical, the surrender does not affect any action pending at the time of reissue or abate any cause of action then existing, and the reissued patent to the extent that its claims are identical with the original patent constitutes a continuation thereof and has effect continuously from the date of the original patent.

(3) The Commissioner may entertain separate applications and cause patents to be issued for distinct and separate parts of the invention patented, on payment of the fee for a reissue for each of the reissued patents. [Emphasis added.]

l'appelante a droit à réparation pour la contrefaçon du brevet antérieure à la date de l'abandon. Un deuxième point accessoire est de savoir si le paragraphe 55(2) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 48] de la Loi établit un motif d'instance indépendant qui n'est pas touché par l'abandon du brevet. Ces points doivent naturellement être abordés dans le contexte de la requête en jugement sommaire et, plus précisément, la question de savoir si le juge des requêtes a commis une erreur en rejetant la demande reconventionnelle à ce stade précoce.

### LA LOI

[8] L'article 47 de la Loi est rédigé ainsi:

#### REDÉLIVRANCE DE BREVETS

47. (1) Lorsqu'un brevet est jugé défectueux ou inopérant à cause d'une description et spécification insuffisante, ou parce que le breveté a revendiqué plus ou moins qu'il n'avait droit de revendiquer à titre d'invention nouvelle, mais qu'il apparaît en même temps que l'erreur a été commise par inadvertance, accident ou méprise, sans intention de frauder ou de tromper, le commissaire peut, si le breveté abandonne ce brevet dans un délai de quatre ans à compter de la date du brevet, et après acquittement d'une taxe réglementaire additionnelle, faire délivrer au breveté un nouveau brevet, conforme à une description et spécification rectifiée par le breveté, pour la même invention et pour la partie restant alors à courir de la période pour laquelle le brevet original a été accordé.

(2) Un tel abandon ne prend effet qu'au moment de la délivrance du nouveau brevet, et ce nouveau brevet, ainsi que la description et spécification rectifiée, a le même effet en droit, dans l'instruction de toute action engagée par la suite pour tout motif survenu subséquemment, que si cette description et spécification rectifiée avait été originalement déposée dans sa forme corrigée, avant la délivrance du brevet original. Dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redélivré sont identiques, un tel abandon n'atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n'annule aucun motif d'instance alors existant, et le brevet redélivré, dans la mesure où ses revendications sont identiques à celles du brevet original, constitue une continuation du brevet original et est maintenu en vigueur sans interruption depuis la date du brevet original.

(3) Le commissaire peut accueillir des demandes distinctes et faire délivrer des brevets pour des éléments distincts et séparés de l'invention brevetée, sur versement de la taxe à payer pour la redélivrance de chacun de ces brevets redélivrés. [Non souligné dans l'original.]

### PATENT CLAIMS IN ISSUE

[9] The claims that require comparison in the light of the requirements of subsection 47(2) are claim 14 of the patent and claim 21 of the reissued patent. These claims read as follows:

14. Method for *in-situ* modernization of a reactor for two-phase reactions of the type wherein a co-current flow of a gaseous phase and a liquid phase takes place, comprising a vertical tubular shell in which is supported a plurality of superimposed horizontal perforated plates in mutually spaced relationship and at least one opening being defined between a perimetric edge of each of said plates and an internal wall of said shell, said method being characterized in that it comprises the step of partially obstructing the respective openings associated with at least two adjacent perforated plates by means of baffles with said baffles defining mutually offset openings for liquid flow.

...

21. Method for *in-situ* modernization of a reactor for two-phase reactions of the type wherein a co-current flow of a gaseous phase and a liquid phase takes place, comprising a vertical tubular shell in which is supported a plurality of superimposed horizontal plates in mutually spaced relationship and at least one opening being defined between a perimetric edge of each of said plates and an internal wall of said shell, said method comprising the step of partially obstructing the respective openings associated with at least two adjacent perforated plates by means of baffles with said baffles defining mutually offset openings for liquid flow. [Emphasis added.]

### ANALYSIS

#### The main issue

[10] The main issue breaks down into three sub-issues. The first is the construction of subsection 47(2) and, in particular, the word “identical”. Second, allied to the first, is whether American jurisprudence touching the meaning of that word in United States patent legislation may properly be consulted by this Court in construing that word in subsection 47(2) of the Act. The third sub-issue is the construction to be placed on language appearing in claim 21 of the reissued patent as compared with language in claim 14 as the patent.

### REVENDEICATIONS EN CAUSE DES BREVETS

[9] Les revendications qui requièrent une comparaison à la lumière des exigences du paragraphe 47(2) sont la revendication 14 du brevet et la revendication 21 du brevet redéveloppé. Ces revendications sont ainsi rédigées:

[TRADUCTION]

14. Méthode de modernisation *in situ* d'un réacteur pour des réactions biphasées du genre dans lequel un flux cocourant d'une phase gazeuse et d'une phase liquide a lieu, consistant en une coquille tubulaire verticale dans laquelle est soutenue une diversité de plaques perforées horizontales superposées en relation spatiale réciproque et au moins une ouverture pratiquée entre le pourtour de chacune desdites plaques et un mur interne de ladite coquille, ladite méthode étant caractérisée en ce qu'elle comprend l'étape de l'obstruction partielle des ouvertures respectives associées à au moins deux plaques perforées adjacentes, au moyen de déflecteurs, lesdits déflecteurs définissant des ouvertures se neutralisant réciproquement pour le courant liquide.

[...]

21. Méthode de modernisation *in situ* d'un réacteur pour des réactions biphasées du genre dans lequel un flux cocourant d'une phase gazeuse et d'une phase liquide a lieu, consistant en une coquille tubulaire verticale dans laquelle est soutenue une diversité de plaques horizontales superposées en relation spatiale réciproque et au moins une ouverture pratiquée entre le pourtour de chacune desdites plaques et le mur interne de ladite coquille, ladite méthode comprenant l'étape de l'obstruction partielle des ouvertures respectives associées à au moins deux plaques perforées adjacentes, au moyen de déflecteurs, lesdits déflecteurs définissant des ouvertures se neutralisant réciproquement pour le courant liquide. [Non souligné dans l'original.]

### ANALYSE

#### Le point principal

[10] Le point principal comprend trois sous-points. Le premier concerne l'interprétation du paragraphe 47(2) et en particulier celle du mot «identique». Le deuxième, apparenté au premier, consiste à se demander si la jurisprudence américaine concernant le sens de ce mot dans la législation américaine sur les brevets peut à bon droit être consultée par la Cour dans l'interprétation de ce mot du paragraphe 47(2) de la Loi. Le troisième sous-point concerne la lecture qu'il convient de faire du texte de la revendication 21 du brevet redéveloppé, par rapport au texte de la revendication 14 du brevet.

[11] At the outset of his analysis, the Motions Judge pointed out, at paragraph 8 of his reasons, that the purpose of the summary judgment provisions in rules 213 and 216 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], “is to allow the Court to summarily dispose of cases which ought not to proceed to trial because there is no genuine issue to be tried”. Among these rules is paragraph 216(2)(b), which provides that where the only issue on the motion for summary judgment is “a question of law, the Court may determine the question and grant summary judgment accordingly”. The construction of section 47 of the Act was, of course, a “question of law”. It was not one that necessitated a trial and, in my view, the Motions Judge was in as good a position as a trial judge to resolve that particular question. This is not to suggest that the answer to the question was straightforward, but only that it was not such a question as required a trial of the issue before it could be resolved. On the other hand, the issue of patent construction is not of the same nature as construction of the statute. Considerations inherent in patent construction must be kept in mind before a court determines whether the counterclaim should have been disposed at the summary judgment stage.

[12] I shall turn first to construction of subsection 47(2) of the Act. The relevant language of the subsection as quoted above has been emphasized.

[13] In construing the reissue provisions in section 24 of the *Patent Act*, R.S.C. 1906, c. 69, the Supreme Court of Canada, *per* Duff C.J., stated in *Northern Electric Co. Ltd. and Western Electric Co. Inc. v. Photo Sound Corp. and Perkins*, [1936] S.C.R. 649, at pages 652-653:

It is to be noted that the section is retroactive in an important respect. The amendment speaks from the date of the original patent as regards causes of action arising after the date of the new patent. Even on the strictest construction, a serious injustice may arise from the operation of this provision where people have made arrangements and expended money on the faith of the specification in the patent between the date of the original patent and of the re-issue patent . . . It is our duty, I think, in the circumstances, not to extend the language

[11] Dès le début de son analyse, le juge des requêtes a fait observer, au paragraphe 8 de ses motifs, que l’objet des dispositions relatives au jugement sommaire, c’est-à-dire les règles 213 et 216 des *Règles de la Cour fédérale, 1998* [DORS/98-106], «à permettre à la Cour de statuer sommairement sur les affaires qui ne devraient pas être instruites parce qu’il n’existe pas de véritable question litigieuse». Parmi ces règles, il y a l’alinéa 216(2)b), qui prévoit que, lorsque la seule véritable question litigieuse soulevée dans la requête en jugement sommaire est «un point de droit, elle peut statuer sur celui-ci et rendre un jugement sommaire en conséquence». L’interprétation de l’article 47 de la Loi était à l’évidence un «point de droit». Ce n’en était pas un qui nécessitait un procès et, à mon avis, le juge des requêtes était en aussi bonne position qu’un juge de première instance pouvait l’être pour résoudre ce point en particulier. Cela ne veut pas dire que la réponse à la question était simple, mais uniquement qu’il ne s’agissait pas d’une question qui commandait la tenue d’un procès avant qu’elle ne puisse être résolue. En revanche, l’interprétation du brevet n’est pas du même ordre que l’interprétation de la loi. Les considérations inhérentes à l’interprétation du brevet doivent être gardées à l’esprit avant qu’un tribunal ne dise si la demande reconventionnelle aurait dû être jugée à l’étape du jugement sommaire.

[12] J’examinerai d’abord l’interprétation du paragraphe 47(2) de la Loi. Le passage pertinent du paragraphe reproduit ci-dessus a été mis en italique.

[13] Interprétant les dispositions de redélivrance contenues dans l’article 24 de la *Loi sur les brevets*, S.R.C. 1906, ch. 69, le juge en chef Duff, s’exprimant au nom de la Cour suprême du Canada, affirmait dans l’arrêt *Northern Electric Co. Ltd. and Western Electric Co. Inc. v. Photo Sound Corp. and Perkins*, [1936] R.C.S. 649, aux pages 652 et 653:

[TRADUCTION] Il convient de noter que l’article est rétroactif sous un aspect important. La rectification s’applique à compter de la date du brevet original pour ce qui est des motifs d’instance postérieurs à la date du nouveau brevet. Même avec l’interprétation la plus rigoureuse, une grave injustice peut résulter de l’application de cette disposition lorsque des gens ont pris des dispositions et dépensé des sommes sur la foi du mémoire descriptif du brevet entre la date du brevet original et celle du brevet redélivré [. . .] Dans



of the section beyond cases clearly within its intentment.

In my view, this caution remains valid despite the subsequent changes to the reissue provisions of the Act. It must be acknowledged that these changes are substantial and that it is the current language of the statute that requires construction.

[14] The parties agree that the portion of subsection 47(2) italicized in paragraph 8 above was intended to operate retrospectively while the first part of the subsection, except for the opening phrase, was intended to operate prospectively. As I read subsection 47(2), the surrender of a patent pursuant to subsection 47(1) “takes effect only on the issue of the new patent”, the surrender does not affect any action pending at the time of reissue or abate any cause of action then existing “in so far as the claims of the original and reissued patents are identical”, and that to the extent that such claims are identical “the reissued patent . . . constitutes a continuation” of the claims in the original patent and “has effect continuously from the date of the original patent”.

[15] The crucial question, therefore, is whether claim 21 of the reissued patent is “identical” to claim 14 of the patent within the meaning of subsection 47(2). If it is, the cause of action pleaded in the counterclaim is not affected by the surrender of the patent. If, on the other hand, the claims are not identical, that cause of action could no longer be pursued in the courts. The Motions Judge turned to a dictionary source for assistance in construing the word “identical” in subsection 47(2). Thus *The Canadian Oxford Dictionary* (Oxford University Press: Toronto, 1998), defines that word as meaning things that are “exactly the same in every detail”. At the same time, the Motions Judge found American jurisprudence touching the meaning of “identical” in the corresponding provisions of United States patent legislation to be of no assistance. He concluded that the patent claims in issue had to be exactly the same in every detail in order for the cause of

ces conditions, il nous incombe, à mon sens, de ne pas étendre le libellé de l'article au-delà des espèces qui entrent manifestement dans son périmètre.

À mon avis, cette mise en garde demeure valide malgré les modifications ultérieures des dispositions de la Loi relatives à la redélivrance. Il faut convenir que ces modifications sont importantes et que c'est la formulation actuelle du texte législatif qui appelle une interprétation.

[14] Les parties admettent que le passage du paragraphe 47(2) mis en italique dans le paragraphe 8 ci-dessus devait recevoir une application rétrospective tandis que la première partie du paragraphe, à l'exception des mots introductifs, devait recevoir une application prospective. Selon ma lecture du paragraphe 47(2), l'abandon d'un brevet en conformité avec le paragraphe 47(1) «ne prend effet qu'au moment de la délivrance du nouveau brevet», l'abandon n'atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n'annule aucun motif d'instance alors existant «[d]ans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redélivré sont identiques», et, dans la mesure où les revendications sont identiques, «le brevet redélivré [. . .] constitue une continuation» des revendications du brevet original et «est maintenu en vigueur sans interruption depuis la date du brevet original».

[15] Il s'agit donc essentiellement de savoir si la revendication 21 du brevet redélivré est «identique» à la revendication 14 du brevet, au sens du paragraphe 47(2). Dans l'affirmative, le motif d'instance plaidé dans la demande reconventionnelle n'est pas atteint par l'abandon du brevet. Si en revanche les revendications ne sont pas identiques, ce motif d'instance ne pourrait plus être invoqué devant les tribunaux. Le juge des requêtes s'en est remis au dictionnaire pour l'interprétation du mot «identique», au paragraphe 47(2). Ainsi, selon le *Petit Robert I: Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* ce mot «[s]e dit d'objets ou d'êtres parfaitement semblables». Simultanément, le juge des requêtes a estimé que la jurisprudence américaine touchant la signification du mot «identique», dans les dispositions correspondantes de la loi américaine sur les brevets, n'était d'aucune aide. Il a conclu que les

the action pleaded in the counterclaim to survive the surrender of the patent. Nevertheless, in the course of his analysis the Motions Judge determined as well that the two claims were different both in scope and the language in which they were cast.

[16] The appellant invited the Court to compare the relevant language of subsection 47(2) with that contained in section 252 of the United States legislation, 35 U.S.C. "Patents" and, as well, to have regard to American case law decided under that section. It would appear that the language of section 252 of the United States patent legislation with respect to the reissue of a defective patent may be traced at least to 45 Stat. 732 (May 24, 1928). By that statute, section 4916 of the Revised Statutes of the United States was amended by including the following language:

Such surrender shall take effect upon the issue of the reissued patent, but in so far as the claims of the original and reissued patents are identical, such surrender shall not affect any action then pending nor abate any cause of action then existing, and the reissued patent shall to the extent that its claims are identical with the original patent shall constitute a continuation thereof and have effect continuously from the date of the original patent.

As we shall see, this language is virtually identical with that which appears in section 252 of the current American patent statute.

[17] I accept that section 47 of the Act, while not in all respects the same, bears some resemblance to the corresponding section of the United States legislation. That view was expressed by Martland J. in *Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning v. Commissioner of Patents*, [1966] S.C.R. 604, at page 613, although, as he also pointed out, differences exist. There appears to have been a long-standing tendency in Canada to model patent legislation on corresponding United States statutes rather than on those of the United Kingdom although Canada has not adopted the entire United States patent system: see W. L. Hayhurst, "Intellectual Property Laws in Canada: The British Tradition, the American Influence and the

revendications en cause devaient être exactement les mêmes, à tous égards, pour que le motif d'instance plaidé dans la demande reconventionnelle survive à l'abandon du brevet. Néanmoins, durant son analyse, le juge des requêtes a estimé aussi que les deux revendications étaient différentes, à la fois dans leur portée et dans leur libellé.

[16] L'appelante a invité la Cour à comparer le passage pertinent du paragraphe 47(2) avec le texte de la section 252 de la loi américaine, 35 U.S.C. «Patents», et aussi à considérer la jurisprudence américaine relative à cette section. Il semblerait que l'on puisse faire remonter au moins à 45 Stat. 732 (24 mai 1928) le texte de la section 252 de la loi américaine sur les brevets, une disposition qui concerne la redélivrance d'un brevet défectueux. La référence 45 Stat. 732 modifiait la section 4916 des Lois révisées des États-Unis par adjonction du texte suivant:

[TRADUCTION]

Cet abandon prendra effet à la délivrance du brevet redélivré, mais dans la mesure où les revendications du brevet original et celles du brevet redélivré sont identiques, cet abandon n'atteint aucune instance alors pendante ni n'annule aucun motif d'instance alors existant, et le brevet redélivré, dans la mesure où ses revendications sont identiques à celles du brevet original, constitue une continuation du brevet original et est maintenu en vigueur sans interruption à compter de la date du brevet original.

Comme nous le verrons, ce texte est quasiment identique à celui qui apparaît dans la section 252 de l'actuelle loi américaine sur les brevets.

[17] J'admets que l'article 47 de la Loi, même s'il n'est pas à tous égards semblable, présente une certaine ressemblance avec la section correspondante de la loi américaine. Cette vue a été exprimée par le juge Martland dans l'arrêt *Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning v. Commissioner of Patents*, [1966] R.C.S. 604, à la page 613, même si, comme il l'a fait observer, des différences subsistent. On semble de longue date avoir eu tendance au Canada à modéliser les lois relatives aux brevets sur les lois américaines correspondantes, plutôt que sur celles du Royaume-Uni, encore que le Canada n'ait pas adopté le système américain tout entier des brevets: voir W. L. Hayhurst, «Intellectual Property

French Factor” (1996), 10 *I.P.J.* 275. More specifically, as was pointed out by Maclean J. in *Northern Electric Company Ltd. et al. v. Photo Sound Corp. et al.*, [1936] Ex. C.R. 75, at pages 88-89: “The provisions of the Canadian Patent Act in respect of reissue of patents is much the same as in the United States Patent Act, and probably that was the source of the provisions in the Canadian Act”. In *Hunter v. Carrick* (1884), 10 O.A.R. 449 (Ont. C.A.), Patterson J.A. in construing the reissue provisions in section 19 of *An Act respecting Patents of Invention*, S.C. 1872, c. 26, noted at page 468 that the “clause seems to have been suggested by a section of the Patent Law of the United States” and that section 19 “follows in a general way the language and the provisions of the American model”. Again in a reissue case, *Detroit Fuse & Manufacturing Coy. v. Metropolitan Engineering Cy. of Canada Ltd.* (1922), 21 Ex. C.R. 276, at page 280, Audette J., relying on *Hunter, supra*, noted that the general similarity of the Canadian and American patent statutes “will be a justification to seek support upon that ground from the American authorities”. In *Van Heusen Products Inc. et al. v. Tooke Bros. Ltd.*, [1929] Ex. C.R. 89, Audette J. also observed, at page 100: “Canadian courts, like the English courts, are accustomed to treat the decisions of the American courts with great respect, although they are in no manner bound by them”. Given the apparent derivation of the reissue provisions of the Act, it would seem appropriate to consider American jurisprudence construing the word “identical” in the United States statute for assistance in construing the same word in subsection 47(2).

[18] Before examining that jurisprudence, it will be useful to compare the relevant language of subsection 47(2) with the corresponding language of the current United States statute with respect to reissue of a patent. Sections 251 and 252 of 35 U.S.C. read as follows:

Laws in Canada: The British Tradition, the American Influence and the French Factor» (1996), 10 *I.P.J.* 275. Plus précisément, comme l’a fait observer le juge Maclean dans l’arrêt *Northern Electric Company Ltd. et al. v. Photo Sound Corp. et al.*, [1936] R.C.É. 75, aux pages 88 et 89: [TRADUCTION] «Les dispositions de la Loi canadienne sur les brevets relatives à la redélivrance de brevets ressemblent beaucoup à celles de la Loi américaine sur les brevets, laquelle a probablement été la source des dispositions apparaissant dans la Loi canadienne». Dans l’arrêt *Hunter c. Carrick* (1884), 10 O.A.R. 449 (C.A. Ont.), le juge Patterson, interprétant les dispositions de redélivrance figurant dans l’article 19 de l’*Acte concernant les Brevets d’Invention*, S.C. 1872, ch. 26, faisait observer à la page 468 que la [TRADUCTION] «disposition semble avoir été inspirée d’une section de la Loi sur les brevets des États-Unis» et que l’article 19 [TRADUCTION] «suit de façon générale le texte et les dispositions du modèle américain». De nouveau dans une affaire de redélivrance, l’arrêt *Detroit Fuse & Manufacturing Coy. v. Metropolitan Engineering Coy. of Canada Ltd.* (1922), 21 R.C.É. 276, à la page 280, le juge Audette, invoquant l’arrêt *Hunter*, précité, faisait observer que la similitude générale des lois canadienne et américaine sur les brevets [TRADUCTION] «sera une autorisation de puiser, de ce chef, aux précédents américains». Dans l’arrêt *Van Heusen Products Inc. et al. v. Tooke Bros. Ltd.*, [1929] R.C.É. 89, le juge Audette faisait aussi observer, à la page 100, que: [TRADUCTION] «Les tribunaux canadiens, comme les tribunaux anglais, sont accoutumés à déférer aux décisions des tribunaux américains, encore qu’ils ne soient en aucune façon liés par elles». Vu que les dispositions de la Loi canadienne relatives à la redélivrance semblent dériver de la loi américaine, il semblerait logique, pour l’interprétation du mot «identique», au paragraphe 47(2) de notre Loi, de considérer la jurisprudence américaine qui a interprété le même mot apparaissant dans la loi américaine.

[18] Avant d’examiner cette jurisprudence, il sera utile de comparer le passage pertinent du paragraphe 47(2) avec le texte correspondant de la loi américaine actuelle relatif à la redélivrance d’un brevet. Les sections 251 et 252 de 35 U.S.C. sont ainsi formulées:

## § 251. . . .

Whenever any patent is, through error without any deceptive intention, deemed wholly or partly inoperative or invalid, by reason of a defective specification or drawing, or by reason of the patentee claiming more or less than he had a right to claim in the patent, the Commissioner shall, on the surrender of such patent and the payment of the fee required by law, reissue the patent for the invention disclosed in the original patent, and in accordance with a new and amended application, for the unexpired part of the term of the original patent. No new matter shall be introduced into the application for reissue.

The Commissioner may issue several reissued patents for distinct and separate parts of the thing patented, upon demand of the applicant, and upon payment of the required fee for a reissue for each of such reissued patents.

The provisions of this title relating to applications for patent shall be applicable to applications for reissue of a patent, except that application for reissue may be made and sworn to by the assignee of the entire interest if the application does not seek to enlarge the scope of the claims of the original patent.

. . .

## § 252. . . .

The surrender of the original patent shall take effect upon the issue of the reissued patent, and every reissued patent shall have the same effect and operation in law, on the trial of actions for causes thereafter arising, as if the same had been originally granted in such amended form, but in so far as the claims of the original and reissued patents are identical, such surrender shall not affect any action then pending nor abate any cause of action then existing, and the reissued patent, to the extent that its claims are identical with the original patent, shall constitute a continuation thereof and have effect continuously from the date of the original patent.

No reissued patent shall abridge or affect the right of any person or his successors in business who made, purchased or used prior to the grant of a reissue anything patented by the reissued patent, to continue the use of, or to sell to others to be used or sold, the specific thing so made, purchased or used, unless the making, using or selling of such thing infringes a valid claim of the reissued patent which was in the original patent. The court before which such matter is in question may provide for the continued manufacture, use or sale of the thing

[TRADUCTION]

## § 251. [. . .]

Lorsqu'un brevet est, par erreur et sans intention de tromper, réputé entièrement ou partiellement inopérant ou invalide, par suite d'une description défectueuse ou d'un dessin défectueux, ou parce que le breveté revendique plus ou moins que ce qu'il avait le droit de revendiquer dans le brevet, le Commissaire doit, à l'abandon de ce brevet et sur paiement du droit prévu par la loi, redélivrer le brevet pour l'invention divulguée dans le brevet original, et en conformité avec une demande nouvelle et modifiée, pour la partie non expirée de la durée du brevet original. Aucune nouvelle matière ne pourra figurer dans la demande de redélivrance.

Le Commissaire peut octroyer plusieurs brevets redélivrés, pour des portions distinctes de la chose brevetée, sur demande du requérant et sur paiement du droit requis applicable à la redélivrance de chacun desdits brevets redélivrés.

Les dispositions du présent titre se rapportant aux demandes de brevet sont applicables aux demandes de redélivrance d'un brevet, sauf que la demande de redélivrance peut être présentée sous serment par le cessionnaire de l'intérêt tout entier si la demande ne vise pas à élargir la portée des revendications du brevet original.

[. . .]

## § 252. [. . .]

L'abandon du brevet original prend effet à la délivrance du brevet redélivré, et tout brevet redélivré a le même effet et la même application en droit, dans l'instruction de toute action fondée sur une cause découlant dudit brevet, comme si le brevet redélivré avait été originalement accordé dans cette forme modifiée, mais, dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redélivré sont identiques, un tel abandon n'atteint aucune instance pendante ni n'annule aucun motif d'instance alors existant, et le brevet redélivré, dans la mesure où ses revendications sont identiques à celles du brevet original, constitue une continuation du brevet original et est maintenu en vigueur sans interruption depuis la date du brevet original.

Aucun brevet redélivré ne limite le droit d'une personne ou de ses successeurs commerciaux qui ont fabriqué, acheté ou utilisé avant l'octroi du brevet redélivré une chose brevetée à la faveur dudit brevet, de continuer d'utiliser, ou de vendre à autrui pour qu'elle soit utilisée ou vendue, la chose particulière ainsi fabriquée, achetée ou utilisée, à moins que la fabrication, l'utilisation ou la vente de cette chose ne porte atteinte à une revendication valide du brevet redélivré qui se trouvait dans le brevet original. Le tribunal saisi d'un tel litige

made, purchased or used as specified, or for the manufacture, use or sale of which substantial preparation was made before the grant of the reissue, and it may also provide for the continued practice of any process patented by the reissue, practice, or for the practice of which substantial preparation was made, prior to the grant of the reissue, to the extent and under such terms as the court seems equitable for the protection of investments made or business commenced before the grant of the reissue.

No reissued patent shall be granted enlarging the scope of the claims of the original patent unless applied for within two years from the grant of the original patent. [Emphasis added.]

[19] A 1999 amendment to the statute, 113 Stat. 1501 (November 29, 1999), which took effect in 2000, added the word “substantially” in two places in the first paragraph of section 252 before the word “identical”. In D. S. Chisum, *Chisum on Patents: A Treatise on the Law of Patentability, Validity, and Infringement*, loose-leaf (LEXIS Pub., 2001), Vol. 4, the learned American author expresses the view, at page 349, that this amendment “codified the case law. . . , which reads ‘identical’ in section 252 as meaning identical in substance, not verbally identical”. It is to be noticed that the provisions in the first paragraph of section 252, emphasized above, are virtually the same as the emphasized language of subsection 47(2). While differences remain in the reissue provisions of the two statutes none in the emphasized language of section 252 appears to be material to the present discussion.

[20] I shall turn next to consider the American jurisprudence. The construction of the word “identical” in the United States statute has attracted the attention of the courts of that country for more than three decades. Reference to some of the decided cases is illustrative. Thus in *Austin v. Marco Dental Products, Inc.*, 560 F.2d 966 (9th Cir. 1977), at page 973, the Court did not speak in terms of a literally exact requirement in order for claims to be “identical” but only that the claims be “substantially identical”. Subsequently, in *Seattle Box Co., Inc. v. Industrial Crating & Packing*,

pourra prononcer sur la poursuite de la fabrication, de l’utilisation ou de la vente de la chose fabriquée ou utilisée ainsi qu’il est indiqué, ou prononcer sur la fabrication, l’utilisation ou la vente dont une partie substantielle a été effectuée avant l’octroi du brevet redéveloppé, et il pourra aussi prononcer sur la poursuite de la mise en pratique d’un procédé breveté à la faveur du brevet redéveloppé, ou sur la mise en pratique dont une partie substantielle a eu lieu avant l’octroi du brevet redéveloppé, dans la mesure et aux conditions que le tribunal jugera équitables pour la protection des investissements effectués ou des activités commencées avant l’octroi du brevet redéveloppé.

Il ne sera pas octroyé de brevet redéveloppé élargissant la portée des revendications du brevet original à moins que l’élargissement ne soit demandé dans un délai de deux ans à compter de l’octroi du brevet original. [Non souligné dans l’original.]

[19] Une modification apportée en 1999 à la loi, 113 Stat. 1501 (29 novembre 1999), et entrée en vigueur en 2000, ajoutait le mot «sensiblement» en deux endroits du premier paragraphe de la section 252, devant le mot «identique». Dans l’ouvrage de D. S. Chisum, *Chisum on Patents: A Treatise on the Law of Patentability, Validity and Infringement*, feuille mobile (LEXIS Pub. 2001), vol. 4, cet auteur exprime l’avis, à la page 349, que cette modification [TRADUCTION] «a codifié la jurisprudence [. . .], pour qui le mot “identique”, dans la section 252, signifie identique en substance, non identique par les mots». Il convient de noter que les dispositions du premier paragraphe de la section 252, souligné ci-dessus, sont quasiment les mêmes que le passage en italique du paragraphe 47(2). Des différences subsistent dans les dispositions des deux textes relatives à la redéveloppement, mais aucune se trouvant dans la partie en italique de la section 252 ne semble essentielle pour nos propos.

[20] Je vais maintenant examiner la jurisprudence américaine. L’interprétation du mot «identique» dans la loi des États-Unis retient l’attention des tribunaux canadiens depuis plus de trois décennies. Il suffit d’examiner certains précédents pour le constater. Ainsi, dans l’arrêt *Austin v. Marco Dental Products, Inc.*, 560 F.2d 966 (9th Cir. 1977), à la page 973, le tribunal a estimé qu’il n’est pas nécessaire que des revendications soient rédigées exactement de la même façon pour qu’elles soient «identiques», mais uniquement qu’elles doivent être «sensiblement identiques». Plus tard, dans

*Inc.*, 731 F.2d 818 (Fed. Cir. 1984), the meaning of the word “identical” was again addressed. In referring to the requirements of section 252, the Court stated at page 827:

Congress, in this statute, has explicitly limited claim continuity to claims in the reissued patent *identical* to claims in the original patent. The statute does not allow the claims of the original patent some other form of survival. The original claims are dead. The statute permits, however, the claims of the reissue patent to reach back to the date the original patent issued, *but only if* those claims are identical with claims in the original patent. With respect to new or amended claims, an infringer’s liability commences only from the date the reissue patent is issued.

The Court went on to state, at page 827, that while it was not asked to decide exactly what “identical” meant in section 252, it was clear “that ‘identical’ means, *at most*, ‘without substantive change’”.

[21] In *Kaufman Co., Inc. v. Lantech, Inc.*, 807 F.2d 970 (Fed. Cir. 1986), the Court agreed with the test enunciated in *Seattle Box, supra*. In *Slimfold Mfg. Co., Inc. v. Kinkead Industries, Inc.*, 810 F.2d 1113 (Fed. Cir. 1987), the Court was of a similar view. After referring to earlier cases, it concluded at pages 1115-1116:

In essence, courts have held that it is the scope of the claim that must be identical, not that the identical words must be used. In *Seattle Box Co. v. Industrial Crating & Packing, Inc.*, 731 F.2d 818, 221 USPQ 568 (Fed. Cir. 1984), the court held it unnecessary to define “identical” as applied to that case, but expressed the view that it means “*at most*, without substantive change”. *Id.* at 827-28, 221 USPQ at 575 (emphasis in original). In *Kaufman Co. v. Lantech, Inc.*, 807 F.2d 970, 977 (Fed. Cir. 1986) this court discussed section 252 as applied to reexamination and held that “‘identical’ within the meaning of § 252 first paragraph, means ‘without substantive change’”.

In *Laitram Corp. v. NEC Corp.*, 952 F.2d 1357 (Fed. Cir. 1991), the Court expressed a substantially similar view, at page 1361: “‘Identical’ does not mean

l’arrêt *Seattle Box Co., Inc. v. Industrial Crating & Packing, Inc.*, 731 F.2d 818 (Fed. Cir. 1984), le sens du mot «identique» a de nouveau été étudié. Se référant aux exigences de la section 252, le tribunal s’est exprimé ainsi à la page 827:

[TRADUCTION] Dans cette loi, le Congrès a expressément limité la continuité de la revendication aux revendications du brevet redéveloppé qui sont *identiques* aux revendications du brevet original. La loi n’accorde pas aux revendications du brevet original une autre forme de survie. Les revendications originales ont disparu. La loi permet cependant aux revendications du brevet redéveloppé de remonter à la date du brevet original délivré, *mais uniquement si* ces revendications sont identiques à celles du brevet original. S’agissant de revendications nouvelles ou rectifiées, la responsabilité du contrefacteur ne commence qu’à la date d’octroi du brevet redéveloppé.

Puis le tribunal a indiqué, à la page 827, que, même s’il n’était pas prié de dire ce que signifiait exactement le mot «identique», il était clair [TRADUCTION] «que ce mot signifie *tout au plus* “sans modification de fond”».

[21] Dans l’arrêt *Kaufman Co., Inc. v. Lantech, Inc.*, 807 F.2d 970 (Fed. Cir. 1986), le tribunal a souscrit au critère énoncé dans l’affaire *Seattle Box*, précitée. Dans l’arrêt *Slimfold Mfg. Co., Inc. v. Kinkead Industries, Inc.*, 810 F.2d 1113 (Fed. Cir. 1987), le tribunal a exprimé le même avis. Après s’être référé à des décisions antérieures, il a conclu ainsi, aux pages 1115 et 1116:

[TRADUCTION] Essentiellement, les tribunaux ont jugé que c’est la portée de la revendication qui doit être identique, non que les mots identiques doivent être employés. Dans l’affaire *Seattle Box Co. v. Industrial Crating & Packing, Inc.*, 731 F.2d 818, 221 USPQ 568 (Fed. Cir. 1984), le tribunal a jugé inutile de définir le mot «identique» appliqué à cette affaire, mais a exprimé l’avis que ce mot signifie «*tout au plus* sans modification de fond». *Id.*, pages 827-28, 221 USPQ, page 575 (italique dans l’original). Dans l’arrêt *Kaufman Co. v. Lantech, Inc.*, 807 F.2d 970, 977 (Fed. Cir. 1986), ce tribunal a examiné la section 252 telle qu’elle s’applique au réexamen et a jugé que «le mot “identique”, au sens de la § 252, premier paragraphe, signifie “sans modification de fond”».

Dans l’arrêt *Laitram Corp. v. NEC Corp.*, 952 F.2d 1357 (Fed. Cir. 1991), le tribunal a exprimé, à la page 1361, un point de vue essentiellement semblable:

verbatim". The Court then went on to adopt the "no substantive change in scope" test of *Kaufman and Slimfold, supra*. To the same effect is *Bloom Engineering Co., Inc. v. North American Mfg. Co., Inc.*, 129 F.3d 1247 (Fed. Cir. 1997), at page 1250.

[22] It seems to me that the approach taken by the American courts to the construction of the word "identical" is to be preferred to a strict literal interpretation of that word in subsection 47(2) of the Act. The focus should be on whether the scope of the reissue claim has been changed over that of the original claim because of use of different language in the reissue claim. If the language of claim 21 did not work a substantive change on the scope of claim 14, the former claim must be viewed as "identical" to the latter claim even though the language of the one is not in all respects the same as the other. The problem remains, however, of whether in the circumstances the construction of the claims in issue is such as to permit its resolution at the motion stage without the necessity of a full trial. This raises questions of patent claims construction, a matter raised by the third sub-issue.

[23] The relevant language of claim 14 of the patent and in claim 21 of the reissued patent has now to be compared in the light of the "identical" requirement of subsection 47(2). As was noted by the Motions Judge, the wording of claim 21 differs in one respect only from that of claim 14. In claim 21 the phrase "said method comprising" was substituted for the phrase "said method being characterized in that it comprises" in claim 14. In the Motions Judge's view, at paragraph 19 of his reasons, relying on *Burton Parsons Chemicals, Inc. v. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 S.C.R. 555, at page 566, the word "'comprising' . . . has a meaning in claim language similar to the word 'includes'", a word which was regarded as "vague". Indeed the respondent maintains that the effect of substituting the word "comprising" in the place of "characterized in that" was to broaden the scope of claim 21 over that of claim 14

[TRANSLATION] «le mot "identique" ne signifie pas textuel». Puis le tribunal a adopté le critère des espèces *Kaufman* et *Slimfold*, précitées, c'est-à-dire le critère de «l'absence de modification de fond dans la portée». Dans le même sens, il y a l'arrêt *Bloom Engineering Co., Inc. v. North American Mfg. Co., Inc.*, 129 F.3d 1247 (Fed. Cir. 1997), à la page 1250.

[22] Il me semble que l'approche adoptée par les tribunaux américains pour l'interprétation du mot «identique» doit être préférée à une stricte interprétation littérale de ce mot, tel qu'il apparaît au paragraphe 47(2) de la Loi. Il faut surtout se demander si la portée de la demande de redélivrance a été modifiée par rapport à celle de la demande originale, en raison de l'utilisation de mots différents dans la demande de redélivrance. Si le texte de la revendication 21 n'a pas apporté une modification de fond à l'étendue de la revendication 14, la revendication antérieure doit être considérée comme «identique» à la revendication ultérieure, même si la formulation de l'une n'est pas à tous égards la même que celle de l'autre. Il reste cependant la question de savoir si, dans ces conditions, l'interprétation des revendications en cause est telle qu'elle puisse être résolue à la faveur d'un jugement sommaire, sans la nécessité d'un procès en bonne et due forme. Ce point soulève la question de l'interprétation des revendications des brevets, un aspect qui intéresse le troisième sous-point.

[23] Le passage pertinent de la revendication 14 du brevet et de la revendication 21 du brevet redéveloppé doit maintenant être comparé à la lumière de l'exigence d'identité énoncée au paragraphe 47(2). Comme l'a fait observer le juge des requêtes, le texte de la revendication 21 ne diffère que sous un aspect de celui de la revendication 14. Dans la revendication 21, les mots «ladite méthode comprenant» ont remplacé les mots «ladite méthode étant caractérisée en ce qu'elle comprend», qui apparaissent dans la revendication 14. De l'avis du juge des requêtes, au paragraphe 19 de ses motifs, où il s'appuie sur l'arrêt *Burton Parsons Chemicals, Inc. c. Hewlett-Packard (Canada) Ltd.*, [1976] 1 R.C.S. 555, à la page 566, le mot «"comprendre" [. . .] est semblable en matière de revendications à celui du mot "inclut"», un mot qui était considéré comme «vague». L'intimée affirme d'ailleurs

and so render the former claim not “identical” to the latter. As we have seen, the Motions Judge was of the view that the deletion of the phrase “characterized in that” had this effect because it suggested to him that the features of claim 21 following immediately after the word “comprising” “may no longer be essential”.

[24] The respondent argued that by employing the vague word “comprising” in claim 21, the appellant had sought to broaden the original claim so as to include things expressed and not expressed and, accordingly, that the features of the invention described in the language of claim 21 following after the word “comprising” were no longer essential. This, of course, is a substantive argument which requires close examination before the litigation can be concluded.

[25] The difficulty I have with this argument, and the corresponding view of the Motions Judge, is in resolving the issue at the summary judgment stage. It is well understood that construction of patent claims is for the court and that, in general, the language used must receive its ordinary natural meaning as that language would be understood at the date of issuance by those knowledgeable in the relevant sphere. The Motions Judge found assistance in two published articles: D. S. Johnson, “The Language of the Claim” (1955), 23 C.P.R. 76, at pages 79-81; R. F. Delbridge, “Preparation and Prosecution of Canadian and Foreign Patent Applications” (1969), 58 C.P.R. 251, at pages 258-259. These articles are both to the effect that the word “characterized” in the phrase “characterized in that” has the function of separating known features of the claim from new and inventive ones. On that analysis, employing the word “comprising” in claim 21 indicates a change in its scope over that of claim 14. It must not be overlooked, however, that the language of claim 21 is to receive a purposive construction in harmony with the approach of the House of Lords in *Catnic Components Limited and Another v. Hill & Smith*

que la substitution du mot «comprenant» aux mots «caractérisée en ce que» a eu pour effet d’élargir l’étendue de la revendication 21 par rapport à celle de la revendication 14, de telle sorte que les deux revendications ne sont pas «identiques». Comme nous l’avons vu, le juge des requêtes a exprimé l’avis que la suppression des mots «caractérisée en ce que» avait eu cet effet parce que cette suppression lui donnait à entendre que les particularités de la revendication 21 tout de suite après le mot «comprenant» [TRADUCTION] «ne sont peut-être plus essentielles».

[24] L’intimée a soutenu que, en employant dans la revendication 21 le mot vague «comprenant», l’appelante avait voulu élargir la revendication originale pour y inclure des choses exprimées et non exprimées et, en conséquence, que les particularités de l’invention décrites dans le texte de la revendication 21 après le mot «comprenant» n’étaient plus essentielles. Il s’agit là évidemment d’un argument de fond qui requiert un examen minutieux avant que le litige ne puisse être résolu.

[25] La difficulté que me pose cet argument, et que me pose l’opinion correspondante du juge des requêtes, concerne l’idée de régler la question à l’étape du jugement sommaire. Il est bien entendu qu’il appartient aux tribunaux d’interpréter les revendications des brevets et que de façon générale les mots employés doivent recevoir leur sens naturel et ordinaire tel que ces mots seraient compris à la date de la délivrance du brevet par ceux à qui le domaine concerné est familier. Le juge des requêtes a trouvé un soutien dans deux articles publiés: D. S. Johnson, «The Language of the Claim» (1955), 23 C.P.R. 76, pages 79 à 81; R. F. Delbridge, «Preparation and Prosecution of Canadian and Foreign Patent Applications» (1969), 58 C.P.R. 251, aux pages 258 et 259. Ces articles mentionnent tous deux que le mot «caractérisée», dans l’expression «caractérisée en ce que» a pour fonction de séparer les particularités connues de la revendication et les particularités nouvelles et inventives. Selon cette analyse, l’emploi du mot «comprenant», dans la revendication 21, indique un changement de la portée de cette revendication par rapport à celle de la revendication 14. Il ne faut pas oublier cependant que le



*Limited*, [1982] R.P.C. 183.

[26] In my view, it would seem inadvisable to attempt to resolve this dispute at the summary judgment stage. If claim 21 is not “identical” with claim 14, the counterclaim would utterly fail short of a full trial. If, on the other hand, the two are identical in scope the way would be cleared to advance the counterclaim towards trial. The absence of expert evidence in the record before us could be rectified at a trial if, indeed, the parties should choose to adduce such evidence. At paragraph 23 of his reasons, the Motions Judge alluded to the absence of such evidence from the appellant’s side. In my view, however, the burden of adducing evidence to establish that the claims were not “identical” and, therefore, that there was “no genuine issue to be tried” was on the respondent as the moving party and not on the appellant under the summary judgment rules: *Kirkbi AG v. Ritvik Holdings Inc.* (1998), 81 C.P.R. (3d) 289 (F.C.T.D.), at page 309. While expert evidence in patent litigation is more commonly addressed to technical terms appearing in the specification, it may also be directed towards explaining terms contained in the claims in order that the court may fully understand the language used: see e.g. *McPhar Engineering Co. of Canada Ltd. v. Sharpe Instruments Ltd. et al.*, [1956-60] Ex. C.R. 467, at pages 533-534. As Lord Justice Lindley put it in *Brooks v. Steele & Currie* (1896), 14 R.P.C. 46 (C.A.), at page 73: “The Judge may, and indeed generally must be assisted by expert evidence to explain technical terms, to show the practical working of machinery described or drawn, and to point out what is old and what is new in the Specification”. The point was made most recently with even greater emphasis by the Supreme Court of Canada in *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067 where, after referring to the guidance on patent construction to be gathered from *Burton Parsons*, *supra*, and *Catnic*, *supra*, Binnie J. stated at page 1100:

texte de la revendication 21 doit recevoir une interprétation téléologique, qui s’harmonise avec l’approche adoptée par la Chambre des lords dans l’arrêt *Catnic Components Limited and Another v. Hill & Smith Limited*, [1982] R.P.C. 183.

[26] À mon avis, il semblerait peu judicieux de tenter de résoudre ce différend à la faveur d’un jugement sommaire. Si la revendication 21 n’est pas «identique» à la revendication 14, alors, sans un procès en règle, la demande reconventionnelle se soldera tout simplement par un débouté. Si en revanche les deux revendications sont identiques dans leur étendue, la voie sera libre pour faire juger dans un procès la demande reconventionnelle. L’absence d’une preuve d’expert dans le dossier dont nous sommes saisis pourrait être corrigée dans un procès, si tant est que les parties décident de produire une telle preuve. Au paragraphe 23 de ses motifs, le juge des requêtes faisait allusion au fait que l’appelante n’avait pas produit une telle preuve. À mon avis cependant, la charge de produire une preuve établissant que les revendications n’étaient pas «identiques» et donc qu’il n’y avait «pas de point véritable à décider» revenait à l’intimée, en tant que partie requérante, et non à l’appelante, selon les règles des jugements sommaires: *Kirkbi AG c. Ritvik Holdings Inc.* (1998), 81 C.P.R. (3d) 289 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 309. La preuve d’expert dans un procès relatif à des brevets se rapporte le plus souvent aux expressions techniques apparaissant dans la description du brevet, mais elle peut aussi servir à expliquer des expressions figurant dans les revendications, afin que le tribunal puisse parfaitement comprendre les mots employés; voir p. ex. l’arrêt *McPhar Engineering Co. of Canada Ltd. v. Sharpe Instruments Ltd. et al.*, [1956-60] R.C.É. 467, aux pages 533 et 534. Comme l’indique le lord juge Lindley dans l’arrêt *Brooks v. Steele & Currie* (1896), 14 R.P.C. 46 (C.A.), à la page 73: [TRADUCTION] «Le juge peut, et même en général doit, avoir recours à une preuve d’expert qui lui explique les expressions techniques, qui lui montre le fonctionnement pratique de l’équipement décrit ou dessiné, et qui porte à son attention ce qui est ancien et ce qui est nouveau dans la description du brevet». Ce point a été exposé tout récemment, avec encore plus de force, par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, où, après s’être

*Burton Parsons* is a pre-*Catnic* instance of purposive construction where, as in *Catnic* itself, the skilled addressee made sense and purpose of the words used in the claim by deploying the common knowledge of someone in that position. It is through the eyes of such a person, not an etymologist or academic grammarian, that the terms of the specification, including the claims, must be read.

[27] The need for expert evidence is all the more evident here, where the parties dispute what is old and what is new in claim 21 as well as whether essential features of that claim have been deleted and its scope so changed as to render it non-“identical” to the original claim. Allowing the matter to proceed to trial in order to resolve this issue would seem consistent with the caution of Duff C.J. in *Northern Electric, supra*, that the language of the subsection ought not to be extended beyond cases clearly within its intendment. A full trial of the issue will better enable the Court to decide whether the cause of action pleaded in the counterclaim has or has not been extinguished as a result of the surrender of the patent.

#### Subsidiary issues

[28] The appellant argues that, even if the cause of action pleaded in the counterclaim was extinguished on surrender of the patent, the appellant is nevertheless entitled to a trial for determination of damages for infringement occurring between January 24, 1997 when the patent issued and December 10, 1999 when it was surrendered upon the grant of the reissued patent. The submission here is that the patent is by subsection 47(2) deemed to have been valid until the effective date of its surrender and, accordingly, that the rights granted to the appellant by the patent did not disappear retroactively upon its surrender.

référé aux indications données par les arrêts *Burton Parsons* et *Catnic*, précités, à propos de l’interprétation des brevets, le juge Binnie s’exprimait ainsi, à la page 1100:

L’arrêt *Burton Parsons* fournit un exemple d’interprétation téléologique antérieur à l’arrêt *Catnic*, dans lequel, comme dans l’arrêt *Catnic* même, la personne versée dans l’art à qui on s’adressait s’était servie de ses connaissances usuelles pour donner un sens et un but aux mots utilisés dans la revendication. C’est du point de vue d’une telle personne, et non pas de celui d’un étymologiste ou d’un grammairien, que le contenu du mémoire descriptif, y compris les revendications, doit être interprété.

[27] La nécessité d’une preuve d’expert est d’autant plus évidente dans le cas présent, où les parties débattent ce qui est ancien et ce qui est nouveau dans la revendication 21, et se demandent si les particularités essentielles de cette revendication ont été supprimées et si son étendue a été modifiée au point de la rendre non «identique» à la revendication originale. Le renvoi de l’affaire à procès afin que ce point puisse être décidé semblerait s’accorder avec la mise en garde du juge en chef Duff dans l’arrêt *Northern Electric*, précité, pour qui le libellé du paragraphe ne devrait pas être élargi au-delà des espèces qui entrent manifestement dans son périmètre. Un procès en règle portant sur la question sera mieux à même de permettre à la Cour de dire si le motif d’instance plaidé dans la demande reconventionnelle a ou n’a pas été éteint par suite de l’abandon du brevet.

#### Points accessoires

[28] L’appelante soutient que, même si le motif d’instance plaidé dans la demande reconventionnelle a été éteint à l’abandon du brevet, elle a néanmoins droit à un procès fixant des dommages-intérêts pour atteinte portée à ses droits entre le 24 janvier 1997, date de la délivrance du brevet, et le 10 décembre 1999, date à laquelle le brevet a été abandonné lors de l’octroi du brevet redéveloppé. L’argument ici est que le brevet, de par le paragraphe 47(2), est réputé avoir été valide jusqu’à la date de prise d’effet de son abandon et que par conséquent les droits accordés à l’appelante par le brevet n’ont pas disparu rétroactivement le jour de son abandon.

[29] The respondent counters by asserting that permitting the action to proceed for determination of damages would be contrary to the language of subsection 47(2) itself. The respondent submits, further, that the word “surrender” in that subsection means that any cause of action existing under the original patent ceased to exist.

[30] Canadian jurisprudence interpreting the effect of surrender and reissue of patents pursuant to earlier versions of subsection 47(2) suggests that surrender and reissue results in the disappearance of the original patent and its replacement by the reissued patent: see e.g. *Detroit Fuse, supra. Curl-Master Mfg. Co. Ltd. v. Atlas Brush Ltd.*, [1967] S.C.R. 514, at pages 533-534, is relied upon by the respondent as of similar effect but I am not satisfied that the issue was fully explored or what was said there is strictly relevant. The appellant, on the other hand, relies on a statement of this Court in *Rothmans, Benson & Hedges Inc. v. Imperial Tobacco Ltd.* (1993), 47 C.P.R. (3d) 188 (F.C.A.), at page 196 with respect to a claim for damages sought for infringement of the original patent after it had been reissued, and where the Court stated that the “original patent remains an issue for damages only”. While that statement, on its surface, might lend some support to the appellant’s argument on the point, in my view it is of little value in that it appears to be no more than an *obiter* comment on a point that was not fully argued, or was perhaps a recapitulation of counsel’s argument.

[31] It seems to me that whether the cause of action pleaded in the counterclaim continued after the patent was surrendered depends primarily on the construction of the relevant language of subsection 47(2). As has been seen, the language of the English text reads in part:

47. (1) . . .

(2) The surrender referred to in subsection (1) takes effect only on the issue of the new patent . . . but, in so far as the claims of the original and reissued patents are identical, the surrender does not affect any action pending at the time of reissue or abate any cause of action then existing, and the

[29] L’intimée rétorque en affirmant que l’idée de laisser l’action donner lieu à l’attribution de dommages-intérêts serait contraire au texte du paragraphe 47(2) lui-même. Elle affirme aussi que le mot «abandon», dans ce paragraphe, signifie que tout motif d’instance qui existait selon le brevet original a cessé d’exister.

[30] La jurisprudence canadienne qui interprète l’effet de l’abandon et de la redélivrance de brevets selon des versions antérieures du paragraphe 47(2) donne à entendre que l’abandon et la redélivrance entraînent la disparition du brevet original et son remplacement par le brevet redélivré: voir p. ex. l’arrêt *Detroit Fuse*, précité. L’intimée affirme que l’arrêt *Curl-Master Mfg. Co. Ltd. v. Atlas Brush Ltd.*, [1967] R.C.S. 514, aux pages 533 et 534, conduit au même résultat, mais je ne suis pas persuadé que la question ait été pleinement explorée ni que cet arrêt soit absolument pertinent. L’appelante quant à elle invoque les propos tenus par la Cour fédérale, Section d’appel, dans l’arrêt *Rothmans, Benson & Hedges Inc. c. Imperial Tobacco Ltd.* (1993), 47 C.P.R. (3d) 188 (C.A.F.), à la page 196, propos qui concernaient une demande de dommages-intérêts pour contrefaçon du brevet original après qu’il avait été redélivré. Dans cette affaire, la Cour avait dit que «le brevet original demeure pertinent uniquement aux fins d’établir les dommages-intérêts». Cette affirmation, à première vue, pourrait prêter appui à l’argument de l’appelante sur ce point, mais à mon avis elle n’est guère utile car elle semble n’être rien de plus qu’un *obiter dictum* sur un point qui n’avait pas été entièrement plaidé, ou qui était peut-être une récapitulation des arguments des avocats.

[31] Il me semble que la question de savoir si le motif d’instance plaidé dans la demande reconventionnelle a subsisté après l’abandon du brevet dépend surtout de l’interprétation des mots pertinents du paragraphe 47(2). Comme on l’a vu, la version française est rédigée en partie ainsi:

47. (1) [. . .]

(2) Un tel abandon ne prend effet qu’au moment de la délivrance du nouveau brevet, [. . .] Dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redélivré sont identiques, un tel abandon n’atteint aucune instance pendante au moment de la redélivrance, ni n’annule aucun motif

reissued patent to the extent that his claims are identical with the original patent constitutes a continuation thereof and has effect continuously from the date of the original patent.

[32] The appellant's cause of action was pending at the time of reissue when the surrender of the original patent became effective. Subsection 47(2) would appear to preserve a pending cause of action only "in so far as the claims of the original and reissued patents are identical". In my view, therefore, if it is found at trial that the claims in issue are identical the appellant should be entitled to recover damages for infringement but not otherwise. This view is consistent with the approach taken by the American courts in construing similar language in section 252 of the corresponding United States patent statute. Thus in *Bloom Engineering, supra*, the Federal Circuit Court stated, at page 1249:

Sections 307 and 252 shield those who deem an adversely held patent to be invalid; if the patentee later cures the infirmity by reissue or reexamination, the making of substantive changes in the claims is treated as an irrebutable presumption that the original claims were materially flawed. Thus the statute relieves those who may have infringed the original claims from liability during the period before the claims are validated. [Emphasis added.]

[33] A second subsidiary issue arises from the appellant's reliance on subsection 55(2) of the Act as adopted by section 48 of the *Intellectual Property Law Improvement Act*, S.C. 1993, c. 15. Subsection 55(1) renders an infringer of a patent liable to the patentee and to all persons claiming under the patentee "for all damages sustained". Subsection 55(2) reads:

55. (1) . . .

(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

d'instance alors existant, et le brevet redéveloppé, dans la mesure où ses revendications sont identiques à celles du brevet original, constitue une continuation du brevet original et est maintenu en vigueur sans interruption depuis la date du brevet original.

[32] Le motif d'instance de l'appelante était existant au moment de la redélivrance lorsque l'abandon du brevet original est devenu effectif. Le paragraphe 47(2) semblerait préserver un motif d'instance existant uniquement «dans la mesure où les revendications du brevet original et du brevet redéveloppé sont identiques». À mon avis par conséquent, s'il est jugé au procès que les revendications en cause sont identiques, l'appelante devrait être fondée à obtenir réparation pour atteinte à ses droits, mais pas autrement. Cette vue s'accorde avec l'approche adoptée par les tribunaux américains dans l'interprétation de mots semblables figurant dans la section 252 de la loi américaine correspondante sur les brevets. Ainsi, dans l'arrêt *Bloom Engineering*, précité, le Federal Circuit Court affirmait, à la page 1249:

[TRADUCTION]

Les sections 307 et 252 protègent ceux qui jugent invalide un brevet qui leur est défavorable; si le titulaire du brevet remédie plus tard à l'invalidité par redélivrance ou réexamen, le fait d'apporter des modifications de fond aux revendications est considéré comme une présomption irréfragable que les revendications originales étaient fondamentalement viciées. Ainsi, la loi libère de toute responsabilité durant la période antérieure à la validation des revendications originales ceux qui ont pu porter atteinte auxdites revendications. [Non souligné dans l'original.]

[33] Un deuxième point accessoire vient de ce que l'appelante a invoqué le paragraphe 55(2) de la Loi, édicté par l'article 48 de la *Loi d'actualisation du droit de la propriété intellectuelle*, L.C. 1993, ch. 15. Le paragraphe 55(1) rend le contrefacteur d'un brevet responsable de tout acte dommageable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci. Voici le texte du paragraphe 55(2):

55. (1) [. . .]

(2) Est responsable envers le breveté et toute personne se réclamant de celui-ci, à concurrence d'une indemnité raisonnable, quiconque accomplit un acte leur faisant subir un dommage entre la date à laquelle la demande de brevet est

application for the patent became open to public inspection under section 10 and before the grant of the patent, that would have constituted an infringement of the patent if the patent had been granted on the day the application became open to public inspection under that section.

[34] According to the appellant's submission, this subsection gives a patentee the right to claim reasonable compensation for "infringing" activities between the date of publication and the date a patent is granted. The right to recover depends only on the grant. I am not persuaded that this argument applies with respect to a reissue patent. The true import of subsection 55(2) need not be addressed. I agree with the respondent, however, that to accept the argument would lead to an illogical result. If the owner of an invalid patent could not recover damages for conduct occurring after issuance of the patent, he should not be entitled to recover compensation for conduct occurring before the reissue of the patent simply because the patent had at one time been issued. Moreover, it seems to me that the appellant's right to recover for infringement of the patent depends on the construction of subsection 47(2). If the view I have already expressed is correct, damages for infringement of the patent may be recovered only if the two claims in issue are found at trial to be identical.

#### COSTS OF THE MOTION

[35] As I would not sustain the order under appeal in its entirety, it becomes necessary to address the issue of costs on the motion. The Motions Judge disposed of the issue in his order as follows:

The Defendant's counterclaim is dismissed. The Plaintiff is granted leave to discontinue its action. Costs to the Plaintiff on a solicitor and client scale with regard to the counterclaim of the Defendant. Costs to the Defendant with respect to all matters relating to the breach of a 1992 Agreement for the period from the commencement of the action until September 24, 1998. No costs with respect to the Plaintiff's action except as aforesaid.

Because the matter must be returned to the Trial Division for a full trial, the order as to costs should be

devenue accessible au public sous le régime de l'article 10 et l'octroi du brevet, dans le cas où cet acte aurait constitué une contrefaçon si le brevet avait été octroyé à la date où cette demande est ainsi devenue accessible.

[34] Selon l'argument de l'appelante, ce paragraphe donne au breveté le droit de réclamer une indemnité raisonnable pour les actes de «contrefaçon» accomplis entre la date de publication et la date d'octroi d'un brevet. Le droit à réparation ne dépend que de l'octroi. Je ne suis pas persuadé que cet argument soit applicable à un brevet redélivré. Il n'est pas nécessaire d'examiner la véritable signification du paragraphe 55(2). Je reconnais avec l'intimée cependant qu'accepter l'argument conduirait à un résultat illogique. Si le propriétaire d'un brevet invalide n'a pu obtenir réparation pour des agissements postérieurs à la délivrance du brevet, il ne devrait pas pouvoir obtenir réparation pour des agissements antérieurs à la redélivrance du brevet du seul fait que le brevet avait autrefois été délivré. Au reste, il me semble que le droit de l'appelante à réparation pour contrefaçon du brevet dépend de l'interprétation du paragraphe 47(2). Si l'avis que j'ai déjà exprimé est juste, il ne peut y avoir réparation pour contrefaçon du brevet que si les deux revendications en cause sont, à l'issue d'un procès, jugées identiques.

#### DÉPENS DE LA REQUÊTE

[35] Vu que je ne confirmerais pas dans son intégralité l'ordonnance frappée d'appel, il devient nécessaire d'examiner la question des dépens de la requête. Le juge des requêtes a disposé ainsi de cette question dans son ordonnance:

[TRADUCTION] La demande reconventionnelle de la défenderesse est rejetée. La demanderesse obtient l'autorisation de se désister de son action. Les dépens sont accordés à la demanderesse, sur une base avocat-client, en ce qui a trait à la demande reconventionnelle de la défenderesse. Les dépens sont accordés à la défenderesse en ce qui a trait à toutes les matières se rapportant à la rupture d'un accord de 1992 pour la période allant du début de l'action jusqu'au 24 septembre 1998. Il n'y a pas de dépens en ce qui a trait à l'action de la demanderesse, sauf de la manière susdite.

Puisque l'affaire doit être renvoyée à la Section de première instance pour un procès en bonne et due forme,

varied. As the appellant should succeed on the main issue, it should have its costs on that issue in the Trial Division. I would not disturb the award of costs by the Motions Judge in the action, which was a matter for his discretion.

#### DISPOSITION

[36] In the result, I would allow the appeal with costs to the appellant. I would vary the order of the Trial Division dated July 27, 2000 by deleting therefrom the sentences, “The Defendant’s counterclaim is dismissed” and “Costs to the Plaintiff on a solicitor and client scale with regard to the counterclaim of the Defendant”, and would substitute the following: “The motion for summary judgment to dismiss the defendant’s counterclaim is dismissed with costs”. In all other respects I would affirm the said order.

SEXTON J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

l’ordonnance d’adjudication des dépens devrait être modifiée. Puisque l’appelante devrait avoir gain de cause sur le point principal, elle devrait obtenir ses dépens au regard de ce point devant la Section de première instance. Je ne modifierais pas les dépens adjugés par le juge des requêtes dans l’action, car il avait le pouvoir de les adjuger ainsi.

#### DISPOSITIF

[36] En définitive, j’accueillerais l’appel, avec dépens en faveur de l’appelante. Je modifierais l’ordonnance de la Section de première instance en date du 27 juillet 2000 par suppression des phrases suivantes: «La demande reconventionnelle de la défenderesse est rejetée» et «Les dépens avocat-client sont accordés à la demanderesse en ce qui a trait à la demande reconventionnelle de la défenderesse», et par substitution de ce qui suit: «La requête en jugement sommaire visant au rejet de la demande reconventionnelle de la défenderesse est rejetée, avec dépens». À tous autres égards, je confirmerais ladite ordonnance.

LE JUGE SEXTON, J.C.A.: J’y souscris.

LE JUGE EVANS, J.C.A.: J’y souscris.

T-453-00  
2001 FCT 1269

T-453-00  
2001 CFPI 1269

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Plaintiff*)

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

v.

c.

**Jacob Fast** (*Defendant*)

**Jacob Fast** (*défendeur*)

**INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. FAST (T.D.)\***

**RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. FAST (1<sup>re</sup> INST.)\***

Trial Division, Pelletier J.—Ottawa, November 5 and 19, 2001.

Section de première instance, juge Pelletier—Ottawa, 5 et 19 novembre 2001.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Citizens — Application for stay of revocation of citizenship proceedings — F.C.A. has consistently ruled (most recently in Canada (M.C.I.) v. Obodzinsky) that Charter, s. 7 not applicable to revocation proceedings in Federal Court — Principles governing exercise of discretion pursuant to Federal Court Act, s. 50 (stay of proceedings in interest of justice), as laid down in Obodzinsky, require dismissal of application.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Citoyens — Demande de suspension de l'instance en révocation de la citoyenneté — De façon constante, la C.A.F. a jugé (dernièrement dans l'arrêt Canada (M.C.I.) c. Obodzinsky) que l'art. 7 de la Charte ne s'appliquait pas aux instances en révocation introduites devant la Cour fédérale — Eu égard aux principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l'art. 50 de la Loi sur la Cour fédérale (suspension d'instance dans l'intérêt de la justice), tels qu'ils ont été établis dans l'arrêt Obodzinsky, il y a lieu de rejeter la demande.*

*Practice — Stay of Proceedings — Motion to stay — Application for stay of revocation of citizenship proceedings — Interest of justice, as mentioned in Federal Court Act, s. 50(1)(b), not requiring proceedings be stayed in view of principles governing exercise of discretion, as laid down by F.C.A. in Canada (M.C.I.) v. Obodzinsky.*

*Pratique — Suspension d'instance — Requête en suspension — Demande de suspension de l'instance en révocation de la citoyenneté — À la lumière des principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire, tels qu'ils ont été établis par la C.A.F. dans Canada (M.C.I.) c. Obodzinsky, l'intérêt de la justice mentionné à l'art. 50(1)b de la Loi sur la Cour fédérale n'exige pas que l'instance soit suspendue.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Application for stay of revocation of citizenship proceedings — F.C.A. has consistently ruled (most recently in Canada (M.C.I.) v. Obodzinsky) that Charter, s. 7 not applicable to revocation proceedings in Federal Court.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Demande de suspension de l'instance en révocation de la citoyenneté — De façon constante, la C.A.F. a jugé (dernièrement dans l'arrêt Canada (M.C.I.) c. Obodzinsky) que l'art. 7 de la Charte ne s'appliquait pas aux instances en révocation introduites devant la Cour fédérale.*

In September 1999, the Minister of Citizenship and Immigration advised the defendant that the Minister would recommend that his Canadian citizenship be revoked on the ground that it had been obtained by concealing German

En septembre 1999, le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration a avisé le défendeur qu'il recommanderait la révocation de sa citoyenneté canadienne, au motif que le défendeur l'avait obtenue en dissimulant le fait qu'il possédait

\* Editor's Note: At [2002] 3 F.C. 400, the Court of Appeal dismissed a motion to stay pending the appeal from this decision.

\* Note de l'arrêviste: Dans une décision publiée à [2002] 3 C.F. 400, la Cour d'appel a rejeté une requête en suspension d'instance jusqu'à ce que la Cour ait statué sur l'appel de la présente décision.

citizenship and membership in auxiliary police forces during the German occupation of the Ukraine, in World War II. The defendant applied under subsection 18(1) of the *Citizenship Act* to have the issue of whether he obtained citizenship by unlawful means decided by the Federal Court Trial Division. The defendant now moves to stay proceedings in the Federal Court on two grounds. He submitted evidence to show that he suffers from a form of Alzheimer's disease, which effectively prevents him from being physically, intellectually and communicatively present and able to participate to the best of his natural ability in the preparation and conduct of his case. He therefore argued that allowing the case to continue would violate his right to life, liberty and security of the person, guaranteed by section 7 of the Charter. He also argued that whether section 7 of the Charter applies or not, the Court has jurisdiction under paragraph 50(1)(b) of the *Federal Court Act* to stay proceedings where the interests of justice demand it. The defendant also submitted that a stay should be granted because passage of time had resulted in the death of many witnesses and the destruction of many records, prejudicing him in making out his defence.

The Minister pointed to a series of cases in both Divisions of the Federal Court to the effect that section 7 does not apply to proceedings before the Trial Division in revocation proceedings because the decision of the Court will not deprive the defendant of liberty or security of the person. As to the Court's discretion to grant a stay pursuant to section 50, the Minister's position was that this discretion is not unbounded and must be exercised according to principle. As to missing records, the Minister argued that it could not be presumed that they would be more helpful to the defence than they would to the Minister.

*Held*, the application for a stay should be dismissed.

While the defendant argued that his condition may deteriorate as a result of the Court proceedings, and that his right to security of the person would be infringed by their continuation, whatever stress is associated with these proceedings is inherent in the process and does not arise from anything done by the Minister.

As to the destruction of documents and the case law relied upon by the defendant, it cannot be concluded that the destruction of the records will on its face prejudice the defendant in making out his defence. Their content is unknown and the onus of proof is on the Minister. The fact

la citoyenneté allemande et qu'il avait été membre des services de police auxiliaires pendant l'occupation de l'Ukraine par les Allemands au cours de la Seconde Guerre mondiale. Le défendeur a demandé, conformément au paragraphe 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, que la Section de première instance de la Cour fédérale se prononce sur la question de savoir s'il avait obtenu sa citoyenneté par des moyens illégaux. Le défendeur présente maintenant une requête en suspension de l'instance introduite devant la Cour fédérale en invoquant deux motifs. Il a présenté des preuves pour démontrer qu'il souffre d'une forme de la maladie d'Alzheimer, ce qui l'empêche dans les faits d'être physiquement et intellectuellement présent, d'être en mesure de communiquer et de participer au mieux de ses capacités à la préparation et à la conduite de son dossier. Il a donc fait valoir que la poursuite de l'instance porterait atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne, droit que consacre l'article 7 de la Charte. Il a également soutenu que, même si l'article 7 de la Charte ne trouve pas application en l'espèce, la Cour a, aux termes de l'alinéa 50(1)(b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, le pouvoir de suspendre une instance lorsque l'intérêt de la justice l'exige. De plus, selon le défendeur, il y a lieu de suspendre l'instance car les faits pertinents remontent à une époque lointaine et que, depuis cette époque, des témoins sont décédés et des documents ont été détruits, ce qui lui cause un préjudice dans la préparation de sa défense.

Le ministre a cité une série de décisions émanant des deux sections de la Cour fédérale qui indiquent que l'article 7 n'est pas applicable aux instances en révocation de la citoyenneté introduites devant la Section de première instance, car la décision de la Cour n'a pas pour effet de priver le défendeur de son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Quant au pouvoir de la Cour d'accorder une suspension d'instance aux termes de l'article 50, le ministre affirme que ce pouvoir n'est pas absolu et qu'il doit être exercé conformément aux principes applicables. Quant aux documents manquants, le ministre a avancé qu'il n'y avait pas lieu de présumer qu'ils seraient plus favorables à la défense qu'au ministre.

*Jugement*: la demande de suspension doit être rejetée.

Même si le défendeur a fait valoir que son état de santé risquait de s'aggraver en raison de cette instance et que la poursuite de l'instance portait atteinte à son droit à la sécurité de sa personne, la tension qui pourrait découler de la présente instance s'explique par la nature du processus et non pas par les mesures prises par le ministre.

Quant à la destruction des documents et la jurisprudence invoquée par le défendeur, on ne peut conclure que la destruction des documents privera nécessairement le défendeur d'une défense pleine et entière. Personne ne connaît le contenu de ces documents et le fardeau de la preuve



that an accused is deprived of relevant information does not mean that his right to make full answer and defence is automatically breached; actual prejudice must be established: *R. v. Bradford*.

On the evidence, the defendant would be unable to participate meaningfully in the trial of the allegations against him. The question then was whether a stay of proceedings was justified on the basis of section 7 of the Charter. In *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, the Supreme Court of Canada decided that refugee claimants are entitled to the benefit of section 7 of the Charter. As a result, it was decided that anyone who was physically present in Canada and was amenable to Canadian law had status to claim the benefit of section 7, and that the threat of a deprivation of security of the person was sufficient to trigger the operation of section 7. Here, it was clear that the defendant's citizenship was at risk in the revocation proceedings, taken as a whole. Even if citizenship is not a right protected by the Charter, citizenship, once conferred, conveys the right to enter and remain in Canada, and this right is recognized by section 4 of the *Immigration Act*. A loss of citizenship therefore results in a loss of the right to live in Canada and the possibility, if not the certainty, of deportation. In *Godbout v. Longueuil (City)*, it was found that the right to choose one's place of residence was a constitutionally protected right (under section 7 of the Charter under the heading of liberty). It follows that a citizen's right to live in Canada at all must also be protected on the same basis. In the same way as section 7 of the Charter applies to all refugee claimants, the defendant's claim to protection of section 7 is independent of the merits of the Minister's allegations against him. Consequently, if the question were one that was free of authority, the conclusion would be that the defendant was entitled to the benefit of section 7 of the Charter with regard to proceedings in the Federal Court. This result would be in accord with the average person's sense of fair play that a citizen facing loss of citizenship should have no less constitutional protection than a refugee claimant presenting himself for entry to Canada. And the appointment of a litigation guardian would not be sufficient to comply with the requirements of fundamental justice. The case at bar was unlike the typical situation in which a litigation guardian is appointed to an action for financial compensation. Where as here, fundamental rights are at stake, appointment of a litigation guardian would be an inadequate remedy. The lack of an appropriate remedy could not be considered reasonably justified in a free and democratic society.

incombe au ministre. Le fait que l'accusé n'ait pas eu accès à une preuve pertinente ne veut pas dire nécessairement que son droit à une défense pleine et entière a été violé; il doit démontrer qu'il a subi un préjudice concret: *R. v. Bradford*.

Au vu du dossier, le défendeur ne serait pas en mesure de participer utilement à l'examen des allégations faites contre lui. La question consiste alors à savoir s'il serait justifié d'ordonner la suspension de l'instance en se basant sur l'article 7 de la Charte. Dans l'arrêt *Singh et autres c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, la Cour suprême du Canada a déclaré que les revendicateurs du statut de réfugié avaient droit au bénéfice de l'article 7 de la Charte. Par conséquent, il a été décidé que toute personne assujettie au droit canadien et se trouvant physiquement présente au Canada avait la qualité nécessaire pour invoquer l'article 7, et que le risque qu'il soit porté atteinte à la sécurité de sa personne suffisait à déclencher l'application de l'article 7. En l'espèce, il est évident que la citoyenneté du défendeur était en jeu dans cette instance en révocation, considérée globalement. Même si la citoyenneté n'est pas un droit protégé par l'article 7 de la Charte, une fois attribuée, elle donne le droit d'entrer au Canada et d'y demeurer, comme le reconnaît l'article 4 de la *Loi sur l'immigration*. La perte de la citoyenneté entraîne donc celle du droit de vivre au Canada et la possibilité, voire la certitude, d'être expulsé. Dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, on a statué que le droit de choisir son lieu de résidence était protégé par la Constitution (article 7 de la Charte, sous la rubrique du droit à la liberté). Il s'ensuit que le droit d'un citoyen de vivre au Canada doit bénéficier lui aussi de la même protection. De la même façon que l'article 7 de la Charte s'applique à tous les revendicateurs du statut de réfugié, cet article s'applique en l'espèce que les allégations portées contre lui par le ministre soient fondées ou non. Par conséquent, si la question se posait pour la première fois, il faudrait conclure que le défendeur a droit à la protection de l'article 7 de la Charte pour ce qui est de l'instance introduite devant la Cour fédérale. Ce résultat serait considéré comme équitable par le citoyen ordinaire, puisque le citoyen qui risque de perdre sa citoyenneté devrait bénéficier d'une protection constitutionnelle au moins égale à celle dont bénéficie le revendicateur du statut de réfugié qui souhaite entrer au Canada. Par ailleurs, la nomination d'un tuteur à l'instance ne serait pas suffisante en soi pour garantir la conformité aux principes de justice fondamentale. Le cas en l'espèce se distingue de la situation typique où l'on nomme un tuteur à l'instance dans une action pour indemnisation pécuniaire. Lorsque des droits fondamentaux sont en jeu, comme dans le cas présent, la nomination d'un tuteur à l'instance constituerait une protection inadéquate. L'absence de mesure de protection appropriée ne saurait être considérée comme acceptable dans une société libre et démocratique.

Furthermore, an analysis of the factors referred to in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, (interests at stake, complexity of the proceedings, and the capacities of the party) would lead to the conclusion that fairness requires that the defendant be able to participate meaningfully in the trial of the allegations against him. Also, considering *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, if proceedings before the Human Rights Commission are subject to Charter scrutiny, notwithstanding the absence of a decision which infringes Charter rights, one would think that the same would be true of proceedings before the Federal Court in revocation proceedings.

However, in a line of cases culminating in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky*, the Court has consistently ruled that section 7 of the Charter does not apply to revocation proceedings in the Federal Court. In that case, the Federal Court of Appeal affirmed the decision of the Motions Judge rejecting all of the arguments raised here by the defendant. *Obodzinsky* cannot be distinguished, and was therefore a binding decision in this case.

As for the appeal to the Court's equitable jurisdiction to grant a stay where the interests of justice require it, that discretion could be exercised only according to settled principles. Furthermore, all of the factors canvassed in this case were present in *Obodzinsky* and the Court of Appeal therein approved the Motions Judge's exercise of his discretion in dismissing the application for a stay.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, Appendix III.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 7.  
*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 10, 18(1).  
*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 50(1)(b).  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 26(1).  
*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 4 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 3; S.C. 1992, c. 49, s. 2), 55 (as am. *idem*).

Qui plus est, l'analyse des facteurs auxquels renvoie l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)* (intérêts en jeu, complexité de l'instance et capacité de la partie) mènerait à la conclusion que l'équité exige que le défendeur soit en mesure de participer de façon utile à l'examen des allégations portées contre lui. De plus, compte tenu de l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, si l'instance introduite devant la Commission des droits de la personne est assujettie à la Charte, même si la Commission ne prononce pas de décision susceptible de porter atteinte aux droits garantis par la Charte, on pourrait penser que le même raisonnement vaut pour l'instance en révocation introduite devant la Cour fédérale.

Toutefois, dans une jurisprudence constante dont l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky* a été le point culminant, la Cour d'appel a toujours jugé que l'article 7 de la Charte ne s'appliquait pas aux instances en révocation de la citoyenneté introduites devant la Cour fédérale. Dans cet arrêt, la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision du juge des requêtes qui avait rejeté tous les arguments soulevés ici par le défendeur. L'arrêt *Obodzinsky* ne pouvant être distingué de la présente espèce, il doit par conséquent lier la Cour.

En ce qui concerne l'invitation faite à la Cour à exercer le pouvoir que lui reconnaît l'*equity* d'accorder une suspension d'instance lorsque l'intérêt de la justice l'exige, ce pouvoir discrétionnaire ne peut être exercé que selon les principes établis. En outre, tous les éléments examinés dans cette affaire étaient présents dans l'arrêt *Obodzinsky* et, dans cet arrêt, la Cour d'appel a approuvé la façon dont le juge des requêtes a exercé son pouvoir discrétionnaire en rejetant la demande de suspension.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 7.  
*Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. (1985), appendice III.  
*Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 26(1).  
*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 10, 18(1).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 50(1)(b).  
*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 4 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 3; L.C. 1992, ch. 49, art. 2), 55 (mod., *idem*).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## FOLLOWED:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky*, 2001 FCA 158; [2001] F.C.J. No. 797 (C.A.) (QL); affg (2000), 14 Imm. L.R. (3d) 184 (F.C.T.D.); *Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; 142 N.R. 173 (F.C.A.); *Katriuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 11 Imm. L.R. (3d) 178; 252 N.R. 68 (F.C.A.).

## APPLIED:

*R. v. Bradford* (2001), 52 O.R. (3d) 257; 151 C.C.C. (3d) 363; 39 C.R. (5th) 323; 139 O.A.C. (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; (1995), 130 D.L.R. (4th) 235; [1996] 2 W.W.R. 153; 68 B.C.A.C. 1; [1996] B.C.W.L.D. 337; 103 C.C.C. (3d) 1; 44 C.R. (4th) 1; 33 C.R.R. (2d) 1; 191 N.R. 1; 112 W.A.C. 1; *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80; (1997), 142 D.L.R. (4th) 595; 112 C.C.C. (3d) 289; 4 C.R. (5th) 139; 41 C.R.R. (2d) 189; 98 O.A.C. 81; 207 N.R. 321; *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; (1997), 152 D.L.R. (4th) 577; 43 M.P.L.R. (2d) 1; 219 N.R. 1; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; (1999), 216 N.B.R. (2d) 25; 177 D.L.R. (4th) 124; 26 C.R. (5th) 203; 244 N.R. 276; 50 R.F.L. (4th) 63; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 260 N.R. 1; *Rex v. Lee Kun*, [1916] 1 K.B. 337.

MOTION, based on Charter arguments, to stay proceedings pending in the Federal Court of Canada with respect to the defendant's Canadian citizenship. Motion dismissed.

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS SUIVIES:

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky*, 2001 CAF 158; [2001] A.C.F. n° 797 (C.A.) (QL); conf. (2000), 14 Imm. L.R. (3d) 184 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; 142 N.R. 173 (C.A.F.); *Katriuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 11 Imm. L.R. (3d) 178; 252 N.R. 68 (C.A.F.).

## DÉCISION APPLIQUÉE:

*R. v. Bradford* (2001), 52 O.R. (3d) 257; 151 C.C.C. (3d) 363; 39 C.R. (5th) 323; 139 O.A.C. (C.A.).

## DISTINCTION FAITES D'AVEC:

*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; (1995), 130 D.L.R. (4th) 235; [1996] 2 W.W.R. 153; 68 B.C.A.C. 1; [1996] B.C.W.L.D. 337; 103 C.C.C. (3d) 1; 44 C.R. (4th) 1; 33 C.R.R. (2d) 1; 191 N.R. 1; 112 W.A.C. 1; *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80; (1997), 142 D.L.R. (4th) 595; 112 C.C.C. (3d) 289; 4 C.R. (5th) 139; 41 C.R.R. (2d) 189; 98 O.A.C. 81; 207 N.R. 321; *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; (1985), 17 D.L.R. (4th) 422; 12 Admin. L.R. 137; 14 C.R.R. 13; 58 N.R. 1; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; (1997), 152 D.L.R. (4th) 577; 43 M.P.L.R. (2d) 1; 219 N.R. 1; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; (1999), 216 N.B.R. (2d) 25; 177 D.L.R. (4th) 124; 26 C.R. (5th) 203; 244 N.R. 276; 50 R.F.L. (4th) 63; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307; (2000), 190 D.L.R. (4th) 513; [2000] 10 W.W.R. 567; 23 Admin. L.R. (3d) 175; 81 B.C.L.R. (3d) 1; 3 C.C.E.L. (3d) 165; 260 N.R. 1; *Rex v. Lee Kun*, [1916] 1 B.R. 337.

REQUÊTE fondée sur des motifs liés à la Charte visant la suspension de l'instance en cours devant la Cour fédérale du Canada qui a trait à la citoyenneté canadienne du défendeur. Requête rejetée.

## APPEARANCES:

*Peter Vita, Q.C., Jeremiah Eastman and Catherine C. Vasilaros* for plaintiff.  
*Michael Davies and Harald A. Mattson* for defendant.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Deputy Attorney General of Canada* for plaintiff.  
*Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa*, for defendant.

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

[1] PELLETIER J.: Jacob Fast brings this motion seeking a stay of the proceedings pending in the Federal Court of Canada (Federal Court) with respect to his Canadian citizenship. His motion raises a question of some significance: If 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]] applies to protect the rights of refugee claimants, as the Supreme Court of Canada has said it does, does it also apply to protect the rights of citizens when the government seeks to strip them of their citizenship?

[2] By means of a notice dated September 24, 1999, the Minister of Citizenship and Immigration (the Minister) advised Mr. Fast that she would be making a report to the Governor in Council (Cabinet) pursuant to section 10 of the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, seeking to have Mr. Fast's Canadian citizenship revoked on the ground that it was obtained by false representations, fraud or knowingly concealing material circumstances. The Minister's notice alleged that Mr. Fast concealed his German citizenship and his membership in certain auxiliary police forces during the German occupation of Zaporozhye, Ukraine, during World War II. As was his right, Mr. Fast applied under subsection 18(1) of the *Citizenship Act* to have the issue of whether he obtained his citizenship by unlawful means decided by the Trial Division of the Federal Court of Canada. In his statement of defence, he denies

## ONT COMPARU:

*Peter Vita, c.r., Jeremiah Eastman et Catherine C. Vasilaros* pour le demandeur.  
*Michael Davies et Harald A. Mattson* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Le sous-procureur général du Canada* pour le demandeur.  
*Bayne, Sellar, Boxall, Ottawa*, pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE PELLETIER: Jacob Fast présente une requête en vue d'obtenir la suspension de l'instance introduite devant la Cour fédérale du Canada (la Cour fédérale) au sujet de sa citoyenneté canadienne. Sa requête soulève une question d'une certaine importance: si 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]] a pour effet de protéger les droits des revendicateurs du statut de réfugié, comme la Cour suprême du Canada l'a déclaré, protège-t-elle également les droits des citoyens auxquels le gouvernement veut retirer la citoyenneté?

[2] Dans un avis daté du 24 septembre 1999, la ministre de la Citoyenneté et Immigration (la ministre) a informé M. Fast qu'elle présenterait au gouverneur en conseil (le Cabinet), conformément à l'article 10 de la *Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, un rapport dans lequel elle demanderait la révocation de sa citoyenneté canadienne au motif qu'elle avait été obtenue par fraude, fausses déclarations ou dissimulation intentionnelle de faits essentiels. Dans cet avis, la ministre alléguait que M. Fast avait dissimulé le fait qu'il possédait la citoyenneté allemande et qu'il avait été membre de certains services de police auxiliaires pendant l'occupation par les Allemands de Zaporozhye, en Ukraine, au cours de la Seconde Guerre mondiale. Comme c'était son droit, M. Fast a demandé, conformément au paragraphe 18(1) de la *Loi sur la citoyenneté*, que la Section de première instance de la

the Minister's allegations.

[3] Mr. Fast now moves to stay proceedings in the Federal Court on two grounds. He has put before the Court evidence that he suffers from a progressive form of dementia of the Alzheimer's type. The physicians who have examined him agree on the nature of the illness afflicting him but disagree on the extent to which he is disabled. Mr. Fast says, through his counsel, that his deficits in long-term memory and his severe deficits in immediate and short-term memory render him unable to participate meaningfully in the proceedings. Mr. Fast cites authority from criminal law cases which establish that in criminal proceedings, the defendant be "physically, intellectually and communicatively present and able to partake to the best of his natural ability in his full answer and defence to the charges against him", *Rex v. Lee Kun*, [1916] 1 K.B. 337, at page 341. This principle, which predates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the Charter), is now entrenched as a constitutional right by section 7 which provides that:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[4] Counsel argues that if these were criminal proceedings, they would not be allowed to continue. He relies upon a number of cases drawn from the criminal law in support of this proposition.

[5] Counsel for the Minister argues that whatever might be the case with respect to criminal charges, these are civil proceedings where there is no rule that the defendant must be competent or even physically present. Counsel points to the well-known phenomenon of actions against the estate of an alleged tortfeasor.

[6] In addition, counsel for the Minister points to a series of cases in this Court and in the Federal Court of Appeal to the effect that section 7 does not apply to

Cour fédérale du Canada se prononce sur la question de savoir s'il avait obtenu sa citoyenneté par des moyens illégaux. Dans sa défense, il nie les allégations du ministre.

[3] M. Fast présente maintenant une requête en suspension de l'instance introduite devant la Cour fédérale en invoquant deux motifs. Il a présenté à la Cour des preuves indiquant qu'il souffre d'une forme de démence évolutive de type Alzheimer. Les médecins qui l'ont examiné s'entendent sur la nature de sa maladie mais pas sur la gravité de son incapacité. M. Fast affirme, par l'intermédiaire de son avocat, qu'il n'est pas en mesure de participer utilement à l'instance parce qu'il a des problèmes de mémoire à long terme et des problèmes graves de mémoire immédiate et à court terme. M. Fast cite des décisions pénales qui indiquent que, dans une instance pénale, l'accusé doit être [TRADUCTION] «physiquement et intellectuellement présent, qu'il doit être en mesure de communiquer et de participer au mieux de ses capacités à la préparation d'une défense pleine et entière aux accusations portées contre lui», *Rex v. Lee Kun*, [1916] 1 K.B. 337, page 341. Ce principe, qui est antérieur à la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte), est maintenant garanti par l'article 7 de la Charte qui énonce:

7. Chacun a le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[4] Son avocat soutient que, si la présente instance était de nature pénale, le tribunal saisi devrait y mettre fin. Il s'appuie sur un certain nombre d'affaires pénales pour justifier cette affirmation.

[5] L'avocat du ministre soutient que, quelle que soit la règle applicable aux affaires pénales, il s'agit ici d'une instance civile qui n'exige pas que le défendeur jouisse de toutes ses facultés ou qu'il assiste en personne aux audiences. L'avocat mentionne le cas bien connu des actions introduites contre la succession de l'auteur apparent d'un délit.

[6] En outre, l'avocat du ministre cite une série de décisions émanant de cette Cour et de la Cour d'appel fédérale qui indiquent que l'article 7 n'est pas applicable

proceedings before the Trial Division in revocation proceedings because the decision of the Court will not deprive the defendant of liberty or security of the person. The Court simply decides certain facts which form the basis of a report which may or may not result in revocation of citizenship and deportation. Counsel for the Minister relies upon *Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149 (F.C.A.); *Katriuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 11 Imm. L.R. (3d) 178 (F.C.A.); and most recently *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky*, 2001 FCA 158; [2001] F.C.J. No. 797 (C.A.) (QL); affirming (2000), 14 Imm. L.R. (3d) 184 (F.C.T.D.) all of which are to the same effect.

[7] Counsel for Mr. Fast also argues that whether section 7 of the Charter applies or not, the Court has jurisdiction under paragraph 50(1)(b) of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, to stay proceedings where the interests of justice demand it:

50. (1) The Court may, in its discretion, stay proceedings in any cause or matter,

(a) on the ground that the claim is being proceeded with in another court or jurisdiction; or

(b) where for any other reason it is in the interest of justice that the proceedings be stayed.

[8] This argument is an appeal to the Court's equitable jurisdiction to do what is necessary to ensure that justice is done between the parties. It does not depend upon the Charter but rather, upon the Court's sense of fair play. The Minister's response is that the Court's discretion to grant a stay pursuant to section 50 of the *Federal Court Act* is not unbounded and must be exercised according to principle.

[9] Finally, counsel for Mr. Fast argues that since one of the physicians who has examined Mr. Fast has offered the opinion that Mr. Fast's condition may deteriorate as a result of the Court proceedings, his right

aux instances en révocation de la citoyenneté introduites devant la Section de la première instance parce que la décision de notre Cour n'a pas pour effet de priver le défendeur de son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Dans ce genre d'instance, la Cour est simplement appelée à vérifier la véracité des faits sur lesquels est basé un rapport susceptible d'entraîner la révocation de la citoyenneté de la personne visée et son expulsion. L'avocat du ministre invoque les arrêts *Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149 (C.A.F.); *Katriuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 11 Imm. L.R. (3d) 178 (C.A.F.) et plus récemment, *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky*, 2001 CAF 158; [2001] A.C.F. n° 797 (C.A.) (QL); confirmant (2000), 14 Imm. L.R. (3d) 184 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), décisions qui vont toutes dans le même sens.

[7] L'avocat de M. Fast soutient également que, même si l'article 7 de la Charte ne trouve pas application en l'espèce, la Cour a, aux termes de l'alinéa 50(1)b) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, le pouvoir de suspendre une instance lorsque l'intérêt de la justice l'exige:

50. (1) La Cour a le pouvoir discrétionnaire de suspendre les procédures dans toute affaire:

a) au motif que la demande est en instance devant un autre tribunal;

b) lorsque, pour quelque autre raison, l'intérêt de la justice l'exige.

[8] En invoquant cet argument, l'avocat invite la Cour à exercer le pouvoir que lui confère l'*equity* de veiller à ce que justice soit faite entre les parties. Ce pouvoir n'est pas fondé sur la Charte mais plutôt sur le sens de l'équité de la Cour. Le ministre répond à cet argument que le pouvoir de la Cour d'accorder une suspension d'instance aux termes de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* n'est pas absolu et doit être exercé conformément aux principes applicables.

[9] Enfin, l'avocat de M. Fast soutient qu'étant donné qu'un des médecins qui a examiné M. Fast a émis l'opinion que l'état de santé de M. Fast risquait de s'aggraver en raison de cette instance, la poursuite de

to security of the person is infringed by the continuation of these proceedings. Counsel relies upon the decision of the Supreme Court of Canada in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 where the Court held, at page 56, that:

The case law leads me to the conclusion that state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, at least in the criminal law context, constitute a breach of security of the person. It is not necessary in this case to determine whether the right extends further, to protect either interests central to personal autonomy, such as a right to privacy, or interests unrelated to criminal justice.

[10] Counsel for the Minister argues that this passage relates to women and their right to make decisions affecting their personal integrity and does not refer to the rights of an accused in criminal trial to be free of state-imposed psychological stress. In any event, whatever stress is associated with these proceedings is inherent in the process and does not arise from anything done by the Minister. I accept the Minister's submissions on this point and will not deal with it any further.

[11] Counsel for Mr. Fast then raises a second ground for a stay of proceedings, namely that the passage of time has resulted in the death of witnesses and the destruction of records so that Mr. Fast has lost the benefit of material which could serve to establish his version of the facts. Mr. Fast points out that a significant issue in the case is what was said by Mr. Fast at the time he was seen by various Canadian officials, some 50 years ago. They have all died as has his spouse. The documents which were created at the time have all been destroyed as part of the government's record retention program. It is said that these documents contain information which could assist Mr. Fast in his defence.

[12] Counsel relies upon cases such as *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411 in which the accused sought a stay of the criminal charges against him on the basis that his right to make full answer and defence had been infringed by the failure of the Crown to disclose

l'instance porte atteinte à son droit à la sécurité de sa personne. L'avocat s'appuie sur l'arrêt qu'a prononcé la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, dans laquelle la Cour a déclaré, à la page 56:

La jurisprudence m'amène à conclure que l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une atteinte à la sécurité de la personne. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de se demander si le droit va plus loin et protège les intérêts primordiaux de l'autonomie personnelle, tel le droit à la vie privé ou des intérêts sans lien avec la justice criminelle.

[10] L'avocat du ministre fait observer que ce passage des motifs concerne les femmes et leur droit à prendre des décisions touchant l'intégrité de leur personne et ne vise pas les droits que possède l'accusé d'être protégé contre toute tension psychologique causée par l'État. Quoi qu'il en soit, la tension qui pourrait découler de la présente instance s'explique par la nature du processus et non pas par les mesures prises par le ministre. Je retiens les arguments du ministre sur ce point et n'en traiterai pas davantage.

[11] L'avocat de M. Fast avance un deuxième moyen susceptible de justifier la suspension de l'instance, à savoir que les faits pertinents remontent à une époque lointaine et que, depuis cette époque, des témoins sont décédés et des documents ont été détruits, de sorte que M. Fast n'a plus accès aux éléments qui pourraient confirmer sa version des faits. M. Fast fait remarquer que la déclaration qu'il a faite à l'époque à divers représentants canadiens, il y a plus de 50 ans, constitue un élément important de l'affaire. Toutes ces personnes sont aujourd'hui décédées, tout comme son épouse. Les documents qui ont été rédigés à l'époque ont tous été détruits conformément au programme de conservation des documents du gouvernement. Il est affirmé que ces documents contiennent des renseignements qui pourraient être utiles à M. Fast pour préparer sa défense.

[12] L'avocat invoque des arrêts tels que *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411 dans lequel l'accusé demandait la suspension des accusations pénales portées contre lui pour le motif que la Couronne avait porté atteinte à son droit à une défense pleine et entière en ne

records in its possession which were relevant to the accused's defence. Counsel also relies upon *R. v. Carosella*, [1997] 1 S.C.R. 80 in which the charges against the accused were stayed when a third party deliberately destroyed documents in its possession to prevent them being disclosed to the defence.

[13] The Minister argues that one cannot presume that the missing records would be more helpful to the defence than they would to the Minister. The contents of the records are unknown. Furthermore, since the Minister has the onus of proof in these proceedings, the absence of the records is more likely to affect the Minister adversely than the defendant. Furthermore, the destruction of government records occurred at a time when their significance was not appreciated. Therefore since there is no issue of deliberate destruction of documents, as there was in *Carosella*, *supra*, and no issue of prosecutorial misconduct, as there was in *O'Connor*, *supra*, there is no basis for a stay of proceedings.

[14] I have reviewed the evidence as to the destruction of documents and the case law relied upon by the defendant. I am unable to agree that the destruction of the records will on its face prejudice the defendant in making out his defence. The contents of the records are unknown and the onus of proof is with the Minister. The cases relied upon by the defendant do not apply to these facts.

[15] Finally, the defendant argues that even if neither of the two grounds advanced above would be sufficient on their own to justify a stay, the combination of the two creates a greater prejudice to the defendant which justifies a stay. In other words, if Mr. Fast were capable of taking part fully in his trial (a matter to which I shall return), the effect of the absence of documents could in some measure be mitigated. But when the documents are missing and Mr. Fast is unable to fully participate in his trial, the defence is doubly disadvantaged. In the eyes of the defendant, proceeding against him under these circumstances deeply prejudices him and would

divulguant pas des documents qu'elle avait en sa possession et qui étaient pertinents à la défense de l'accusé. L'avocat s'appuie également sur l'arrêt *R. c. Carosella*, [1997] 1 R.C.S. 80, dans lequel les accusations portées contre l'accusé ont été suspendues parce qu'un tiers avait délibérément détruit des documents en sa possession dans le but d'empêcher qu'ils soient divulgués à la défense.

[13] Le ministre soutient qu'il n'y a pas lieu de présumer que les documents manquants seraient plus favorables à la défense qu'au ministre. La teneur de ces documents est inconnue. En outre, dans ce genre d'instance, le fardeau de la preuve incombe au ministre et l'absence de documents risque davantage de nuire au ministre qu'au défendeur. De plus, les documents officiels ont été détruits à une époque où leur importance n'était pas connue. Par conséquent, il n'y a pas eu destruction délibérée de documents comme dans l'affaire *Carosella*, précitée, et il ne s'agit pas ici d'agissements irréguliers de la part du procureur de la Couronne, comme dans l'affaire *O'Connor*, précitée; cet argument ne peut donc justifier la suspension de l'instance.

[14] J'ai examiné les preuves concernant la destruction des documents et la jurisprudence invoquée par le défendeur. Je ne peux retenir l'argument voulant que la destruction des documents va nécessairement priver le défendeur d'une défense pleine et entière. Personne ne connaît le contenu de ces documents et le fardeau de la preuve incombe au ministre. Les arrêts mentionnés par le défendeur ne s'appliquent pas aux faits de l'espèce.

[15] Enfin, le défendeur soutient que, même si aucun des deux moyens qu'il invoque ne suffit à lui seul à justifier la suspension de l'instance, la combinaison des deux cause un grave préjudice au défendeur, ce qui justifie la suspension de l'instance. Autrement dit, si M. Fast était en mesure de participer pleinement à son procès (aspect sur lequel je vais revenir), cela pourrait, dans une certaine mesure, compenser l'absence de documents. La défense est doublement désavantagée parce que, d'une part, il manque des documents et, d'autre part, M. Fast n'est pas en mesure de participer pleinement à son procès. Le défendeur estime que, dans



bring the administration of justice into disrepute.

[16] The Minister relies upon jurisprudence that says that the defendant is entitled to a trial which is fundamentally fair, not to the fairest of all trials. *R. v. Bradford* (2001), 52 O.R. (3d) 257 (C.A.), at paragraph 7:

The fact that an accused is deprived of relevant information does not mean that the accused's right to make full answer and defence is automatically breached. Actual prejudice must be established.

[17] I accept this proposition. While one can always say that missing documents will prejudice the defendant, I do not believe that Mr. Fast's position is any different than that of the defendant in *Obodzinsky, supra*, where this argument was rejected. The only issue which remains is the question of Mr. Fast's mental condition and its effect on these proceedings.

[18] Mr. Fast was examined by two physicians, one selected by his counsel and one selected by the Minister. They were asked to prepare a report on his capacity to understand and take part in his trial. The physician selected by Mr. Fast's counsel, Dr. Bradford, is a forensic psychiatrist while the physician selected by the Minister, Dr. Molloy is a specialist in geriatric medicine. Both agree that he suffers from a progressive form of dementia of the Alzheimer's type but they disagree as to the severity of his disease. Dr. Bradford believes that Mr. Fast is moderately to severely afflicted, and is consequently not fit to stand trial, while Dr. Molloy believes that Mr. Fast is mildly to moderately afflicted and is fit to stand trial.

[19] Fitness to stand trial is a criminal law concept and, as has been pointed out, these are civil proceedings. It seems to me more relevant to identify the functional limitations imposed by Mr. Fast's condition and then to consider the effect of those limitations upon Mr. Fast's ability to participate meaningfully in his trial. One can then assess whether proceeding with the trial would be

ces circonstances, cette instance lui cause un préjudice grave et jette le discrédit sur l'administration de la justice.

[16] Le ministre cite des décisions qui indiquent que le défendeur a droit à un procès équitable mais pas au plus équitable des procès. Il cite l'arrêt *R. c. Bradford* (2001), 52 O.R. (3d) 257 (C.A.), au paragraphe 7:

[TRADUCTION] Le fait que l'accusé n'ait pas eu accès à une preuve pertinente ne veut pas dire nécessairement que son droit à une défense pleine et entière a été violé. Il doit démontrer qu'il a subi un préjudice concret.

[17] J'accepte cette affirmation. Il est certes toujours possible d'affirmer que l'absence de certains documents cause un préjudice au défendeur, mais je ne pense pas que la situation de M. Fast soit différente de celle du défendeur dans l'affaire *Obodzinsky*, précitée, dans laquelle cet argument n'a pas été retenu. La seule question en litige à trancher est celle de la santé mentale de M. Fast et de son effet sur la présente instance.

[18] M. Fast a été examiné par deux médecins dont l'un a été choisi par son avocat et l'autre par le ministre. Il leur a été demandé de préparer un rapport sur son aptitude à comprendre les débats et à participer à son procès. Le médecin choisi par l'avocat de M. Fast, le D<sup>r</sup> Bradford, est un psychiatre légiste, tandis que celui qu'a choisi le ministre, le D<sup>r</sup> Molloy, est un spécialiste en médecine gériatrique. Les deux médecins s'entendent sur le fait que le défendeur souffre d'une forme de démence évolutive de type Alzheimer mais pas sur la gravité de cette maladie. Le D<sup>r</sup> Bradford pense que M. Fast souffre de troubles que l'on peut qualifier de modérés à graves et qu'il n'est, par conséquent, pas apte à subir son procès, tandis que le D<sup>r</sup> Molloy estime que M. Fast souffre de problèmes légers à modérés et qu'il est donc apte à subir un procès.

[19] L'aptitude à subir son procès est une notion de droit pénal et, comme cela a été signalé, il s'agit ici d'une instance civile. Il me semble préférable de déterminer d'abord quelles sont les difficultés de fonctionnement qui découlent de l'état de santé de M. Fast et d'examiner ensuite l'effet de ces difficultés sur la capacité de M. Fast de participer utilement à son

unfair.

[20] Having carefully read and considered the reports prepared by these physicians, I prefer that of Dr. Bradford. It was suggested that I should prefer the opinion of Dr. Molloy by reason of his qualifications in geriatric medicine and his involvement in the Memory Clinic, given that Mr. Fast is 91 years old and has memory deficits. If the issue were treatment for Mr. Fast, I would have no difficulty with that recommendation. But this issue appears to be somewhat outside Dr. Molloy's usual practice, a fact reflected in his comment that this assessment was made more difficult by the fact that Mr. Fast had a motive to conceal certain memories if they tended to incriminate him. This resulted in Dr. Molloy expressing his opinion as to Mr. Fast's capacity in the following terms:

If there is substantive proof that he was in fact in this police force, did wear a uniform and did collaborate with the Nazis, then he is deliberately pretending that he does not remember. In this case, I believe that he is competent and is deliberately trying to protect himself. [Defendant's motion record, p.140.]

[21] This amounts to saying that if the allegations against Mr. Fast are proven, then he is competent. Taking Dr. Molloy's opinion to its logical conclusion, one would only know if Mr. Fast is competent after the trial, but the point is to determine whether a trial would be fair, given his current mental condition.

[22] Dr. Molloy relied upon a test known as the Mini-Mental Status Examination to support his opinion. This test was administered to Mr. Fast five times, once by Dr. Bradford (score 16) three times by Dr. Molloy in the course of a single interview (scores 17, 14, 13) and once again by Dr. Bradford (score 16+). Dr. Molloy relies on research which he conducted to say that a person who scores 16 or more on this test is capable of completing an advance directive, sometimes referred to as a living will. This is a document in which an individual specifies whether certain treatments or procedures are to be administered in the event of their illness and incapacity.

procès. Il sera alors possible de décider s'il serait inéquitable de poursuivre l'instance.

[20] Après avoir soigneusement lu et analysé les rapports préparés par ces médecins, je retiens celui du D<sup>r</sup> Bradford. Il m'a été suggéré, étant donné que M. Fast a 91 ans et qu'il a des pertes de mémoire, de préférer l'opinion du D<sup>r</sup> Molloy en raison de sa formation en médecine gériatrique et de ses activités à la Clinique de la mémoire. S'il s'agissait de proposer un traitement à M. Fast, je suivrais sans hésiter cette recommandation. Mais cette question est toutefois quelque peu différente de celles qu'examine habituellement le D<sup>r</sup> Molloy, comme l'indique sa remarque au sujet du fait que son examen a été plus compliqué parce que M. Fast avait des raisons de dissimuler les souvenirs qui tendaient à l'incriminer. C'est ce qui a amené le D<sup>r</sup> Molloy à formuler de la façon suivante son opinion sur la capacité de M. Fast:

[TRADUCTION] S'il existe des preuves montrant qu'il a effectivement été membre des services de police, qu'il a porté un uniforme et a collaboré avec les nazis, je dirais alors qu'il prétend délibérément avoir oublié tout cela. Dans ce cas-ci, j'estime qu'il jouit de ses facultés et qu'il essaie délibérément de se protéger. [Dossier de requête du défendeur, p. 140.]

[21] Cela revient à dire que la capacité de M. Fast dépend en fait du bien-fondé des allégations faites à son sujet. Si l'on poussait l'opinion du D<sup>r</sup> Molloy jusqu'à sa conclusion logique, cela voudrait dire qu'on ne pourrait savoir si M. Fast possède toutes ses facultés qu'après qu'il ait subi son procès; or, il s'agit ici de décider s'il serait équitable de lui faire subir un procès, compte tenu de sa santé mentale actuelle.

[22] Le D<sup>r</sup> Molloy a fondé son opinion sur un test que l'on appelle le mini-examen de l'état mental. Ce test a été administré cinq fois à M. Fast, une fois par le D<sup>r</sup> Bradford (score de 16), trois fois par le D<sup>r</sup> Molloy au cours d'une seule entrevue (scores de 17, 14, 13) et une fois encore, par le D<sup>r</sup> Bradford (score de 16+). Le D<sup>r</sup> Molloy s'appuie sur la recherche qu'il a effectuée pour affirmer qu'une personne qui obtient un score d'au moins 16 à ce test est capable de rédiger un testament de fin de vie, document que l'on appelle également testament biologique. C'est un document dans lequel son auteur précise les traitements et les soins qu'il

Dr. Molloy stated that in his view, completing an advance directive was more complex a task than standing trial.

[23] If scores of 16 and more indicate a degree of competence, then scores of 13 and 14 indicate a degree of incompetence. It is reasonable to assume that Dr. Molloy based his opinion on the higher scores because they indicate the best level at which Mr. Fast can function. The lower scores indicate the level at which Mr. Fast functions when he is at less than his best. The fact that the lower scores occurred in the same interview as the higher scores may indicate that Mr. Fast is unable to maintain his higher level of functioning over a period of time.

[24] Dr. Molloy did not indicate the reasons for his belief that completing an advance directive is more complex than standing trial. In the absence of those reasons, I must respectfully disagree with his assessment, particularly since forensic work is not his specialty. From the information provided, it appears that completing an advance directive requires the subject to learn about various medical procedures and the effects of accepting or refusing such treatment, in light of various medical conditions. The subject then has to make a judgment as to whether such treatment should be administered to them in certain circumstances. All of this occurs between a concerned therapist and a receptive client. This seems a relatively compact task.

[25] On the other hand, the trial of this matter is scheduled to proceed over approximately four weeks. It will involve expert testimony. Mr. Fast would be expected to give evidence and to be cross-examined. He would have to maintain attention and focus for extended periods of time. He would also have to be able to remember the proceedings long enough to be able to advise counsel of relevant information in his possession and explain its relevance to counsel. He would have to seek and receive advice from counsel and retain it long enough to make use of it. In my view, Dr. Molloy, through no fault of his own, has minimized the

accepterait en cas de maladie et d'invalidité. Le D<sup>r</sup> Molloy a déclaré que, d'après lui, rédiger un testament de fin de vie était une tâche plus complexe que de subir un procès.

[23] Si un score d'au moins 16 indique que le sujet possède certaines aptitudes intellectuelles, alors les scores de 13 et 14 montrent une certaine déficience intellectuelle. Il est raisonnable de penser que le D<sup>r</sup> Molloy a fondé son opinion sur les scores plus élevés, parce qu'ils indiquent le niveau supérieur auquel M. Fast est capable de fonctionner. Les scores plus faibles indiquent le niveau des capacités de M. Fast lorsqu'il n'est pas à son meilleur. Le fait que M. Fast ait obtenu des scores faibles et des scores élevés au cours de la même entrevue indique peut-être qu'il a du mal à fonctionner au mieux de ses capacités pendant une certaine période.

[24] Le D<sup>r</sup> Molloy n'a pas mentionné les raisons pour lesquelles il pense que la rédaction d'un testament de fin de vie est plus complexe que de subir un procès. En l'absence de tels motifs, je me dois d'écarter cette opinion, en particulier parce qu'il n'est pas un expert légiste. D'après les renseignements fournis, la préparation d'un testament de fin de vie consiste pour son auteur à se familiariser avec les traitements médicaux utilisés pour diverses affections, et avec les conséquences que peut entraîner l'acceptation ou le refus de ces traitements. L'auteur doit ensuite décider s'il accepte d'être traité dans une situation donnée. Tout ceci se passe entre un thérapeute attentif et un patient réceptif. Cette tâche semble pouvoir s'effectuer dans un délai relativement court.

[25] Par contre, on a prévu de consacrer plus de quatre semaines à ce procès. Des experts vont témoigner. M. Fast sera sans doute appelé à témoigner et à être contre-interrogé. Il devra porter une attention particulière et suivre les débats pendant de longues périodes. Il faudra également qu'il puisse se souvenir suffisamment longtemps des débats pour indiquer à son avocat qu'il possède des renseignements pertinents et qu'il explique à son avocat pourquoi ils sont pertinents. Il sera amené à demander des conseils à son avocat et à en recevoir de ce dernier et il faudrait qu'il s'en souvienne suffisamment longtemps pour pouvoir les

capacities required for Mr. Fast to take a meaningful role in his trial.

[26] As a result, I prefer the opinion of Dr. Bradford, from which I draw the following conclusions:

- he has problems of attention and concentration, defendant's motion record (DMR), page 78.
- he has deficits in short-term memory and immediate recall which means that he quickly forgets information to which he has been exposed, DMR, page 79.
- he has difficulty in following simple conversations, DMR, page 79.
- he is impaired in his ability to understand what goes on immediately around him, DMR, page 115.
- it is likely that he will deteriorate during the course of a trial, plaintiff's motion record (PMR), page 139.
- he has difficulty keeping track of a line of questioning, PMR, page 139.

[27] In my view, these deficits will have the following effects upon his ability to participate in his trial:

- he seems to have sufficient long-term memory to give an account of his war years and the period immediately following and to that extent, he could give evidence on his own behalf.
- the fact that he has problems of concentration and attention, difficulty keeping track of a line of questioning and deficits in immediate and short-term recall suggests that he would have considerable difficulty with cross-examination.
- these same factors suggest that he would have very significant difficulties in following the evidence at his trial and in assisting counsel. Even if he had long-term memories of facts which were relevant to his defence,

mettre en pratique. J'estime que le D<sup>r</sup> Molloy a minimisé, sans qu'on puisse le lui reprocher, les facultés dont devrait jouir M. Fast pour jouer un rôle utile à son procès.

[26] C'est pourquoi je retiens l'opinion du D<sup>r</sup> Bradford, dont je tire les conclusions suivantes:

- M. Fast a des problèmes d'attention et de concentration, dossier de requête du défendeur, page 78.
- Il éprouve des problèmes de mémoire à court terme et de mémorisation immédiate, ce qui veut dire qu'il oublie rapidement les renseignements dont il a pris connaissance, dossier de requête du défendeur, page 79.
- Il a du mal à suivre une conversation simple, dossier de requête du défendeur, page 79.
- Sa faculté de comprendre ce qui se passe autour de lui est diminuée, dossier de requête du défendeur, page 115.
- Son état va probablement se détériorer au cours du procès, dossier de requête du demandeur, page 139.
- Il a de la difficulté à suivre le fil d'un interrogatoire, dossier de requête du demandeur, page 139.

[27] J'estime que ces difficultés auront les effets suivants sur sa capacité à participer à son procès.

- Il semble que sa mémoire à long terme soit suffisante pour qu'il puisse relater ce qu'il a fait pendant la guerre et pendant la période qui l'a immédiatement suivie; il devrait donc être en mesure de témoigner pour son propre compte.
- Le fait qu'il éprouve des problèmes de concentration et d'attention, qu'il ait de la difficulté à suivre le fil d'un interrogatoire, qu'il ait des déficits de mémoire immédiate et à court terme semble indiquer qu'il éprouverait des difficultés considérables à subir un contre-interrogatoire.
- Ces mêmes éléments indiquent qu'il aurait beaucoup de mal à suivre les témoignages fournis à son procès et à aider son avocat. Même s'il avait des souvenirs lointains utiles à sa défense, la difficulté qu'il éprouve

his difficulty in following the proceedings suggests that he would have difficulty identifying this information for counsel and explaining its relevance.

- these same factors suggest that he would have significant difficulties understanding and retaining any advice received by counsel as to the conduct of the trial.

- problems of immediate and short-term recall suggest that even if he were able to follow the evidence as it were led, he would be unable to recall it.

[28] As a result, I conclude that Mr. Fast would be unable to participate meaningfully in the trial of the allegations against him. It is said that allowing these proceedings to continue when he is in this condition, is a breach of his right not to be deprived of his security of the person except in accordance with the requirements of fundamental justice.

[29] This leads me to consider whether a stay of proceedings is justified on the basis of section 7 of the Charter. Alternately, I am asked to rule that a stay be granted pursuant to section 50 of the *Federal Court Act* which provides that a stay may be granted where it is in the interests of justice to do so.

[30] In the course of the argument as to the application of section 7 of the Charter, the case of *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 was raised. *Singh* is a significant case because it decided that refugee claimants are entitled to the benefit of section 7 of the Charter, which in practical terms means that they are entitled to an oral hearing in the determination of their refugee claims. *Singh* was raised in the context of an argument that Mr. Fast is not entitled to the benefit of section 7 of the Charter in spite of the fact that he is a citizen.

[31] A comparison of the respective positions of Mr. Singh and Mr. Fast is therefore of interest. Madam Justice Wilson, who wrote for the three judges who

à suivre les débats semble indiquer qu'il aurait également de la difficulté à identifier ces éléments pour les signaler à son avocat et lui en expliquer la pertinence.

- Ces mêmes éléments indiquent qu'il aurait beaucoup de difficultés à comprendre les conseils fournis par son avocat au sujet de la conduite du procès et à s'en souvenir.

- Les problèmes de mémoire immédiate et à court terme qu'il connaît indiquent que même s'il réussissait à suivre la présentation des éléments de preuve, il aurait du mal à se souvenir de ces éléments.

[28] Par conséquent, je conclus que M. Fast ne serait pas en mesure de participer utilement à l'examen des allégations faites contre lui. Il est dit que, compte tenu de la santé de M. Fast, la poursuite de l'instance constitue une violation de son droit à ce qu'il ne soit porté atteinte à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[29] Cela m'amène à examiner la question de savoir s'il serait justifié d'ordonner la suspension de l'instance en se basant sur l'article 7 de la Charte. À titre subsidiaire, il m'est demandé de juger qu'il y a lieu d'accorder une suspension de l'instance aux termes de l'article 50 de la *Loi sur la Cour fédérale* qui énonce que la Cour peut accorder une suspension d'instance lorsque l'intérêt de la justice l'exige.

[30] L'arrêt *Singh et autres c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 a été cité au cours du débat sur l'application de l'article 7 de la Charte. L'arrêt *Singh* est un arrêt important parce que la Cour a déclaré que les revendicateurs du statut de réfugié avaient droit au bénéfice de l'article 7 de la Charte, ce qui voulait dire en pratique qu'ils avaient droit à ce que leur revendication de statut de réfugié soit examinée au cours d'une audience. L'arrêt *Singh* a été cité pour appuyer l'argument selon lequel M. Fast n'a pas droit au bénéfice de l'article 7 de la Charte, malgré le fait qu'il est citoyen canadien.

[31] Il est donc utile de comparer les situations respectives de M. Singh et de M. Fast. M<sup>me</sup> le juge Wilson, qui a rédigé les motifs des

decided *Singh* on the basis of the Charter,<sup>1</sup> began by noting that Mr. Singh had the status to invoke the protection of section 7 because, unlike other sections of the Charter which refer to the rights of citizens, section 7 refers to everyone:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[32] As a result, Wilson J. decided that anyone who was physically present in Canada and was amenable to Canadian law had the status to claim the benefit of section 7. That was the case for Mr. Singh and it is the case for Mr. Fast.

[33] Wilson J. then noted that a refugee is defined as one who has a well-founded fear of persecution for certain defined grounds in respect of a certain place. Thus a genuine refugee who is returned to the place in respect of which they have a well-founded fear of persecution is exposed to a risk of a deprivation of security of the person. But since a fear of persecution, even if well founded, does not mean that a person will necessarily be persecuted, Wilson J. [at page 207] found that the threat of a deprivation of security of the person was sufficient to trigger the operation of section 7:

It seems to me that even if one adopts the narrow approach advocated by counsel for the Minister, "security of the person" must encompass freedom from the threat of physical punishment or suffering as well as freedom from such punishment itself. I note particularly that a Convention refugee has the right under s. 55 of the Act not to ". . . be removed from Canada to a country where his life or freedom would be threatened. . .". In my view, the denial of such a right must amount to a deprivation of security of the person within the meaning of s. 7.

[34] It is clear that Mr. Fast's citizenship is at risk in the revocation proceedings, taken as a whole. The Minister's argument is that Mr. Fast's citizenship is not at risk within the four corners of the hearings before the Federal Court because that hearing decides nothing with respect to Mr. Fast's citizenship. Given that the revocation proceedings are at an end if the Court is not satisfied that the Minister's allegations are proven, it

trois juges qui ont fondé leur jugement sur la Charte<sup>1</sup>, a commencé par noter que M. Singh avait la qualité nécessaire pour invoquer la protection de l'article 7 parce qu'à la différence des autres articles de la Charte qui traitent des droits des citoyens, l'article 7 s'adresse à chacun:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

[32] Le juge Wilson a, par conséquent, décidé que toute personne assujettie au droit canadien et se trouvant physiquement présente au Canada avait la qualité nécessaire pour invoquer l'article 7. C'était le cas pour M. Singh et c'est le cas pour M. Fast.

[33] Le juge Wilson a ensuite noté qu'un réfugié est défini comme une personne qui craint avec raison d'être persécutée dans un lieu donné pour certains motifs énumérés. Un véritable réfugié qui est renvoyé dans le lieu où il craint avec raison d'être persécuté est ainsi exposé au risque qu'il soit porté atteinte à la sécurité de sa personne. Cependant, ce n'est pas parce qu'une personne craint, avec raison, d'être persécutée, qu'elle le sera nécessairement. Le juge Wilson [à la page 207] a estimé que le risque qu'il soit porté atteinte à la sécurité de sa personne suffisait à déclencher l'application de l'article 7:

Il me semble que même si on adopte l'interprétation stricte préconisée par l'avocat du ministre, l'expression «sécurité de sa personne» doit englober tout autant la protection contre la menace d'un châtement corporel ou de souffrances physiques, que la protection contre le châtement lui-même. Je constate, en particulier, qu'un réfugié au sens de la Convention a le droit, en vertu de l'art. 55 de la Loi, de ne pas «[. . .] être renvoyé dans un pays où sa vie ou sa liberté seraient menacées [. . .]». À mon avis, la négation d'un tel droit ne peut que correspondre à une atteinte à la sécurité de la personne au sens de l'art. 7.

[34] Il est évident que la citoyenneté de M. Fast est en jeu dans cette instance en révocation, considérée globalement. Le ministre soutient qu'à strictement parler, la citoyenneté de M. Fast n'est pas en jeu au cours des audiences tenues par la Cour fédérale parce que ces audiences ne débouchent sur aucune décision concernant la citoyenneté de M. Fast. Étant donné que l'instance en révocation prend fin si la Cour n'est pas

cannot be said that the proceedings in the Federal Court decide nothing with respect to revocation. Conversely, proof of the allegations keeps the proceedings alive. There is clearly a risk of loss of citizenship in the proceedings before the Federal Court.

[35] But citizenship is not a right protected by section 7 of the Charter. Indeed, it is clear that there is no right to citizenship. However, citizenship, once conferred, conveys the right to enter and remain in Canada. This right is recognized in section 4 of the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 3; S.C. 1992, c. 49, s. 2]. A loss of citizenship therefore results in a loss of the right to live in Canada and the possibility, if not the certainty, of deportation.

[36] In *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at paragraphs 66, 68, the Supreme Court of Canada found that the right to choose one's place of residence was a constitutionally protected right:

The foregoing discussion serves simply to reiterate my general view that the right to liberty enshrined in s. 7 of the *Charter* protects within its ambit the right to an irreducible sphere of personal autonomy wherein individuals may make inherently private choices free from state interference. . . . Rather, as I see it, the autonomy protected by the s. 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence. . . . In my view, choosing where to establish one's home is, likewise, a quintessentially private decision going to the very heart of personal or individual autonomy.

...

To my mind, the ability to determine the environment in which to live one's private life and, thereby, to make choices in respect of other highly individual matters (such as family life, education of children or care of loved ones) is inextricably bound up in the notion of personal autonomy I have been discussing. To put the point plainly, choosing where to live will be influenced in each individual case by the

convaincue que les allégations du ministre sont établies, on ne peut pas dire que l'instance introduite devant la Cour fédérale ne débouche pas sur une décision concernant la révocation de la citoyenneté. Inversement, l'instance se poursuit si les allégations sont établies. Il est évident que le défendeur risque de perdre sa citoyenneté à la suite de l'instance introduite devant la Cour fédérale.

[35] La citoyenneté n'est toutefois pas un droit protégé par l'article 7 de la Charte. En fait, il est clair que la citoyenneté n'est pas un droit. Cependant, une fois attribuée, la citoyenneté donne le droit d'entrer au Canada et d'y demeurer. C'est ce que reconnaît l'article 4 de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 3; L.C. 1992, ch. 49, art. 2]. La perte de la citoyenneté entraîne, par conséquent, celle du droit de vivre au Canada et la possibilité, voire la certitude, d'être expulsé.

[36] Dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, aux paragraphes 66, 68, la Cour suprême du Canada a déclaré que le droit de choisir son lieu de résidence était protégé par la Constitution:

L'analyse qui précède ne fait que répéter mon opinion générale sur laquelle la protection du droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* s'étend au droit à une sphère irréductible d'autonomie personnel où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État [. . .] Je suis plutôt d'avis que l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent, à juste titre, être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles [. . .] À mon avis, le choix d'un lieu pour établir sa demeure est, de la même façon, une décision essentiellement privée qui tient de la nature même de l'autonomie personnelle.

[. . .]

Je considère que la possibilité de déterminer son cadre de vie et, par conséquent, de faire des choix en rapport avec d'autres questions très personnelles (touchant notamment la vie de famille, l'éducation des enfants et les soins apportés à des êtres chers) est inextricablement liée à la notion d'autonomie personnelle que je viens d'évoquer. Pour dire les choses simplement, le choix du lieu où l'on veut vivre dépend, pour

particular social and economic circumstances of the person making the choice and, even more significantly, by his or her aspirations, concerns, values and priorities. Based on all these considerations, then, I conclude that choosing where to establish one's home falls within that narrow class of decisions deserving of constitutional protection.

[37] If the right to choose where one will live in Canada is constitutionally protected under section 7 of the Charter under the heading of liberty, surely a citizen's right to live in Canada at all must also be protected on the same basis. If section 55 [as am. *idem*, s. 45] of the *Immigration Act* can anchor Mr. Singh's rights under section 7 of the Charter, I presume that section 4 of the same Act can anchor Mr. Fast's rights. Consequently, Mr. Fast, like Mr. Singh is engaged in a process in which there is a risk of a deprivation of a right protected by section 7 of the Charter.

[38] To return to *Singh*, Wilson J.'s analysis would not yet assist Mr. Singh because it applied to persons who had been found to be refugees whereas Mr. Singh's claim for refugee status had been dismissed. His complaint was about the process by which his refugee status was decided. It had a fundamental impact upon his constitutional rights but appeared to be beyond the reach of the Charter. This is how Wilson J. resolved that issue [at page 210]:

... if the appellants had been found to be Convention refugees as defined in s. 2(1) of the *Immigration Act, 1976* they would have been entitled as a matter of law to the incidents of that status provided for in the Act. Given the potential consequences for the appellants of a denial of that status if they are in fact persons with a "well-founded fear of persecution", it seems to me unthinkable that the *Charter* would not apply to entitle them to fundamental justice in the adjudication of their status.

[39] As a result, Mr. Singh got the benefit of an oral hearing because of the risk of an adjudication error, the effect of which would be that, in spite of being a genuine refugee, he would be returned to a place where he was exposed to a risk of persecution. In such a case,

chacun, de sa situation sociale et économique particulière mais, encore plus, de ses aspirations, préoccupations, valeurs et priorités. Compte tenu de toutes ces considérations, je conclus donc que le choix d'un lieu pour établir sa demeure appartient à la catégorie limitée des décisions méritant une protection constitutionnelle.

[37] Si le droit de choisir son lieu de résidence au Canada est protégé constitutionnellement par l'article 7 de la Charte, sous la rubrique du droit à la liberté, il est opportun de croire que le droit d'un citoyen de vivre au Canada doit à plus forte raison bénéficier lui aussi de la même protection. Si l'article 55 [mod., *idem*, art. 45] de la *Loi sur l'immigration* a pour effet d'accorder aux droits de M. Singh la protection de l'article 7 de la Charte, je présume que l'article 4 de la même loi a le même effet sur les droits de M. Fast. Par conséquent, M. Fast, tout comme M. Singh, participe à un processus qui risque de porter atteinte à un droit protégé par l'article 7 de la Charte.

[38] Pour revenir à l'arrêt *Singh*, l'analyse du juge Wilson ne serait toutefois pas applicable à M. Singh parce qu'elle visait les personnes qui ont été déclarées réfugiées alors que la revendication du statut de réfugié présentée par M. Singh avait été rejetée. Il contestait le processus qui avait été utilisé pour déterminer le bien-fondé de sa revendication du statut de réfugié. Ce processus avait une répercussion fondamentale sur ses droits constitutionnels mais ne semblait pas assujéti à la Charte. Voilà comment le juge Wilson a tranché cette question [à la page 210]:

[...] si les appelants avaient été déclarés réfugiés au sens de la Convention suivant la définition du par. 2(1) de la *Loi sur l'immigration de 1976*, ils auraient eu droit aux privilèges de ce statut prévus dans la loi. Étant donné les conséquences que la négation de ce statut peut avoir sur les appelants, si ce sont effectivement des personnes «craignant avec raison d'être persécuté[s]», il me semble inconcevable que la *Charte* ne s'applique pas de manière à leur donner le droit de bénéficier des principes de justice fondamentale dans la détermination de leur statut.

[39] M. Singh a donc eu droit à une audience à cause du risque que soit commise une erreur dans la détermination de son statut, erreur qui aurait eu pour effet, malgré sa qualité de véritable réfugié, de le faire renvoyer dans un lieu où il serait exposé au risque d'être



his right to security of the person would be infringed. This ruling applies to all refugee claimants, not just those whose claims are ultimately accepted. In other words, the protection of section 7 applies independently of the merits of one's claim. In fact, Mr. Singh had already once been found not to be a refugee.

[40] It is clear that Mr. Fast is exposed to the risk of an error in the determination of whether he obtained his citizenship unlawfully, a finding from which there is no right of appeal. If such an error were to occur, he would be exposed to removal from Canada, a place where he has resided for some 50 years, and in which, until that finding, he had a constitutional right to remain. It would seem to follow, that like Mr. Singh, he would be entitled to fundamental justice in the adjudication of his claim. The only adjudication which occurs in the entire revocation process is the proceedings before the Federal Court. It would therefore stand to reason that those proceedings would be subject to the requirements of fundamental justice. In the same way as section 7 of the Charter applies to all refugee claimants, Mr. Fast's claim to the protection of section 7 is independent of the merits of the allegations against him by the Minister.

[41] Consequently, if the question were one which was free of authority, I would have little difficulty concluding that Mr. Fast was entitled to the benefit of section 7 of the Charter with regard to proceedings in the Federal Court. Specifically, this would mean that he would be entitled to participate meaningfully in the proceedings against him. This result would accord with the average person's sense of fair play that a citizen facing loss of his citizenship should have no less constitutional protection than a refugee claimant presenting himself for entry to Canada.

[42] Even so, this would not end the question, as this would only establish that Mr. Fast was exposed to a deprivation of this right to liberty by being unable to fully participate in the trial of the allegations against

persécuté. Une telle situation porterait atteinte à son droit à la sécurité de sa personne. Cette décision s'applique à tous les revendicateurs du statut de réfugié et non pas uniquement à ceux dont la revendication a été finalement acceptée. Autrement dit, la protection de l'article 7 s'étend à toutes les revendications, quel que soit leur bien-fondé. En fait, M. Singh avait déjà été déclaré ne pas être un réfugié.

[40] Il est évident que M. Fast court le risque que la décision prise au sujet de la légalité de l'obtention de sa citoyenneté, décision non susceptible d'appel, soit entachée d'erreur. Dans le cas où une telle erreur serait commise, il risquerait d'être expulsé du Canada, lieu où il réside depuis plus de 50 ans, et dans lequel il a le droit constitutionnel de demeurer jusqu'à ce qu'une telle décision soit prise. Il semble découler de ce qui précède que, tout comme M. Singh, il devrait avoir droit à ce que l'examen de sa revendication s'effectue en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le seul examen prévu par le processus de révocation est l'instance devant la Cour fédérale. Il paraît donc logique d'exiger que cette instance respecte les principes de justice fondamentale. De la même façon que l'article 7 de la Charte s'applique à tous les revendicateurs du statut de réfugié, cet article s'applique à l'instance introduite contre M. Fast, comme celui-ci le demande, que les allégations faites contre lui par le ministre soient fondées ou non.

[41] Par conséquent, si la question se posait pour la première fois, je n'éprouverais aucune difficulté à conclure que M. Fast a droit à la protection de l'article 7 de la Charte pour ce qui est de l'instance introduite devant la Cour fédérale. Plus précisément, cela voudrait dire qu'il aurait le droit de participer utilement à l'instance introduite contre lui. Un tel résultat serait considéré comme équitable par le citoyen ordinaire puisque le citoyen qui risque de perdre sa citoyenneté devrait bénéficier d'une protection constitutionnelle au moins égale à celle dont bénéficie le revendicateur du statut de réfugié qui souhaite entrer au Canada.

[42] Cette conclusion ne réglerait pas toutefois la question, puisqu'elle permettrait uniquement d'établir que M. Fast a été exposé au risque qu'il soit porté atteinte à sa liberté, parce qu'il n'est pas en mesure de

him. It would remain to be shown whether such deprivation was in accordance with the requirements of fundamental justice. Specifically, it would have to be decided whether the appointment of a litigation guardian was a sufficient safeguard to satisfy the requirements of fundamental justice. If it did not, it would then be necessary to determine if that insufficiency was a reasonable limitation in a free and democratic society within meaning of section 1 of the Charter.

[43] Were I called upon to do so, I would find that the appointment of a litigation guardian is not sufficient to comply with the requirements of fundamental justice. In the usual case involving the appointment of a litigation guardian, the plaintiff is advancing a claim for financial compensation. This is not about money. This is a matter of allegations of participation in war crimes and the possible loss of the fundamental relationship between a person and the state. The litigation guardian cannot remedy the defects which Mr. Fast's incapacity impose: his disadvantaged position with respect to cross-examination, his inability to appreciate or recall the evidence sufficiently to be able to place the relevant portions of his long-term memory of events before counsel, and his inability to retain advice from counsel as to matters to which only he can attend, such as the giving of evidence. Where the consequences of error are merely financial (and more often than not, covered by insurance), the appointment of a litigation guardian is a sufficient protection for the estate of the defendant. Where the consequences of error involve fundamental rights, a litigation guardian is an insufficient remedy.

[44] Nor would I find that this insufficiency was one which was reasonably justified in a free and democratic society. The issue is framed in the comments of the Supreme Court of Canada in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at paragraph 109, referring to a stay of proceedings in another revocation matter:

participer pleinement à l'instruction des allégations faites contre lui. Il faudrait encore établir que cette atteinte est compatible avec les principes de justice fondamentale. Plus précisément, il faudrait décider si la nomination d'un tuteur à l'instance constitue une mesure de protection suffisante et compatible avec les principes de justice fondamentale. Dans le cas contraire, il faudrait alors décider si le caractère insuffisant de cette protection constitue une limite acceptable dans une société libre et démocratique, au sens de l'article 1 de la Charte.

[43] Si j'avais été appelé à me prononcer sur cet aspect, j'aurais conclu que la nomination d'un tuteur à l'instance n'est pas suffisante en soi pour garantir la conformité aux principes de justice fondamentale. Dans les affaires où l'on nomme habituellement un tuteur à l'instance, le demandeur recherche une indemnisation pécuniaire. En l'espèce, il ne s'agit pas d'argent. Il y a des allégations selon lesquelles le défendeur aurait participé à des crimes de guerre et celui-ci risque de voir supprimée la relation fondamentale qu'il entretient avec l'État. Le tuteur à l'instance ne peut remédier aux difficultés qui découlent de l'incapacité de M. Fast: sa vulnérabilité en cas de contre-interrogatoire, son incapacité d'apprécier les éléments de preuve ou de s'en souvenir pour signaler à son avocat les éléments pertinents des souvenirs qui lui restent d'événements lointains, son incapacité de garder à l'esprit les conseils de son avocat sur les aspects auxquels il doit seul répondre, comme lorsqu'il témoigne. Lorsque les conséquences d'une erreur sont de nature uniquement pécuniaire (et le plus souvent, couvertes par une assurance), la nomination d'un tuteur à l'instance protège suffisamment le patrimoine du défendeur. Lorsque les conséquences d'une erreur touchent des droits fondamentaux, la nomination d'un tuteur en instance est une protection insuffisante.

[44] Je n'aurais pas non plus conclu que cette protection insuffisante est acceptable dans une société libre et démocratique. Cette question est abordée dans les commentaires de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, au paragraphe 109, qui portait sur une demande de

On the other side of the balance, society's interest in having a final decision on the merits is obvious. It is imperative that the truth should come to light. If it is not proven that the appellants did the things they are said to have done, then they will retain their citizenship. But if some or all of the alleged acts are proven then the appropriate action must be taken. What is at stake here, in however small a measure, is Canada's reputation as a responsible member of the community of nations. In our view, this concern is of the highest importance.

[45] Does the importance of the proceedings and Canada's standing as a responsible member of the community of nations justify a lower standard with respect to the risk of deprivation of liberty or security of the person? In the normal course, the more heinous the crime, the more scrupulous the courts are to ensure that the rights of the accused are protected. The Supreme Court of Canada must be taken to have been referring to Canada's conduct and obligations once it is shown that someone who has participated in crimes against humanity or war crimes has obtained citizenship unlawfully. It cannot be taken to be saying that those accused of obtaining citizenship by concealing war time crimes are not entitled to procedural safeguards commensurate with the gravity of the allegations and the severity of the consequences. Were I called upon to decide it, I would find that section 1 of the Charter does not justify a lower standard of procedural protection in citizenship revocation matters.

[46] There are two Supreme Court of Canada cases subsequent to *Singh* which raise issues which are relevant to the argument made before me as to the application of the Charter to revocation proceedings. The Minister argues that Mr. Fast's competence is not an issue because, in civil proceedings, there is no requirement that the defendant be present and competent. In *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, the Supreme Court of Canada accepted the argument that indigent parents who faced the loss of custody of their

suspension d'instance dans une autre affaire de révocation de la citoyenneté:

De l'autre côté de la balance, l'intérêt de la société à ce que soit rendu un jugement définitif sur le fond est évident. Il est impératif que la vérité se manifeste. S'il n'est pas prouvé que les appelants ont fait les choses qu'on leur reproche, ils garderont leur citoyenneté. Mais si les actes allégués sont établis, en tout ou en partie, les mesures appropriées devront être prises. Ce qui est en jeu ici, si peu que ce soit, c'est la réputation du Canada en tant que membre solidaire de la communauté internationale. À notre avis, cette préoccupation est de la plus haute importance.

[45] Est-ce que l'importance de l'instance et le souci de préserver la réputation qu'a le Canada d'être un membre solidaire de la communauté internationale justifient l'adoption d'une norme moins exigeante lorsque la liberté ou la sécurité de la personne est en jeu? En général, plus le crime est odieux, plus les tribunaux veillent de façon scrupuleuse à ce que les droits de l'accusé soient respectés. Il faut penser que la Cour suprême du Canada faisait référence au comportement du Canada et aux obligations qu'il assume lorsqu'il a été démontré qu'une personne qui a participé à des crimes contre l'humanité ou à des crimes de guerre a obtenu la citoyenneté canadienne de façon illégale. Cette cour n'a pas pu vouloir dire que les personnes accusées d'avoir obtenu leur citoyenneté en dissimulant des crimes commis en temps de guerre n'ont pas droit à des garanties procédurales qui correspondent à la gravité des allégations faites contre elles et des conséquences possibles. Si je devais me prononcer sur cet aspect, je jugerais que l'article 1 de la Charte ne justifie pas que l'on applique une norme de protection procédurale moins exigeante aux affaires de révocation de la citoyenneté.

[46] La Cour suprême du Canada a rendu, après l'arrêt *Singh*, deux arrêts qui traitent de questions qui concernent l'argument qui m'a été présenté au sujet de l'application de la Charte au processus de révocation de la citoyenneté. Le ministre soutient que l'aptitude de M. Fast n'est pas en litige ici puisque dans une instance civile, il n'est pas exigé que le défendeur soit présent et apte à subir son procès. Dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, la Cour suprême du Canada a retenu l'argument selon lequel des parents

children to a child welfare agency had a right under section 7 of the Charter to state-paid counsel. Lamer C.J.C. summarized his conclusion on the issue as follows, at paragraph 2:

When government action triggers a hearing in which the interests protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are engaged, it is under an obligation to do whatever is required to ensure that the hearing be fair. In some circumstances, depending on the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent, the government may be required to provide an indigent parent with state-funded counsel.

[47] The significance of this case is that it demonstrates that there are levels of procedural safeguards, even within civil proceedings so that one cannot apply a single template to all proceedings. Where constitutionally protected rights are at risk as a result of government action, different levels of procedural safeguards may be required. Whether they are or not is a matter for consideration based on “the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the [party]”. In my view, an analysis of those factors would lead to the conclusion that fairness requires that Mr. Fast be able to participate meaningfully in the trial of the allegations against him.

[48] The second case of interest is *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307. This case is relevant to the Minister’s argument that Mr. Fast’s section 7 rights are not engaged because the proceedings in the Federal Court do not result in a decision which infringes Mr. Fast’s rights. In *Blencoe*, the appellant challenged the Human Rights Commission for undue delay in having the complaints against him heard by a tribunal. Under subsection 26(1) of the *British Columbia Human Rights Code* [R.S.B.C. 1996, c. 210], the Commission, after receiving and investigating a complaint, may dismiss it or refer it to a tribunal for hearing. Mr. Blencoe’s complaint was that the delay between the receipt of the complaint and the hearing date was an abuse of process and a violation of his rights under section 7 of the Charter.

sans ressource qui risquent de se voir retirer la garde de leurs enfants et de la voir confier à un organisme de protection de la jeunesse ont, aux termes de l’article 7 de la Charte, droit aux services d’un avocat rémunéré par l’État. Le juge en chef Lamer a résumé de la façon suivante sa conclusion sur cette question au paragraphe 2:

Lorsque le gouvernement est à l’origine d’une audience visant les intérêts protégés par l’art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il a l’obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l’équité de l’audience. Dans certaines circonstances, selon la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l’instance et la capacité du parent, il se peut que le gouvernement soit obligé de fournir à un parent sans ressources des services d’avocats rémunérés par l’État.

[47] Cet arrêt est important parce qu’il montre qu’il existe plusieurs types de garanties procédurales, même au sein des instances civiles, de sorte qu’il n’est pas possible d’utiliser un modèle unique pour toutes les instances judiciaires. Lorsque des droits protégés par la Constitution risquent d’être compromis à la suite d’une mesure gouvernementale, différents types de garanties procédurales peuvent s’appliquer. Cela dépend «des intérêts en jeu, [de] la complexité de l’instance et [de] la capacité [de la partie]». J’estime que l’analyse de ces facteurs m’amènerait à conclure que l’équité exige que M. Fast soit en mesure de participer de façon utile à l’examen des allégations portées contre lui.

[48] La deuxième affaire d’intérêt est l’affaire *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307. Cette affaire est pertinente à l’argument du ministre selon lequel les droits que l’article 7 confère à M. Fast ne sont pas en jeu ici parce que l’instance introduite devant la Cour fédérale ne peut déboucher sur une décision susceptible de porter atteinte aux droits de M. Fast. Dans *Blencoe*, l’appelant contestait la conduite de la Human Rights Commission qui avait laissé s’écouler un délai déraisonnable avant de soumettre à un tribunal les plaintes déposées contre lui. Aux termes du paragraphe 26(1) *Human Rights Code* [R.S.B.C. 1996, ch. 210] de la Colombie-Britannique, la Commission peut, après avoir reçu une plainte et fait enquête à ce sujet, rejeter la plainte ou la renvoyer pour examen à un tribunal. M. Blencoe se plaignait du fait que le délai écoulé entre la réception de la plainte et la date de

[49] The Supreme Court of Canada found that section 7 applied to proceedings before the Commission since it was created by statute for the purpose of enforcing a government policy, at paragraph 40:

Thus, notwithstanding that the Commission may have adjudicatory characteristics, it is a statutory creature and its actions fall under the authority of the *Human Rights Code*. The state has instituted an administrative structure, through a legislative scheme, to effectuate a governmental program to provide redress against discrimination. It is the administration of a governmental program that calls for *Charter* scrutiny. Once a complaint is brought before the Commission, the subsequent administrative proceedings must comply with the *Charter*. These entities are subject to *Charter* scrutiny in the performance of their functions just as government would be in like circumstances. To hold otherwise would allow the legislative branch to circumvent the *Charter* by establishing statutory bodies that are immune to *Charter* scrutiny. The above analysis leads inexorably to the conclusion that the *Charter* applies to the actions of the Commission.

[50] The decision which the Federal Court makes in revocation proceedings is, in my view, precisely analogous to the type of decision made by the B.C. Human Rights Commission. The Commission investigates a complaint, i.e., engages in fact finding and then makes a decision to either dismiss the complaint or to refer it to a tribunal for hearing. The decision of the Commission does not directly infringe the respondent's section 7 rights.

[51] Like the Commission, the Federal Court engages in fact finding and makes a decision which either results in the proceedings being halted, or continuing in another forum for disposition on the merits. As in the case of the Commission, the Court's decision finally decides the issue if it concludes that there is no factual basis for the allegations, but does not decide the issue on the merits if it forwards it to another forum. Neither the Commission or the Court makes a decision which deprives a person of their rights. If proceedings before the Human Rights Commission are subject to Charter

l'audience constituait un abus de procédure et ne respectait pas les droits que lui attribuait l'article 7 de la Charte.

[49] La Cour suprême du Canada a déclaré que l'article 7 s'appliquait aux instances introduites devant la Commission parce que celle-ci avait été créée par une loi qui avait pour mission de mettre en œuvre une politique gouvernementale, au paragraphe 40:

Donc, même si elle peut avoir certaines caractéristiques d'un tribunal, la Commission est une créature de la loi et ses actes sont assujettis au *Human Rights Code*. L'État a créé par voie législative un organisme administratif chargé de mettre en œuvre un programme gouvernemental destiné à remédier à la discrimination. C'est l'application d'un programme gouvernemental qui commande l'examen fondé sur la *Charte*. Une fois la Commission saisie d'une plainte, les procédures administratives qui suivent doivent respecter la *Charte*. L'exercice des fonctions de telles entités peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* tout comme pourrait le faire l'exercice des fonctions d'un gouvernement dans les mêmes circonstances. Conclure le contraire permettrait au pouvoir législatif de contourner la *Charte* en créant des organismes qui ne peuvent pas faire l'objet d'un tel examen. L'analyse qui précède mène inexorablement à la conclusion que la *Charte* s'applique aux actes de la Commission.

[50] La décision que prononce la Cour fédérale dans une instance en révocation est, d'après moi, tout à fait analogue au type de décision rendu par la Human Rights Commission de la C.-B. La Commission fait enquête sur les plaintes, c.-à-d. elle recherche les faits et prend ensuite la décision de rejeter la plainte ou de la renvoyer à un tribunal pour audition. La décision de la Commission ne porte pas directement atteinte aux droits que l'article 7 accordent à l'intimé.

[51] Tout comme la Commission, la Cour fédérale a pour rôle d'établir les faits et de prononcer une décision qui va entraîner soit l'arrêt de l'instance, soit sa poursuite devant un autre forum pour que celui-ci statue sur le fond. Comme dans le cas de la Commission, la décision de la Cour tranche de façon définitive la question si elle conclut que les allégations ne reposent sur aucune base factuelle, mais elle ne tranche pas la question au fond si elle soumet l'affaire à un autre forum. Ni la Commission ni la Cour ne prennent une décision ayant pour effet de supprimer les droits d'une

scrutiny, notwithstanding the absence of a decision which infringes Charter rights, one would think that the same would be true of proceedings before the Federal Court in revocation proceedings.

[52] These are the conclusions to which I would come, based on decisions of the Supreme Court of Canada, if this matter was free from authority. But it is not free from authority. There is a line of cases in the Federal Court of Appeal culminating in *Obodzinsky*, *supra*, in which the Court has consistently ruled that section 7 of the Charter does not apply to revocation proceedings in the Federal Court. In *Obodzinsky*, the Federal Court of Appeal affirmed the decision of the Motions Judge rejecting all of the arguments raised here by Mr. Fast. Having found that Mr. Obodzinsky's heart condition made it difficult or impossible for him to participate in his trial without threatening his life, the Motions Judge rejected Mr. Obodzinsky's request for a stay of proceedings against him in the Federal Court on the following grounds:

1- On the basis of the decisions of the Court of Appeal in *Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; and *Katriuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 11 Imm. L.R. (3d) 178, the Motions Judge found that section 7 of the Charter did not apply to revocation proceedings in the Federal Court because those proceedings did not result in any deprivation of the defendant's rights. The Court's decision simply became the basis upon which the Cabinet might make an order revoking the defendant's citizenship.

2- The Motions Judge found that the proceedings against Mr. Obodzinsky did not constitute an abuse of process because there was no evidence of any wrongful conduct on the part of the Minister.

3- The learned Judge also found that the proceedings were civil in nature so that the right to make a complete

personne. Si l'instance introduite devant la Commission des droits de la personne est assujettie à la Charte, même si la Commission ne prononce pas de décision susceptible de porter atteinte aux droits garantis par la Charte, on pourrait penser que le même raisonnement vaut pour l'instance en révocation introduite devant la Cour fédérale.

[52] Ce sont là les conclusions auxquelles je serais arrivé, en me fondant sur les décisions de la Cour suprême du Canada, si la question se posait pour la première fois. Mais ce n'est pas le cas. Il existe une jurisprudence constante de la Cour d'appel, dont l'arrêt *Obodzinsky*, précité, a été le point culminant, qui a toujours jugé que l'article 7 de la Charte ne s'appliquait pas aux instances en révocation de la citoyenneté introduites devant la Cour fédérale. Dans l'arrêt *Obodzinsky*, la Cour d'appel fédérale a confirmé la décision du juge des requêtes qui avait rejeté tous les arguments soulevés ici par M. Fast. Après avoir conclu que M. Obodzinsky aurait, à cause de troubles cardiaques, de la difficulté à participer à son procès sans risquer sa vie, voire que cela lui serait impossible, le juge des requêtes a rejeté la demande de suspension d'instance introduite contre M. Obodzinsky devant la Cour fédérale pour les motifs suivants:

1- Le juge des requêtes s'est fondé sur les arrêts *Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149 et *Katriuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 11 Imm. L.R. (3d) 178 de la Cour d'appel, pour statuer que l'article 7 de la Charte ne s'appliquait pas aux instances en révocation introduites devant la Cour fédérale parce que les décisions prises dans le cadre de ces instances ne portent aucunement atteinte aux droits du défendeur. La décision de la Cour constitue simplement la base factuelle sur laquelle le Cabinet peut se fonder pour prendre un décret révoquant la citoyenneté du défendeur.

2- Le juge des requêtes a déclaré que l'instance introduite contre M. Obodzinsky ne constituait pas un abus de procédure parce qu'il n'existait aucun élément de preuve indiquant que le ministre avait agi de façon irrégulière.

3- Le juge de première instance a également déclaré que l'instance en question était de nature civile, de sorte que

answer and defence did not apply. Specifically, the defendant's inability to participate in the proceedings did not justify a stay of proceedings.

4- The destruction of documents by the government was explained, it did not result from government misconduct and did not result in a breach of the Minister's obligation to disclose all material documents.

[53] In brief reasons, the Federal Court of Appeal affirmed the Motions Judge's decision. The portion of the Court's decision which is relevant to this discussion is reproduced below, at paragraph 1:

I have reviewed and carefully analyzed the decision of the Trial Division Judge, the appellant's Charter arguments and his submissions based on the doctrine of abuse of process. In light of *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G.(J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46 and *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, I also reviewed the decision of this Court in *Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1992), 142 N.R. 173 (F.C.A.), which was followed in *Canada v. Katriuk* (1999), 252 N.R. 68 (F.C.A.), leave to appeal refused by the Supreme Court of Canada on May 11, 2000, S.C.C. No. 27741. I am of the view that the Trial Judge properly directed himself as to the law, that he exercised his discretion judiciously and that there is no basis to intervene in this case.

[54] The Federal Court of Appeal has considered the effect of *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, *supra*, and *Blencoe, supra*, on its prior jurisprudence and has ruled that the law as to revocation proceedings remains as it was prior to those decisions. Unless this case can be distinguished from *Obodzinsky, supra*, I am bound by the latter and must dismiss this application.

[55] There is no indication that *Singh* was argued or considered in *Obodzinsky, supra*, or any of the decisions upon which it rests. On the other hand, *Singh* was decided in 1985, prior to *Luitjens* and *Katriuk, supra*. One must presume that the Federal Court of Appeal was aware of *Singh* and, if it did not refer to it, must have

la question du droit à une défense pleine et entière ne se posait pas. Plus précisément, l'incapacité du défendeur de participer à l'instance ne justifiait pas la suspension de l'instance.

4- Le gouvernement a fourni des explications au sujet de la destruction de documents. Cette destruction n'est pas le résultat d'agissements irréguliers du gouvernement et n'a pas entraîné la violation de l'obligation du ministre de divulguer tous les documents pertinents.

[53] Dans un jugement concis, la Cour d'appel fédérale a maintenu la décision du juge des requêtes. La partie de l'arrêt de la Cour qui se rapporte à notre analyse est reproduite ci-dessous au paragraphe 1:

Après avoir examiné et analysé soigneusement les arguments de la *Charte* soulevés par l'appelant, et ceux fondés sur la théorie de l'abus de procédure, la décision du juge de la Section de première instance, et après avoir reconsidéré à la lumière des arrêts *N.-B. (Ministre de la santé) c. G.(J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46 et *Blencoe c. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, la décision de notre Cour dans l'affaire *Canada (Secrétariat d'État) c. Luitjens* (1992) 142 N.R. 173 (C.A.F.), suivie dans l'affaire *Canada c. Katriuk* (1999), 252 N.R. 68 (C.A.F.), permission d'appeler refusée à la Cour suprême du Canada le 11 mai 2000, CSC n° 27741, je suis d'avis que le juge de première instance s'est bien dirigé en droit, qu'il a exercé judicieusement sa discrétion et qu'il n'y a pas lieu d'intervenir en l'espèce.

[54] La Cour d'appel fédérale a examiné l'effet des arrêts *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, précité, et *Blencoe, précité*, sur sa jurisprudence antérieure et a déclaré que les règles applicables en matière d'instance en révocation n'avaient pas été modifiées par ces décisions. Je suis tenu de suivre l'arrêt *Obodzinsky, précité*, et de rejeter la présente demande, à moins qu'il soit possible d'établir une distinction entre cette affaire et la présente espèce.

[55] Rien n'indique que l'arrêt *Singh* ait été cité ou examiné dans l'affaire *Obodzinsky, précitée*, ni dans les décisions sur lesquelles est fondée cette dernière décision. D'un autre côté, l'affaire *Singh* a été jugée en 1985, et elle est donc antérieure aux arrêts *Luitjens* et *Katriuk, précités*. Il faut donc présumer que la Cour

considered it to be irrelevant to the matter before it. Similarly, given the explicit reference to *New Brunswick (Minister of Health and Community Services)* and *Blencoe in Obodzinsky, supra*, one must assume that the Court of Appeal came to a different understanding as to the import of those cases than I did. The facts of *Obodzinsky* are different in so far as the reason for the defendant's inability to participate in the proceedings, but are otherwise indistinguishable. I am unable to distinguish *Obodzinsky* and I am bound to follow it.

[56] If Mr. Fast does not succeed on the Charter argument, he appeals to the Court's equitable jurisdiction to grant a stay where the interests of justice require it. It was argued before me that these proceedings should be stayed because, given Mr. Fast's incapacity, the continuation of the proceedings "contravenes fundamental notions of justice and undermines the integrity of the judicial process" *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at paragraph 73. It was suggested in argument that the public would be offended to discover that refugee claimants are entitled to the benefit of section 7 of the Charter but that citizens facing revocation proceedings are not. On the view which I take of the matter, this anomaly would not exist but it is not within my power to make it so.

[57] Counsel for Mr. Fast suggested that since a stay is a discretionary remedy, I was free to grant one if I was of the view that justice required it. The reminder that discretion must be exercised according to settled principles was not long in coming from counsel for the Minister. I am mindful of the fact that all of the factors canvassed in this case were present in *Obodzinsky, supra*, and that the Court of Appeal approved the Motion Judge's exercise of his discretion in dismissing the application for a stay. In my view, the principles governing the exercise of my discretion, as laid down in

d'appel fédérale connaissait l'existence de l'arrêt *Singh* et que si elle ne l'a pas mentionné, c'est parce qu'elle a estimé qu'il n'était pas applicable à l'affaire dont elle était saisie. De la même façon, compte tenu du fait que la Cour d'appel a fait explicitement référence aux arrêts *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires)* et *Blencoe* dans l'affaire *Obodzinsky*, précitée, il faut tenir pour acquis qu'elle a attribué à ces arrêts une portée différente de celle que je leur ai donnée. Les faits de l'affaire *Obodzinsky* sont différents pour ce qui est du motif à l'origine de l'incapacité du défendeur à participer à l'instance mais, pour le reste, il est impossible d'établir une distinction entre ces deux affaires. Je ne suis donc pas en mesure d'écarter l'arrêt *Obodzinsky* et je suis par conséquent tenu de le suivre.

[56] L'argument de M. Fast fondé sur la Charte n'ayant pas été retenu, celui-ci invite le tribunal, à titre subsidiaire, à exercer le pouvoir que lui reconnaît l'*equity* d'accorder une suspension d'instance lorsque l'intérêt de la justice l'exige. Il a été soutenu devant moi qu'il y avait lieu de suspendre la présente instance, compte tenu de l'incapacité de M. Fast, parce que la poursuite de l'instance «contrevient aux notions fondamentales de justice et mine ainsi l'intégrité du processus judiciaire» *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au paragraphe 73. Il a été mentionné, au cours des plaidoiries, que les citoyens seraient choqués d'apprendre que les revendicateurs du statut de réfugié ont droit au bénéfice de l'article 7 de la Charte mais pas les citoyens visés par une instance en révocation de citoyenneté. La façon dont je conçois cette question ne déboucherait pas sur une telle anomalie mais je n'ai pas le pouvoir de me prononcer en ce sens.

[57] L'avocat de M. Fast a soutenu que la suspension d'instance est une mesure discrétionnaire et que j'étais tout à fait libre de l'accorder si j'estimais que la justice l'exigeait. L'avocat du ministre a immédiatement fait remarquer qu'un pouvoir discrétionnaire doit être exercé selon les principes établis. Je tiens compte du fait que tous les éléments examinés dans cette affaire étaient présents dans l'affaire *Obodzinsky*, précitée, et que la Cour d'appel a approuvé la façon dont le juge des requêtes a exercé son pouvoir discrétionnaire en rejetant la demande de suspension. J'estime que les principes



*Obodzinsky* require me to dismiss this application.

ORDER

For the reasons stated above, the application  
for a stay is dismissed.

---

<sup>1</sup> *Singh* was heard by a panel of seven judges, one of whom, Ritchie J., took no part in the decision. Two opinions were rendered. One group of three judges decided the case on the basis of section 7 of the Charter. The other group of three judges decided the case on the basis of the *Canadian Bill of Rights* [R.S.C., 1985, Appendix III].

régissant l'exercice de mon pouvoir discrétionnaire, tels qu'énoncés dans l'arrêt *Obodzinsky*, exigent que je rejette la présente demande.

ORDONNANCE

Pour les motifs exposés ci-dessus, la demande  
de suspension est rejetée.

---

<sup>1</sup> L'affaire *Singh* a été entendu par une formation de sept juges, dont l'un, le juge Ritchie, n'a pas participé à la décision. Deux opinions ont été rendues. Un groupe de trois juges a tranché le litige en se fondant sur l'article 7 de la Charte. L'autre groupe de trois juges s'est fondé sur la *Déclaration canadienne des droits* [L.R.C. (1985), appendice III].

A-665-01  
2001 FCA 373

A-665-01  
2001 CAF 373

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Respondent) (Plaintiff)

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

v.

c.

**Jacob Fast** (Respondent)

**Jacob Fast** (défendeur)

**INDEXED AS: CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. FAST (C.A.)**

**RÉPERTORIÉ: CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) c. FAST (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer J.A.—Ottawa, November 27 and 29, 2001.

Cour d'appel, juge Strayer, J.C.A.—Ottawa, 27 et 29 novembre 2001.

*Practice — Stay of Proceedings — Motion to stay — Application for stay of revocation of citizenship proceedings pending appeal from Trial Division decision dismissing application for stay — Upon consideration of applicable criteria (serious issue, irreparable harm, balance of convenience), motion dismissed.*

*Pratique — Suspension d'instance — Requête en suspension d'instance — Demande visant à faire suspendre des procédures d'annulation de la citoyenneté en attendant qu'il soit statué sur un appel de la décision de la Section de première instance de rejeter une demande de suspension des procédures — Après avoir examiné les critères applicables (la question sérieuse, le préjudice irréparable et la prépondérance des inconvénients), la Cour rejette la requête.*

This was a motion for a stay of revocation of citizenship proceedings pending an appeal from a Trial Division decision dismissing a motion for a stay of those proceedings.

Il s'agit d'une requête visant à faire suspendre des procédures d'annulation de la citoyenneté en attendant qu'il soit statué sur un appel de la décision de la Section de première instance de rejeter une requête visant à faire suspendre ces procédures.

*Held*, the motion should be dismissed.

*Arrêt*: la requête est rejetée.

There was no serious issue to be tried. The Trial Division Judge correctly considered himself bound by previous decisions of this Court to the effect that a proceeding under section 18 of the *Citizenship Act* does not involve Charter section 7 rights because it involves only findings of fact and no decisions that determine rights. This Court is also bound by those cases. Apart from that issue, no reviewable error was demonstrated in the Trial Judge's findings of fact or law or exercise of discretion, which would justify finding that a serious issue was raised.

Il n'y a aucune question sérieuse à juger. Le juge de première instance s'est considéré à bon droit lié par les arrêts antérieurs de la Cour selon lesquels une instance relative à l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* ne touche pas aux droits prévus à l'article 7 de la Charte parce qu'elle concerne uniquement des conclusions de fait et qu'aucune décision n'est rendue quant à des droits. La Cour est également liée par ces arrêts. Mis à la part cette question, on n'a démontré l'existence d'aucune erreur susceptible de contrôle dans les conclusions de fait et de droit du juge de première instance ou dans l'exercice que celui-ci a fait de son pouvoir discrétionnaire, erreur qui permettrait de conclure qu'une question sérieuse est soulevée.

As to irreparable harm, the applicant will not suffer any by having the facts surrounding his acquisition of Canadian citizenship examined in a court of law.

Le demandeur ne subira pas un préjudice irréparable si un tribunal examine les faits relatifs à son acquisition de la citoyenneté canadienne.

As to the balance of convenience, if the stay were granted, it would bring great inconvenience to the respondent. Arrangements have been made for several witnesses to come from other countries for this trial. It was unacceptable that the applicant's counsel, knowing as early as February 2001 that he wished to bring a motion for a stay based on his client's mental condition, should not file such motion until October 9, 2001, a few weeks before trial and at a time when a stay order could maximize the disruption of the trial process and the wasting of everyone's resources including those of the respondent and of this Court. The balance of convenience was not in favour of granting a stay.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 7.

*Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 18.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### FOLLOWED:

*Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; 142 N.R. 173 (F.C.A.); *Katriuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 11 Imm. L.R. (3d) 178; 252 N.R. 68 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused, [2000] 1 S.C.R. xiii; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky*, 2001 FCA 158; [2001] F.C.J. No. 797 (C.A.) (QL); affg (2000), 14 Imm. L.R. (3d) 184 (F.C.T.D.); *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81.

##### REFERRED TO:

*Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Fast*, [2002] 3 F.C. 373; (2001), 208 D.L.R. (4th) 729 (T.D.).

MOTION for a stay of a trial under section 18 of the *Citizenship Act*. Motion dismissed.

#### APPEARANCES:

*Peter K. Doody* for appellant.  
*Peter A. Vita, Q.C.* for respondent.

Quant à la prépondérance des inconvénients, accueillir la demande visant à faire suspendre les procédures causerait un grand préjudice à l'intimé. Des dispositions ont été prises pour que plusieurs témoins d'autres pays participent au procès. Il est inacceptable que l'avocat du demandeur, qui sait depuis février 2001 qu'il a l'intention de présenter une requête en suspension d'instance fondée sur l'état mental de son client, n'ait déposé cette requête que le 9 octobre 2001, quelques semaines avant le procès et à un moment où une ordonnance de suspension d'instance était susceptible de perturber au plus haut point le déroulement de la procédure et d'entraîner un gaspillage éhonté des ressources de tout le monde, y compris celles de l'intimé et de la Cour. La prépondérance des inconvénients ne penche pas en faveur d'une suspension d'instance.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 7.

*Loi sur la citoyenneté*, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 18.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS SUIVIES:

*Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149; 142 N.R. 173 (C.A.F.); *Katriuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 11 Imm. L.R. (3d) 178; 252 N.R. 68 (C.A.F.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2000] 1 R.C.S. xiii; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky*, 2001 CAF 158; [2001] A.C.F. n° 797 (C.A.) (QL); conf. (2000), 14 Imm. L.R. (3d) 184 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; (1997), 151 D.L.R. (4th) 119; 1 Admin. L.R. (3d) 1; 118 C.C.C. (3d) 443; 14 C.P.C. (4th) 1; 10 C.R. (5th) 163; 40 Imm. L.R. (2d) 23; 218 N.R. 81.

##### DÉCISION CITÉE:

*Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Fast*, [2002] 3 C.F. 373; (2001), 208 D.L.R. (4th) 729 (1<sup>re</sup> inst.).

REQUÊTE visant à faire suspendre les procédures introduites en application de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté*. Requête rejetée.

#### ONT COMPARU:

*Peter K. Doody* pour l'appellant.  
*Peter A. Vita, c.r.*, pour l'intimé.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, for appellant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] STRAYER J.A.: This is a motion for a stay of a trial under section 18 of the *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29] which was scheduled to start the day after the hearing of this motion. The stay was sought pending an appeal being heard in this Court from the decision of the Trial Judge, Pelletier J. [[2002] 3 F.C. 373] who had dismissed a motion for a stay of the trial. For the reasons which follow I dismissed the motion.

[2] With respect to the first criterion to be considered on a stay application, that of whether there is a serious issue as to the correctness of the decision of Pelletier J., I find none to be raised. The learned Trial Judge considered himself to be bound by previous decisions in this Court to the effect that a proceeding under section 18 does not involve rights in section 7 of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] because it involves only findings of facts and no decisions that determine rights. This has been decided on at least three occasions by this Court: (see *Canada (Secretary of State) v. Luitjens* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149 (F.C.A.); *Katriuk v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 11 Imm. L.R. (3d) 178 (F.C.A.); and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Obodzinsky*, 2001 FCA 158; [2001] F.C.J. No. 797 (C.A.) (QL)). The Supreme Court has quoted with approval this Court's analysis of the nature of section 18 proceedings (see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391, at page 413) and refused leave to appeal in the *Katriuk* case ([2000] 1 S.C.R. xiii). The Trial Judge correctly found himself to be bound by the jurisprudence as *am I. Stare decisis* is the normal rule and is itself one of the "basic tenets" of our legal system

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, pour l'appellant.

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

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

[1] LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Il s'agit d'une requête visant l'obtention d'un arrêt des procédures introduites en application de l'article 18 de la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29], qui devaient commencer le lendemain de l'audition de la présente requête. On a sollicité l'arrêt des procédures en attendant que la Cour statue sur un appel de la décision du juge de première instance, le juge Pelletier [[2002] 3 C.F. 373], qui a rejeté une requête en arrêt des procédures. Pour les motifs qui suivent, j'ai rejeté la requête.

[2] Pour ce qui est du premier critère à examiner dans le cadre d'une demande d'arrêt des procédures, soit celui de déterminer s'il existe une question sérieuse à juger quant à savoir si la décision du juge Pelletier est une décision correcte, j'estime que cette décision n'en soulève aucune. Le juge de première instance s'est considéré lié par les arrêts antérieurs de la Cour selon lesquels une instance relative à l'article 18 ne touche pas aux droits prévus à l'article 7 de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]] parce qu'elle concerne uniquement des conclusions de fait et qu'aucune décision n'est rendue quant à des droits. C'est ce qui a été décidé à au moins trois reprises par la Cour: (voir *Canada (Secrétaire d'État) c. Luitjens* (1992), 9 C.R.R. (2d) 149 (C.A.F.); *Katriuk c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 11 Imm. L.R. (3d) 178 (C.A.F.); *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Obodzinsky*, 2001 CAF 158; [2001] A.C.F. n° 797 (C.A.) (QL)). La Cour suprême a cité avec approbation l'analyse suivie par la Cour quant à la nature des instances relatives à l'article 18 (voir *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391, à la page 413) et a refusé l'autorisation d'appel dans *Katriuk* ([2000] 1

(thus an element of “fundamental justice”) allowing Canadians some certainty and predictability in the law as well as some efficiency in the administration of their system of justice.

[3] Apart from the section 7 issue the applicant herein has demonstrated no reviewable error in the Trial Judge’s findings of fact or law or exercise of discretion which would justify me in finding that a serious issue is raised.

[4] I am not persuaded that the applicant will suffer any irreparable harm by having the facts surrounding his acquisition of Canadian citizenship examined in a court of law—at least no harm that Parliament has not validly provided for.

[5] As to the balance of convenience, the timing of this application, if it were to result in a stay, would bring great inconvenience to the respondent. The record shows that on February 7, 2001 counsel for the appellant, after having received a psychiatrist’s report, advised the case management judge that because of his client’s mental condition he would be applying for a stay of the trial. Nevertheless matters were allowed to proceed and on March 7, 2001 the case management judge directed that the trial would proceed in November and December. This was made more precise in an order of April 19, 2001 that the trial would proceed on November 19, 2001. Subsequently it was postponed to November 28, 2001. But it was not until October 9, 2001 that a motion was filed in the Trial Division for a stay of the trial, mainly on the basis of the psychiatrist’s report. This motion could not be heard until early November and Pelletier J. issued an order dismissing it on November 19, 2001. On November 26, 2001 the applicant then filed a motion in this Court to be heard on November 27, for a stay (pending appeal of Pelletier J.’s order) of the lengthy trial that was to begin the next day. According to evidence filed by the respondent on this

R.C.S. xiii). Le juge de première instance s’est considéré à bon droit lié par la jurisprudence et je le suis également. Le *stare decisis* est la règle générale conférant un élément de certitude et de prévisibilité au droit canadien ainsi qu’une certaine efficacité dans l’administration de notre système de justice; il est aussi, en soi, l’un des «principes fondamentaux» de notre système de justice (donc un élément de la «justice fondamentale»).

[3] Mis à la part la question relative à l’article 7, le demandeur en l’espèce n’a démontré l’existence d’aucune erreur susceptible de contrôle dans les conclusions de fait et de droit du juge de première instance ou dans l’exercice que celui-ci a fait de son pouvoir discrétionnaire, erreur qui me permettrait de conclure qu’une question sérieuse est soulevée.

[4] Je ne suis pas convaincu que le demandeur subira un préjudice irréparable si un tribunal examine les faits relatifs à son acquisition de la citoyenneté canadienne—à tout le moins, un préjudice que le législateur n’a pas valablement prévu.

[5] Quant à la prépondérance des inconvénients, le moment choisi pour déposer la présente demande, si elle devait donner lieu à un arrêt des procédures, causerait un grand préjudice à l’intimé. La preuve indique que le 7 février 2001, l’avocat de l’appelant, après avoir reçu le rapport du psychiatre, a informé le juge responsable de la gestion de l’instance qu’en raison de l’état mental de son client, il solliciterait un arrêt des procédures. Quoi qu’il en soit, on a permis que l’affaire suive son cours et, le 7 mars 2001, le juge responsable de la gestion de l’instance a ordonné que l’instruction aurait lieu en novembre et en décembre, la date du 19 novembre 2001 ayant ensuite été précisée dans une ordonnance du 19 avril 2001. Par la suite, l’instruction a été remise au 28 novembre 2001. Mais ce n’est que le 9 octobre 2001 qu’on a déposé une requête auprès de la Section de première instance en vue d’obtenir un arrêt des procédures, principalement sur la base du rapport du psychiatre. La requête n’a pu être entendue qu’au début du mois de novembre et, le 19 novembre 2001, le juge Pelletier a rendu une ordonnance par laquelle il l’a rejetée. Le 26 novembre 2001, le demandeur a présenté une requête en arrêt des procédures, devant être

motion, several witnesses have been arranged to come from other countries for this trial. It is simply unacceptable that the applicant's counsel, knowing as early as February 2001 that they wanted to bring a motion for a stay based on his client's mental condition, should not in fact file such a motion until October 9, 2001, a few weeks before trial and at a time when a stay order could maximize the disruption of the trial process and the wasting of everyone's resources including those of the respondent and of this Court. The balance of convenience is certainly not in favour of granting the stay. *Ex post facto* explanations as to why further developments during the summer were necessary before a motion could be brought are to me completely unconvincing: counsel had already announced in February 2001 his grounds for a motion and the further information allegedly gleaned over the summer appears to me to be in no way novel or critical for the motion.

entendue le 27 novembre 2001, à l'égard du long procès qui commencerait le lendemain (en attendant qu'il soit statué sur l'appel de l'ordonnance du juge Pelletier). D'après la preuve déposée par l'intimé à l'encontre de la requête, des dispositions ont été prises pour que plusieurs témoins d'autres pays participent au procès. Il est tout simplement inacceptable que l'avocat du demandeur, qui sait depuis février 2001 qu'il a l'intention de présenter une requête en arrêt des procédures fondée sur l'état mental de son client, n'ait en fait déposé cette requête que le 9 octobre 2001, quelques semaines avant le procès et à un moment où une ordonnance d'arrêt des procédures était susceptible de perturber au plus haut point le déroulement de la procédure et d'entraîner un gaspillage éhonté des ressources de tout le monde, y compris celles de l'intimé et de la Cour. La prépondérance des inconvénients ne penche certainement pas en faveur d'un arrêt des procédures. À mon avis, les explications données après coup sur la raison pour laquelle il était nécessaire d'attendre certains événements à survenir durant l'été avant de pouvoir présenter une requête ne sont pas du tout convaincants: l'avocat avait déjà annoncé en février 2001 les motifs à l'appui de sa requête et les autres renseignements qui auraient été recueillis durant l'été me paraissent aucunement nouveaux ou cruciaux en ce qui à trait à la requête.

A-258-00  
2002 FCA 29

A-258-00  
2002 CAF 29

**Dion Neckwear Ltd. (*Appellant*) (*Applicant*)**

v.

**Christian Dior, S.A. (*Respondent*) (*Opponent*)**

and

**The Registrar of Trade Marks (*Respondent*)**

**INDEXED AS: CHRISTIAN DIOR, S.A. v. DION NECKWEAR LTD. (C.A.)**

Court of Appeal, Richard C.J., Décarý and Noël J.J.A. — Montréal, November 19, 2001; Ottawa, January 23, 2002.

*Trade-marks — Registration — Appeal from dismissal of appeal from denial of registration of trade-mark — Registrar holding applicant not meeting burden because “still in doubt” whether reasonable likelihood of confusion between applicant’s trade-mark “Dion Collection & Design”, opponent’s registered trade-mark “Dior” — Registrar erred in applying “still in doubt” standard — Imposing more onerous burden than “balance of probabilities” onus applicable in civil proceedings — Difference between opposition, civil proceedings not standard of proof, but onus — Registrar must be reasonably satisfied on balance of probabilities registration not likely to create confusion — Regardless, Registrar clearly wrong because evidence evenly balanced — Surrounding circumstances indicating, on balance of probabilities, no likelihood of confusion — Too late to now raise other grounds of opposition, abandoned for all practical purposes in Court below.*

This was an appeal from the Trial Judge’s dismissal of an appeal from the denial of registration of the trade-mark “Dion Collection & Design”. The Registrar stated that he was still in doubt as to whether there would be a reasonable likelihood of confusion between the applicant’s trade-mark and the opponent’s registered trade-marks “Dior”, and therefore the applicant had failed to meet the burden in respect of the issue

**Dion Neckwear Ltd. (*appelante*) (*demanderesse*)**

c.

**Christian Dior, S.A. (*intimée*) (*opposante*)**

et

**Registraire des marques de commerce (*défendeur*)**

**RÉPERTORIÉ: CHRISTIAN DIOR, S.A. c. DION NECKWEAR LTD. (C.A.)**

Cour d’appel, juge en chef Richard, juges Décarý et Noël, J.C.A. — Montréal, 19 novembre 2001; Ottawa, 23 janvier 2002.

*Marques de commerce — Enregistrement — Appel du rejet de l’appel du refus d’enregistrer une marque de commerce — Le registraire a déclaré que la requérante ne s’était pas acquittée du fardeau ultime qui lui incombait parce qu’un «doute persistait dans son esprit» quant à l’existence d’un risque raisonnable de confusion entre la marque de commerce «Dion Collection & Design» de la requérante et les marques de commerce «Dior» enregistrées de l’opposante — Le registraire a commis une erreur en appliquant la norme du «doute qui persiste dans l’esprit», imposant ainsi au requérant un fardeau plus lourd que celui qui est applicable en matière civile — La différence entre une procédure d’opposition et une instance civile ne se situe pas au niveau de la norme applicable, mais plutôt sur le plan de la charge de la preuve — Le registraire doit donc être raisonnablement convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que l’enregistrement n’est pas susceptible de créer de la confusion — La décision du registraire était néanmoins de toute évidence mal fondée parce que la preuve permettait de trancher le litige autant dans un sens que dans l’autre — Les circonstances de l’espèce permettent de conclure que, selon la prépondérance des probabilités, il n’existe pas de risque de confusion — Il est trop tard pour invoquer des moyens auxquels les parties ont à toutes fins utiles renoncé devant le tribunal de première instance.*

Appel de la décision par laquelle le juge de première instance a rejeté l’appel de la décision par laquelle le registraire a refusé d’enregistrer la marque de commerce «Dion Collection & Design». Le registraire avait déclaré qu’un doute persistait dans son esprit quant à l’existence d’un risque raisonnable de confusion entre la marque de commerce «Dion Collection & Design» de la requérante et les marques

of confusion. In dismissing the appeal, the Trial Judge applied the “clearly wrong” standard of review.

*Held*, the appeal should be allowed.

Decisions of the Registrar, whether of facts, law or discretion, within his area of expertise, are to be reviewed on a standard of reasonableness *simpliciter* which is synonymous with “clearly wrong”. Where additional evidence is adduced in the Trial Division that would have materially affected the Registrar’s decision, a judge must come to a conclusion as to the correctness of the Registrar’s decision.

The Registrar erred in applying a “still in doubt” standard, thereby imposing a burden on the applicant which is more onerous than the one applicable in civil proceedings. Although doubt should be resolved in favour of the opponent, that proposition has always been couched in general terms, as a corollary to the principle that the onus was on the applicant; it has never been suggested that the standard applicable in civil proceedings does not apply, or that an applicant had to demonstrate beyond doubt that confusion was unlikely. The difference between opposition proceedings and civil proceedings is not the applicable standard, i.e. balance of probabilities, but the onus, which is not on the party who asserts an allegation, but on the party who seeks registration (the applicant). The Registrar must be reasonably satisfied that, on a balance of probabilities, the registration is unlikely to create confusion; he need not be satisfied beyond doubt that confusion is unlikely. The “beyond doubt” standard imposes an insurmountable burden because certainty in matters of likelihood of confusion is rare. At best, it is only where the probabilities are equal that a form of doubt may be said to arise, which is resolved in favour of the opponent. A registrar should avoid resorting to the concept of doubt, which is treacherous and confusing in civil proceedings.

Regardless, the Registrar’s decision was still clearly wrong because the evidence was evenly balanced. The following

de commerce «Dior» enregistrées de l’opposante et qu’en conséquence, la requérante ne s’était pas acquittée du fardeau ultime qui lui incombait quant à la question de la confusion. Pour rejeter l’appel, le juge de première instance a appliqué la norme de contrôle de la «décision manifestement déraisonnable».

*Arrêt*: l’appel doit être accueilli.

La norme de contrôle applicable dans le cas des décisions du registraire qui relèvent de son champ d’expertise, qu’elles soient fondées sur les faits, sur le droit ou qu’elles résultent de l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, est la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, qui est synonyme de la norme de la «décision manifestement déraisonnable». Toutefois, lorsque des éléments de preuve supplémentaires sont soumis à la Section de première instance et que ces éléments de preuve auraient pu avoir un effet sur les conclusions du registraire ou sur l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge doit en venir à ses propres conclusions au sujet du bien-fondé de la décision du registraire.

Le registraire a commis une erreur en appliquant la norme du «doute qui persiste dans l’esprit», imposant ainsi au requérant un fardeau plus lourd que celui qui est applicable en matière civile. Même si tout doute doit être résolu en faveur de l’opposant, cette proposition a toujours été formulée de façon générale en corollaire au principe que la charge de la preuve incombe au requérant. Personne n’a prétendu que la norme applicable en matière civile ne devait pas s’appliquer ou encore que le requérant doit établir hors de tout doute qu’il n’y a aucun risque de confusion. La différence entre une procédure d’opposition et une instance civile ne se situe pas au niveau de la norme applicable, en l’occurrence celle de la prépondérance des probabilités, mais plutôt sur le plan de la charge de la preuve, laquelle ne repose pas sur la partie qui formule une allégation (l’opposant), mais bien sur la partie qui demande l’enregistrement (le requérant). Le registraire doit donc être raisonnablement convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que l’enregistrement n’est pas susceptible de créer de la confusion. Il n’est pas nécessaire qu’il soit convaincu hors de tout doute qu’il n’y a aucun risque de confusion. Si la norme de preuve «hors de tout doute» s’appliquait, les requérants seraient, dans la plupart des cas, confrontés à un fardeau insurmontable parce qu’en matière de risque de confusion, la certitude est une denrée rare. Dans le meilleur des scénarios, ce n’est que lorsque les probabilités sont égales qu’on peut dire qu’il existe une sorte de doute, lequel doute doit être résolu en faveur de l’opposant. Mais la notion de doute est un concept trompeur et déroutant en matière civile et le registraire devrait éviter d’y recourir.

La décision du registraire était néanmoins de toute évidence mal fondée parce que la preuve permettait de



determinations by the Registrar favoured the applicant: the likelihood of confusion was between the trade-mark "Dion Collection & Design" and the "Dior" trade-marks; the primary significance of the marks was as a surname to which neither party was entitled to a monopoly; both marks possessed little distinctiveness; there was sufficient subject-matter in the applicant's trade-marks apart from the word "Dion" to warrant registration; the "Dior" marks have not acquired the same notoriety as the "Christian Dior" trade-marks; the extent to which the applicant's mark and the "Dior" marks have become known did not support either party's position although the length of use of these marks did weigh somewhat in the opponent's favour; the "Dion Collection & Design" trade-mark does not have much similarity in sounding with the "Dior" marks; and no evidence of actual confusion was produced. The factors favouring the opponent were: length of use, overlapping of wares traveling through the same channels of trade and similarity in appearance. The last factor was at best insignificant because the absence of any explanation as to what made the marks similar in appearance suggested that the Registrar focused solely on the "Dion" element of the "Dion Collection & Design" mark and not on the totality of the mark as he was required to do. The lack of evidence of "actual confusion" is significant when determining the "likelihood of confusion". An adverse inference may be drawn when the evidence shows that concurrent use is extensive, yet no evidence of confusion has been given by the opponent. When taken together, the surrounding circumstances point to the conclusion that, on a balance of probabilities, there is no likelihood of confusion between "Dion Collection & Design" and the "Dior" marks. It was a clear error on the part of the Registrar to find otherwise.

The appeal in the Trial Division and in this Court proceeded on the basis that the sole ground at issue was likelihood of confusion. It is too late now to raise grounds which had been, for all practical purposes, abandoned in the Court below.

trancher le litige autant dans un sens que dans l'autre. Le registraire n'avait d'autre choix que de donner gain de cause à la requérante dès lors qu'il avait conclu que le risque de confusion, s'il en était, concernait la marque de commerce «Dion Collection & Design» et les marques de commerce «Dior», que le principal élément significatif des marques est un nom de famille sur lequel ni l'une ni l'autre ne peut s'arroger de monopole, que les deux marques possèdent un caractère distinctif inhérent faible, que la marque de commerce de la requérante comportait suffisamment d'éléments autres que le mot «Dion» pour justifier son enregistrement comme marque de commerce, que les marques de commerce «Dion» n'avaient pas acquis le même degré de notoriété que la marque de commerce «Christian Dior» et que leur usage était secondaire comparativement à celui de la marque de commerce «Christian Dior», que « la mesure dans laquelle les marques de commerce «Dion Collection & Design» et «Dior» sont devenues connues ne favorise aucune des parties, bien que la durée de l'emploi de ces marques de commerce pèse généralement en faveur de l'opposante », qu'il existait peu de similitude sur le plan visuel ou sonore entre la marque de commerce «Dion Collection & Design» et les marques de commerce «Dior» et qu'aucune preuve quant à l'existence de cas de confusion réelle n'avait été produite. Les facteurs qui favorisaient l'opposante étaient la durée de l'utilisation, la similitude des marchandises empruntant les mêmes réseaux de distribution et la ressemblance visuelle entre les marques. Ce dernier facteur était au mieux négligeable, parce que le manque d'explications sur la ressemblance visuelle entre les marques permettait de penser que le registraire s'en était exclusivement tenu à l'élément «Dion» de la marque «Dion Collection & Design», et qu'il n'a pas considéré la marque dans sa totalité comme il était tenu de le faire. L'insuffisance des éléments de preuve présentés par l'opposante au sujet de «cas concrets de confusion» est un facteur important lorsqu'il s'agit de se prononcer sur le «risque de confusion». Une inférence négative peut être tirée lorsque la preuve démontre que l'utilisation simultanée des deux marques est significative et que l'opposant n'a soumis aucun élément de preuve tendant à démontrer l'existence d'une confusion. Considérées dans leur ensemble, les circonstances de l'espèce permettent de conclure que, selon la prépondérance des probabilités, il n'existe pas de risque de confusion entre les marques «Dion Collection & Design» et les marques «Dior». Le registraire a de toute évidence commis une erreur en tirant une conclusion différente.

L'appel interjeté devant la Section de la première instance et l'appel interjeté devant la Cour d'appel ont été tous les deux instruits en partant du principe que le seul moyen en litige était le celui concernant les risques de confusion. Il est trop tard pour invoquer des moyens auxquels les parties ont à toutes fins utiles renoncé devant le tribunal de première instance.

## STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 6(5), 12(1)(d), 38(8) (as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 66(2)).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Polo Ralph Lauren Corp. v. United States Polo Assn.* (2000), 9 C.P.R. (4th) 51 (F.C.A.); *Playboy Enterprises Inc. v. Germain* (1978), 39 C.P.R. (2d) 32 (F.C.T.D.); aff'd (1979), 43 C.P.R. (2d) 271; 29 N.R. 361 (F.C.A.).

## CONSIDERED:

*Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145; (2000), 5 C.P.R. (4th) 180; 252 N.R. 91 (C.A.); *Pink Panther Beauty Corp. v. United Artists Corp.*, [1998] 3 F.C. 534; (1998), 80 C.P.R. (3d) 247; 225 N.R. 82 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Garbo Creations Inc. v. Harriet Brown & Co.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 224; 23 Admin. L.R. (3d) 153; 176 F.T.R. 80 (F.C.T.D.); *Eno v. Dunn* (1890), 15 App. Cas. 252 (H.L.); *Freed & Freed Ltd. v. Registrar of Trade Marks et al.*, [1950] Ex. C.R. 431; [1951] 2 D.L.R. 7; (1950), 14 C.P.R. 19; 11 Fox Pat. C. 5; *Sunshine Biscuits, Inc. v. Corporate Foods Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 53 (F.C.T.D.); *Conde Nast Publications Inc. v. Union des éditions modernes* (1979), 46 C.P.R. (2d) 183 (F.C.T.D.); *Effem Foods Ltd. v. Export/Import Clic Inc.* (1993), 54 C.P.R. (3d) 200; 110 F.T.R. 71 (F.C.T.D.); *Pernod Ricard v. Molson Breweries* (1992), 44 C.P.R. (3d) 359; 56 F.T.R. 53 (F.C.T.D.); *Standard Coil Products Can. Ltd. v. Standard Radio Corp.*, [1971] F.C. 106; (1971), 1 C.P.R. (2d) 155 (T.D.); aff'd [1976] 2 F.C. iv; (1976) 26 C.P.R. (2d) 288 n (C.A.); *Sealy Sleep Products Ltd. v. Simpsons'-Sears Ltd.*, [1956-60] Ex. C.R. 441; (1960), 33 C.P.R. 129; *Ultravite Laboratories Ltd. v. Whitehall Laboratories Ltd.*, [1965] S.C.R. 734; (1965), 53 D.L.R. (2d) 1; 44 C.P.R. 189; *Multiplicant Inc. v. Petit Bateau Valton S.A.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 372; 79 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); *Bally Schuhfabriken AG/Bally's Shoe Factories Ltd. v. Big Blue Jeans Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 205; 52 F.T.R. 270 (F.C.T.D.); *Monsport Inc. v. Vêtements de Sport Bonnie (1978) Ltée* (1988), 22 C.P.R. (3d) 356; 23 F.T.R. 222 (F.C.T.D.).

## LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 6(5), 12(1)d, 38(8) (mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 66(2)).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Polo Ralph Lauren Corp. c. United States Polo Assn.* (2000), 9 C.P.R. (4th) 51 (C.A.F.); *Playboy Enterprises Inc. c. Germain* (1978), 39 C.P.R. (2d) 32 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par (1979), 43 C.P.R. (2d) 271; 29 N.R. 361(C.A.F.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145; (2000), 5 C.P.R. (4th) 180; 252 N.R. 91 (C.A.); *Pink Panther Beauty Corp. c. United Artists Corp.*, [1998] 3 C.F. 534; (1998), 80 C.P.R. (3d) 247; 225 N.R. 82 (C.A.).

## DÉCISIONS MENTIONNÉES:

*Garbo Creations Inc. c. Harriet Brown & Co.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 224; 23 Admin. L.R. (3d) 153; 176 F.T.R. 80 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Eno v. Dunn* (1890), 15 App. Cas. 252 (H.L.); *Freed & Freed Ltd. v. Registrar of Trade Marks et al.*, [1950] R.C.É. 431; [1951] 2 D.L.R. 7; (1950), 14 C.P.R. 19; 11 Fox Pat. C. 5; *Sunshine Biscuits, Inc. c. Corporate Foods Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 53 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Conde Nast Publications Inc. c. Union des éditions modernes* (1979), 46 C.P.R. (2d) 183 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Effem Foods Ltd. c. Export/Import Clic Inc.* (1993), 54 C.P.R. (3d) 200; 110 F.T.R. 71 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Pernod Ricard c. Brasseries Molson* (1992), 44 C.P.R. (3d) 359; 56 F.T.R. 53 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Standard Coil Products Can. Ltd. c. Standard Radio Corp.*, [1971] C.F. 106; (1971), 1 C.P.R. (2d) 155 (1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1976] 2 C.F. iv; (1976), 26 C.P.R. (2d) 288 n (C.A.); *Sealy Sleep Products Ltd. v. Simpsons'-Sears Ltd.*, [1956-60] R.C.É. 441; (1960), 33 C.P.R. 129; *Ultravite Laboratories Ltd. v. Whitehall Laboratories Ltd.*, [1965] S.C.R. 734; (1965), 53 D.L.R. (2d) 1; 44 C.P.R. 189; *Multiplicant Inc. c. Petit Bateau Valton S.A.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 372; 79 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bally Schuhfabriken AG/Bally's Shoe Factories Ltd. c. Big Blue Jeans Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 205; 52 F.T.R. 270 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Monsport Inc. c. Vêtements de Sport Bonnie (1978) Ltée* (1988), 22 C.P.R. (3d) 356; 23 F.T.R. 222 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## AUTHORS CITED

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed., Markham, Ont.: Butterworths, 1999.

APPEAL from the Trial Judge's dismissal of an appeal (*Christian Dior, S.A. v. Dion Neckwear Ltd.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 304; 185 F.T.R. 234 (F.C.T.D.)) from the Registrar's denial of registration of the trade-mark "Dion Collection & Design" on the ground that he was still "in doubt" as to whether there was a reasonable likelihood of confusion with the opponent's registered trade-mark "Dior". Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*J. Douglas Wilson* for appellant (applicant).  
*Sophie Picard* for respondent (opponent).

## SOLICITORS OF RECORD:

*Ridout & Maybee LLP*, Toronto, for appellant (applicant).  
*Desjardins Ducharme Stein Monast*, Montréal, for respondent (opponent).

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

[1] DÉCARY J.A.: On September 4, 1996, the Registrar of Trade-marks (the Registrar) refused the appellant's application for the trade-mark «Dion Collection & Design» pursuant to subsection 38(8) [as am. by S.C. 1993, c. 15, s. 66(2)] of the *Trade-marks Act*, R.S.C., 1985, c. T-13. A statement of opposition had been filed by the respondent, Christian Dior, S.A., alleging six grounds: the first two are no longer in issue, the last three have not been dealt with by the Registrar or by the Judge (I shall deal with them later in these reasons) and the third one is the ground eventually retained by the Registrar. It reads:

The applicant's trade-mark is not registrable in view of the provisions of Section 12(1)(d) of the Trade-marks Act in that the applicant's trade-mark is confusing with the following registered trade-marks of the opponent:

## DOCTRINE

Sopinka, John *et al.* *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed., Markham (Ontario): Butterworths, 1999.

APPEL de la décision par laquelle le juge de première instance a rejeté l'appel (*Christian Dior, S.A. c. Dion Neckwear Ltd.* (2000), 5 C.P.R. (4th) 304; 185 F.T.R. 234 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)) de la décision par laquelle le registraire a refusé d'enregistrer la marque de commerce «Dion Collection & Design» au motif qu'un doute persistait dans son esprit quant à l'existence d'un risque raisonnable de confusion avec les marques de commerce «Dior» enregistrées de l'opposante. L'appel est accueilli.

## ONT COMPARU:

*J. Douglas Wilson* pour l'appelante (requérante).  
*Sophie Picard* pour l'intimée (opposante).

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Ridout & Maybee LLP*, Toronto, pour l'appelante (requérante).  
*Desjardins Ducharme Stein Monast*, Montréal, pour l'intimée (opposante).

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Le 4 septembre 1996, le registraire des marques de commerce (le registraire) a, en vertu du paragraphe 38(8) [mod. par L.C. 1993, ch. 15, art. 66(2)] de la *Loi sur les marques de commerce*, L.R.C. (1985), ch. T-13, rejeté la demande présentée par l'appelante en vue de faire enregistrer la marque de commerce «Dion Collection & Design». L'intimée Christian Dior, S.A. avait produit une déclaration d'opposition dans laquelle elle invoquait six moyens. Les deux premiers ne sont plus en litige et les trois derniers n'ont été examinés ni par le registraire ni par le juge. J'y reviendrai plus loin. Le troisième moyen est celui qu'a finalement retenu le registraire. Le voici:

[TRADUCTION] La marque de commerce de la requérante n'est pas enregistrable compte tenu des dispositions de l'alinéa 12(1)d) de la Loi sur les marques de commerce, étant donné que la marque de commerce de la requérante crée de la confusion avec les marques de commerce enregistrées suivantes de l'opposante:

(There follows a list of seven marks that include the words Christian Dior (the Christian Dior marks) and of five marks that include only the word Dior (the Dior marks), two of which are registered with a design (the Dior & Design marks).)

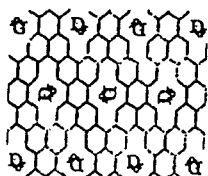
[2] The appellant's mark is based on use in Canada in association with neckties, scarves and ascots and on proposed use in Canada in association with shirts, sweaters, blouses, trousers, slacks, suits, socks, underwear, t-shirts, wallets, umbrellas, belts, watches and glasses. The appellant disclaimed the right to the exclusive use of the word Collection apart from its trade-mark. The mark was advertised as follows in the *Trade-marks Journal*:



[3] The Dior marks (as opposed to the Christian Dior marks) were, in the end, the marks which were found to be the source of the likelihood of confusion. It will be useful to reproduce the two Dior marks which were registered with a design:



No. TMA 356,392  
[A.B., vol. 1, p. 94.]



No. TMA 323,994  
[A.B., vol. 1, p. 91.]

(Suit une liste de sept marques qui sont composées des mots Christian Dior (les marques Christian Dior) et de cinq marques incorporant uniquement le mot Dior (les marques Dior), dont deux ont été enregistrées avec un dessin (les marques et le dessin Dior).)

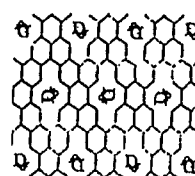
[2] La demande d'enregistrement de l'appelante est fondée sur l'emploi de sa marque au Canada en liaison avec des cravates, des foulards et des lavallières et sur son emploi projeté au Canada en liaison avec des chemises, tricots, blouses, pantalons, habits, chaussettes, sous-vêtements, t-shirts, porte-feuilles, parapluies, ceintures, montres et lunettes. L'appelante a renoncé au droit à l'usage exclusif du mot Collection en dehors de sa marque de commerce. La marque a été publiée de la façon suivante dans le *Journal des marques de commerce*:



[3] On a finalement constaté que c'étaient les marques Dior (et non les marques Christian Dior) qui créaient des risques de confusion. Il est utile de reproduire les deux marques Dior qui ont été enregistrées avec un dessin:



n° LMC 356392  
[Dossier d'appel, vol. 1, p. 94.]



n° LMC 323994  
[Dossier d'appel, vol. 1, p. 91.]

[4] Affidavit evidence was filed by both parties before the Registrar. None of the affiants were cross-examined. The Registrar denied the registration of the “Dion Collection & Design” mark essentially for the following reasons:

In view of the above, and even bearing in mind the inherent weakness of the opponent’s DIOR trade-marks, I am still left in doubt as to whether there would be a reasonable likelihood of confusion between the applicant’s trade-mark DION COLLECTION & Design and the Opponent’s registered trade-marks DIOR in view of the degree of visual similarity between the trade-marks as applied to overlapping wares travelling through the same channels of trade. I have concluded, therefore, that the applicant has failed to meet the legal burden upon it in respect of the issue of confusion in relation to the Section 12(1)(d) ground of opposition.

[5] On the appeal before Mr. Justice Pelletier, the appellant filed two more affidavits. Counsel concedes that this additional evidence is not of a kind that would have materially affected the Registrar’s findings of facts or the exercise of his discretion.

[6] In a decision reported at (2000), 5 C.P.R. (4th) 304, the learned Judge dismissed the appeal. Paragraph 28 of his reasons reads as follows:

Having regard to the evidence as a whole, the Registrar’s conclusion that he was left in doubt as to the reasonable likelihood of confusion between the appellant’s trade mark DION COLLECTION & Design and the respondent’s trade mark DIOR cannot be said to be clearly wrong, which is the standard of review applicable to this situation. While a different Registrar could have found for the appellant on the same evidence, this Registrar did not; his decision is not subject to being set aside simply because the evidence is evenly balanced.

[7] There is no need to expand much on the applicable law as it was recently canvassed by this Court.

[8] Decisions of the Registrar, whether of facts, law or discretion, within his area of expertise, are to be

[4] Les deux parties ont déposé des affidavits devant le registraire. Aucun des déposants n’a été contre-interrogé. Le registraire a refusé d’enregistrer la marque «Dion Collection & Design» essentiellement pour les motifs suivants:

[TRADUCTION] Compte tenu de ce qui précède, et compte tenu même de la faiblesse inhérente des marques de commerce DIOR de l’opposante, un doute persiste dans mon esprit quant à l’existence d’un risque raisonnable de confusion entre la marque de commerce DION COLLECTION & Design de la requérante et les marques de commerce DIOR enregistrées de l’opposante, étant donné le degré de similitude, sur le plan visuel, entre ces marques de commerce qui portent sur des marchandises semblables qui empruntent les mêmes réseaux de distribution. J’en suis par conséquent arrivé à la conclusion que la requérante ne s’est pas acquittée du fardeau ultime qui lui incombait quant à la question de la confusion relativement au moyen d’opposition tiré de l’alinéa 12(1)d).

[5] Lors de l’appel entendu par le juge Pelletier, l’appelante a déposé deux autres affidavits. L’avocat reconnaît que ces éléments de preuve supplémentaires n’auraient pas pu influencer sensiblement les conclusions de fait du registraire ou la façon dont il a exercé son pouvoir discrétionnaire.

[6] Dans son jugement publié à (2000), 5 C.P.R. (4th) 304, le juge de première instance a rejeté l’appel. Voici le texte du paragraphe 28 de ses motifs:

Eu égard à l’ensemble de la preuve, il n’y a pas lieu de dire que la conclusion du registraire selon laquelle un doute persistait dans son esprit quant à l’existence d’un risque raisonnable de confusion entre la marque de commerce DION COLLECTION & Design de l’appelante et la marque de commerce DIOR de l’intimée était manifestement erronée, ce qui est la norme de révision applicable en l’espèce. Un autre registraire en serait peut-être arrivé à une conclusion favorable à l’appelante à la lumière de la même preuve, mais ce n’est pas ce qu’a fait le registraire en l’espèce et il n’y a pas lieu d’infirmar sa décision pour la simple raison que la preuve permet de trancher le litige autant dans un sens que dans l’autre.

[7] Il n’est pas nécessaire d’épiloguer sur les règles de droit applicables qui ont récemment été examinées de façon approfondie par notre Cour.

[8] La norme de contrôle applicable dans le cas des décisions du registraire qui relèvent de son champ

reviewed on a standard of reasonableness *simpliciter*, which is synonymous to “clearly wrong”. Where additional evidence is adduced in the Trial Division that would have materially affected the Registrar’s decision, a judge must come to his or her conclusion as to the correctness of the Registrar’s decision (see *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145 (C.A.), *per* Rothstein J.A., at page 168; *Polo Ralph Lauren Corp. v. United States Polo Assn.* (2000), 9 C.P.R. (4th) 51 (F.C.A.), *per* Malone J.A., at paragraph 13 and Isaac J.A., at paragraph 10; *Garbo Creations Inc. v. Harriet Brown & Co.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 224 (F.C.T.D.) *per* Evans J., at page 234).

[9] In determining whether trade-marks are confusing under paragraph 12(1)(d) of the Act, the Registrar is directed by subsection 6(5) to:

6. (1) . . .

(5) . . . have regard to all the surrounding circumstances including

- (a) the inherent distinctiveness of the trade-marks or trade-names and the extent to which they have become known;
- (b) the length of time the trade-marks or trade-names have been in use;
- (c) the nature of the wares, services or business;
- (d) the nature of the trade; and
- (e) the degree of resemblance between the trade-marks or trade-names in appearance or sound or in the ideas suggested by them.

Some practical guidelines have been set out by Malone J.A., in paragraph 18 of his reasons in *Polo Ralph Lauren (supra)*:

A review of some of the leading cases also establishes some practical guidelines. For example, the Court is to put

d’expertise, qu’elles soient fondées sur les faits, sur le droit ou qu’elles résultent de l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, est la norme de la décision raisonnable *simpliciter*, qui est synonyme de la norme de la «décision manifestement déraisonnable». Toutefois, lorsque des éléments de preuve supplémentaires sont soumis à la Section de première instance et que ces éléments de preuve auraient pu avoir un effet sur les conclusions du registraire ou sur l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge doit en venir à ses propres conclusions au sujet du bien-fondé de la décision du registraire (voir les arrêts *Brasseries Molson c. John Labatt Ltée*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.) le juge Rothstein, à la page 168, et *Polo Ralph Lauren Corp. c. United States Polo Assn.* (2000), 9 C.P.R. (4th) 51 (C.A.F.), le juge Malone, au paragraphe 13 et le juge Isaac, au paragraphe 10, et le jugement *Garbo Creations Inc. c. Harriet Brown & Co.* (1999), 3 C.P.R. (4th) 224 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Evans, à la page 234).

[9] Pour l’aider à déterminer si une marque crée de la confusion avec une autre marque de commerce au sens de l’alinéa 12(1)d) de la Loi, le paragraphe 6(5) invite le registraire à tenir compte des éléments d’appréciation suivants:

6. (1) [ . . . ]

(5) [ . . . ] toutes les circonstances de l’espèce, y compris:

- a) le caractère distinctif inhérent des marques de commerce ou noms commerciaux, et la mesure dans laquelle ils sont devenus connus;
- b) la période pendant laquelle les marques de commerce ou noms commerciaux ont été en usage;
- c) le genre de marchandises, services ou entreprises;
- d) la nature du commerce;
- e) le degré de ressemblance entre les marques de commerce ou les noms commerciaux dans la présentation ou le son, ou dans les idées qu’ils suggèrent.

Le juge Malone suggère certains points de repère pratiques au paragraphe 18 des motifs qu’il a rédigés dans l’affaire *Polo Ralph Lauren* (précité):

L’examen de certains arrêts-clés fournit également des principes directeurs pratiques. Par exemple, la Cour doit se

itself in the position of an average person who is familiar with the earlier mark but has an imperfect recollection of it; the question is whether the ordinary consumer will, on seeing the later mark, infer as a matter of first impression that the wares with which the second mark is used are in some way associated with the wares of the earlier. With respect to the degree of resemblance in appearance, sound or ideas under subparagraph 6(5)(e), the trade-marks at issue must be considered in their totality. As well, since it is the combination of elements that constitutes a trade-mark and gives distinctiveness to it, it is not correct to lay the trade-marks side by side and compare and observe similarities or differences among the elements or components of the marks when applying the test for confusion. In addition, trade-marks must not be considered in isolation but in association with the wares or services with which they are used. When dealing with famous or well-known marks, it may be more difficult to demonstrate that there is no likelihood of confusion, especially if the nature of the wares are similar. Lastly, the enumerated factors in subsection 6(5) need not be attributed equal weight. Each particular case of confusion might justify greater emphasis being given to one criterion than to others.

[10] In my view, the Registrar erred in applying a “still in doubt” standard, thereby imposing a burden on the applicant which is more onerous than the one applicable in civil proceedings. I appreciate that there is high authority for the proposition that doubt should be resolved in favour of the opponent (see *Eno v. Dunn* (1890), 15 App. Cas. 252 (H.L.), per Lord Watson, at page 257; *Freed & Freed Ltd. v. Registrar of Trade Marks et al.*, [1950] Ex. C.R. 431, per Thorson P., at page 24, 25; *Sunshine Biscuits, Inc. v. Corporate Foods Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 53 (F.C.T.D.), per Cattanach J., at page 55 ff.; *Conde Nast Publications Inc. v. Union des éditions modernes* (1979), 46 C.P.R. (2d) 183 (F.C.T.D.), per Cattanach J., at page 188; *Effem Foods Ltd. v. Export/Import Clic Inc.* (1993), 53 C.P.R. (3d) 200 (F.C.T.D.), per Pinard J., at pages 77, 78). But that proposition, starting with Lord Watson in *Eno*, has always been couched in general terms, as a corollary to the principle that the onus was on the applicant; no one, to my knowledge, has suggested that the standard applicable in civil proceedings was not to apply or that an applicant had to demonstrate beyond

mettre à la place d’une personne ordinaire qui est familière avec la marque antérieure mais qui n’en a qu’un vague souvenir; la question à se poser est de savoir si un consommateur ordinaire, au vu de la marque postérieure, aura comme première impression que les marchandises avec lesquelles la seconde marque est employée sont en quelque façon associées à celles de la marque antérieure. S’agissant du degré de ressemblance dans la présentation, le son ou l’idée dont il est question à l’alinéa 6(5)e), les marques de commerce en cause doivent être examinées comme un tout. De la même façon, puisque c’est la combinaison des éléments qui constitue la marque de commerce et lui confère son caractère distinctif, il n’est pas correct, pour l’application du critère de la confusion, de placer les marques l’une en regard de l’autre et de comparer ou observer les ressemblances ou les différences des éléments ou des composantes de ces marques. En outre, les marques de commerce ne doivent pas être considérées séparément des marchandises ou services avec lesquels elles sont associées, mais en liaison avec ces marchandises ou services. Quant il s’agit de marques célèbres ou notamment connues, il peut être plus difficile d’établir qu’il n’y a pas de probabilité de confusion, particulièrement quand le genre des marchandises est similaire. En dernier lieu, les facteurs énumérés au paragraphe 6(5) ne doivent pas nécessairement se voir attribuer le même poids. Chaque cas de confusion peut justifier qu’on accorde plus d’importance à l’un de ces critères.

[10] À mon avis, le registraire a commis une erreur en appliquant la norme du «doute qui persiste dans l’esprit», imposant ainsi au requérant un fardeau plus lourd que celui qui est applicable en matière civile. Je suis par ailleurs bien conscient du fait qu’il existe une abondante jurisprudence suivant laquelle tout doute doit être résolu en faveur de l’opposant (voir les décisions *Eno v. Dunn* (1890), 15 App. Cas. 252 (H.L.), lord Watson, à la page 257; *Freed & Freed Ltd. v. Registrar of Trade Marks et al.*, [1950] R.C.É. 431, le président Thorson, aux pages 24 et 25; *Sunshine Biscuits, Inc. c. Corporate Foods Ltd.* (1982), 61 C.P.R. (2d) 53 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Cattanach, aux pages 55 et suiv.; *Conde Nast Publications Inc. c. Union des éditions modernes* (1979), 46 C.P.R. (2d) 183 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Cattanach, à la page 188; et *Effem Foods Ltd. c. Export/Import Clic Inc.* (1993), 53 C.P.R. (3d) 200 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Pinard, aux pages 77 et 78). Mais cette proposition, qui a été avancée pour la première fois par lord Watson dans l’arrêt *Eno*, a toujours été formulée de façon générale en corollaire au principe que la charge de la preuve incombe au requérant. Personne,

doubt that confusion was unlikely. In that regard, I note that when Linden J.A. in *Pink Panther Beauty Corp. v. United Artists Corp.*, [1998] 3 F.C. 534 (C.A.), at paragraph 12, referred to *Eno* and to *Sunshine Biscuits*, it was in support of the proposition that the onus was on the applicant, not in support of the ancillary proposition that any doubt is to be resolved in favour of the opponent.

[11] In fact, I have not been shown any case where a “beyond doubt” standard was applied as such by a court, as opposed to the standard of balance of probabilities generally applicable in civil matters. As I read the jurisprudence, and in particular the comments of Cattanach J. in *Sunshine Biscuits*, the difference between opposition proceedings and civil proceedings is not the applicable standard, i.e. balance of probabilities, but the onus, which is not on the party who asserts an allegation (the opponent), but on the party who seeks registration (the applicant).

[12] The most accurate formulation of the test seems to me to be the one suggested by Marceau J. (as he then was) in *Playboy Enterprises Inc. v. Germain* (1978), 39 C.P.R. (2d) 32 (F.C.T.D.), at page 38, affd (1979), 43 C.P.R. (2d) 271 (F.C.A.):

The question whether a mark is likely to be confusing with another mark in the minds of the public and within the meaning of the law, is a question of fact, or more precisely a question of opinion as to probabilities based on the surrounding circumstances and the particular facts of the case. [Emphasis added.]

[13] As noted by Sopinka, Lederman and Bryant in *The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed., Butterworths, 1999, at §5.41, “Speaking generally, the degree of

à ma connaissance, n’a prétendu que la norme applicable en matière civile ne devait pas s’appliquer ou encore que le requérant doit établir hors de tout doute qu’il n’y a aucun risque de confusion. À cet égard, je tiens à souligner que lorsque le juge Linden cite les arrêts *Eno* et *Sunshine Biscuits* dans l’arrêt *Pink Panther Beauty Corp. c. United Artists Corp.*, [1998] 3 C.F. 534 (C.A.), au paragraphe 12, c’est pour appuyer la proposition que la charge de la preuve incombe au requérant et non pour étayer la proposition accessoire voulant que tout doute doive être résolu en faveur de l’opposant.

[11] De fait, on ne m’a cité aucune décision dans laquelle un tribunal aurait appliqué une norme de preuve «hors de tout doute» par opposition à la norme de la prépondérance des probabilités qui s’applique généralement en matière civile. Suivant mon interprétation de la jurisprudence, et notamment à la lumière des observations formulées par le juge Cattanach dans le jugement *Sunshine Biscuits*, la différence entre une procédure d’opposition et une instance civile ne se situe pas au niveau de la norme applicable, en l’occurrence celle de la prépondérance des probabilités, mais plutôt sur le plan de la charge de la preuve, laquelle ne repose pas sur la partie qui formule une allégation (l’opposant), mais bien sur la partie qui demande l’enregistrement (le requérant).

[12] J’estime que la formulation la plus exacte du critère est celle qu’a suggérée le juge Marceau (maintenant juge à la Cour d’appel) dans le jugement *Playboy Enterprises Inc. c. Germain* (1978), 39 C.P.R. (2d) 32 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 38, conf. par (1979), 43 C.P.R. (2d) 271 (C.A.F.):

La question de savoir si une marque est susceptible de créer de la confusion avec une autre marque, dans l’esprit du public et au sens de la loi, est une question de fait, ou, plus précisément, une question d’opinion sur des probabilités, eu égard au contexte et aux faits particuliers de l’espèce. [Non souligné dans l’original.]

[13] Ainsi que Sopinka, Lederman et Bryant le soulignent dans leur ouvrage, *The Law of Evidence in Canada*, 2<sup>e</sup> éd., Butterworths, 1999, §5.41,



satisfaction governing civil actions is the lower standard of a balance of probabilities". The learned authors go on, at §5.43, to explain what this standard is about:

§5.43 The degree of probability required to discharge the burden of proof in a civil case has been defined by several leading jurists. Lord Denning defined it in these terms: (*Miller v. Minister of Pension*, [1947] 2 All E.R. 372, at 374 (K.B.).)

It must carry a reasonable degree of probability but not so high as is required in a criminal case. If the evidence is such that the tribunal can say: 'we think it more probable than not', the burden is discharged, but if the probabilities are equal it is not.

Cartwright J. in *Smith v. Smith*, ([1951] 2 S.C.R. 312, [1952] 3 D.L.R. 449; see also *Clark v. R.* (1921), 61 S.C.R. 608, at 616, where Duff J. concluded that, in a civil case, a court may act on "such a preponderance of evidence as to shew that the conclusion he seeks to establish is substantially the most probable of the possible views of the facts") articulated the test as follows: (*Ibid.*, at 331-32 (S.C.R.); followed in *Oakes, supra*, note 103 (*R. v. Oakes*, [1986] S.C.R. 103, at 138 (S.C.R.)).

. . . that civil cases may be proved by a preponderance of evidence or that a finding in such cases may be made upon the basis of a preponderance of probability and I do not propose to attempt a more precise statement of the rule. I wish, however, to emphasize that in every civil action before the tribunal can safely find the affirmative of an issue of fact required to be proved it must be reasonably satisfied, and that whether or not it will be so satisfied must depend upon the totality of the circumstances on which its judgment is formed including the gravity of the consequences of the finding.

Simply put, the trier of fact must find that "the existence of the contested fact is more probable than its non existence". (*McCormick on Evidence, supra*, note 104 [John William Strong (ed.), *McCormick on Evidence*, 4th ed. (St. Paul: West Publishing, 1992), vol. 2], at 439.) Conversely, where a party must prove the negative of an issue, the proponent must prove its absence is more probable than its existence.

[TRADUCTION] «En général, le degré de conviction applicable en matière civile est la norme moins exigeante de la prépondérance des probabilités». Les auteurs poursuivent en expliquant, à §5.43, la nature de cette norme de preuve:

[TRADUCTION]

§5.43 Le degré de probabilité exigé pour se décharger du fardeau de la preuve en matière civile a été défini par plusieurs éminents juristes. Voici la définition qu'en donne lord Denning (*Miller c. Minister of Pension*, [1947] 2 All E.R. 372, à la page 374 (C.B.R.)):

[TRADUCTION] Il suppose un degré raisonnable de probabilité mais pas un degré aussi élevé que celui qui est exigé en matière pénale. Si la preuve est telle qu'elle permet au tribunal de dire: «Nous estimons que cela est plus probable qu'improbable», le fardeau est déchargé, mais si les probabilités sont égales, le fardeau n'est pas déchargé.

Dans l'arrêt *Smith c. Smith* ([1951] 2 R.C.S. 312, [1952] 3 D.L.R. 449; voir aussi l'arrêt *Clark c. R.* (1921), 61 R.C.S. 608, à la page 616, dans lequel le juge Duff a conclu qu'en matière civile, le tribunal peut se fonder sur [TRADUCTION] «une prépondérance des probabilités qui démontre que la conclusion que le plaideur cherche à obtenir constitue essentiellement l'opinion la plus probable que l'on peut avoir au sujet des faits de l'expèce»), le juge Cartwright a formulé le critère de la façon suivante (*Idem*, aux pages 331 et 332 (R.C.S.), suivi dans l'arrêt *Oakes*, précité, note 103 [*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103], à la page 138 (R.C.S.)):

[. . .] en matière civile, la preuve peut être faite selon la prépondérance des probabilités ou le tribunal peut tirer ses conclusions en fonction de la prépondérance des probabilités. Je n'ai pas l'intention d'essayer d'exprimer ce principe d'une façon plus précise. Je tiens toutefois à souligner que, dans toute action civile, pour pouvoir conclure sans risque à l'exactitude d'une question de fait qui doit être établie, le tribunal doit être convaincu d'une manière raisonnable qu'il dépendra de l'ensemble des circonstances à partir desquelles il formera son jugement, y compris la gravité des conséquences.

Essentiellement, l'arbitre des faits doit conclure que [TRADUCTION] «l'existence du fait contesté est plus probable que son inexistence (*McCormick on Evidence*, précité, note 104 [John William Strong (éd.), *McCormick on Evidence*, 4<sup>e</sup> éd. (St. Paul, West Publishing, 1992), vol. 2], à la page 439.). Inversement, lorsqu'une partie doit prouver l'inexistence d'un fait, elle doit le faire en démontrant que son inexistence est plus probable que son existence.

[14] I also understand from the comments of Rothstein J.A. at paragraph 30 ff. of his reasons in *Molson Breweries (supra)*, that even the concept sometimes used of “heavy onus” would not apply to proceedings under paragraph 12(1)(d) of the Act.

[15] The Registrar must therefore be reasonably satisfied that, on a balance of probabilities, the registration is unlikely to create confusion; he need not be satisfied beyond doubt that confusion is unlikely. Should the “beyond doubt” standard be applied, applicants would, in most cases, face an unsurmountable burden because certainty in matters of likelihood of confusion is a rare commodity. At best, it is only where the probabilities are equal that a form of doubt may be said to arise, which is to be resolved in favour of the opponent. But the concept of doubt is a treacherous and confusing one in civil proceedings and a registrar should avoid resorting to it.

[16] Assuming that the Registrar applied the “beyond doubt” standard in that strict context—I note that the Motions Judge seemed to believe so for the last words in his reasons were “because the evidence is evenly balanced”—he still would have been clearly wrong in his decision because the evidence can simply not be found to be evenly balanced.

[17] The balance of probabilities clearly favours the applicant. Once it is determined by the Registrar, as it was, that the likelihood of confusion, if any, is between the trade-mark “Dion Collection & Design” and the “Dior” trade-marks; that the primary significance of the Dion Collection & Design mark and the Dior marks is as a surname and that “neither party is entitled to a monopoly in respect of such an idea”; that both marks possess little inherent distinctiveness; that there is sufficient subject-matter in the applicant’s trade-marks apart from the word Dion to warrant registration as a trade-mark; that the “Dior” trade-marks have not acquired the same measure of notoriety as the “Christian

[14] Si j’ai bien compris les propos qu’a tenus le juge Rothstein aux paragraphes 30 et suivants de ses motifs dans l’arrêt *Brasseries Molson* (précité), même le concept de «fardeau lourd» qui est parfois utilisé ne s’appliquerait pas aux instances visées par l’alinéa 12(1)d) de la Loi.

[15] Le registraire doit donc être raisonnablement convaincu, selon la prépondérance des probabilités, que l’enregistrement n’est pas susceptible de créer de la confusion. Il n’est pas nécessaire qu’il soit convaincu hors de tout doute qu’il n’y a aucun risque de confusion. Si la norme de preuve «hors de tout doute» s’appliquait, les requérants seraient, dans la plupart des cas, confrontés à un fardeau insurmontable parce qu’en matière de risque de confusion, la certitude est une denrée rare. Dans le meilleur des scénarios, ce n’est que lorsque les probabilités sont égales qu’on peut dire qu’il existe une sorte de doute, lequel doute doit être résolu en faveur de l’opposant. Mais la notion de doute est un concept trompeur et déroutant en matière civile et le registraire devrait éviter d’y recourir.

[16] En supposant que le registraire ait appliqué la norme de la preuve «hors de tout doute» dans ce cadre bien précis—et je constate que c’est ce que le juge des requêtes semble avoir cru, étant donné qu’il termine ses motifs par la remarque suivante: «la preuve permet de trancher le litige autant dans un sens que dans l’autre»—, sa décision n’en demeure pas moins de toute évidence mal fondée, pour la simple raison qu’on ne saurait prétendre que la preuve permettait de trancher le litige autant dans un sens que dans l’autre.

[17] La prépondérance des probabilités favorise de toute évidence la requérante. Le registraire n’avait d’autre choix que de donner gain de cause à la requérante dès lors que, comme c’est le cas en l’espèce, il avait conclu que le risque de confusion, s’il en était, concernait la marque de commerce «Dion Collection & Design» et les marques de commerce «Dior», que le principal élément significatif de la marque «Dion Collection & Design» et des marques «Dior» est un nom de famille et que [TRADUCTION] «ni l’une ni l’autre ne peut s’arroger de monopole sur une telle idée», que les deux marques possèdent un caractère distinctif inhérent faible, que la marque de commerce de la requérante

Dior” trade-marks and are secondary to the “Christian Dior” trade-marks; that “the extent to which the applicant’s mark and the Dior marks have become known does not support either party’s position although the length of use of these marks does weigh somewhat in the opponent’s favour”; that the “Dion Collection & Design” trade-mark does not have much similarity in sounding with the “Dior” marks; and that no evidence of actual confusion was produced despite many years of concurrent use of the marks, the Registrar could only have found in favour of the applicant.

[18] The factors favouring the opponent were length of use, overlapping of wares travelling through the same channels of trade and similarity in appearance. On the latter point, the Registrar does not explain what it was that made the marks similar in appearance. While I appreciate that the first portion of a trade-mark is the most relevant for purposes of distinction (see *Pernod Ricard v. Molson Breweries* (1992), 44 C.P.R. (3d) 359 (F.C.T.D.), *per* Denault J., at page 370), marks are nevertheless to be considered in their totality and the effect or idea of the whole is to be compared even when words in the marks are disclaimed. (See *Standard Coil Products Can. Ltd. v. Standard Radio Corp.*, [1971] F.C. 106; *affd* [1976] 2 F.C. iv (C.A.); *Sealy Sleep Products Ltd. v. Simpson’s-Sears Ltd.*, [1956-60] Ex. C.R. 441, approved by the Supreme Court of Canada in *Ultravite Laboratories Ltd. v. Whitehall Laboratories Ltd.*, [1965] S.C.R. 734.) In the absence of any explanation by the Registrar, I am left with the strong belief that he focussed solely on the Dion element of the “Dion Collection & Design” mark and not on the totality of the mark. Dion is not the trade-mark which has been submitted. The similarity in appearance, if any, is at best insignificant.

comportait suffisamment d’éléments autres que le mot Dion pour justifier son enregistrement comme marque de commerce, que les marques de commerce «Dion» n’avaient pas acquis le même degré de notoriété que la marque de commerce «Christian Dior» et que leur usage était secondaire comparativement à celui de la marque de commerce «Christian Dior», que «la mesure dans laquelle les marques de commerce Dion Collection & Design et Dior sont devenues connues ne favorise aucune des parties, bien que la durée de l’emploi de ces marques de commerce pèse généralement en faveur de l’opposante», qu’il existait peu de similitude sur le plan visuel ou sonore entre la marque de commerce «Dion Collection & Design» et les marques de commerce «Dior» et qu’aucune preuve quant à l’existence de cas de confusion réelle n’avait été produite malgré l’emploi simultané des marques en question pendant de nombreuses années.

[18] Les facteurs qui favorisaient l’opposante étaient la durée de l’utilisation, la similitude des marchandises empruntant les mêmes réseaux de distribution et la ressemblance visuelle entre les marques. Bien que je sois conscient du fait que le premier élément de la marque de commerce est celui qui est le plus pertinent lorsqu’il s’agit de se prononcer sur le caractère distinctif de la marque en question (voir le jugement *Pernod Ricard c. Brasseries Molson* (1992), 44 C.P.R. (3d) 359 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Denault, à la page 370), il n’en demeure pas moins qu’il faut examiner les marques dans leur totalité et comparer leur effet ou leur idée dans leur totalité, même lorsque certains des mots qui les composent ne sont pas revendiqués. (Voir les décisions *Standard Coil Products Can. Ltd. c. Standard Radio Corp.*, [1971] C.F. 106; *conf. par* [1976] 2 C.F. iv (C.A.); *Sealy Sleep Products Ltd. c. Simpson’s-Sears Ltd.*, [1956-60] R.C.É. 441, *conf. par* la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Ultravite Laboratories Ltd. v. Whitehall Laboratories Ltd.*, [1965] R.C.S. 734.) À défaut d’explications plus précises de sa part, j’ai la ferme conviction que le registraire s’en est exclusivement tenu à l’élément Dion de la marque «Dion Collection & Design», et qu’il n’a pas considéré la marque dans sa totalité. La marque de commerce qui fait l’objet de la demande n’est pas la marque Dion. La ressemblance visuelle entre les marques, s’il en est, est au mieux négligeable.

[19] With respect to the lack of evidence by the opponent of actual confusion, the Registrar expressed the view that an opponent does not need to file that kind of evidence. This is true in theory, but once an applicant has filed some evidence which may point to unlikelihood of confusion, an opponent is at great risk if, relying on the burden of proof the applicant is subject to, it assumes that it does not need to file any evidence of confusion. While the relevant issue is “likelihood of confusion” and not “actual confusion”, the lack of “actual confusion” is a factor which the courts have found of significance when determining the “likelihood of confusion”. An adverse inference may be drawn when concurrent use on the evidence is extensive, yet no evidence of confusion has been given by the opponent. (See *Pink Panther*, *supra*, at paragraph 36; *Multiplicant Inc. v. Petit Bateau Valton S.A.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 372 (F.C.T.D.); *Bally Schuhfabriken AG/Bally's Shoe Factories Ltd. v. Big Blue Jeans Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 205 (F.C.T.D.); *Mon sport Inc. v. Vêtements de Sport Bonnie (1978) Ltée* (1988), 22 C.P.R. (3d) 356 (F.C.T.D.)) The respondent explained its failure to bring any evidence of actual confusion by the fact that being a foreign corporation, it was “difficult, if not impossible” for it to quote from Canadian consumers. That explanation is untenable.

[20] When taken together, the surrounding circumstances point to the conclusion that, on a balance of probabilities, there is no likelihood of confusion between “Dion Collection & Design” and the “Dior” marks. It was a clear error on the part of the Registrar to find otherwise, an error that should have led in turn to an intervention by the Trial Judge.

[21] This is not, however, the end of the matter. Because of the conclusions he reached with respect to the likelihood of confusion, the Registrar failed to

[19] En ce qui concerne l'insuffisance des éléments de preuve présentés par l'opposante au sujet de cas concrets de confusion, le registraire s'est dit d'avis qu'un opposant n'a pas à produire ce genre de preuve. C'est vrai en théorie, mais lorsque le requérant a présenté certains éléments de preuve qui pourraient permettre de conclure à l'absence de risque de confusion, l'opposant court un grand danger si, se fiant à la charge de la preuve imposée au requérant, il présume qu'il n'a pas à produire de preuves au sujet de la confusion. Bien que la question à laquelle il faut répondre soit celle de savoir s'il existe un «risque de confusion» et non une «confusion effective» ou «des cas concrets de confusion», l'absence de «confusion effective» est un facteur auquel les tribunaux accordent de l'importance lorsqu'ils se prononcent sur le «risque de confusion». Une inférence négative peut être tirée lorsque la preuve démontre que l'utilisation simultanée des deux marques est significative et que l'opposant n'a soumis aucun élément de preuve tendant à démontrer l'existence d'une confusion. (Voir l'arrêt *Pink Panther*, précité, au paragraphe 36, et les jugements *Multiplicant Inc. c. Petit Bateau Valton S.A.* (1994), 55 C.P.R. (3d) 372 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bally Schuhfabriken AG/Bally's Shoe Factories Ltd. c. Big Blue Jeans Ltd.* (1992), 41 C.P.R. (3d) 205 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Mon sport Inc. c. Vêtements de Sport Bonnie (1978) Ltée* (1988), 22 C.P.R. (3d) 356 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)) L'intimée a expliqué son défaut de soumettre des éléments de preuve au sujet de cas concrets de confusion par le fait que, comme elle est une personne étrangère, il est [TRADUCTION] «difficile, voire impossible» pour elle de citer les propos de consommateurs canadiens. Cette explication ne tient pas.

[20] Considérées dans leur ensemble, les circonstances de l'espèce permettent de conclure que, selon la prépondérance des probabilités, il n'existe pas de risque de confusion entre les marques «Dion Collection & Design» et les marques «Dior». Le registraire a de toute évidence commis une erreur en tirant une conclusion différente, et cette erreur justifiait l'intervention du juge de première instance.

[21] Le débat n'est cependant pas vidé pour autant. En raison des conclusions qu'il a tirées au sujet des risques de confusion, le registraire n'a pas abordé les

address grounds 4, 5 and 6 of the statement of opposition. These grounds are:

4. The appellant is not the person entitled to registration of the trade mark DION COLLECTION & Design in that, as of the claimed date of first use of August 1, 1989, the appellant's trade mark as applied to "Neckties, scarves and ascots" was confusing with the trade marks of the opponent identified in the third ground which had previously been used in Canada by the opponent and its predecessors-in-title;
5. The appellant is not the person entitled to registration of the trade mark in that, as of the appellant's filing date, the appellant's trade mark as applied to "shirts, sweaters, blouses, trousers, suits, socks, underwear, t-shirts, wallets, umbrellas, belts, watches, and glasses" was confusing with the trade mark of the opponent identified in the third ground which had previously been used in Canada by the opponent and its predecessors-in-title;
6. The appellant's trade mark is not distinctive in that the appellant's trade mark is confusing with the opponent's trade mark identified above.

[22] The Motions Judge did not address these issues either, nor did counsel in their memoranda of fact and law. It is only at the hearing that the issue was raised by counsel, who suggested for the first time that should the appeal be allowed, the matter be referred back to the Registrar for the determination of these three grounds of opposition.

[23] I am not prepared to follow the route suggested by counsel. The appeal in the Trial Division and then the appeal to this Court both proceeded on the basis that the sole ground at issue was ground No. 3. The parties were obviously satisfied that the determination of that issue would put an end to the matter. It is too late in the game to raise grounds which have been for all practical purposes abandoned in the Court below. In any event, I am not persuaded that the evidence filed was at all meant to address grounds nos. 4, 5 and 6 and would allow a finding different from that made with respect to

quatrième, cinquième et sixième moyens articulés dans la déclaration d'opposition. En voici le texte:

[TRADUCTION]

4. L'appelante n'est pas la personne ayant droit à l'enregistrement de la marque de commerce DION COLLECTION & Design parce que, à compter de la présumée date du premier emploi par l'appelante, le 1<sup>er</sup> août 1989, la marque de commerce employée en liaison avec des «cravates, foulards et lavallières» créait de la confusion avec les marques de commerce de l'opposante énumérées au troisième moyen d'opposition et qui avaient été antérieurement employées au Canada par l'opposante et ses prédécesseurs en titre;
5. L'appelante n'est pas la personne ayant droit à l'enregistrement de la marque de commerce parce que, à compter de la date de production de la demande d'enregistrement, la marque de commerce de l'appelante employée en liaison avec des «chemises, tricots, blouses, pantalons, habits, chaussettes, sous-vêtements, t-shirts, porte-feuilles, parapluies, ceintures, montres et lunettes» créait de la confusion avec les marques de commerce de l'opposante énumérées au troisième moyen d'opposition et qui avaient antérieurement été employées au Canada par l'opposante et ses prédécesseurs en titre;
6. La marque de commerce de l'appelante n'est pas distinctive, étant donné qu'elle crée de la confusion avec les marques de commerce susmentionnées de l'opposante.

[22] Le juge de première instance n'a pas abordé ces questions, pas plus que les avocats dans leur mémoire des faits et du droit. Ce n'est qu'à l'audience que la question a été soulevée par les avocats, qui ont suggéré pour la première fois que si l'appel devait être accueilli, l'affaire devrait être renvoyée au registraire pour qu'il se prononce sur ces trois moyens d'opposition.

[23] Je ne suis pas disposé à m'engager dans la voie suggérée par les avocats. L'appel interjeté devant la Section de la première instance et l'appel dont notre Cour est présentement saisie ont été tous les deux instruits en partant du principe que le seul moyen en litige était le troisième moyen d'opposition. Les parties étaient de toute évidence convaincues que le règlement de cette question mettrait un terme au litige. Il est trop tard pour invoquer des moyens auxquels les parties ont à toutes fins utiles renoncé devant le tribunal de première instance. En tout état de cause, je suis loin

ground No. 3.

[24] I would allow the appeal, set aside the decision of the Trial Division dated March 31, 2000, dismiss the opposition by Christian Dior S.A., and direct the Registrar to register Dion Neckwear Ltd.'s "Dion Collection & Design" trade-mark on the Register of Trade-marks. The appellant should have its costs here and below.

RICHARD C.J.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

d'être persuadé que la preuve administrée visait de quelque façon que ce soit à répondre aux quatrième, cinquième et sixième moyens d'opposition et qu'elle aurait permis au tribunal de tirer une conclusion différente de celle à laquelle il en est venu en ce qui concerne le troisième moyen.

[24] J'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision rendue le 31 mars 2000 par la Section de première instance, je rejetterais l'opposition de Christian Dior S.A. et j'enjoindrais au registraire d'enregistrer la marque de commerce «Dion Collection & Design» de Dion Neckwear Ltd. dans le registre des marques de commerce. L'appelante devrait avoir droit à ses dépens tant en appel qu'en première instance.

LE JUGE EN CHEF RICHARD: Je suis d'accord.

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

# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.  
A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ACCESS TO INFORMATION

Application for judicial review of PWGSC to disclose certain third party information and records pursuant to Access to Information Act—Applicant, carrying on printing business through subsidiary St. Joseph Printing Ltd., sought to acquire assets of Canada Communications Group (CCG) which federal government intended to privatize—Applicant engaged in negotiations therefore, entering into confidentiality agreement with government concerning information (analyses, compilations, forecasts, studies, etc.) acquired in course of investigating operations of CCG, as part of bidding process—Applicant ultimately acquired CCG's assets—Respondent received request, pursuant to Act, for production of documents related to government's plan to privatize CCG and subsequent purchase by applicant—Issue whether records in question exempt from disclosure pursuant to Act, s. 20(1)(a), (b), (c), (d), (2)—Applicant invoking trade secrets; information of confidential, commercial, scientific, technical nature consistently treated as confidential; information having clear potential to materially injure its business interest and competitive position in printing industry; disclosure of records could reasonably be expected to interfere with contractual or other negotiations of third party; records containing results of testing done for applicant for fee as part of sale of CCG's assets—Application allowed in part—Under Act, s. 44, onus of proof resting with party resisting disclosure—"Heavy burden" on party attempting to prevent disclosure: *Canada (Information Commissioner) v. Canada (Prime Minister)*, [1993] 1 F.C. 427 (T.D.)—With respect to trade secrets (s. 20(1)(a)), affidavit evidence filed by applicant not meeting burden or proof as affidavit speaking only in general terms and more in nature of speculation than statement of facts (*Société Gamma Inc. v. Canada (Department of Secretary of State)* (1994), 79 F.T.R. 42 (F.C.T.D.); *Maislin Industries Ltd. v. Canada (Minister for Industry, Trade and Commerce)*, [1984] 1 F.C. 939 (C.A.)—With respect to disclosure of confidential financial, commercial, scientific or technical information (s. 20(1)(b)), insufficient that third party state, without evidence, information in question confidential (*Air*

## ACCESS TO INFORMATION—Continued

*Atonabee Ltd. v. Canada (Minister of Transport)* (1989), 27 F.T.R. 194 (F.C.T.D.)—Conflicting authority as to effect to be given to confidentiality agreement such as one in issue herein—Court may take confidentiality agreements into account in assessing objective confidentiality of information in issue—However, confidentiality agreements remain subordinate to Act—Considering paucity of evidence as to how requested records objectively confidential and how maintained in confidential manner, applicant has not met evidentiary burden to exempt all requested records under Act, s. 20(1)(b)—Test for application of Act, s. 20(1)(c), (d) that of reasonable expectation of probable harm: *Saint John Shipbuilding Ltd. v. Canada (Minister of Supply and Services)* (1989), 24 F.T.R. 32 (F.C.T.D.); affd (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (F.C.A.)—Affidavit herein only speculating as to probable harm—As to Act, s. 20(2), in absence of evidence fee paid, Court unable to find exemption thereunder established—Applicant's request names of third parties mentioned in various documents throughout requested records be deleted because entitled to third party notice rejected based on *Tridel Corp. v. Canada Mortgage and Housing Corp* (1996), 115 F.T.R. 185 (F.C.T.D.)—As to argument lease documents commercial and financial in nature and should not be disclosed, evidence tendered by applicant on issue falling short of establishing reasonable expectation of probable harm—As to solicitor-client privilege, solicitor's advice herein prepared expressly for use by non-client party, therefore privilege waived: *Stevens v. Canada (Prime Minister)*, [1997] 2 F.C. 759 (T.D.); affd [1998] 4 F.C. 89 (C.A.)—As to common interest privilege, legitimate interest in protecting legal advice provided to parties to commercial transaction such as one herein—No apparent impediment to extending benefit of common interest privilege to legal opinions exchanged herein, particularly in light of joint submissions from counsel for parties—Therefore, information described in appendix "A", legal opinions exempt from disclosure for reasons outlined herein—Remainder of records be disclosed as applicant failed to adduce evidence of sufficient probative

**ACCESS TO INFORMATION—Concluded**

value to meet legal test of exemption for disclosure under Act—Documents to remain undisclosed pending expiry of any applicable appeal period—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 20(1)(a), (b), (c), (d), (2), 44.

ST. JOSEPH CORP. V. CANADA (PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (T-2785-97, 2002 FCT 274, Heneghan J., order dated 12/3/02, 23 pp.)

**AIR LAW**

Appeal from F.C.T.D. decision ((2001), 199 F.T.R. 312) dismissing application for judicial review of decision by Appeal Panel of Civil Aviation Tribunal—Appeal Panel confirming penalty of \$250 imposed under Aeronautics Act, s. 7.7 by Minister of Transport on appellant for issuing air traffic control instruction in breach of relevant standard—Air traffic controller-trainee at Dorval Airport instructing aircraft pilot to use taxiway B2 and to cross runway 28, authorizing another aircraft to take off from same runway—Trainee under supervision of appellant who was air traffic controller on duty—Instruction in fact given by trainee—Appeal turning on interpretation of Canadian Aviation Regulations, s. 801.01(2)—Instruction given not in accordance with separation standards—Whether “an aircraft traffic controller issues an air traffic control instruction” within meaning of provision, when instruction in question given by trainee under supervision of air traffic controller on duty—Appeal Panel’s decision appellant breached provision unreasonable, therefore erroneous in law, as only air traffic control instruction given by another person, namely trainee—Minister failing to prove appellant committed *actus reus* of offence with which charged—Nothing in Regulation, in any more general legal principle, whereby action of employee can be deemed to be that of another—Appellant’s admissions he was “responsible” for trainee’s actions, under duty to monitor them, immaterial in proceeding to determine whether in breach of statutory duty not to issue improper instruction—No rational basis for Appeal Panel’s conclusion—Nothing precluding possibility disciplinary proceedings could be brought herein—Appeal allowed—Aeronautics Act, R.S.C., 1985, c. A-2, s. 7.7 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 33, s.1; as am. by S.C. 1992, c. 4, s. 20)—Canadian Aviation Regulations, SOR/96-433, s. 801.01(2).

HUDGIN V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-101-01, 2002 FCA 102, Evans J.A., judgment dated 14/3/02, 7 pp.)

**ARMED FORCES**

Motion to strike statement of claim on ground disclosing no reasonable cause of action—Statement of claim seeking declaration plaintiff: (i) member of Canadian Armed Forces

**ARMED FORCES—Concluded**

until release in 2001; (ii) entitled to rights, benefits accrued to any other member of Forces between 1994 and 2001—Plaintiff released from Forces in 1994 for performance, disciplinary reasons—In 1998 this Court setting aside decision to release plaintiff—In 2001 decision made to confirm release—Motion allowed—(1) Case law establishing members of Forces serving at pleasure—No contract of employment between Her Majesty and members of Forces—Legal relationship cannot be changed by representatives of Forces—Use of “lawfully” in National Defence Act, s. 23(1) not changing legal relationship, simply describes how enrolment in Forces terminated in accord with regulations—Recognition of change in basic relationship can only come by parliamentary action—(2) Court not having jurisdiction to issue declarations herein—Declarations requested as alternative to claim for payment, including possible pension claims—Any such claim depending upon regulations, statutory provisions for service pay and pensions, not upon implications derived from declarations of Court about term of applicant’s service made without reference to those provisions—By Federal Court Act, s. 18, Trial Division having exclusive original jurisdiction to grant declaratory relief only on application for judicial review—Unless Court permitting conversion of application to action, action for declaratory relief generally not approved—While Court may permit proceeding initially framed as action to proceed as application for judicial review, generally inappropriate where relief sought relating to terms of service of member of Forces which are not subject to Court’s jurisdiction unless Parliament, through legislation, withdrawing jurisdiction from prerogative authority of Crown, assigning it to Court—No such legislation herein—(3) Possible redress under National Defence Act irrelevant—National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, s. 23(1)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as am. *idem*, s. 5).

MCCLENNAN V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T-1998-01, 2002 FCT 244, MacKay J., order dated 8/3/02, 9 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION****STATUS IN CANADA***Citizens*

Appeal pursuant to Citizenship Act, s. 14(5), Federal Court Act, s. 21, from Citizenship Judge’s decision dismissing application for citizenship under Citizenship Act, s. 5(1) on basis applicant had not centralized mode of living in Canada—Applicant absent from Canada for 869 days, and physically present in Canada for 268 days between time entered Canada as permanent resident on February 27, 1997 and time applied for Canadian citizenship in March 2000—



**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

Appeal dismissed—Standard of review for Citizenship Judge's decision with regard to selection and application of residence test that of correctness: *Zhang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] F.C.J. No. 778 (QL) (T.D.)—Court of Appeal must verify Citizenship Judge has correctly applied one of residency tests (central existence, quality of attachment, physical presence, centralized existence), but ought not to substitute its different opinion unless Citizenship Judge made error in applying residency test—According to Act, applicant must have accumulated at least 3 years (1095 days) of residence in Canada within 4 years immediately preceding date of application—Citizenship Judge herein applied “centralized existence” test (*Koo (Re)*, [1993] 1 F.C. 286 (T.D.))—Citizenship Judge did not err in law or in fact in finding applicant had not centralized existence or residence in Canada until June 1, 1997, that could only be credited with 1002 days of deemed residence since then, that therefore short of minimum number of days of residence before citizenship could be granted—*Obiter*: open to Citizenship Judge to find applicant's connection to United States closer than to Canada—Applicant not exempt from requirement to demonstrate quality of attachment to Canada greater than U.S., where has lived, studied and worked for most of material time—Student must first establish Canada as his place of residence before leaves to study if his absences from Canada while studying to be counted as deemed residence in Canada—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 5 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.)), c. 44, s. 1; S.C. 1992, c. 21, s. 7), 14(5) (as am. by S.C. 1995, c. 15, s. 23)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 21.

PARAPATT V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-527-01, 2002 FCT 229, Kelen J., order dated 1/3/02, 10 pp.)

*Convention Refugees*

Judicial review of IRB, Refugee Division's decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Iraq, devout Shiite Muslim—Testified that prior to present regime attended mosque four or five times daily—Stopped going to mosque in 1988 because security agents taking worshippers from mosque, putting them in prison—Continued to practise religion at home—Tribunal holding at most applicant restricted from practising religion outside home, and no credible evidence ever participated in demonstrations, protests, public manifestations of religion—*Fosu v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 90 F.T.R. 182 (F.C.T.D.) holding right to freedom of religion including freedom to demonstrate religion in public or in private by teaching, practise, worship, performance of rites, and persecution of practise of religion can take various forms, such as prohibition on worshipping in public or private—

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

Applicant arguing IRB had obligation to analyse whether restriction on ability to practise religion outside home, i.e. in public, constituting persecution in circumstances—Respondent arguing Refugee Division determined applicant not providing credible evidence prevented from publicly practising faith—Application allowed—Tribunal failed to analyse, as obligated to do under *Fosu*, issue of circumstances why applicant ceased to go to mosque since 1988 and whether inability constituted persecution.

HUSSEINI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-500-01, 2002 FCT 177, Lemieux J., order dated 18/2/02, 7 pp.)

*Permanent Residents*

Application for judicial review of visa officer's decision refusing application for permanent residence in Canada in self-employed category as insurance agent—Before application for permanent residence in Canada, applicant came from Latvia to United States and worked there from 1997 to 2000 as financial service representative for Metropolitan Life in New York, selling life insurance and working as account representative for people who wanted to invest in things like mutual funds—Worked on commission basis, earning US\$25,000 annually—Issues whether visa officer erred in that assessment not in accordance with Regulations; failed to consider existence of positive discretion—Application dismissed—No error in visa officer's consideration of factors listed in Regulations—Even though visa officer erred by concluding insurance or investment salesperson remunerated on commission basis can never be self-employed immigrant, did not err in finding proposed business would not constitute significant benefit to Canadian economy—Did not err in finding if applicant's earnings in Canada similar to earnings in U.S., would not be significant benefit to Canadian economy—No indication earnings would be significantly higher in Canada—Applicant did not present any business plan or forecast to visa officer and could not explain how she intended to triple income in Canada—Visa officer's conclusion proposed business would not be significant contribution to Canadian economy not unreasonable—As to exercise of positive discretion, absent request by applicant, or facts suggesting some good reason why unit of assessment determination would not properly reflect chance of applicant's successful establishment in Canada, visa officer has no general duty to consider exercise of positive discretion under Regulations—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.

TURCINOVICA V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3591-00, 2002 FCT 164, Dawson J., order dated 13/2/02, 14 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued**

Application for judicial review of visa officer's decision dismissing applicant's application for permanent residence in Canada under independent category, as tool and die maker—Awarded 66 points, 4 short of 70 required—Applicant awarded 2 points out of possible 9 for language abilities; 5 out of 10 for personal suitability—Applicant challenging assessments—Application allowed—As to standard of review, Court should intervene only if error of law apparent on face of record, breach of duty of fairness, or if, in exercise of discretion, visa officer reached patently unreasonable conclusion of fact—As to language, no evidence visa officer assumed language ability had to be flawless to be considered "fluent"—Not error to fail to assess applicant's ability against standard of "fluency" when applicant himself considered spoke, wrote and read English "well"—Visa officer did not err by assigning particular, or no, weight to applicant's Test of English as Foreign Language results—No reason to intervene with visa officer's assessment of applicant's ability to write in English language—No evidence visa officer not qualified to assess English skills of applicant for immigration purposes—Visa officer's qualifications matter to be assessed by employer, not for assessment by Court in dealing with application for judicial review—Visa officer erred in assessing personal suitability largely on basis of applicant's failure to research general Canadian labour market, when refused to consider relevant evidence of applicant concerning his search, including internet, which produced indication of reasonable number of jobs in intended occupation in Canada—Having erred, visa officer's conclusion concerning applicant's personal suitability, based largely on officer's perception applicant failed to demonstrate initiative in examining general job market in Canada, unwarranted—On evidence, interview of applicant inadequate for purposes of assessing applicant, particularly in regard to personal suitability where officer reached conclusion without considering relevant information which applicant sought to bring forward, and apparently considered his educational attainment, matter already assessed and thus not relevant to assessment of personal suitability—As circumstances of case unusual in view of necessity of conducting second session by telephone to complete cross-examination on visa officer's affidavit, circumstances providing special reasons for award of costs to applicant in amount related only to preparation for, and time devoted to, second scheduled occasion for cross-examination of visa officer—Costs fixed at \$500.

WANG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3912-00, 2002 FCT 146, MacKay J., order dated 8/2/02, 13 pp.)

**Humanitarian and Compassionate Considerations**

Application for judicial review of decision by Citizenship and Immigration Officer denying applicant processing from

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded**

within Canada on humanitarian and compassionate grounds—Officer finding applicant's marriage one of convenience—Applicant citizen of Ghana, married to Frank Oduro in Scarborough, Ontario in April 1997—Husband applied to sponsor application for landing in November 1998—Applicant, husband swore affidavits stating marriage genuine—After having interviewed both parties, immigration officer denied application on basis marriage not *bona fide*—Applicant alleging denial of natural justice on basis immigration officer did not reveal adverse information in file with respect to whether marriage genuine—Also alleging denial of meaningful opportunity to present case—Duty of fairness requiring immigration officer assessing H&C application to provide applicant with notice of extrinsic evidence, to give applicant opportunity to respond to it prior to rendering decision—Respondent relying on affidavit of Gregory G. George, solicitor with Immigration Law Section of Department of Justice—Federal Court Immigration Rules, 1993, s. 12(1) applied—Effect of rule usual common law rules of evidence, including hearsay rule, will govern admissibility of George affidavit—Hearsay evidence only admissible when Court satisfied two-part test of necessity, reliability met—Direct contradiction between testimony of applicant, position taken by respondent—Latter failing to satisfy Court of necessity of bringing forward immigration officer's testimony in proper manner—No weight given to George affidavit herein—Duty of fairness requiring officer to bring extrinsic evidence adverse to applicant's interest to her attention—Applicant must be afforded opportunity to respond to information—Not afforded that opportunity—Application allowed—Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, s. 12.

AKOMAH V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5341-00, 2002 FCT 99, Hansen J., order dated 28/1/02, 9 pp.)

**EMPLOYMENT INSURANCE**

Application for judicial review of Tax Court Judge's decision Mr. Dixon worked for applicant as employee and not as independent contractor—Applicant objecting to T.C.J.'s conclusion, relying on *Wiebe Door Services Ltd. v. M.N.R.*, [1986] 3 F.C. 553 (C.A.), that, based on facts, Dixon worked as employee notwithstanding oral agreement to contrary—Appeal dismissed—No error in manner in which T.C.J. weighed various factors—In final analysis, question of whether work "insurable employment" for purpose of Employment Insurance Act must be determined by applying legal test to all facts and not merely by taking parties' word for it—No constitutional issue raised as

**EMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

contractual freedom not involved here—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23.

*KREUTZ V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)* (A-72-00, 2002 FCA 94, Strayer J.A., judgment dated 6/3/02, 3 pp.)

Application for judicial review of Umpire's decision under Employment Insurance Act, upholding penalty imposed against applicant by Board of Referees on ground knowingly failed to disclose all earnings for reporting period in question—Whether Commission satisfied onus of proving applicant knowingly made false, misleading statement—First penalty case in which Court faced with issue arising from use of Teledec method of reporting by employment insurance claimant—Questions asked on Teledec system "similar", but not necessarily same, as those on reporting card—Commission had onus of proving allegation claimant knowingly made false, misleading statement on balance of probabilities—In order to discharge onus, Commission must adduce evidence of both actual questions asked, answers given—Issue one of fairness—As matter of fairness, claimant must be told allegedly simple question answered wrongly to give him reasonable opportunity of providing explanation—Umpire committed reviewable error as should have concluded Board of Referees based decision on material finding of fact without necessary evidential underpinning—No evidence of actual question(s) about work, wages asked in Teledec system at relevant time—Application allowed—Employment Insurance Act, S.C. 1996, c. 23.

*CAVERLY V. CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT)* (A-211-01, 2002 FCA 92, Rothstein J.A., judgment dated 28/2/02, 5 pp.)

Application for judicial review of Umpire's decision—Umpire only having jurisdiction to address whether Board erred in conclusions regarding calculation of respondent's overpayment—Neither Umpire nor Board had jurisdiction to compel Commission to exercise discretion to write off overpayment—Neither Board nor Umpire free to declare Commission's refusal to be abuse of process—Umpire finding no denial of natural justice by Board of Referees, ground on which claimant had appealed to Umpire—Thus no basis for Umpire to allow appeal from Board's decision—Application allowed.

*CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. WOODS* (A-417-01, 2002 FCA 91, Strayer J.A., judgment dated 4/3/02, 2 pp.)

**EVIDENCE**

Court deciding to examine blanked out portions of seven documents produced by Crown but coming from Canadian Security Intelligence Service—Two-step procedure

**EVIDENCE—Concluded**

followed by Thurlow C.J. in *Goguen v. Gibson*, [1983] 1 F.C. 872 (T.D.), later approved by Court of Appeal, subsequently followed by other judges of Court—Thurlow C.J. not establishing rule of law to be followed in every case but simply indicating manner in which, in circumstances of particular case, appropriate for him to exercise discretion—Text of Canada Evidence Act, s. 38 changed—New text making it even clearer designated judge has very broad discretion as to whether he should look at material withheld prior to entering upon balancing process mandated by statute—Applicant has satisfied test of showing material withheld likely to be relevant to issue in case—Unconcealed portions of seven documents in question relating directly, substantially to accused, more particularly to hostage taking incident with which charged—Any material which may have impact upon Crown's ability to prove that charge beyond reasonable doubt material relevant to issues in case—Number of paragraphs of documents should be disclosed—All information otherwise withheld irrelevant to any issues likely to arise in coming criminal trial—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 38.

*RIBIC V. CANADA (DES-7-01, 2002 FCT 290, Hugessen J., order dated 15/3/02, 8 pp.)*

**INCOME TAX****EXEMPTIONS**

Statutory appeal from Minister's decision to notify appellant of intention to revoke appellant's registration as "charitable organization" pursuant to Income Tax Act, s. 168—S. 168(1)(b) permitting Minister to revoke charity's registration when ceases to comply with requirements of Act for registration—S. 149.1(2) setting out grounds for de-registration of charitable organization—Appellant registered as charity in 1985—Charitable objectives relating to promotion of education, relief of poverty, sickness in Tel Aviv, Israel—Registration predicated on representations to Minister that activities would be carried out through agent in Tel Aviv pursuant to written agency agreement—Minister auditing appellant twice before audit of 1997 fiscal year, which gave rise to intention to revoke—After audit of 1993 fiscal year, Minister advising appellant of 11 contraventions of Act—In response appellant undertaking to conform strictly to requirements of Revenue Canada, including specific provisions of agency agreement—Based on undertaking, Minister allowing appellant to retain charitable organization status—1997 audit identifying seven repeat deficiencies, including lack of control over disbursement of funds by agent, failure to demonstrate adherence to system of continuous, comprehensive reporting as required by agency agreement, donation receipts not complying with Regulations, failure to issue

**INCOME TAX—Continued**

T4A to entertainer to whom paid fees—As result, and because of perception appellant not observing undertaking, Minister advising appellant grounds for revoking charitable status—Appellant attempted to explain situation, address Minister's concerns, asked Minister to clarify concerns about spoiled receipts—Minister issued notice of intention to revoke charitable status—Appeal dismissed—(1) Canadian Bill of Rights, s. 2(e) providing no law of Canada shall be construed, applied so as to deprive person of right to fair hearing in accordance with principles of fundamental justice for determination of rights or obligations—Parliament intended statutory appeals involving charities should not involve rigid rules, cumbersome procedures—S. 168 silent on matters of procedure—S. 180(1) outlining appeal process to this Court—S. 180(3) limiting proceeding to summary hearing, determination—*Renaissance International v. Minister of National Revenue*, [1983] 1 F.C. 860 (C.A.) holding rules of procedural fairness, natural justice requiring only that Minister give charity opportunity to respond to allegations against it before sending notice of intention to revoke—According to *Singh et al. v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, principles of natural justice not imposing necessity of oral hearing in all cases; nature of legal rights at issue, severity of consequences to individuals concerned most important factors in determining procedural content of fundamental justice—While consequences of de-registration severe, s. 168 not depriving appellant of status without benefit of reasonable procedural protection—Appellant informed during two earlier audits of failure to comply with Act, and given opportunity to respond—Knowing registration in jeopardy, provided undertaking which prevented de-registration, thus proving written submissions can prevent de-registration—Given detailed exchange of written submissions during 1997 audit, no need either for oral hearing or cross-examination of auditor—Legislative scheme not violating Bill of Rights, s. 2(e)—(2) As no evidence appellant either unaware of case against it or unable to respond meaningfully, Minister's administration of Act not contravening Bill of Rights—(3) No valid reason to depart from Strayer J.A.'s analysis in *Human Life International in Canada Inc. v. M.N.R.*, [1998] 3 F.C. 202 (C.A.) holding onus on charity to prove charitable organization status should not be revoked—That Parliament directed summary procedure with jurisdiction solely in Federal Court of Appeal, process much like application for judicial review, supporting Strayer J.A.'s conclusions as to burden of proof—Requirement to demonstrate compliance with undertaking, by meeting burden of proof, not working unreasonable or unjust hardship on appellant—Burden on appellant to convince

**INCOME TAX—Concluded**

Court Minister erred in issuing notice of intention to revoke—(4) Under scheme of Act, charity may conduct overseas activities through agent, but cannot merely be conduit to funnel donations overseas—Appellant ignored agency agreement—Minister not satisfied appellant's explanations of conduct overseas sufficient to overcome conclusion appellant had no direction, control over how funds spent—Evidence suggesting appellant merely acting as conduit for Canadian donors to overseas donees—Little evidence from which Court might conclude appellant exercising control, direction claimed—In light of conflict between agency agreement, alleged oral arrangements with agent, other concerns raised by Minister i.e. improper recording of expenditures, agent's failure to keep separate bank account, lack of documentary evidence of direction, control by appellant, not unreasonable for Minister to conclude appellant not in control of agent—(5) Pursuant to s. 149.1(1) charity must devote all its resources to charitable activities carried on by organization itself—While charity may carry on charitable activities through agent, charity must be prepared to satisfy Minister at all times both in control of agent and in position to report on agent's activities—Minister's main reasons for revocation that appellant could not demonstrate, through documentary evidence that exercised sufficient degree of control over use of funds by agent and appellant not keeping proper books, records of activities carried on by agent—Even though reasons couched in terms of non-compliance with agency agreement, requirements under latter simply means of ensuring compliance with Act—S. 230(2) requiring every charity keep records, books of account containing information enabling Minister to determine whether any grounds for revocation of registration under Act, duplicate of each receipt containing prescribed information for donation—S. 230(3) providing Minister may require person to keep such records as Minister may specify—Appellant not maintaining proper records as required by s. 230(2), (3)—Minister not erring in concluding appellant not complying with requirements of Act—(6) Minister citing failure to file T4A slip as example of continuing failure to fulfil undertakings, not as leading to de-registration itself—In light of overwhelming evidence supporting Minister's main reasons for de-registration, issue of little significance—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 149.1 (as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 74), 168, 180 (as am. by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 142), 230 (as am. by S.C. 1994, c. 21, s. 105)—Canadian Bill of Rights, S.C. 1960, c. 44 [R.S.C., 1985, Appendix III], s. 2(e).

CANADIAN COMMITTEE FOR THE TEL AVIV FOUNDATION  
V. CANADA (A-357-00, 2002 FCA 72, Malone J.A.,  
judgment dated 1/3/02, 23 pp.)

**MARITIME LAW****PRACTICE**

Plaintiff, Global Enterprises International Inc., seeking: (a) order granting leave to file supplemental affidavit to correct amount of claim under various headings contained in affidavit of Wayne Fallis filed July 11, 2001; (b) order for payment out from sale proceeds of vessels *Sagran*, *Aquarius*, *Admiral Arciszewski*, presently held in trust, to credit of plaintiff for deemed marshall's expenses incurred from January 5 to April 23, 2001—Application stemming from order made on March 26, 2001 by Prothonotary Hargrave—Proceedings arising from arrest, sale of vessels *Aquarius*, *Sagran*, *Admiral Arciszewski*—Vessels arrested by plaintiff on January 5, 2001—Prothonotary Hargrave made order for appraisal, sale on April 24, 2001—Issue between parties regarding expenses claimed by plaintiff under heading “Berthage”—At all material times, vessels at berth at facilities operated by Catamaran Ferry International Inc. (CFI) in North Vancouver—Amounts claimed by plaintiff not “reasonable costs and expenses” incurred for preservation, maintenance of vessels—Not standing in priority as marshall's expenses—Plaintiff seeking to obtain not only reimbursement of “reasonable costs and expenses”, but also reimbursement of profits—Amounts claimed including more than actual costs and expenses—“Reasonable” cost of berthage, on evidence, sum of \$250 per day per vessel charged by CFI to Global Terminals—Plaintiff therefore entitled to payment out from proceeds of sale of three vessels, under heading “Berthage”, to sum calculated on basis of \$250 per day per vessel.

GLOBAL ENTERPRISES INTERNATIONAL INC. V. *AQUARIUS* (The) (T-16-01, 2002 FCT 150, Nadon J., order dated 8/2/02, 11 pp.)

**NATIVE PEOPLES**

Appellant descendant of Indian inhabitants of Northwest Territories who adhered to Treaty number 11 on July 21, 1921—Treaty defining land to which applied, being almost entirely in Northwest Territories—Crown agreeing to provide such assistance as deemed necessary for purpose of following agricultural pursuits—Appellant requesting “agricultural assistance” to establish farm to grow ginseng in southern part of British Columbia—When Minister of Indian Affairs and Northern Development refusing, appellant commenced action for loss of treaty benefits, loss of future economic opportunity—Minister also subsequently refusing to accept full liability for appellant's legal expenses—Appellant commenced second action for declaration defendant liable to fully reimburse her for all legal costs in both actions—Instead of full trial, parties agreeing summary judgment appropriate—Pelletier J. dismissed both actions based on affidavit, documentary evidence—Gave particular attention to guiding principles

**NATIVE PEOPLES—Concluded**

laid down in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456—Unable to interpret Treaty reference to agricultural assistance as representing intention of both parties that such assistance would be provided outside of Treaty 11 area so as to provide means to leave Treaty 11 area—Rejected argument that because Treaty of “adhesion”, ambiguities should be construed against author in accordance with *contra proferentem* rule, having regard to principle that contractual interpretation of treaty wording should be avoided—Appellant also argued refusal of agricultural assistance outside of Treaty 11 area form of discrimination contrary to Charter s. 15—Trial Judge distinguishing *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203 wherein held “aboriginal residence” analogous ground of discrimination prohibited by s. 15, on ground agricultural assistance refused not because of where appellant lived, but because seeking assistance for farm located outside Treaty 11 tract—Also held “agricultural assistance” neither embracing “legal assistance” nor was legal assistance incidental right—Appeal dismissed—Trial Judge applied correct legal principles—Not improperly referring to “attachment” of Indian signatories to land covered by Treaty 11—Usual basis upon which treaty negotiated with given group of Indians would be attachment to area—Trial Judge fully justified in concluding from framework, context of Treaty, that intended to deal with rights which signatory Indians might claim to specific area—Part of policy to be applied to specific geographical area to promote settlement, mining, commercial development—In that particular area rights of hunting, fishing guaranteed—Treaty concluded by guarantee of peace, justice for particular geographical area—Treaty recited surrender by Indians of Treaty 11 tract but also “said Indian rights, titles and privileges whatsoever to all other lands wherever situated . . . in any other portion of the Dominion of Canada”—Arguably if land outside tract surrendered, then Treaty rights interpreted to apply to such lands as well—But no suggestion ginseng farm situated on such land to which had some ancestral claim—Reference to “all other lands” in Treaty so vague as to be meaningless—No errors in Trial Judge's finding of facts—Also correctly holding no incidental right to legal funding by Crown wherever claim asserted based on treaty.

BEATTIE V. CANADA (A-89-01, A-88-91, 2002 FCA 105, Strayer J.A., judgment dated 14/3/02, 10 pp.)

**PATENTS**

Motion by respondent Apotex Inc. appealing order of Prothonotary Aronovitch restricting use of documentary evidence (prior art references) at hearing of matter—Apotex's notice of allegations of invalidity supported by 96 prior art references—Applicants seeking order prohibiting

**PATENTS—Continued**

respondent Minister of Health from issuing notice of compliance to Apotex in respect of medicine sertraline—Prothonotary applying F.C.A. decision in *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272—Prior art references at issue doing more than establishing state of knowledge of person skilled in art at time of filing of patent—Documents expanding factual basis of allegations made beyond that set out in notice of allegation—F.C.A. in *Hassle* finding this not permissible—Prothonotary did not err in applying principles set out in *Hassle* to impugned prior art evidence—Open to Prothonotary to limit use of prior art properly used in cross-examination, to preclude introduction in argument on validity of patent in application—Argument put forward by respondent Apotex of alleged unworkable evidentiary dichotomy ill-founded—Prothonotary did not commit error of law in considering applicants' motion, in concluding as she did—Not clearly wrong in exercise of discretion—Motion dismissed.

PFIZER CANADA INC. V. APOTEX INC. (T-2096-00, 2002 FCT 152, Blanchard J., order dated 11/2/02, 5 pp.)

**PRACTICE**

Applicant Bristol Myers Squibb holder of patent with respect to medicine known as paclitaxel, filed patent list with respect to product under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations—Respondent Biolyse Pharma Corporation filing New Drug Submission for medicine paclitaxel—Minister issuing Notice of Compliance without requiring Biolyse to prepare, serve notice of allegation with respect to applicant's patent—Applicant commenced application for judicial review of Minister's decision—Brought motion for production of documents notwithstanding issuance of certificate under Canada Evidence Act, s. 37—Whether Minister's determination Biolyse's submission not within Regulations, s. 5(1), (1.1) could withstand judicial scrutiny—Production of documents in tribunal's possession in course of applications for judicial review governed by r. 317—Minister asserted right to exempt material in his possession from production by issuing certificate under Canada Evidence Act, s. 37—Specified public interest claimed by Minister's representative confidence of drug manufacturers proprietary commercially confidential information will not be made public to their detriment—Public interest advanced by disclosure public interest in lawful administration of Regulations, tested by application for judicial review—Lawful administration of Regulations, requirements of administration of justice justify encroachment upon specified interests identified in certificate—R. 317, rule of narrower application, governing production of documents by tribunal—Only document properly produced before

**PATENTS—Concluded**

Court document of which production demanded in notice of application—Motion adjourned for parties to attempt to negotiate protective order acceptable to all with respect to document—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 5(1) (as am. by SOR/98-166, s. 4), (1.1) (as enacted by SOR/99-379, s. 2)—Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 37—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 317.

BRISTOL-MYERS SQUIBB CO. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1898-01, 2002 FCT 208, Pelletier J., order dated 26/2/02, 9 pp.)

**PRACTICE****CASE MANAGEMENT**

Motions seeking variance in case management orders limiting time for examination for discovery by parties and prescribing discoveries be completed by May 1, 2002—Present motion seeking to extend that deadline and make further modifications in number of other time lines consequential on May 1 date—Grounds: volume of documents and complexity of litigation, coupled with fact Crown has only recently taken on additional lawyers and researchers to deal with case, now show impossibility of preparing for and conducting examinations for discovery within time allotted—Plaintiffs' cross-motions late filed, without even attempt to seek leave of Court or consent of affected parties—Improperly supported by affidavit of one of plaintiffs' counsel—Affidavit cannot be accepted as evidence of facts asserted and without such evidence, cross-motion fails—Motions dismissed—Plaintiffs have shown no real interest in advancing case to trial as already acting as though impugned legislation found to be invalid—Equally, Crown has shown itself unwilling or unable to devote necessary resources to case and to force plaintiffs to comply with various scheduling orders—Parties simply incapable or cannot be trusted to conduct litigation themselves, even when case managed—Although interveners may suffer serious prejudice by delay, they also ask for adjustments to schedule to allow Crown to adequately prepare—But Court has no confidence any scheduling order will be followed or that parties themselves will do what is necessary to enforce order—Court going to have to supervise and monitor discovery process far more closely than normally would or should, and going to have to restrict parties' rights of discovery in unfortunate but necessary way—Parties brought this upon themselves—Both parties guilty of misconduct and cannot, by that misconduct, obtain variation of order made by Court—Therefore, within three weeks following May 1, 2002, each party to prepare and submit proposed written interrogatories to Court and to other parties—Court will personally supervise interrogatories and will give leave for and order to be answered only such

**PRACTICE—Continued**

of them as deemed proper—Interveners’ interrogatories will also be discussed but interveners will not have right to conduct oral discoveries.

SAWRIDGE BAND V. CANADA (T-66-86A 2002 FCT 254, Hugessen J., order dated 4/3/02, 7 pp.)

Previous order continuing action as specially managed proceeding, dismissing proceedings against any defendants not included on active list, and against whom plaintiff had not filed notice of discontinuance or obtained final order—Plaintiff required to conclude proceedings against defendants on active list within 120 days of order dated September 27, 2001—Plaintiff obtained judgment against all, or substantially all, of defendants on active list—Time for obtaining judgment elapsed—As result, no defendants in within action against whom proceedings pending—Therefore file ordered closed as no defendants against whom proceedings pending.

TIME WARNER ENTERTAINMENT CO. V. DOE (T-1059-99, 2002 FCT 216, Pelletier J., order dated 26/2/02, 2 pp.)

**CONTEMPT OF COURT**

Canplas manufacturing, selling roof vent with distinctive truncated pyramid-shaped cap under registered trade-mark “Duraflo” since 1992—In 1999 Novik started manufacturing Airflo 45 and Airflo 50 roof vents—Cap shape of Airflo 50 similar in design to cap shape of Canplas’ “Duraflo” roof vent—In March 2000 Canplas commenced action against Novik alleging trade-mark infringement, passing-off—On March 28 Novik advised Canplas willing to modify appearance of roof vent, discontinue use of name “Airflo”—Canplas proposed settlement—Novik requested deletion of requirement to insure any infringing product “that has been shipped is recovered”, replacement with to destruction of any infringing product “in its possession”—Michel Gaudreau executed settlement agreement on behalf of Novik on May 23, 2000—Canplas executed settlement agreement on June 16, 2000—Judgment on consent, obtained on July 14, 2000, providing that Novik shall comply with terms of settlement agreement—Preamble of settlement agreement stating Novik not selling any Airflo 50 vents as of date of settlement agreement—Settlement agreement providing preamble forming part of agreement—Canplas citing examples between May 26 and September 2000 where Airflo 50 vents displayed in stores—Federal Court Rules, 1998, r. 466 providing person who disobeys process or order of Court or acts so as to interfere with orderly administration of justice or to impair authority, dignity of Court guilty of contempt—Constituent elements of

**PRACTICE—Continued**

contempt must be proved beyond reasonable doubt—Canplas submitting since Novik representing not selling any Airflo 50 vents prior to execution of settlement agreement, any vents found in marketplace must have been sold after May 23, 2000; if sold between signing of settlement agreement and consent to judgment and date order issued, Novik acted so as to interfere with orderly administration of justice or to impair authority or dignity of Court, and if vents sold after order issued, Novik disobeyed order of Court and guilty of contempt in either circumstance—Assumption relevant date May 23 incorrect as settlement agreement providing takes effect upon execution of both parties, i.e. June 16, 2000—Canplas also assuming any Airflo 50 vents in marketplace must have been sold after May 23, but ample evidence to contrary—Even if not believing testimony no sales or deliveries of Airflo 50 occurred after April 7, 2000, Canplas failed to prove beyond reasonable doubt Novik displayed, offered for sale, sold any Airflo 50 vents after June 16, 2000—Canplas also submitting just as breach of undertaking given to court contempt of court, where terms of settlement agreement incorporated into terms of court order, breach of terms of settlement agreement constituting contempt of court—Arguing Novik’s statement in preamble to settlement agreement undertaking had not sold Airflo 50 vents prior to execution of agreement—Undertaking is pledge or promise to do, refrain from doing certain act in future—Canplas arguing careless, reckless, negligent, inadvertent, casual conduct giving rise to contempt—Stating execution of agreement by Gaudreau without verifying changes instructed counsel to make in fact made constituting careless, negligent or reckless conduct—While refusal to recover any Airflo 50 vents previously shipped equally consistent with Novik not having sold any of offending product at time of negotiations, on July 7, 2000 Canplas aware of earlier sales—At that time, Canplas could have withdrawn motion for consent judgment and pursued action commenced earlier, or brought action for misrepresentation—Order on consent issuing based on consent of parties, not on representations parties made to each other to resolve dispute—Should not be construed as Court condoning misrepresentations by party, rather going to nature of relief sought—Canplas not proving beyond reasonable doubt Novik guilty of contempt—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 466.

CANPLAS INDUSTRIES LTD. V. NOVIK INC. (T-491-00, 2002 FCT 124, Hansen J., order dated 1/2/02, 19 pp.)

Application for show cause order for apparent breach of arrest of dredge *Sandpiper VI* and its equipment when defendants allegedly used portion of vessel’s equipment: floating dredging spoils pipeline—Plaintiff must establish

**PRACTICE—Continued**

*prima facie* case of conduct by which defendants have breached arrest warrant, existence of which defendants aware—Application allowed—Clearly established that not only equipment on board ship, but also any portion of vessel's equipment which have been removed and taken ashore before arrest, may be caught by arrest warrant: *Pacific Tractor Rentals (V.I.) Ltd. v. The Ship "Palaquin"* (1996), 115 F.T.R. 224 (T.D.)—Herein, *prima facie* case dredging spoils pipeline caught by arrest, based on plaintiff's motion and material—Movement of arrested equipment, without permission of Court, serious matter and may lead to finding of contempt—*Prima facie* case contempt committed—Show cause order will therefore issue.

WHYTE V. SANDPIPER VI (THE) (T-2157-01, 2002 FCT 271, Hargrave P., order dated 11/3/02, 7 pp.)

**COSTS**

Motion for reconsideration of cost portion of Court's judgment dated May 11, 2001, on ground Court did not consider cost award in light of offer of settlement made, of which Court unaware—By operation of r. 420(1), if judgment rendered more favourable than terms of offer to settle, plaintiff shall be entitled to double party-and-party costs, excluding disbursements, after date of service of offer—Main question to be decided appropriate reference date to compare value of plaintiff's offer to settle to value of judgment rendered by Court—Plaintiff's offer to settle characterized in case law as escalating offer to settle because offer grows in monetary terms as plaintiff incurs more legal expenses—Judgment awarding plaintiff amount of \$133,384 plus pre-judgment interest—Two bases for refusing, on merits, variation to Court's award on costs which is no costs awarded to either side as success equally divided—First, proper date of reference to value plaintiff's offer date of Court's judgment—Offer to settle not more favourable than judgment awarded—Second, r. 420(1) provides Court with discretion to override provision of entitlement to double costs after date of service of offer to settle more favourable than judgment—Court should discard offer to settle as made late, difficult to value, came at eve of trial—Date of Court's judgment appropriate date to measure value of plaintiff's offer to settle as reflects what plaintiff intended, takes into account all terms of offer—Offer to settle must be clear, unequivocal in order to attract consequences of r. 420—Three F.C.T.D. cases took into account lateness of offer to settle in reducing impact of r. 420—Motion dismissed—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 420.

GRAVEL AND LAKE SERVICES LTD. V. LAKE CHARLES (THE) (T-1063-96, 2002 FCT 265, Lemieux J., cost order dated 8/3/02, 12 pp.)

**PRACTICE—Continued**

Plaintiff's action dismissed with costs to defendant—Defendant small, recently established company—Operations significantly interrupted when its president, Kelly MacNutt, had to travel to Calgary to testify at trial—Plaintiff arguing maximum fees should be allowed only as punitive measure for instances of misconduct, if case obviously frivolous, litigation very complex, difficult—Also arguing misconduct not present, Court did not characterize case as frivolous—\$1,485 ticket written by MacNutt on firm's letterhead for "Missed work because of Court"—Doubtful provisions in court tariffs for witness expenses, presumably designed to assist in securing best possible evidence for courts, intended to address lost income of litigants—Wording of Federal Court Tariff A3(1), (3) implies "witness" distinguishable from "party" making payment—Concept consistent with historic view of disbursement as payment out-of-pocket to disinterested entity for performance advancing litigation—Tariff A3(1), (3) not authorizing payment, to litigant as witness, of amount for what might have been, but for attendance at trial as witness or to instruct counsel—That MacNutt gave evidence for approximately 1.5 hours on morning of second day of trial irrelevant factor—Tariff A3(1), (3) not applying to litigant as witness in own cause—Therefore, amount of \$1,485 disallowed—Defendant's Bill of Costs, presented at \$15,389.41, assessed at \$8,843.31—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, Tariff A.

TOP NOTCH CONSTRUCTION LTD. V. TOP-NOTCH OILFIELD SERVICES LTD. (T-1192-97, 2002 FCT 232, Stinson A.O., assessment of costs dated 1/3/02, 6 pp.)

Judicial review, addressing constitutionality of respondent's collection proceedings against applicant for tax debt owing to Internal Revenue Service (IRS) of United States of America, resulted in Court finding in favour of applicant, awarding three-quarters of applicant's costs in accordance with Federal Court Rules, 1998, Tariff B, column III—Items in bill of costs in dispute: two claims of 6 units each under item 3 for supplemental affidavits; \$1,800 claim under item 14(b) for second counsel; doubling of fees after December 8, 1999 under r. 420; \$14,012.43 for U.S. attorney Moran; photocopy claims—Item 3 "amendment of documents, where amendment necessitated by new or amended originating document, pleading, notice or affidavit of another party"—Item 14(b) "counsel fee to second counsel, where Court directs, 50% of amount calculated under paragraph (a)"—R. 420 providing where plaintiff making written offer to settle, and obtains judgment as or more favourable than terms of offer, plaintiff entitled to party-and-party costs to date of service of settlement offer, double such costs thereafter—(1) Respondent argued two of claims under item 5 (preparation, filing of contested motion) already address services claimed under item 3—



**PRACTICE—Continued**

Irrelevant whether supplemental affidavits claimed under item 3 address interlocutory proceedings or substantive issues of judicial review—Jurisdictions which capture partial indemnity in tariff such as Tariff B, generally list discrete events for recovery of costs, which may not be exhaustive—Applicant received indemnification under items 5, 13 thus precluding recovery under item 3—(2) Respondent arguing item 14(b) requiring direction of Court—R. 409 permitting assessment officer to consider r. 400(3) factors—Not meaning, relative to rr. 405 (assessment by assessment officer), 407 (assessment according to Tariff B), definition of “assessment officer” in r. 2, and constitution of Court outlined in Federal Court Act, s. 5 that assessment officer can exercise r. 400(1) authority of Court—Item 14(b) claim disallowed—(3) Respondent arguing applicant not entitled to double fees under r. 420 as settlement negotiations between IRS, applicant irrelevant to issues on judicial review—R. 419 providing r. 420 applies to judicial review proceedings—Court’s decision not extinguishing U.S. tax debt—Judicial review instituted June 30, 1999—Respondent suggested applicant approach IRS directly in September 1999—Settlement discussions flowed from contact with IRS—Unlikely respondent could have realistically influenced IRS to settle or extinguish U.S. tax debt, thus making judicial review unnecessary—From perspective of *Yared Realty Ltd. v. Topalovic* (1981), 45 C.P.C. 189 (Ont. H.C.), absence of language in r. 420(1) restricting application to parties to litigation, and as applicant’s dealings with IRS could have directly affected collection proceeds regardless of lapsed time limits in United States to formally challenge tax debt, result more favourable for applicant than for respondent and IRS—IRS, as part of counter-offer, included discontinuance of judicial review as term of settlement—Term motivated by wish to preclude any potential weakening of Convention—Double fees awarded—(4) Respondent argued charge for U.S. attorney should be deleted—Conceded Moran rendered service, but argued opinion letter not advancing litigation because addressed correctness of calculations underlying U.S. tax debt, matter not in issue at judicial review—Record indicating Moran retained because respondent’s disclosure allegedly inadequate—Applicant pursued position at time charge for Moran incurred based on need to elicit information from IRS representative, Ehrlich—Doubtful applicant would have attempted settlement of U.S. tax debt at this stage of life, but for respondent’s decision to proceed with collection—Therefore costs associated with Moran would not have been incurred but for said decision—Moran’s opinion, initially to address Ehrlich’s evidence in context of interlocutory proceedings for which no costs awarded, ultimately used for additional purposes such as settlement negotiations relevant in context of judicial review—Settlement proposal substantially based on his report, which was beyond expertise of Canadian

**PRACTICE—Continued**

counsel—Respondent proceeded with response—Must accept consequences of some associated costs—Applicant should bear some responsibility for difficulty posed—Amount claimed reduced to \$9,000—(5) Respondent argued claim for photocopies not meeting test of *Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.* (1990), 34 C.P.R. (3d) 267 (F.C.T.D.)—Photocopy charges sometimes include copies of irrelevant, marginally relevant authorities—Reduced amount of \$1,200 allowed—Bill of costs, presented at \$51,287.46 allowed at \$42,088.45—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 2 “assessment officer”, 400(3), 405, 407, 409, 419, 420, Tariff B, items 3, 14(b)—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 5 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 41, s. 11; S.C. 1992, c. 49, s. 127; 1996, c. 22, s. 1).

CHUA v. M.N.R. (T-1216-99, 2002 FCT 144, Stinson T.O., assessment of costs dated 7/2/02, 13 pp.)

**DISCOVERY***Examination for Discovery*

Application for leave to read in questions, answers from defendant’s examination for discovery—Litigation guardian appointed for defendant—A.C.J. ordered defendant to attend for examination for discovery as provided in Federal Court Rules, 1998, r. 97 on condition plaintiff may only introduce any part of examination for discovery pursuant to r. 288 with leave of trial judge—R. 288 permitting party to introduce as own evidence at trial any part of examination for discovery of adverse party—Plaintiff submitting once establishing defendant’s competence, defendant’s evidence may be read in without further leave—Defendant submitting order permitting two challenges to evidence going in, once on issue of competence and once as to any specific question plaintiff proposing to read in—Normally examining party has complete discretion as to parts of examination to be read in subject only to right of opposing party to seek to have questions and answers clarifying meaning read in—In absence of order, defendant’s discovery evidence governed by r. 288—Once decision made that person capable of being examined, so that order made under r. 237(6), right of party to use evidence thus obtained unrestricted—R. 237(6) permitting party to examine person under disability where intending to examine for discovery person appointed to act on behalf of person under legal disability—No application made under r. 237(6)—Clear from order that A.C.J. deferring issue of competence to be dealt with by trial judge—Videotape of examination for discovery leaving impression defendant’s comprehension of events in which engaged variable—Competence matter of capacity, not exercise of capacity i.e. that not remembering particular point not meaning have no capacity to remember: *R. v.*

**PRACTICE—Continued**

*Farley* (1995), 99 C.C.C. (3d) 76 (Ont. C.A.)—*Farley* test applicable to whether competent to testify in sense of mental capacity—Reading in explanatory passages remedy for incompleteness created as questions and answers mere selections from larger body of evidence—Appropriate to exclude answer where question unknown i.e. untranslated exchanges between defendant, interpreter, but must be decided on case-by-case basis—Appointment of litigation guardian not creating presumption defendant would lack appreciation of need to tell truth; insufficient to make evidence inadmissible as result of failure to inquire as to defendant's understanding of meaning of affirmation—Plaintiff granted leave to read in questions, answers from examination for discovery of defendant subject to defendant's right to propose additional passages be read in by way of explanation; defendant given leave to oppose reading in of questions, answers where untranslated exchanges between defendant, interpreter raising doubt as to whether question answered one asked—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 97, 237(6), 288.

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. FAST (T-453-00, 2002 FCT 248, Pelletier J., order dated 5/3/02, 8 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS***Default Judgment*

Plaintiff's barge damaged while on her delivery voyage in tow of 99 *Haedong Star*—Plaintiff effected both *in rem*, *in personam* service of statement of claim—Federal Court Rules, 1998, r. 210(1) providing for motion in default of defence, limiting default judgment to what is set out in statement of claim—Default judgment discretionary—No discernible reason why judgment in default of defence should not be granted, subject to part of default proceeding being *in rem*—*In rem* claims sometimes requiring reference to assess damages, but default judgment without reference possible where Court satisfied claim well-founded—Latter limitation, while set out in English Order 75, R. 21(7), not appearing in Federal Court Rules, 1998—But Order 75, R. 21(7) codification of long-established practice—Affidavit of President of plaintiff setting out, in straightforward way, claim for damages, satisfying Court claim well-founded—Judgment in default of defence, in amount of \$1,764,894.19 granted—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 210—Rules of the Supreme Court, 1965, (U.K.), S.I. 1965/1776, Ord. 75, R. 21(7).

ISLAND TUG & BARGE LTD. v. 99 *HAEDONG STAR* (THE) (T-1441-01, 2002 FCT 250, Hargrave P., order dated 5/3/02, 3 pp.)

**PRACTICE—Continued****PLEADINGS***Amendments*

Motion to set aside Prothonotary's orders granting leave to further amend statement of defence and counterclaim, and requiring plaintiffs to serve further affidavit of documents—Plaintiffs asserting Prothonotary erred by: (1) allowing defendant to include defence of obviousness based on prior art; (2) ordering plaintiffs to produce all of their costing documents, on full accounting basis, not on accepted basis of differential cost accounting, thus delaying hearing and increasing costs of trial preparation—Motion dismissed—(1) Court will only deny amendments in plain, obvious cases where matter in dispute beyond doubt—Plaintiff submitting prior art relied upon nefazodone base i.e. obvious conversion of nefazodone base to nefazodone salt obvious to one skilled in art—Defendant submitting prior art relied upon is common general knowledge in field—Consideration of such evidence, determination of such issues best left for hearing judge—(2) Case law not, as matter of law, imposing differential cost method as only approach Court may adopt in damages calculation—Each situation must be looked at in light of own particular facts, circumstances—Prothonotary not wrong in exercise of discretion—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 221.

BRISTOL-MYERS SQUIBB CO. v. APOTEX INC. (T-2078-00, 2002 FCT 161, Blanchard J., order dated 13/2/02, 6 pp.)

Motion for leave to file further amended objection pursuant to Federal Court Rules, 1998, r. 318—Applicants requested certified copy of transcript of proceedings before Information Commissioner's delegate on March 30, 2001—On June 4, 2001 Information Commissioner authorized disclosure of portion of transcript necessary to carry out investigations; stating information relating to jurisdictional facts with respect to Information Commissioner's orders of confidentiality—In submissions on law applicants stating Access to Information Act, s. 63(1)(a) allowing Information Commissioner to disclose any information necessary to carry out investigation under Act; Information Commissioner relying upon this section in filing of jurisdictional facts; delegate must have concluded necessary in order to carry out investigations that confidentiality orders be made, and since confidentiality order applications seeking orders quashing those orders, must therefore have authority to release transcripts—Information Commissioner submitting made mistake in authorizing release of portion of disclosure—Motion dismissed—R. 75 permitting Court to allow amendment at any stage—Extent to which position of another party taken in its pleadings, arguments would be

**PRACTICE—Continued**

undermined or unalterable, considerations in assessing whether amendment to document should be granted—Factors to consider in determining whether non-compensable prejudice would result including: stage proceedings at when amendment sought; extent to which amendment delays expeditious trial, extent to which position of other party, taken in its pleadings and arguments, would be undermined, unalterable: *Yeager v. Canada (Correctional Service)*, [2000] F.C.J. No. 537 (F.C.T.D.)—Information Commissioner clearly stated on June 4 information necessary to carry out investigation—Now changing his mind as result of applicants' submissions—No prejudice to Information Commissioner if further amendment not granted because still permitted to argue s. 63 not permitting him to release information not considering necessary to investigation—But changing mind on whether information necessary as result of submissions by opposing party non-compensable prejudice—Information Commissioner directed to file portion of transcript on confidential basis with Court—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 75, 318—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 63(1)(a).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) (T-582-01, 2002 FCT 127, McKeown J., order dated 1/1/02, 7 pp.)

*Motion to Strike*

Mootness—Original application for *mandamus* to force Minister to make decision on applicant's application for permanent residence—Application for permanent residence pending since 1994—Minister bringing motion to dismiss judicial review proceeding as moot on ground permanent resident status granted to applicant last fall, about one year after proceeding commenced and immediately before application to have been heard on merits—Motion to strike out by reason of mootness allowed; application for judicial review dismissed—Judicial review applications ordinarily considered on merits in expeditious process, but may be struck in very exceptional cases, where case "so clearly improper as to be bereft of any possibility of success: *David Bull Laboratories (Canada) v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.)—General analysis first, whether relief sought has become moot, as opposed to there being live controversy; second, if matter moot, whether Court ought to exercise discretion to hear application in any event—Application of leading case on mootness: *Borowski v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 342—Three fundamental justifications or rationales: must be adversarial context with parties having stake in outcome, or order to justify hearing moot issue; whether Court ought to apply scarce, expensive judicial resources to resolve point; whether Court ought to

**PRACTICE—Concluded**

hear matter where no dispute involving rights of parties, especially when to do so might intrude into domain of legislative branch of government—Observation in *Fogal v. Canada* (2000), 167 F.T.R. 266 (F.C.T.D.) that mootness cannot be avoided by way of Federal Court Rules, 1998, r. 64 not meaning declaratory relief automatically gone, once principal relief falls as moot, but rather that judge or prothonotary hearing motion to strike for mootness still has discretion to decide whether whole matter, not only principal moot point, but also plea for declaratory relief, ought still to proceed to trial on basis of *Borowski*—Herein, despite allegations passport mutilated by CSIS officials, confiscated by Immigration authorities, argument interest of public in rooting out corrupt officials, live issue as to costs, Court having already spent considerable time on matter, there is no tangible, concrete dispute, giving rise to live controversy—Not enough court time to hear every matter to conclusion, merely because party, believing strongly in case, wishes to have day in court—Here, would be improper to intrude upon legislative function of Parliament with preemptive decision—Applicant could still take separate proceeding such as judicial review as to passport or proceeding to claim damages for loss of income—As in *Canada (Attorney General) v. Khan* (1998), 160 F.T.R. 83 (F.C.T.D.), applicant entitled not only to out-of-pocket disbursements, but also to reasonable sum, as lump sum, to reimburse him for lost time in pursuing legitimate interests—Applicant awarded lump sum of \$1,350 to go toward reimbursing him for lost time in pursuing interests—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 64.

RAHMAN v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6095-00, 2002 FCT 137, Hargrave P., order dated 5/2/02, 19 pp.)

**VETERANS**

Application for judicial review of Veterans Review and Appeal Board decision affirming Entitlement Review Panel decision awarding applicant 2/5 of pension entitlement for condition of tenosynovitis of right ankle—Applicant seeking full entitlement—While employed in Armed Forces, applicant suffered right ankle injury in 1996 while undergoing morning physical training run under command of officer—Ankle injury since developed into tenosynovitis—When applicant applied for disability pension in January 1998, Minister found no evidence service factors aggravated applicant's inversion sprains of right ankle as she did not have tendon complaints at time of discharge from service, or for one year following discharge—Review Panel awarded 2/5 pension entitlement, withholding 3/5 entitlement for portion of claimed condition reasonably attributable to applicant's normal lifestyle activities—

**VETERANS—Continued**

Appeal Board affirmed decision on basis of absence of documentation relating injury to service factors—Applicant seeking to overturn Appeal Board decision on basis made decision without regard for evidence before it, or made it on erroneous finding of fact—Application allowed—Question of whether applicant's disability caused or aggravated by military service being one of fact, considerable deference should be afforded to Appeal Board decision—Standard of review patent unreasonableness—Here, no medical opinion

**VETERANS—Concluded**

specifically relating cause of right ankle tenosynovitis to military service—However, not open to Appeal Board to dismiss appeal on grounds it did—In absence of any evidence on record to support conclusion of non-service related injury or condition, decision on this basis, as Appeal Board's, not supported by evidence—Decision therefore patently unreasonable.

KOZAK V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-646-00, 2002 FCT 169, Dawson J., order dated 14/2/02, 12 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions 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 demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg*

## ACCÈS À L'INFORMATION

Demande de contrôle judiciaire de la décision de TPSGC de communiquer certains renseignements et documents de tiers en vertu de la Loi sur l'accès à l'information—La demanderesse, qui fait affaire dans le domaine de l'imprimerie par l'entremise de sa filiale St. Joseph Printing Ltd., a décidé de tenter d'acquérir les actifs du Groupe Communication Canada (GCC), une entreprise du gouvernement fédéral que celui-ci voulait privatiser—La demanderesse a engagé des négociations et a conclu avec le gouvernement une entente de non-divulgence concernant les renseignements (analyses, compilations, prévisions, études, etc.) obtenus au cours de l'enquête relative aux opérations de GCC, dans le cadre du processus d'appel d'offres—La demanderesse a finalement acheté les actifs de GCC—Le défendeur a reçu une demande, en vertu de la Loi, pour la production de documents liés au plan du gouvernement de privatiser GCC et à l'achat subséquent de ce dernier par la demanderesse—La question en litige est de savoir si les documents en cause sont exclus de la divulgation en vertu de l'art. 20(1)a), b), c), d) et (2) de la Loi—La demanderesse fait valoir que les documents demandés contiennent des secrets industriels et des renseignements financiers, commerciaux, scientifiques ou techniques de nature confidentielle qui ont été traités comme tels de façon constante ainsi que des renseignements qui peuvent clairement nuire de manière appréciable à ses intérêts commerciaux et à sa compétitivité dans l'industrie de l'imprimerie; elle soutient que la divulgation des documents risquerait vraisemblablement d'entraver des négociations menées par un tiers en vue de contrats ou à d'autres fins et que les documents donnent les résultats d'essais qui lui ont été fournis à titre onéreux dans le cadre de la vente des actifs de GCC—Demande accueillie en partie—En vertu de l'art. 44 de la Loi, c'est la partie qui s'oppose à la divulgation qui a le fardeau de la preuve—La partie qui tente d'éviter la divulgation a une «lourde charge»: *Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Premier ministre)*, [1993] 1 C.F. 427 (1<sup>re</sup> inst.)—En ce qui concerne les secrets industriels (20(1)a)), la preuve par affidavit déposée par la demanderesse

## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

ne lui a pas permis de s'acquitter de ce fardeau parce que l'affidavit n'est rédigé qu'en termes généraux et, au lieu de constituer un énoncé des faits, il est de nature plutôt spéculative (*Société Gamma Inc. c. Canada (Secrétariat d'État)* (1994), 79 F.T.R. 42 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Maislin Industries Ltd. c. Canada (Ministre de l'Industrie et du Commerce, Expansion économique régionale)*, [1984] 1 C.F. 939 (C.A.)—Pour ce qui est de la divulgation de renseignements confidentiels de nature financière, commerciale, scientifique ou technique (20(1)b)), il ne suffit pas qu'un tiers déclare, sans en faire la preuve, que les renseignements en question sont confidentiels (*Air Atonabee Ltd. c. Canada (Ministre des Transports)* (1989), 27 F.T.R. 194 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—La jurisprudence est contradictoire relativement à l'effet que l'on doit donner à une entente de non-divulgence comme celle dont il est question en l'espèce—La Cour peut tenir compte des ententes de non-divulgence dans l'évaluation de la confidentialité objective des renseignements—Cependant, les ententes de non-divulgence demeurent subordonnées à la Loi—Compte tenu de l'absence d'éléments de preuve portant sur la manière dont les documents demandés sont objectivement confidentiels et dont ils ont été conservés de façon confidentielle, la demanderesse ne s'est pas acquittée du fardeau de preuve afin d'exclure tous les documents demandés en vertu de l'art. 20(1)b) de la Loi—Le critère relatif à l'application de l'art. 20(1)c) et d) de la Loi est celui d'un risque vraisemblable de préjudice probable: *Saint John Shipbuilding Ltd. c. Canada (Ministre de l'Approvisionnement et des Services)* (1989), 24 F.T.R. 32 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), conf. par (1990), 67 D.L.R. (4th) 315 (C.A.F.)—En l'espèce, l'affidavit ne fait que spéculer au sujet du préjudice probable—En ce qui concerne l'art. 20(2) de la Loi, en l'absence d'éléments de preuve indiquant que des frais ont été payés, la Cour n'est pas en mesure de conclure qu'une exemption est établie—La demande présentée par la demanderesse afin d'obtenir que les noms des tiers qui figurent dans différents documents partout parmi ceux qui ont été demandés soient enlevés parce que ces personnes ont le droit de recevoir l'avis à la tierce partie a été

**ACCÈS À L'INFORMATION—Fin**

rejetée en vertu de la décision *Tridel Corp. c. Société canadienne d'hypothèques et de logement* (1996), 115 F.T.R. 185 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—En ce qui concerne l'argument que les documents relatifs aux baux sont de nature commerciale et financière et ne devraient pas être communiqués, la preuve soumise sur cette question par la demanderesse est insuffisante pour établir un risque vraisemblable de préjudice probable—En ce qui concerne le secret des communications entre client et avocat, l'avis préparé par les avocats a été expressément préparé pour être utilisé par la partie qui n'est pas leur cliente; on a donc renoncé au secret des communications: *Stevens c. Canada (Premier ministre)*, [1997] 2 C.F. 759 (1<sup>re</sup> inst.), conf. par [1998] 4 C.F. 89 (C.A.)—Pour ce qui est de l'intérêt légitime, il y a un intérêt légitime à protéger un avis juridique fourni aux parties à une transaction commerciale comme celle dont il est question en l'espèce—Rien n'empêche, apparemment, d'étendre le bénéfice du privilège lié à un intérêt commun aux opinions juridiques échangées en l'espèce, en particulier à la lumière des observations conjointes des avocats des parties—Par conséquent, les opinions juridiques et les renseignements décrits dans l'annexe A seront exclus de la divulgation pour les motifs exposés ci-dessus—Le reste des documents demandés sera communiqué puisque la demanderesse n'a pas fourni d'éléments de preuve ayant une valeur probante suffisante pour satisfaire au critère juridique de l'exemption de la divulgation en vertu de la Loi—Les documents ne seront pas communiqués jusqu'à l'expiration de tout délai d'appel applicable—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 20(1)a), b), c), d), (2), 44.

ST. JOSEPH CORP. C. CANADA (TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (T-2785-97, 2002 CFPI 274, juge Heneghan, ordonnance en date du 12-3-02, 27 p.)

**ANCIENS COMBATTANTS**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le Tribunal des anciens combattants (révision et appel) a confirmé la décision par laquelle le comité de révision avait accordé à la demanderesse les 2/5 de la pension à laquelle celle-ci avait droit pour une ténosynovite à la cheville droite—La demanderesse cherchait à obtenir toute la pension à laquelle elle avait droit—Pendant qu'elle était membre des Forces armées, la demanderesse s'était, en 1996, blessée à la cheville droite en courant le matin, au cours d'une séance d'éducation physique, sous le commandement d'un officier—La blessure à la cheville a occasionné une ténosynovite—Lorsque la demanderesse a demandé une pension d'invalidité au mois de janvier 1998, le ministre a conclu que rien ne montrait que des facteurs liés au service eussent aggravé les

**ANCIENS COMBATTANTS—Fin**

entorses d'inversion à la cheville droite puisque la demanderesse ne s'était pas plainte d'avoir mal aux tendons au moment où elle s'était retirée du service, ou au cours de l'année suivante—Le comité a accordé les deux cinquièmes de la pension, mais il a refusé d'accorder les trois cinquièmes de la pension pour le degré d'invalidité alléguée qui serait raisonnablement attribuable aux activités courantes de la demanderesse—Le Tribunal a confirmé la décision en se fondant sur l'absence de documentation permettant d'établir un lien entre la blessure et des facteurs liés au service—La demanderesse cherchait à faire annuler la décision du Tribunal pour le motif que celui-ci avait rendu une décision sans tenir compte de la preuve dont il disposait, ou qu'il avait rendu une décision fondée sur une conclusion de fait erronée—Demande accueillie—La question de savoir si l'invalidité dont la demanderesse est atteinte a été causée ou aggravée par son service militaire est une question de fait; il faut faire preuve d'énormément de retenue à l'égard de la décision du Tribunal—La norme de contrôle appropriée est celle de la décision manifestement déraisonnable—En l'espèce, aucun avis médical n'indique expressément que le ténosynovite dont la demanderesse est atteinte à la cheville droite est attribuable à son service militaire—Toutefois, il n'était pas loisible au Tribunal de rejeter l'appel pour les motifs sur lesquels il s'est fondé—En l'absence d'une preuve au dossier permettant de conclure qu'une blessure ou une affection n'ayant aucun rapport avec le service s'était aggravée, la preuve ne justifie pas une décision, telle que celle du Tribunal, rendue sur cette base—La décision était donc manifestement déraisonnable.

KOZAK C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-646-00, 2002 CFPI 169, juge Dawson, ordonnance en date du 14-2-02, 14 p.)

**ASSURANCE-EMPLOI**

Demande de contrôle judiciaire de la décision du juge de la Cour canadienne de l'impôt voulant que M. Dixon travaille pour le demandeur à titre d'employé et non comme entrepreneur indépendant—Demandeur s'opposant à la conclusion du juge, fondée sur l'arrêt *Wiebe Door Services Ltd. c. M.N.R.*, [1986] 3 C.F. 553 (C.A.), selon laquelle, à la lumière des faits, M. Dixon travaillait en qualité d'employé, malgré l'entente verbale à l'effet contraire—Appel rejeté—Le juge n'a commis aucune erreur dans sa façon d'apprécier les divers facteurs en cause—En dernière analyse, la Cour doit trancher la question de savoir si le travail est un «emploi assurable» au sens de la Loi sur l'assurance-emploi en appliquant le critère juridique à l'ensemble des faits et non simplement en croyant les parties sur parole—Aucune question constitutionnelle soulevée en l'espèce puisqu'il n'est

**ASSURANCE-EMPLOI—Suite**

pas question de liberté contractuelle—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23.

KREUTZ C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (A-72-00, 2002 CAF 94, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 6-3-02, 3 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre selon la Loi sur l'assurance-emploi, qui avait confirmé une sanction imposée au demandeur par le conseil arbitral, au motif qu'il avait sciemment négligé de révéler tous ses gains pour la période de référence en question—La question était de savoir si la Commission s'était acquittée de son obligation de prouver que le demandeur avait sciemment fait une déclaration fautive ou trompeuse—Il s'agissait du premier cas de sanction où la Cour était appelée à décider un point portant sur l'utilisation de la méthode Teleduc pour les déclarations que doit faire un prestataire de l'assurance-emploi—Les questions posées dans le système Teleduc sont «similaires», mais pas nécessairement identiques, à celles qui figurent sur la fiche de déclaration—La Commission avait la charge de prouver, suivant la prépondérance de la preuve, qu'un prestataire avait sciemment fait une déclaration fautive ou trompeuse—Pour s'acquitter de ce fardeau, la Commission devait produire la preuve des questions effectivement posées, ainsi que la preuve des réponses données—C'était une question d'équité—En toute équité, un prestataire doit être informé de la question censément simple à laquelle il a mal répondu, afin qu'il ait une possibilité raisonnable d'offrir une explication—Le juge-arbitre a commis une erreur sujette à révision parce qu'il aurait dû dire que le conseil arbitral avait fondé sa décision sur une conclusion de fait essentielle qui était dépourvue de la force probante requise—Il n'y avait aucune preuve de la question ou des questions effectivement posées à l'époque pertinente dans le système Teleduc à propos du travail et de la rémunération—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-emploi, L.C. 1996, ch. 23.

CAVERLY C. CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) (A-211-01, 2002 CAF 92, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 28-2-02, 5 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision du juge-arbitre—Le juge-arbitre a seulement compétence pour trancher la question de savoir si le conseil a commis une erreur lorsqu'il a tiré ses conclusions touchant le calcul du montant du versement excédentaire fait au défendeur—Ni le juge-arbitre ni le conseil n'était compétent pour obliger la Commission à exercer son pouvoir discrétionnaire de défalquer un versement excédentaire—Ni le conseil ni le juge-arbitre ne peut déclarer que le refus de la Commission constitue un abus de procédure—Juge-arbitre concluant à

**ASSURANCE-EMPLOI—Fin**

l'absence de manquement aux règles de la justice naturelle par le conseil arbitral, motif invoqué par le contestataire pour interjeter appel au juge-arbitre—Rien n'autorisait donc le juge-arbitre à accueillir l'appel visant la décision du conseil—Demande accueillie.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. WOODS (A-417-01, 2002 CAF 91, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 4-3-02, 2 p.)

**BREVETS****PRATIQUE**

Requête par laquelle la défenderesse Apotex Inc. interjette appel de l'ordonnance rendue par le protonotaire Aronovitch restreignant l'utilisation de la preuve documentaire (références d'antériorité) à l'audition de l'affaire—L'avis d'allégation d'invalidité d'Apotex était étayé par 96 références d'antériorité—Les demanderesse sollicitent une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Apotex pour le médicament appelé sertraline—Le protonotaire a appliqué l'arrêt de la C.A.F. *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (2000), 7 C.P.R. (4th) 272—Les références d'antériorité en cause n'établissent pas simplement l'état des connaissances d'un homme du métier au moment du dépôt du brevet—Les documents ont pour effet d'élargir le fondement factuel des allégations au-delà de ce qui est énoncé dans l'avis d'allégation—La C.A.F. a statué dans l'arrêt *Hassle* que cela n'est pas permis—Le protonotaire n'a pas commis d'erreur en appliquant les principes énoncés dans l'arrêt *Hassle* à la preuve d'antériorité contestée—Il était loisible au protonotaire d'imposer des limites en permettant l'utilisation appropriée des antériorités aux fins d'un contre-interrogatoire et d'interdire leur utilisation dans les plaidoiries présentées dans la demande au sujet de la validité du brevet—L'argument avancé par la défenderesse Apotex au sujet de la présumée dichotomie peu pratique de la preuve est dénué de fondement—Le protonotaire n'a pas commis d'erreur de droit en examinant la requête des demanderesse et en tirant la conclusion qu'elle a tirée—Elle n'a pas clairement commis d'erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—Requête rejetée.

PFIZER CANADA INC. C. APOTEX INC. (T-2096-00, 2002 CFPI 152, juge Blanchard, ordonnance en date du 11-2-02, 6 p.)

Bristol-Myers Squibb, demanderesse, titulaire d'un brevet relatif au médicament connu sous l'appellation paclitaxel, dépose une liste de brevets quant à ce produit, conformément au Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Biolyse Pharma Corporation, défenderesse,

**BREVETS—Fin**

dépose une présentation de drogue nouvelle pour le médicament paclitaxel—Le ministre a délivré un avis de conformité sans obliger Biolyse à préparer et signifier un avis d'allégation touchant le brevet de la demanderesse—La demanderesse sollicite le contrôle judiciaire de la décision du ministre—La demanderesse dépose une requête en production de documents malgré la délivrance d'une attestation en application de l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada—La décision du ministre voulant que la présentation de Biolyse ne soit pas visée par l'art. 5(1), (1.1) du Règlement, peut-elle résister au contrôle judiciaire?—Production de documents pertinents à une demande de contrôle judiciaire et se trouvant en possession d'un office fédéral régie par la règle 317—Le ministre revendique le droit de ne pas divulguer les documents en sa possession en délivrant une attestation fondée sur l'art. 37 de la Loi sur la preuve au Canada—Les raisons d'intérêt public déterminées invoquées par la représentante du ministre touchent à la confiance qu'ont les fabricants de médicaments dans le fait que les renseignements commerciaux confidentiels leur appartenant ne seront pas divulgués au grand public à leur détriment—L'intérêt public que fait jouer la divulgation est l'intérêt public lié à l'application régulière du Règlement, laquelle est examinée par voie de demande de contrôle judiciaire—Application régulière du Règlement et des exigences de l'administration de la justice justifiant la Cour d'écarter les raisons d'intérêt public déterminées exposées dans l'attestation—Règle 317, d'application plus restreinte, régissant la production de documents par un office fédéral—Le seul document pouvant être valablement déposé devant la Cour est celui dont la production a été demandée dans l'avis de demande—Ajournement de l'audition de la requête pour permettre aux parties de tenter de s'entendre sur les modalités d'une ordonnance conservatoire acceptable pour tous relativement à ce document—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(1) (mod. par DORS/98-166, art. 4), (1.1) (édicé par DORS/99-379, art. 2)—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 37—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 317.

BRISTOL-MYERS SQUIBB CO. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1898-01, 2002 CFPI 208, juge Pelletier, ordonnance en date du 26-2-02, 10 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION**

## STATUT AU CANADA

*Citoyens*

Appel, interjeté en vertu de l'art. 14(5) de la Loi sur la citoyenneté et de l'art. 21 de la Loi sur la Cour fédérale, d'une

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

décision du juge de la citoyenneté qui a rejeté, au motif que le demandeur n'avait pas centralisé son mode d'existence au Canada, la demande de citoyenneté qu'il avait présentée suivant l'art. 5(1)—Entre la date de son entrée au Canada en tant que résident permanent, le 27 février 1997, et la date de sa demande de citoyenneté canadienne en mars 2000, le demandeur a été absent du Canada pendant 869 jours et physiquement présent pendant 268 jours—Appel rejeté—La norme de contrôle d'une décision d'un juge de la citoyenneté à l'égard de la sélection et de l'application du critère de résidence est la décision correcte: *Zhang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] A.C.F. n° 778 (QL) (1<sup>re</sup> inst.)—La cour siégeant en appel doit vérifier que le juge de la citoyenneté a correctement appliqué l'un des critères de résidence (la centralisation du mode habituel de vie, la qualité de l'attachement, la présence physique, la centralisation du mode d'existence), mais ne doit pas substituer son opinion à celle du juge de la citoyenneté à moins qu'il n'ait commis une erreur dans l'application du critère de résidence—Suivant la Loi, le demandeur doit avoir accumulé au moins trois ans (1 095 jours) de résidence au Canada au cours des quatre années précédant immédiatement la date de sa demande—Le juge de la citoyenneté a appliqué le critère de «centralisation du mode d'existence» de *Koo (Re)*, [1993] 1 C.F. 286 (1<sup>re</sup> inst.)—Le juge de la citoyenneté n'a pas commis d'erreur de droit ou de fait en concluant que le demandeur n'avait pas centralisé son mode d'existence ou sa résidence au Canada avant le 1<sup>er</sup> juin 1997, que seulement 1 002 jours pouvaient lui être crédités à titre de résidence présumée depuis cette date, que par conséquent il lui manquait encore des jours de résidence pour qu'on lui attribue la citoyenneté—Opinion incidente: le juge de la citoyenneté pouvait conclure que les liens du demandeur avec les États-Unis étaient plus étroits que ceux qu'il avait avec le Canada—Le demandeur n'est pas exempté de l'obligation de démontrer que son attachement au Canada est plus grand que celui pour les États-Unis, où il a vécu, étudié et travaillé pendant la majeure partie de la période en question—Un étudiant doit d'abord établir son lieu de résidence au Canada avant de quitter le pays pour aller étudier à l'étranger s'il veut que ses absences du Canada soient prises en compte comme périodes de résidence présumée dans le calcul des jours de résidence au Canada—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 44, art. 1; L.C. 1992, ch. 21, art. 7), art. 14(5) (mod. par L.C. 1995, ch. 15, art. 23)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 21.

PARAPATT C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-527-01, 2002 CFPI 229, juge Kelen, ordonnance en date du 1-3-02, 11 p.)



## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

*Réfugiés au sens de la Convention*

Contrôle judiciaire d'une décision de la section du statut de réfugié de la CISR qui avait refusé au demandeur le statut de réfugié—Le demandeur, un ressortissant irakien, est un Musulman chiite fervent—Il a témoigné que, avant le régime actuel, il se rendait quatre ou cinq fois par jour dans une mosquée—Il avait cessé en 1988 d'aller à la mosquée parce que les forces de sécurité sortaient les croyants de la mosquée pour ensuite les emprisonner—Il a continué de pratiquer sa religion chez lui—Le tribunal a jugé que tout au plus le revendicateur avait été empêché de pratiquer sa religion hors de chez lui et qu'il n'existait aucun élément de preuve crédible qu'il avait pris part à des manifestations, des défilés ou des démonstrations publiques de sa religion—La Section de première instance de la Cour fédérale a jugé, dans l'affaire *Fosu c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1994), 90 F.T.R. 182 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), que le droit à la liberté de religion comprend aussi la liberté de manifester sa religion, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites, et que la persécution du fait de la religion peut prendre diverses formes telles que l'interdiction de célébrer le culte en public ou en privé—Le demandeur a fait valoir que la CISR avait l'obligation de se demander si la restriction imposée au droit du demandeur de pratiquer sa religion en dehors de chez lui, c'est-à-dire en public, constituait en la circonstance une persécution—Le défendeur a avancé que, selon la section du statut de réfugié, le demandeur n'avait pas prouvé d'une manière crédible qu'il était empêché de pratiquer publiquement sa foi—Demande accueillie—Le tribunal avait négligé, contrairement à son obligation selon le jugement *Fosu*, d'analyser les raisons pour lesquelles le demandeur avait cessé de se rendre à la mosquée depuis 1988, et négligé de se demander si cette interruption résultait d'une persécution.

HUSSEINI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-500-01, 2002 CFPI 177, juge Lemieux, ordonnance en date du 18-2-02, 7 p.)

*Résidents permanents*

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un agent des visas qui avait refusé à la demanderesse la résidence permanente au Canada dans la catégorie des travailleurs autonomes, en tant qu'agent d'assurances—Avant sa demande de résidence permanente au Canada, la demanderesse avait quitté la Lettonie pour se rendre aux États-Unis et avait travaillé dans ce pays de 1997 à 2000 comme préposée aux services financiers pour la Metropolitan Life dans l'État de New York; elle vendait des polices d'assurance-vie et travaillait comme représentante commerciale pour les gens qui voulaient investir dans des fonds communs de placement et autres—Elle travaillait à la commission, pour des gains

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

annuels de 25 000 \$US—La question était de savoir si l'agent des visas avait commis une erreur parce que l'évaluation n'était pas conforme au Règlement et parce que l'agent n'avait pas considéré l'exercice de son pouvoir discrétionnaire favorable—Demande rejetée—Il n'y avait aucune erreur dans la manière dont l'agent des visas avait considéré les facteurs énumérés dans le Règlement—Même si l'agent des visas a commis une erreur en affirmant qu'un vendeur de produits d'assurance ou d'investissement qui est rémunéré à la commission ne peut jamais devenir un travailleur autonome, il n'a pas commis d'erreur en affirmant que l'entreprise projetée ne constituerait pas un avantage significatif pour l'économie canadienne—L'agent n'a pas commis d'erreur en affirmant que, si les gains de la demanderesse au Canada devaient être semblables à ses gains aux États-Unis, alors ils ne constitueraient pas un avantage significatif pour l'économie canadienne—Il n'a pas été démontré que les gains seraient notablement supérieurs au Canada—La demanderesse n'a présenté aucun plan d'entreprise ni aucune prévision à l'agent des visas et n'a pu expliquer comment elle entendait tripler son revenu au Canada—La conclusion de l'agent des visas selon laquelle l'entreprise projetée ne contribuerait pas d'une manière significative à l'économie canadienne n'était pas déraisonnable—Quant à l'exercice du pouvoir discrétionnaire favorable, hormis la demande d'un requérant, ou hormis des faits laissant voir qu'il existe une bonne raison expliquant pourquoi les points d'appréciation accordés ne rendent pas véritablement compte des chances d'un requérant de réussir son installation au Canada, l'agent des visas n'est pas tenu automatiquement d'exercer le pouvoir discrétionnaire favorable que lui confère le Règlement—Règlement de 1978 sur l'immigration, DORS/78-172.

TURCINOVICA C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3591-00, 2002 CFPI 164, juge Dawson, ordonnance en date du 13-2-02, 14 p.)

Demande de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle une agente des visas a refusé la demande de résidence permanente du demandeur au regard de la catégorie des immigrants indépendants, comme ouvrier-ajusteur—L'agente des visas a accordé 66 points d'appréciation au demandeur, tandis qu'il en faut 70 pour que la demande soit acceptée—Elle lui a accordé deux points sur une possibilité de neuf pour ses aptitudes en langue et cinq points sur une possibilité de dix pour le facteur de la personnalité—Le demandeur conteste ces appréciations—La demande est accueillie—En ce qui a trait à la norme de contrôle applicable, la Cour doit intervenir seulement en cas d'erreur de droit apparente à la lecture du dossier ou de manquement au devoir d'agir équitablement ou si, dans l'exercice de son pouvoir de discrétion, l'agent des visas a tiré une conclusion de fait manifestement

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite**

déraisonnable—Concernant la langue, rien n'indique que l'agente des visas a présumé que la connaissance de la langue devait être parfaite pour être considérée au regard de la norme «couramment»—Elle n'a pas commis d'erreur en omettant d'apprécier l'aptitude du demandeur à l'égard de la norme «couramment», compte tenu du fait que le demandeur lui-même considérait qu'il parlait, écrivait et lisait l'anglais «correctement»—L'agente des visas n'a pas commis d'erreur en n'accordant aucune importance particulière ou aucune importance au tout au résultat du TOEFL (*Test of English as a Foreign Language*)—La Cour ne voit aucun motif pour intervenir dans l'appréciation de l'agente de visas quant à l'aptitude du demandeur à écrire en anglais—Il n'y a aucun élément de preuve qui indique que l'agente des visas n'était pas qualifiée pour apprécier les aptitudes du demandeur en anglais pour les besoins de l'immigration—L'appréciation de ses compétences en la matière incombe à son employeur et non à la Cour qui statue sur une demande de contrôle judiciaire—L'agente des visas a commis une erreur en appréciant la personnalité du demandeur principalement au regard de son défaut d'explorer le marché du travail canadien dans son ensemble, lorsqu'elle a refusé d'examiner la preuve pertinente du demandeur concernant ses recherches, notamment celles sur Internet, qui indiquaient l'existence d'un nombre raisonnable d'emplois dans la profession qu'il envisageait d'exercer au Canada—Considérant cette erreur, la conclusion de l'agente concernant le facteur de la personnalité, que l'on peut attribuer en grande partie à l'impression qu'elle avait que le demandeur n'avait pas réussi à faire preuve d'initiative dans l'étude du marché du travail au Canada dans son ensemble, ne pouvait être qu'injustifiée—La preuve démontre que l'entrevue avec le demandeur n'a pas été menée convenablement pour les besoins de l'appréciation du demandeur, particulièrement en ce qui a trait au facteur de la personnalité pour lequel l'agente a tiré une conclusion sans tenir compte de l'information pertinente que le demandeur a tenté de faire ressortir et pour lequel elle a apparemment considéré le niveau d'éducation, un facteur qu'elle avait déjà évalué et qui, par conséquent, n'était pas pertinent à l'appréciation de la personnalité—Les circonstances de l'espèce sont exceptionnelles parce qu'il a fallu tenir une deuxième séance de conférence téléphonique pour terminer le contre-interrogatoire portant sur l'affidavit de l'agente des visas; ces circonstances constituent des raisons spéciales justifiant l'attribution des dépens au demandeur pour un montant tenant compte exclusivement des préparatifs de la deuxième séance de contre-interrogatoire et du temps consacré à celle-ci—La Cour fixe les dépens à 500 \$.

WANG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3912-00, 2002 CFPI 146, juge MacKay, ordonnance en date du 8-2-02, 13 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin****Raisons d'ordre humanitaire**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle une agente de Citoyenneté et Immigration a refusé que la demanderesse présente une demande de l'intérieur du Canada pour des raisons d'ordre humanitaire—L'agente a considéré que le mariage de la demanderesse était un mariage de convenance—La demanderesse, une citoyenne du Ghana, a épousé Frank Oduro à Scarborough (Ontario), en avril 1997—Le mari a présenté une demande dans le but de parrainer une demande d'établissement en novembre 1998—Affidavits de la demanderesse et du mari attestant l'authenticité du mariage—Après avoir rencontré les deux parties, l'agente d'immigration a rejeté la demande au motif que le mariage n'était pas authentique—La demanderesse prétend qu'elle n'a pas eu droit à la justice naturelle parce que l'agente d'immigration ne lui a pas révélé les renseignements défavorables contenus dans le dossier au sujet de l'authenticité de son mariage—Elle prétend aussi qu'elle n'a pas vraiment eu la possibilité de faire valoir ses arguments—L'obligation d'agir équitablement exige que l'agent d'immigration qui examine une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire avise le demandeur de tout élément de preuve extrinsèque et lui donne la possibilité d'y répondre avant de rendre sa décision—Le défendeur s'appuie sur l'affidavit de Gregory G. George, un conseiller juridique de la section du droit de l'immigration du ministère de la Justice—L'art. 12(1) des Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration s'applique—Cette disposition fait en sorte que les règles habituelles de preuve de la common law, notamment celle relative au oui-dire, régiront l'admissibilité de l'affidavit de M. George—La preuve par oui-dire est admissible seulement si la Cour est convaincue que le critère à deux volets de la nécessité et de la fiabilité est rempli—Contradiction directe entre le témoignage de la demanderesse et la position adoptée par le défendeur—Ce dernier n'a pas réussi à convaincre la Cour de la nécessité de produire le témoignage de l'agente d'immigration de cette manière—Aucun poids donné à l'affidavit de M. George—L'obligation d'agir équitablement exige que l'agente porte à l'attention de la demanderesse tout élément de preuve extrinsèque qui va à l'encontre de ses intérêts—La demanderesse doit avoir la possibilité de répondre aux renseignements—La demanderesse n'a pas eu cette possibilité—Demande accueillie—Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22, art. 12.

AKOMAH C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-5341-00, 2002 CFPI 99, juge Hansen, ordonnance en date du 28-1-02, 9 p.)

**DROIT AÉRIEN**

Appel d'une décision de la Section de première instance (2001), 199 F.T.R. 312) rejetant la demande de contrôle

**DROIT AÉRIEN—Fin**

judiciaire relative à une décision du comité d'appel du Tribunal de l'aviation civile—Comité d'appel ayant confirmé l'amende de 250 \$ infligée en vertu de l'art. 7.7 de la Loi sur l'aéronautique, par le ministre des Transports à l'appelant pour avoir émis une instruction du contrôle de la circulation aérienne contraire à la norme applicable—Apprenti contrôleur de la circulation aérienne à l'Aéroport de Dorval donnant instruction à un pilote d'aéronef d'utiliser la voie de circulation B2 et de traverser la piste 28, et autorisant un autre aéronef à décoller de cette même piste—Apprenti sous la surveillance de l'appelant, qui était alors un contrôleur de la circulation aérienne de service—Instruction en réalité donnée par l'apprenti—Appel reposant sur l'interprétation de l'art. 801.01(2) du Règlement de l'aviation canadien—Instruction contraire aux normes d'espacement—Est-ce qu'un contrôleur de la circulation aérienne émet une instruction du contrôle de la circulation aérienne au sens de la disposition pertinente lorsque l'instruction en cause est donnée par un apprenti sous la surveillance d'un contrôleur de la circulation aérienne de service?—La décision du comité d'appel voulant que l'appelant ait violé cette disposition est déraisonnable, et donc erronée en droit, parce que la seule instruction du contrôle de la circulation aérienne visée en l'espèce a été émise par une autre personne: l'apprenti—Le ministre a omis d'établir que l'appelant a commis l'*actus reus* de l'infraction qui lui est reprochée—Rien dans le Règlement ou les principes de droit plus généraux ne permet de conclure que l'acte d'un employé est réputé être celui d'une autre personne—Les admissions de l'appelant voulant qu'il soit «responsable» des actes de l'apprenti et tenu de les surveiller sont dénuées de pertinence lorsqu'il s'agit de décider si une personne a violé son obligation de ne pas émettre une instruction irrégulière—Décision du comité d'appel dénuée de fondement rationnel—Rien n'empêche l'introduction d'une procédure disciplinaire en l'espèce—Appel accueilli—Loi sur l'aéronautique, L.R.C. (1985), ch. A-2, art. 7.7 (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 33, art. 1; L.C. 1992, ch. 4, art. 20)—Règlement de l'aviation canadien, DORS/96-433, art. 801.01(2).

HUDGIN C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-101-01, 2002 CAF 102, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 14-3-02, 8 p.)

**DROIT MARITIME****PRATIQUE**

La demanderesse, Global Enterprises International Inc., sollicitait: a) une ordonnance lui accordant l'autorisation de déposer un affidavit supplémentaire pour corriger le montant de sa réclamation sous diverses rubriques contenues dans l'affidavit de Wayne Fallis déposé le 11 juillet 2001; b) une ordonnance de paiement sur le produit de la vente des navires

**DROIT MARITIME—Fin**

*Sagran, Aquarius et Admiral Arciszewski*, actuellement détenus en fidéicommis, au crédit de la demanderesse pour les frais présumés du prévôt engagés durant la période allant du 5 janvier 2001 au 23 avril 2001—La demande découlait de l'ordonnance rendue par le protonotaire Hargrave le 26 mars 2001—L'instance découlait de la saisie et de la vente des navires *Aquarius, Sagran et Admiral Arciszewski*—Les navires ont été saisis par la demanderesse le 5 janvier 2001—Le 24 avril 2001, le protonotaire Hargrave a ordonné leur évaluation—Le litige entre les parties se rapportait aux frais réclamés par la demanderesse sous la rubrique «Droits de mouillage»—À toutes les époques pertinentes, les navires étaient à quai dans les installations exploitées par Catamaran Ferry International Inc. (CFI) à Vancouver nord—Les sommes réclamées par la demanderesse n'étaient pas des «frais et coûts raisonnables» engagés pour la préservation et l'entretien des navires—Elles n'avaient pas un rang prioritaire en tant que frais du prévôt—La demanderesse cherchait à obtenir non seulement le remboursement de ses «frais et coûts raisonnables», mais également le remboursement de ses bénéfices—Les sommes qu'elle réclamait comprenaient davantage que ses frais et coûts réels—Le coût «raisonnable» du mouillage était, selon la preuve, la somme de 250 \$ par jour par navire, somme facturée par CFI à Global Terminals—La demanderesse avait donc droit d'être payée sur le produit de la vente des trois navires, sous la rubrique «droits de mouillage», selon une somme qui devait être calculée à raison de 250 \$ par jour et par navire.

GLOBAL ENTERPRISES INTERNATIONAL INC. C. *AQUARIUS (L')* (T-16-01, 2002 CFI 150, juge Nadon, ordonnance en date du 8-2-02, 11 p.)

**FORCES ARMÉES**

Requête visant à faire radier une déclaration au motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action valable—Dans sa déclaration, le demandeur sollicite un jugement déclaratoire portant (i) qu'il était membre des Forces armées canadiennes jusqu'à sa libération en 2001; (ii) qu'en tant que membre des Forces, il bénéficie des droits et des avantages qui auraient été dévolus à tout autre membre des Forces entre le 4 février 1994 et le 15 mai 2001—Le demandeur a été libéré des Forces en 1994 pour des raisons liées à son rendement et à la discipline—En 1998, la Cour a annulé la décision de démobiliser le demandeur—En 2001, la décision a été prise de confirmer sa libération—La requête est accueillie—1) Il est de jurisprudence constante que les membres des Forces servent à titre amovible—Il n'existe pas de contrat de travail entre Sa Majesté et les membres des Forces—Ce rapport juridique ne peut être modifié par des représentants des Forces—L'emploi du mot «légalement» à l'art. 23(1) de la Loi sur la défense nationale ne change rien au rapport juridique: il ne fait que

**FORCES ARMÉES—Fin**

préciser de quelle manière le service prend fin au sein des Forces, en conformité avec les règlements applicables—La reconnaissance d'un changement dans ces rapports fondamentaux ne saurait être le fruit que d'une intervention du législateur—2) La Cour n'a pas compétence pour rendre le jugement déclaratoire sollicité en l'espèce—Le jugement déclaratoire n'est réclamé qu'à titre subsidiaire, pour le cas où la demande de paiement, et notamment de paiement d'une pension, serait rejetée—Le sort de ce genre de réclamation dépend des dispositions législatives et réglementaires qui régissent la solde et les pensions militaires, et non des implications qui pourraient être tirées du jugement déclaratoire que la Cour pourrait rendre au sujet de la durée du service du demandeur en faisant abstraction de ces dispositions—Aux termes de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour rendre un jugement déclaratoire uniquement si elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire—Une action en jugement déclaratoire n'est admise que si la Cour permet que la demande soit convertie en action—Bien qu'il soit loisible à la Cour de permettre qu'une instance initialement formulée comme une action soit instruite comme s'il s'agissait d'une instance en contrôle judiciaire, cette mesure ne convient habituellement pas lorsque la réparation sollicitée concerne les modalités du service d'un membre des Forces, lesquelles modalités ne relèvent pas de la compétence de la Cour, à moins que le législateur fédéral n'ait, par voie législative, soustrait cette compétence aux prérogatives de la Couronne pour l'attribuer à la Cour—Il n'existe pas de loi en ce sens en l'espèce—3) La possibilité d'obtenir une réparation en vertu de la Loi sur la défense nationale n'est pas pertinente—Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 23(1)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (mod., *idem*, art. 5).

MCCLENNAN C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-1998-01, 2002 CFPI 244, juge MacKay, ordonnance en date du 8-3-02, 9 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****EXEMPTIONS**

Appel interjeté en vertu de la loi de la décision du ministre d'aviser l'appelant de son intention de révoquer son enregistrement en tant qu'«organisme de bienfaisance» en vertu de l'art. 168 de la Loi de l'impôt sur le revenu—L'art. 168(1)*b* de la Loi permet au ministre de révoquer l'enregistrement de l'organisme de bienfaisance qui cesse de se conformer aux exigences de la Loi relatives à son enregistrement—Les motifs justifiant la révocation de

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

l'enregistrement d'une œuvre de bienfaisance sont énumérés à l'art.149.1(2)—L'appelant a été enregistré en tant qu'organisme de bienfaisance en 1985—Ses objectifs de bienfaisance ont trait à la promotion de l'éducation et au soulagement de la pauvreté et à l'éradication de la maladie à Tel Aviv, en Israël—Son enregistrement lui avait été accordé par le ministre sur la foi de ses affirmations que ses activités seraient exercées par l'intermédiaire de son représentant à Tel Aviv, conformément à un mandat écrit—Le ministre avait déjà vérifié les comptes du Comité à deux reprises avant la vérification de 1997, qui est à l'origine de l'intention de révocation—À la suite de la vérification de l'exercice de 1993, le ministre a signalé à l'appelant onze cas de contraventions à la Loi—L'appelant a répondu en s'engageant à se conformer rigoureusement aux exigences de Revenu Canada, et notamment aux stipulations du mandat—Sur la foi de cet engagement, le ministre a permis au Comité de conserver son statut d'œuvre de bienfaisance—La vérification de 1997 a permis de révéler sept irrégularités, dont l'absence de contrôle sur les fonds remis au mandataire, le défaut de l'appelant de démontrer qu'il s'était strictement plié à un système d'information comptable permanent et complet comme l'exigeait le mandat, le fait que les reçus pour dons de charité ne respectaient pas le règlement et le défaut de délivrer un feuillet T4A à l'animateur à qui des honoraires avaient été payés—En raison de ces lacunes et de sa perception que l'appelant avait manqué à son engagement, le ministre a informé l'appelant qu'il existait des raisons qui justifiaient la révocation de son statut d'organisme de bienfaisance—L'appelant a tenté d'expliquer sa situation et de répondre aux préoccupations du ministre et a demandé à celui-ci de lui fournir des éclaircissements au sujet des préoccupations exprimées relativement aux reçus abîmés—Le ministre a fait parvenir à l'appelant un avis de son intention de révoquer son statut d'organisme de bienfaisance—L'appel est rejeté—1) L'art. 2e) de la Déclaration des droits prévoit que nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ou s'appliquer de manière à priver une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, selon les principes de justice fondamentale, pour la définition de ses droits et obligations—L'intention du législateur fédéral était que les appels prévus par la loi qui mettent en cause des organismes de bienfaisance ne comportent pas de règles rigides et de formalités complexes—L'art. 168 est muet sur la procédure à suivre—L'art. 180(1) prévoit un mécanisme d'appel à la Cour—L'art. 180(3) prévoit que cet appel doit être instruit et jugé selon une procédure sommaire—Dans l'arrêt *Renaissance International c. Ministre du Revenu national*, [1983] 1 C.F. 860 (C.A.), la Cour a statué que les principes d'équité procédurale et de justice naturelle exigent seulement que le ministre accorde à l'organisme de bienfaisance l'occasion de répondre aux allégations formulées

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

contre elle avant d'envoyer un avis de son intention de révoquer l'enregistrement—Suivant l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, les principes de justice naturelle n'imposent pas la nécessité d'une audience dans tous les cas; les facteurs les plus importants lorsqu'il s'agit de déterminer le contenu de la justice fondamentale sur le plan de la procédure dans un cas donné sont la nature des droits en cause et la gravité des conséquences pour les personnes concernées—Il est vrai que les conséquences de la révocation de l'enregistrement sur l'appelant sont graves, mais l'art. 168 ne prive pas l'appelant de son statut sans lui accorder certaines protections procédurales raisonnables—L'appelant a été informé, au cours des deux vérifications antérieures, qu'il ne s'était pas conformé à la Loi et il s'est vu accorder la possibilité de répondre—Conscient du fait que son enregistrement était compromis, l'appelant a donné un engagement qui a empêché la révocation de son enregistrement, ce qui prouve que des observations écrites peuvent empêcher efficacement la révocation d'un enregistrement—Compte tenu de l'échange intensif d'observations écrites qui a eu lieu au cours de la vérification de 1997, il n'est pas nécessaire d'entendre à nouveau l'appelant ou de lui permettre de contre-interroger le vérificateur—Le régime législatif ne viole pas l'art. 2e) de la Déclaration des droits—2) Comme la preuve ne permet pas de penser que l'appelant n'était pas au courant des éléments invoqués contre lui ou qu'il n'était pas en mesure d'y répondre utilement, le ministre n'a pas contrevenu à la Déclaration des droits par la façon dont il a appliqué la Loi—3) Il n'existe pas de raison valable de s'écarter de l'analyse du juge Strayer dans l'arrêt *Human Life International in Canada Inc. c. M.R.N.*, [1998] 3 C.F. 202 (C.A.) suivant laquelle c'est à l'organisme de bienfaisance qu'il incombe de prouver que son statut d'œuvre de charité ne devrait pas être révoqué—Compte tenu du fait que le législateur fédéral a édicté une procédure sommaire et conféré une compétence exclusive en la matière à la Cour d'appel fédérale, la procédure à suivre s'apparente beaucoup à une instance en contrôle judiciaire, ce qui appuie les conclusions tirées par le juge Strayer au sujet de charge de la preuve—L'obligation faite au Comité de démontrer que cet engagement a été respecté, en s'acquittant du fardeau de la preuve, ne cause pas à l'appelante un préjudice déraisonnable ou injuste—La charge de la preuve repose sur l'appelante, qui doit convaincre le tribunal que le ministre a commis une erreur en délivrant son avis d'intention de révoquer—4) La Loi permet à un organisme de bienfaisance d'exercer ses activités à l'étranger en recourant à un mandataire, mais un mandataire ne peut servir de simple intermédiaire pour le transfert de dons à l'étranger—L'appelante a fait fi du mandat—Le ministre n'était pas convaincu que les

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

explications données par l'appelant au sujet de ses activités à l'étranger étaient suffisantes pour infirmer sa conclusion que l'appelant n'avait ni influence ni contrôle sur la façon dont son mandataire dépensait les fonds—La preuve laissait entrevoir que l'appelant servait uniquement d'intermédiaire pour les donateurs canadiens qui faisaient des dons à des donataires étrangers—Le dossier renferme peu d'éléments de preuve qui permettraient à la Cour de conclure que l'appelant exerçait effectivement le contrôle et l'influence qu'il prétend exercer—Compte tenu de ce conflit entre le mandat et les présomés ententes verbales, et des nombreuses autres préoccupations soulevées par le ministre, telles que l'inscription insatisfaisante des dépenses dans les registres du Comité, du défaut du mandataire de tenir un compte bancaire distinct et de l'absence d'éléments de preuve documentaires concernant l'influence et le contrôle exercé par l'appelant, il n'était pas raisonnable de la part du ministre de conclure que l'appelant n'exerçait aucun contrôle sur son mandataire—5) Aux termes de l'art. 149.1(1) de la Loi, un organisme de bienfaisance doit consacrer la totalité de ses ressources à des activités de bienfaisance qu'il mène lui-même—Bien qu'il puisse mener ses activités de bienfaisance par l'intermédiaire d'un mandataire, un organisme de bienfaisance doit être prêt à convaincre le ministre qu'il exerce en tout temps un contrôle sur son mandataire et qu'il est en mesure de rendre des comptes au sujet des activités du mandataire—Les principaux motifs invoqués par le ministre pour révoquer l'enregistrement du Comité sont que celui-ci n'a pas réussi à démontrer, par des éléments de preuve documentaires, qu'il exerçait un degré de contrôle suffisant sur l'utilisation que son mandataire avait faite de ses fonds et que l'appelant ne tenait pas de livres et de registres acceptables au sujet des activités exercées par son mandataire—Bien que le ministre ait fait reposer ses motifs de révocation sur l'inobservation du mandat, les obligations prévues au mandat constituaient simplement à mon avis un moyen de s'assurer que l'appelant se conformait effectivement à la Loi—L'art. 230(2) de la Loi oblige tout organisme de bienfaisance à tenir des registres et des livres de comptes contenant des renseignements permettant au ministre de déterminer s'il existe des motifs d'annulation de l'enregistrement en vertu de la loi, un double de chaque reçu, renfermant les renseignements prescrits—L'art. 230(3) prévoit que le ministre peut enjoindre à une personne de tenir les registres et livres de comptes qu'il spécifie—L'appelant n'a pas tenu les registres exigés par les art. 230(2), (3)—Le ministre n'a pas commis d'erreur en concluant que l'appelant ne s'était pas conformé aux exigences de la Loi—6) Question 6: Le ministre n'a pas prétendu qu'en soi, le défaut de produire un feuillet T4A conduirait à la révocation de l'enregistrement, mais a plutôt affirmé qu'il s'agissait d'un exemple parmi d'autres des nombreux manquements à ses engagements dont

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

l'appelant s'était rendu coupable—À la lumière des éléments de preuve qui justifient amplement les principaux motifs invoqués par le ministre pour justifier la révocation de l'enregistrement, cette question me semble de peu d'importance—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 149.1 (mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 74), 168, 180 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 142), 230 (mod. par L.C. 1994, ch. 21, art. 105)—Déclaration canadienne des droits, L.C. 1960, ch. 44 [L.R.C. (1985), appendice III], art. 2e).

CANADIAN COMMITTEE FOR THE TEL AVIV FOUNDATION  
C. CANADA (A-357-00, 2002 CAF 72, juge Malone,  
J.C.A., jugement en date du 1-3-02, 23 p.)

**PEUPLES AUTOCHTONES**

L'appelante est une descendante des habitants indiens des Territoires du Nord-Ouest qui ont adhéré au Traité n° 11 le 21 juillet 1921—Le traité définit la parcelle de terrain à laquelle il s'applique, soit un territoire presque entièrement situé dans les Territoires du Nord-Ouest—Sa Majesté consentait à apporter l'aide jugée nécessaire pour s'adonner à l'agriculture—L'appelante demande au gouvernement de lui fournir cette «aide agricole» afin qu'elle puisse mettre sur pied une ferme de culture du ginseng dans le sud de la Colombie-Britannique—Lorsque le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a refusé, l'appelante a intenté une action pour perte des avantages conférés par le traité et manque à gagner—Le ministre a, par la suite, également refusé d'accepter la pleine responsabilité des frais juridiques de l'appelante—L'appelante a déposé une seconde action demandant un jugement déclaratoire portant que la Couronne devait lui rembourser la totalité des frais juridiques afférents aux deux actions—Les parties ont convenu de procéder par voie de jugement sommaire plutôt que les actions fassent l'objet d'une instruction complète—En se fondant sur la preuve documentaire et par affidavit, le juge Pelletier a conclu au rejet des deux demandes—Il a soigneusement examiné les principes directeurs énoncés dans *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456—Il a estimé impossible d'interpréter la disposition prévoyant «l'aide agricole» de façon à ce qu'elle signifie que les parties avaient l'intention d'accorder une telle aide en dehors du territoire visé par le Traité n° 11 comme pour fournir un moyen de quitter cette région—Il a rejeté l'argument voulant que, puisque c'était un traité d'adhésion, toute ambiguïté doive être interprétée contre son auteur conformément à la règle *contra proferentem*, eu égard au principe qu'il faut éviter de donner aux traités une interprétation formaliste ou inspirée du droit contractuel—L'appelante a aussi fait valoir que le refus d'accorder une aide agricole à l'extérieur de la région visée par le Traité n° 11 était une forme de discrimination prohibée par l'art. 15 de la

**PEUPLES AUTOCHTONES—Fin**

Charte—Le juge de première instance a distingué l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord)*, [1999] 2 R.C.S. 203, dans lequel «l'autochtonité-lieu de résidence» a été considéré comme étant un motif de discrimination analogue prohibé par l'art. 15, au motif que l'aide agricole avait été refusée non pas à cause de son lieu de résidence, mais parce qu'elle demandait de l'aide pour une ferme située en dehors du territoire visé par le Traité n° 11—Le juge a également statué qu'on ne peut associer les expressions «aide agricole» et «aide juridique», ni conclure que l'aide juridique est un droit accessoire à l'aide agricole—L'appel est rejeté—Le juge de première instance a appliqué les bons principes juridiques—Il ne s'est pas incorrectement référé au principe de l'attachement des Indiens signataires au territoire visé par le Traité n° 11—Le fondement habituel sur lequel un traité est négocié avec un groupe d'Indiens défini est leur attachement à une région—Le juge de première instance avait entièrement raison de conclure que le traité, d'après sa structure et son contexte, visait les droits que les Indiens signataires pourraient faire valoir sur ce territoire spécifique—Cela faisait partie d'une politique censée s'appliquer à un territoire géographique délimité afin d'en promouvoir la colonisation, les opérations minières, le développement commercial—Des droits de chasse et de pêche étaient garantis dans cette région déterminée—Le traité se terminait par une garantie de paix et de justice pour ce territoire géographique déterminé—Les Indiens cédaient par traité, non seulement le territoire du Traité n° 11, mais également «tous leurs droits, titres et privilèges quelconques à toutes autres terres situées [. . .] dans toute autre partie du Canada»—Il est permis de croire que s'il était fait cession de terres en dehors de la zone, les droits découlant du traité s'appliqueraient également à ces terres—Il n'a été fait valoir d'aucune façon que la ferme de ginseng était située sur de telles terres à l'égard desquelles un droit ancestral aurait pu être revendiqué—La référence dans le traité à «toutes autres terres» est tellement vague qu'elle est pratiquement dépourvue de sens—Le juge de première instance n'a pas fait erreur dans ses conclusions de fait—Il était également fondé à conclure qu'il n'y a aucun droit accessoire à une aide juridique de la part de la Couronne lorsque la demande présentée se fonde sur un traité.

BEATTIE C. CANADA (A-89-01, A-88-01, 2002 CAF 105,  
juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 14-3-02, 12 p.)

**PRATIQUE****ACTES DE PROCÉDURE***Modifications*

Requête visant à obtenir l'annulation des ordonnances du protonotaire autorisant la modification de nouveau de la défense et demande reconventionnelle et enjoignant aux

**PRATIQUE—Suite**

demanderesse de signifier un affidavit supplémentaire de documents—Les demanderesse affirment que le notaire a commis une erreur 1) en autorisant la défenderesse à inclure une défense fondée sur le caractère évident reposant sur l'antériorité; 2) en ordonnant aux demanderesse de produire tous leurs documents sur les prix de revient sur la base d'un compte rendu comptable intégral plutôt que selon la méthode reconnue du coût marginal, ce qui a eu pour effet de retarder l'audition de l'affaire et d'accroître les frais associés à la préparation de l'instruction—Requête rejetée—1) La Cour ne refuse une modification que lorsqu'il est clair et évident que l'affaire ne soulève aucun doute—Les demanderesse affirment que l'invention antérieure invoquée est la base de néfazodone, c.-à-d. que la transformation de la base de néfazodone en un sel de néfazodone est évidente pour une personne versée dans l'art—La défenderesse soutient que l'invention antérieure invoquée se rapporte à la connaissance générale commune dans le domaine—Il est préférable de laisser le juge qui présidera l'audience examiner la preuve et trancher ces questions—2) Les arrêts n'imposent pas en droit la méthode du coût marginal comme seule approche qu'un tribunal peut adopter aux fins du calcul du montant des dommages-intérêts—Chaque cas doit être examiné selon les faits et les circonstances qui lui sont propres—Le notaire n'a pas commis d'erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 221.

BRISTOL-MYERS SQUIBB COM. C. APOTEX INC.  
(T-2078-00, 2002 CFPI 161, juge Blanchard, ordonnance en date du 13-2-02, 7 p.)

Requête visant à obtenir l'autorisation de déposer une nouvelle opposition modifiée conformément à la règle 318 des Règles de la Cour fédérale (1998)—Les demandeurs ont demandé une copie certifiée de la transcription des débats qui se sont tenus devant le représentant du Commissaire à l'information le 30 mars 2001—Le 4 juin 2001, le Commissaire à l'information a autorisé la divulgation des parties de la transcription nécessaires pour l'instruction des plaintes; ces parties de la transcription contiennent des renseignements qui ont trait à des faits attributifs de compétence relativement aux ordonnances de confidentialité rendues par le Commissaire à l'information—Dans leurs observations sur les points de droit, les demandeurs ont dit qu'en vertu de l'art. 63(1)a) de la Loi sur l'accès à l'information, le Commissaire à l'information peut divulguer les renseignements qui sont nécessaires pour mener une enquête prévue par la Loi; le Commissaire à l'information se fonde sur cet article pour le dépôt de faits attributifs de compétence; le représentant doit avoir conclu qu'il était nécessaire, pour mener ses enquêtes, que les ordonnances de

**PRATIQUE—Suite**

confidentialité soient rendues et, comme les demandes d'ordonnances de confidentialité visent l'obtention d'ordonnances qui annuleraient ces ordonnances, il doit avoir compétence pour divulguer la transcription—Le Commissaire à l'information soutient qu'il a commis une erreur en autorisant qu'une partie de la transcription soit divulguée—Requête rejetée—La règle 75 permet à la Cour d'autoriser une modification à tout stade de l'action—Il faut prendre en considération, pour déterminer si la modification d'un document devrait être autorisée, la mesure dans laquelle la position de l'autre partie, selon ses plaidoiries et ses arguments, serait minée ou inaltérable—Les facteurs à prendre en compte pour déterminer si un préjudice non indemnissable serait subi sont notamment le stade auquel en est l'instance lorsque la modification est demandée, la mesure dans laquelle la modification retarde la tenue rapide de l'instruction et la mesure dans laquelle la position de l'autre partie, selon ses plaidoiries et ses arguments, serait minée ou inaltérable: *Yeager c. Canada (Service correctionnel)*, [2000] A.C.F. n° 537 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Le 4 juin, le Commissaire à l'information a clairement dit que ces renseignements étaient nécessaires pour l'enquête—Il a maintenant changé d'avis par suite de la présentation des observations des demandeurs—Il ne subira pas de préjudice si la nouvelle modification n'est pas accordée parce qu'il pourra toujours invoquer qu'en vertu de l'art. 63, il ne peut pas divulguer des renseignements qu'il ne considère pas nécessaires pour l'enquête—Le fait de changer d'avis sur la question de savoir si des renseignements sont nécessaires par suite de la présentation des observations de la partie adverse constitue cependant un préjudice non indemnissable—Il est ordonné au Commissaire à l'information de déposer à titre confidentiel à la Cour les parties de la transcription—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 75, 318—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 63(1)a).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA  
(COMMISSAIRE À L'INFORMATION) (T-582-01, 2002  
CFPI 127, juge McKeown, ordonnance en date du  
1-1-02, 7 p.)

*Requête en radiation*

Caractère théorique—Demande originale de *mandamus* en vue d'enjoindre le ministre de rendre une décision sur la demande de résidence permanente présentée par le demandeur—La demande de résidence permanente était pendante depuis 1994—Le ministre a présenté une requête pour que soit rejetée la procédure de contrôle judiciaire en raison de son caractère théorique, au motif que le statut de résident permanent avait été accordé au demandeur l'automne précédent, soit environ un an après l'introduction de l'instance et immédiatement

## PRATIQUE—Suite

avant que la demande ne vienne à être instruite quant au fond—La requête en radiation pour cause de caractère théorique a été accueillie; la demande de contrôle judiciaire a été rejetée—Les demandes de contrôle judiciaire sont ordinairement étudiées quant au fond dans une procédure expéditive, mais peuvent, dans des cas très exceptionnels, être radiées lorsque l'avis de requête «est manifestement irrégulier au point de n'avoir aucune chance d'être accueilli»: *David Bull Laboratories (Canada) c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.)—Il faut d'abord se demander si le redressement sollicité est devenu théorique, c'est-à-dire s'il y a absence de litige actuel; puis, pour le cas où le redressement demandé est théorique, il convient d'examiner si la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire et décider que la demande sera quand même instruite—Application du cas d'espèce où est exposé le principe du caractère théorique: *Borowski c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 342—Trois justifications ou raisons d'être fondamentales; il doit exister un contexte contradictoire, c'est-à-dire que les parties doivent avoir un intérêt dans l'issue du litige, pour que l'audition d'une question théorique soit justifiée; il faut ensuite se demander si la Cour devrait appliquer des ressources judiciaires comptées et coûteuses à la résolution de la question; finalement il faut se demander si la Cour doit examiner une affaire qui ne révèle aucun différend faisant intervenir les droits de parties, surtout lorsqu'une telle ingérence risque d'empiéter sur le domaine du pouvoir législatif—L'observation apparaissant dans l'affaire *Fogal c. Canada* (2000), 167 F.T.R. 266 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), selon laquelle la règle 64 ne permet pas d'échapper au principe du caractère théorique, ne signifie pas que le jugement déclaratoire disparaît automatiquement après que tombe le recours principal pour cause de caractère théorique, mais plutôt que le juge ou le protonotaire qui instruit une requête en radiation pour caractère théorique a encore le pouvoir de décider si toute l'affaire, et pas seulement le point théorique principal, mais également le plaidoyer en faveur d'un jugement déclaratoire, doit quand même être renvoyée à procès compte tenu de l'arrêt *Borowski*—En l'espèce, malgré l'allégation du demandeur selon laquelle son passeport a été altéré par les représentants du SCRS, puis confisqué par les autorités de l'immigration, l'allégation selon laquelle le public a un intérêt à ce que soient débusqués les fonctionnaires corrompus, l'allégation selon laquelle il existe un litige actuel à propos des dépens, enfin l'allégation selon laquelle la Cour avait déjà consacré un temps considérable à cette affaire, il n'y a aucun différend concret et tangible donnant lieu à un litige actuel—Les tribunaux n'ont pas suffisamment de temps pour entendre toute affaire jusqu'à sa conclusion, simplement parce qu'une partie, convaincue de son bon droit, veut être entendue par un tribunal—En l'espèce, il serait inopportun pour la Cour de s'ingérer dans la prérogative du législateur

## PRATIQUE—Suite

par une décision qui présumerait de l'action de celui-ci—Le demandeur pourrait quand même introduire des procédures distinctes, par exemple une demande de contrôle judiciaire à propos de son passeport, ou une action en dommages-intérêts pour perte de revenu—Comme dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Khan* (1998), 160 F.T.R. 83 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le demandeur avait droit non seulement à ses frais et débours divers, mais également à une somme raisonnable, une somme forfaitaire, afin d'être remboursé du temps perdu par lui à faire valoir ses intérêts légitimes—Une somme forfaitaire de 1 350 \$ a été accordée au demandeur en compensation du temps qu'il avait perdu à faire valoir ses intérêts—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 64.

RAHMAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6095-00, 2002 CFPI 137, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 5-2-02, 19 p.)

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET  
INTERROGATOIRE PRÉALABLE*Interrogatoire préalable*

Demande visant à obtenir l'autorisation de consigner des questions et des réponses à partir de l'interrogatoire préalable du défendeur—Un tuteur à l'audience a été désigné pour le défendeur—Le juge en chef adjoint a ordonné au défendeur de comparaître à un interrogatoire préalable, tel que le prévoit l'art. 97 des Règles de la Cour fédérale (1998), à la condition que le demandeur ne présente quelque partie que ce soit de l'interrogatoire préalable du défendeur, en vertu de l'art. 288 des Règles, qu'avec l'autorisation du juge qui préside l'audience—L'art. 288 des Règles prévoit qu'une partie peut, à l'instruction, présenter en preuve tout extrait des dépositions recueillies à l'interrogatoire préalable d'une partie adverse—Le demandeur affirme qu'une fois que l'habilité à témoigner du défendeur est établie, la déposition du défendeur peut être consignée sans autre autorisation—Le défendeur prétend que l'ordonnance permet de contester la déposition de deux manières, l'une concernant la question d'habilité et l'autre portant sur toute question particulière que le demandeur propose de consigner—Habituellement, la partie interrogatrice a pleine discrétion pour consigner les parties de l'interrogatoire dans le cadre de son dossier, sous réserve seulement du droit de la partie adverse de demander que soient ajoutées des questions et réponses qui clarifieront le sens des questions et réponses consignées—En l'absence d'ordonnance, la déposition effectuée au moment de l'interrogatoire préalable est régie par l'art. 288 des Règles—Une fois qu'il est décidé qu'une personne est apte à témoigner, de sorte qu'une ordonnance est rendue en vertu de l'art. 237(6) des Règles, le



**PRATIQUE—Suite**

droit de la partie d'utiliser la déposition ainsi obtenue est illimité—L'art. 237(6) des Règles autorise la partie à soumettre à un interrogatoire préalable la personne qui n'a pas capacité d'ester en justice lorsqu'elle entend soumettre à un interrogatoire préalable la personne nommée pour agir au nom de celle-ci—Aucune demande n'a été faite en vertu de l'art. 237(6) des Règles—Il appert des termes de l'ordonnance que le juge en chef adjoint a renvoyé la question d'habilité pour qu'elle soit tranchée par le juge qui préside l'audience—La bande vidéo de l'interrogatoire préalable donne l'impression que le défendeur est plus ou moins conscient des événements dans lesquels il est impliqué—L'habilité constitue une question de capacité et non d'exercice de la capacité, c.-à-d. le fait que quelqu'un ne puisse pas se souvenir d'un point particulier ne signifie pas qu'il n'a pas la capacité de s'en souvenir: *R. c. Farley* (1995), 99 C.C.C. (3d) 76 (C.A. Ont.)—Le critère énoncé dans *Farley* s'applique pour savoir si une personne est apte à témoigner dans le sens de la capacité mentale—La consignation de passages explicatifs permet de remédier au fait que les questions et réponses sont incomplètes puisqu'elles sont de simples sélections à partir d'un plus grand ensemble d'éléments de preuve—Il y a lieu d'exclure une réponse lorsque la question n'est pas connue, c.-à-d. les échanges non traduits entre le défendeur et l'interprète, mais cela doit être décidé en fonction de chaque cas—La nomination d'un tuteur à l'audience ne crée pas de présomption selon laquelle le défendeur aurait une lacune au niveau de l'appréciation de la nécessité de dire la vérité; cela est insuffisant pour déclarer la preuve inadmissible par suite du défaut d'enquêter au sujet de la compréhension par le défendeur de la signification de son affirmation solennelle—Le demandeur est autorisé à consigner des questions et des réponses à partir de l'interrogatoire préalable du défendeur, sous réserve du droit du défendeur de proposer que des passages additionnels soient consignés afin d'expliquer les passages qu'on vise à consigner; le défendeur est autorisé à s'opposer à ce que des questions et des réponses soient consignées en ce qui a trait aux échanges non traduits entre lui-même et l'interprète qui soulèvent un doute quant à savoir si la question à laquelle on a répondu était celle qui avait été posée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 97, 237(6), 288.

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. FAST (T-453-00, 2002 CFPI 248, juge Pelletier, ordonnance en date du 5-3-02, 8 p.)

**FRAIS ET DÉPENS**

Requête visant à obtenir le réexamen de la partie d'un jugement de la Cour rendu le 11 mai 2001 relative aux dépens pour le motif que la Cour n'a pas examiné son attribution des dépens à la lumière d'une offre de règlement qui a été faite et

**PRATIQUE—Suite**

dont elle n'était pas au courant—Par l'opération de l'art. 420(1) des Règles, si le jugement rendu est plus avantageux que les conditions de l'offre, la demanderesse a droit au double des dépens partie-partie, à l'exclusion des débours, après la date de signification de l'offre—La question principale qui doit être tranchée est celle de la date de référence appropriée afin de comparer la valeur de l'offre de la demanderesse à celle du jugement rendu par la Cour—L'offre de la demanderesse est qualifiée dans la jurisprudence d'offre croissante parce qu'elle croît en termes pécuniaires à mesure que la demanderesse engage plus de frais d'avocat—Le jugement a accordé à la demanderesse la somme de 133 384 \$ plus les intérêts avant jugement—Il existe deux fondements pour refuser, sur le fond, toute modification de l'attribution des dépens par la Cour, à savoir que nuls dépens ne sont adjugés à l'une ou l'autre des parties parce qu'elles ont toutes les deux obtenu gain de cause—Premièrement, la bonne date de référence pour évaluer l'offre de la demanderesse est celle du jugement de la Cour—L'offre de règlement n'était pas plus avantageuse que ce que le jugement a accordé—Deuxièmement, l'art. 420(1) des Règles prévoit que la Cour possède un pouvoir discrétionnaire pour déroger à la disposition de cette règle du droit aux doubles dépens après la date de signification d'une offre qui est plus avantageuse que le jugement—La Cour devrait écarter l'offre puisque, ayant été faite tardivement, elle était difficile à évaluer et qu'elle est apparue à la veille du procès—La date du jugement de la Cour est celle qui est appropriée pour mesurer la valeur de l'offre de la demanderesse parce qu'elle reflète ce que la demanderesse voulait et tient compte de toutes les conditions de l'offre—L'offre doit être claire et non équivoque pour faire entrer en jeu l'art. 420 des Règles—La Section de première instance de la Cour fédérale a tenu compte, dans trois décisions, du retard de l'offre en réduisant l'impact de l'art. 420 des Règles—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 420.

GRAVEL AND LAKE SERVICES LTD. C. LAKE CHARLES (LE) (T-1063-96, 2002 CFPI 265, juge Lemieux, ordonnance d'adjudication des dépens en date du 8-3-02, 13 p.)

L'action de la demanderesse a été rejetée avec dépens en faveur de la défenderesse—La défenderesse est une petite entreprise récemment fondée—Ses activités ont été sérieusement perturbées du fait que son président, Kelly MacNutt, a dû aller à Calgary pour témoigner lors de l'instruction—Selon la demanderesse, il ne convient d'accorder le montant maximal d'honoraires que lorsqu'on veut infliger une punition en raison d'une inconduite, lorsque l'affaire était clairement frivole ou lorsque le litige comportait un degré très élevé de complexité et de difficulté—Elle soutient qu'il n'y a pas eu d'inconduite en l'instance et que la

## PRATIQUE—Suite

Cour n'a pas jugé l'affaire frivole—La preuve à l'appui de la réclamation de 1 485 \$ est un billet de M. MacNutt écrit sur du papier à en-tête de sa société: [TRADUCTION] «Travail manqué pour comparution en cour»—Il est douteux que les dispositions des tarifs au sujet de l'indemnité à verser aux témoins, dont on peut présumer qu'elles visent à ce que les tribunaux disposent de la meilleure preuve, aient pour but de compenser la perte de revenus de parties à un litige—Les mots employés à l'art. 3(1) et (3) du tarif A de la Cour fédérale supposent que la «partie» effectuant le paiement et le «témoin» sont des personnes distinctes—Cette notion concorde avec la conception classique du débours comme un paiement fait à une entité non intéressée dont la participation fait avancer le litige—L'art. 3(1) et (3) du tarif A n'autorisent pas le paiement à une partie, en sa qualité de témoin, de sommes qu'elle aurait pu réaliser si elle ne s'était pas trouvée devant la Cour, soit pour déposer, soit pour donner des instructions à l'avocat—Le fait que M. MacNutt a témoigné pendant une heure et demie environ dans la matinée du second jour de l'instruction n'est pas pertinent—Par conséquent, la somme de 1 485 \$ est refusée—Le mémoire de frais de 15 389,41 \$ présenté par la défenderesse est taxé à 8 843,31 \$—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, tarif A.

TOP NOTCH CONSTRUCTION LTD. C. TOP-NOTCH OILFIELD SERVICES LTD. (T-1192-97, 2002 CFPI 232, officier taxateur Stinson, taxation de dépens en date du 1-3-02, 7 p.)

Cette procédure de contrôle judiciaire, qui concernait la constitutionnalité de la procédure de recouvrement appliquée par le défendeur contre la demanderesse, à propos d'une créance fiscale du Internal Revenue Service (IRS) des États-Unis d'Amérique, avait conduit la Cour à statuer en faveur de la demanderesse et à lui adjuger les trois quarts de ses dépens selon la colonne III du tarif B des Règles de la Cour fédérale, 1998—Points en litige dans le mémoire de frais: deux réclamations de six unités chacune selon le point n° 3, pour des affidavits supplémentaires; réclamation de 1 800 \$ selon le point n° 14b), pour le deuxième avocat; doublement d'honoraires après le 8 décembre 1999 selon la règle 420; réclamation de 14 012,43 \$ pour Michael Moran, un avocat américain; réclamations pour photocopies—Point n° 3: «modification des documents par suite de la présentation par une autre partie d'un acte introductif d'instance, d'un acte de procédure, d'un avis ou d'un affidavit, nouveau ou modifié»—Point n° 14b): «honoraires d'avocat pour le second avocat, lorsque la Cour l'ordonne: 50 p. 100 du montant calculé selon l'alinéa a)»—Selon la règle 420, le demandeur qui présente par écrit une offre de règlement qui n'est pas révoquée et qui obtient un jugement aussi avantageux ou plus

## PRATIQUE—Suite

avantageux que les conditions de l'offre a droit aux dépens partie-partie jusqu'à la date de signification de l'offre et, par la suite, au double de ces dépens—1) Le défendeur a soutenu que deux des réclamations selon le point n° 5 (préparation et dépôt d'une requête contestée) concernaient déjà les services réclamés sous le point n° 3—Il n'importe pas de savoir si les affidavits supplémentaires réclamés sous le point n° 3 portent sur des procédures interlocutoires ou sur les aspects de fond du contrôle judiciaire—Les provinces ou États qui inscrivent un dédommagement partiel dans un tarif, en l'occurrence le tarif B, énumèrent en général des événements distincts pour le recouvrement des dépens, dans une liste qui n'est pas nécessairement limitative—La demanderesse a reçu une indemnisation au titre des points n°s 5 et 13, et cela fait obstacle à un recouvrement au regard du point n° 3—2) Le défendeur a fait valoir que le point n° 14b) requiert une directive de la Cour—La règle 409 permet à un officier taxateur de considérer les facteurs de la règle 400(3)—Cela ne veut pas dire, en ce qui concerne les règles 405 (taxation par l'officier taxateur) et 407 (taxation selon le tarif B), la définition de «officier taxateur» dans la règle 2 et la composition de la Cour selon ce que prévoit la Loi sur la Cour fédérale, article 5, qu'un officier taxateur peut exercer le pouvoir conféré à la Cour par la règle 400(1)—La réclamation afférente au point n° 14b) a été refusée—3) Le défendeur a fait valoir que la demanderesse n'avait pas droit à un doublement des dépens selon ce que prévoit la règle 420, car les pourparlers de compromis entre l'IRS et la demanderesse n'intéressaient pas les points soulevés dans le contrôle judiciaire—La règle 419 fait intervenir la règle 420 dans un contrôle judiciaire—La décision de la Cour n'a pas éteint la créance fiscale des États-Unis—La procédure de contrôle judiciaire a été introduite le 30 juin 1999—Le défendeur a proposé à la demanderesse en septembre 1999 de s'adresser directement à l'IRS—Des pourparlers de compromis ont alors suivi ce rapprochement avec l'IRS—Il était improbable que le défendeur ait pu véritablement amener l'IRS à transiger ou à éteindre la créance fiscale des États-Unis, ce qui aurait rendu inutile la procédure de contrôle judiciaire—Vu la décision *Yared Realty Ltd. v. Topalovic* (1981), 45 C.P.C. 189 (H.C. Ont.), et vu l'absence, dans la règle 420(1), de mots limitant l'application de cette règle aux parties au litige, et puisque les rapports de la demanderesse avec l'IRS auraient pu directement influencer sur la procédure de recouvrement sans égard à l'expiration des délais en vigueur aux États-Unis pour contester formellement la créance fiscale, le résultat était plus favorable à la demanderesse qu'au défendeur, et par conséquent qu'à l'IRS—L'IRS, dans sa contre-offre, mentionnait l'abandon de la procédure de contrôle judiciaire parmi les conditions du compromis—La raison de cette condition s'expliquait par sa volonté d'empêcher toute dilution possible de la Convention—Doubles dépens accordés

## PRATIQUE—Suite

—4) Le défendeur a fait valoir que les frais afférents à l'avocat américain devraient être supprimés—Il a admis que M. Moran avait bien rendu un service, mais il a soutenu que sa lettre d'opinion n'avait pas fait avancer le litige parce qu'elle concernait l'exactitude des calculs portant sur une créance fiscale des États-Unis, ce qui n'était pas en cause dans le contrôle judiciaire—Le dossier mentionnait que M. Moran avait été retenu parce que les pièces communiquées par le défendeur étaient censément insuffisantes—La demanderesse faisait valoir sa position lorsque ces frais ont été engagés au titre de M. Moran par suite de la nécessité pour elle d'obtenir des informations du représentant de l'IRS, M. Ehrlich—Il est douteux que la demanderesse eût tenté à cette étape de sa vie un règlement de sa dette fiscale envers les États-Unis, n'eût été la décision du défendeur de procéder au recouvrement—Par conséquent les coûts afférents à M. Moran n'auraient pas été engagés sans ladite décision—L'opinion de M. Moran, qui à l'origine devait porter sur le témoignage de M. Ehrlich dans le contexte de procédures interlocutoires pour lesquelles il n'a pas été adjugé de dépens, a finalement été utilisée à des fins additionnelles, telles que les pourparlers de compromis, qui intéressaient le contexte du contrôle judiciaire—La proposition de compromis était pour l'essentiel fondée sur son rapport, lequel semblait dépasser l'expertise d'avocats canadiens—Le défendeur a communiqué une réponse—Il doit par conséquent accepter les conséquences de certains coûts s'y rapportant—La demanderesse devrait supporter une part de responsabilité dans la difficulté posée—La somme réclamée a été ramenée à 9 000 \$—5) Le défendeur a soutenu que la réclamation liée aux photocopies ne répondait pas au critère de l'affaire *Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.* (1990), 34 C.P.R. (3d) 267 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.)—Les frais de photocopies visent parfois des textes doctrinaux ou jurisprudentiels dont la pertinence est nulle ou négligeable—La somme réclamée a été ramenée à 1 200 \$—Le mémoire de frais, présenté pour la somme de 51 287,46 \$, a été accepté selon la somme de 42 088,45 \$—Règles de la Cour fédérale, 1998, DORS/98-106, règles 2 «officier taxateur», 400(3), 405, 407, 409, 419, 420, tarif B, points n<sup>os</sup> 3, 14b)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 5 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 41, art. 11; L.C. 1992, ch. 49, art. 127; 1996, ch. 22, art. 1).

CHUA C. M.R.N. (T-1216-99, 2002 CFPI 144, officier taxateur Stinson, taxation de dépens en date du 7-2-02, 13 p.)

## GESTION DES INSTANCES

Requêtes visant à obtenir la modification d'ordonnances relatives à la gestion de l'instance qui limitent le temps alloué aux parties pour effectuer les interrogatoires préalables et

## PRATIQUE—Suite

prévoient que ces interrogatoires devront être terminés au plus tard le 1<sup>er</sup> mai 2002—Par ces requêtes, on demande à la Cour de proroger ce délai et de modifier à nouveau certaines échéances fixées en fonction du 1<sup>er</sup> mai—En raison du volume de documents, de la complexité du litige et de l'embauche récente d'avocats et de chercheurs supplémentaires par la Couronne pour s'occuper de l'affaire, il était devenu impossible de préparer et d'effectuer les interrogatoires préalables dans les délais impartis—Requêtes incidentes des demandeurs déposées tardivement, sans tentative d'obtenir l'autorisation de la Cour ou le consentement des parties touchées—Requêtes mal étayées en raison de l'irrégularité de l'affidavit présenté au soutien de celles-ci et signé par un des avocats des demandeurs—Affidavit ne pouvant être accepté comme preuve des faits allégués et, sans cette preuve, la requête incidente ne peut réussir—Requêtes rejetées—Les demandeurs n'ont manifesté aucun intérêt véritable à faire instruire l'affaire puisqu'ils agissent déjà comme si le texte législatif qu'ils attaquent avait été déclaré invalide—La Couronne aussi a montré qu'elle n'avait ni la volonté ni le pouvoir de consacrer les ressources nécessaires à l'affaire et d'obliger les demandeurs à se conformer aux diverses ordonnances prescrivant le calendrier des mesures à prendre—Les parties sont tout simplement incapables de se charger du déroulement de l'instance ou on ne peut se fier à elles à cet égard, même dans le cadre de la gestion de l'instance—Même si les intervenants risquent de subir un grave préjudice du fait des retards, ils demandent eux aussi la modification du calendrier pour permettre à la Couronne de se préparer adéquatement—Or, la Cour ne peut s'en remettre aux parties pour qu'elles respectent une ordonnance fixant le calendrier de l'instance ou prennent les mesures nécessaires pour la faire appliquer—La Cour devra elle-même superviser et surveiller le processus de communication préalable beaucoup plus étroitement qu'elle aurait à le faire en temps normal, en plus de restreindre les droits des parties à la communication d'une manière regrettable, mais nécessaire—Les parties ont tout fait pour en arriver là—Les deux parties se sont mal conduites et ne peuvent de ce fait obtenir la modification de l'ordonnance de la Cour—Donc, dans les trois semaines suivant le 1<sup>er</sup> mai 2002, chaque partie devra préparer des projets d'interrogatoires écrits qu'elle soumettra à la Cour et aux autres parties—La Cour se chargera elle-même de surveiller le déroulement des interrogatoires; elle les autorisera et ordonnera qu'on y réponde uniquement lorsqu'elle l'estimera approprié—Les interrogatoires des intervenants seront également examinés, mais ces derniers ne pourront procéder à des interrogatoires préalables de vive voix.

BANDE INDIENNE DE SAWRIDGE C. CANADA (T-66-86A, 2002 CFPI 254, juge Hugessen, ordonnance en date du 4-3-02, 8 p.)

**PRATIQUE—Suite**

L'ordonnance antérieure avait continué l'action en tant qu'instance à gestion spéciale, en rejetant l'instance introduite contre les défendeurs ne figurant pas sur la liste active et à l'égard desquels la demanderesse n'avait pas produit un avis de désistement ou obtenu une ordonnance finale—La demanderesse avait été requise de conclure l'instance contre les défendeurs figurant sur la liste active dans un délai de 120 jours après l'ordonnance datée du 27 septembre 2001—La demanderesse a obtenu jugement contre la totalité ou la quasi-totalité des défendeurs figurant sur la liste active—Le délai imparti pour obtenir jugement a expiré—En conséquence, il n'y a dans la présente action aucun défendeur contre qui l'instance est pendante—Il est donc ordonné que l'affaire soit classée, en l'absence de défendeurs contre lesquels l'instance est pendante.

TIME WARNER ENTERTAINMENT CO. C. PERSONNE INCONNUE (T-1059-99, 2002 CFPI 216, juge Pelletier, ordonnance en date du 26-2-02, 2 p.)

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES***Jugement par défaut*

La barge de la demanderesse a été endommagée pendant qu'elle était remorquée par le 99 *Haedong Star* qui en effectuait la livraison—La demanderesse a intenté une action réelle et une action personnelle—La règle 210(1) des Règles de la Cour fédérale (1998) prévoit la présentation d'une requête pour jugement par défaut, lequel jugement doit se limiter aux demandes formulées dans la déclaration—L'octroi du jugement par défaut est discrétionnaire—Il n'existe aucune raison justifiant de ne pas rendre jugement par défaut, sous réserve de la partie de l'instance se rapportant à l'action réelle—Dans les actions réelles, il arrive qu'un renvoi soit nécessaire pour établir le montant des dommages-intérêts, mais il est possible de rendre jugement pas défaut, sans renvoi, lorsque le bien-fondé de la demande est démontré—Cette restriction, énoncée par la règle 21(7) de l'English Order 75, n'a pas de contrepartie dans les Règles de la Cour fédérale (1998)—Le texte de cette règle codifie toutefois un usage établi de longue date—L'affidavit du président de la demanderesse décrit, de façon simple, une réclamation en dommages-intérêts et convainc la Cour du bien-fondé de la demande—Jugement par défaut au montant de 1 764 894,19 \$ est prononcé—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 210—Rules of the Supreme Court 1965, (U.K.), S.I 1965/1776, Ord. 75, R. 21(7).

ISLAND TUG & BARGE LTD. C. 99 *HAEDONG STAR* (LE) (T-1441-01, 2002 CFPI 250, notaire Hargrave, ordonnance en date du 5-3-02, 4 p.)

**PRATIQUE—Suite****OUTRAGE AU TRIBUNAL**

Depuis 1992, Canplas fabriquait et vendait, sous sa marque de commerce déposée Duraflo, une cheminée d'appel pourvue d'un dôme pyramidal tronqué qui le distinguait des autres—En 1999, Novik a commencé la fabrication des cheminées d'appel Airflo 45 et Airflo 50—La forme du dôme du Airflo 50 était semblable dans sa conception à la forme du dôme de la cheminée d'appel Duraflo de Canplas—En mars 2000, Canplas a introduit contre Novik un recours où elle alléguait contrefaçon de marque et commercialisation trompeuse—Le 28 mars, Novik informait Canplas que Novik était disposée à modifier l'apparence de sa cheminée d'appel et à cesser l'emploi du nom Airflo—Canplas a proposé un compromis—Novik a demandé la suppression de l'obligation pour elle de s'assurer que tout produit contrefait «qui a été expédié soit récupéré», et son remplacement par l'obligation de détruire tout produit contrefait «en sa possession»—Michel Gaudreau a signé l'accord de transaction au nom de Novik le 23 mai 2000—Canplas a signé l'accord de transaction le 16 juin 2000—Un jugement a été rendu par consentement le 14 juillet 2000, qui prévoyait que Novik devait se conformer aux conditions de l'accord de transaction—Le préambule de l'accord de transaction prévoyait que Novik devait s'abstenir de vendre des cheminées Airflo 50 à compter de la prise d'effet de l'accord de transaction—L'accord de transaction prévoyait que le préambule faisait partie de l'accord—Canplas a fait état de plusieurs cas, répartis entre le 26 mai et le mois de septembre 2000, où des cheminées Airflo 50 étaient exposées dans des magasins—La règle 466 des Règles de la Cour fédérale, 1998, prévoit que «est coupable d'outrage au tribunal quiconque désobéit à un moyen de contrainte ou à une ordonnance de la Cour» ou «agit de façon à entraver la bonne administration de la justice ou à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité de la Cour»—Les éléments constitutifs de l'outrage doivent être démontrés hors de tout doute raisonnable—Canplas a fait valoir que, puisque Novik a déclaré qu'elle n'avait pas vendu de cheminée Airflo 50 avant qu'elle ne signe l'accord de transaction, les cheminées trouvées sur le marché avaient dû être vendues après le 23 mai 2000; si elles ont été vendues entre la signature de l'accord de transaction et du consentement à jugement et la date de l'ordonnance, Novik a agi de façon à entraver la bonne administration de la justice ou à porter atteinte à l'autorité ou à la dignité de la Cour, et, si les cheminées ont été vendues après la date de l'ordonnance, Novik a désobéi à une ordonnance de la Cour et, dans l'un et l'autre cas, Novik est coupable d'outrage au tribunal—L'idée selon laquelle la date pertinente était le 23 mai était fautive, puisque l'accord de transaction prévoyait qu'il prenait effet dès sa signature par les deux parties, c'est-à-dire le 16 juin 2000—Canplas présumait aussi que les cheminées Airflo 50 trouvées sur le marché avaient dû être vendues après le 23 mai, mais il existait une

**PRATIQUE—Suite**

preuve contraire abondante—Même si le témoignage de M. Gaudreau selon lequel il n'y a eu ni vente ni livraison de cheminées Airflo 50 après le 7 avril 2000 est écartée, Canplas n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable que Novik a exposé, mis en vente ou vendu des cheminées Airflo 50 après le 16 juin 2000—Canplas a aussi fait valoir que, tout comme la rupture d'un engagement pris envers la Cour constitue un outrage au tribunal, de la même façon, lorsque les conditions d'un accord de transaction sont incorporées dans celles d'une ordonnance judiciaire, une contravention aux conditions de l'accord de transaction constitue un outrage au tribunal—Canplas a soutenu que la déclaration de Novik, dans le préambule de l'accord de transaction, était un engagement de Novik selon lequel elle n'avait pas vendu de cheminées Airflo 50 avant qu'elle ne signe l'accord—Un engagement est une promesse que l'on fera ou que l'on s'abstiendra de faire telle ou telle chose dans l'avenir—Canplas a soutenu qu'une conduite imprudente, téméraire, négligente, inattentive et désinvolte peut donner lieu à un outrage—Canplas a affirmé que, en signant l'accord sans s'assurer que les changements qu'il avait demandé à son avocat de faire avaient bien été faits, M. Gaudreau a manifesté une conduite imprudente, négligente ou téméraire—Le refus de Novik de récupérer les cheminées Airflo 50 déjà expédiées s'accordait également avec le fait que Novik n'avait vendu au moment des négociations aucune unité du produit contrefait, mais le 7 juillet 2000 Canplas avait eu connaissance de ventes antérieures—À ce moment-là, Canplas aurait pu se désister de sa requête en jugement par consentement et continuer l'action engagée auparavant, ou elle aurait pu introduire un recours pour fausse déclaration—L'ordonnance par consentement a été rendue sur la foi du consentement des parties et non sur la foi des déclarations réciproques faites par les parties en vue de régler leur différend—Cela ne veut pas dire que la Cour a fermé les yeux sur les fausses déclarations qu'a pu faire une partie, mais cela tenait plutôt à la nature du redressement demandé—Canplas n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable que Novik était coupable d'outrage au tribunal—Règles de la Cour fédérale, 1998, DORS/98-106, règle 466.

CANPLAS INDUSTRIES LTD. C. NOVIK INC. (T-491-00, 2002 CFPI 124, juge Hansen, ordonnance en date du 1-2-02, 19 p.)

Demande en vue d'obtenir une ordonnance de se justifier pour violation apparente de la saisie du dragueur *Sandpiper VI* et de son équipement lorsque les défendeurs auraient utilisé une partie de l'équipement du dragueur: le pipeline flottant de dragage des matériaux—Le demandeur doit prouver *prima facie* une conduite par laquelle les défendeurs ont violé un mandat de saisie dont ils connaissaient l'existence—Demande accueillie—Il est clairement établi que non seulement

**PRATIQUE—Fin**

l'équipement qui se trouve à bord du navire, mais aussi toute partie de l'équipement d'un navire, qui a été enlevée et qui a été emportée à terre avant la saisie, peut être visée par le mandat de saisie: *Pacific Tractor Rentals (V.I.) Ltd. c. Le navire «Palaquin»* (1996), 115 F.T.R. 224 (1<sup>re</sup> inst.)—En l'espèce, il y a une preuve *prima facie* que le pipeline de dragage des matériaux était visé par la saisie, d'après la requête et les documents du demandeur—Le déplacement d'un équipement saisi, sans l'autorisation de la Cour, est une question grave pouvant mener à une conclusion d'outrage—Il y a une preuve *prima facie* qu'un outrage a été commis—Une ordonnance de se justifier est par conséquent rendue.

Y  
WHITE C. SANDPIPER VI (LE) (T-2157-01, 2002 CFPI 271, notaire Hargrave, ordonnance en date du 11-3-02, 8 p.)

**PREUVE**

La Cour a décidé d'examiner les extraits masqués de sept documents produits par le ministère public mais émanant du Service canadien du renseignement de sécurité—La procédure en deux étapes suivie par le juge en chef Thurlow dans *Goguen c. Gibson*, [1983] 1 C.F. 872 (1<sup>re</sup> inst.), a été approuvée plus tard par la Cour d'appel et suivie par d'autres juges de la Cour—Le juge en chef Thurlow n'a pas établi une règle de droit à suivre dans chaque cas, mais il a exposé simplement son raisonnement pour justifier, dans les circonstances de l'espèce, qu'il était approprié qu'il exerce son pouvoir discrétionnaire—Le libellé de l'art. 38 de la Loi sur la preuve au Canada a été modifié—Il ressort encore plus clairement du nouveau libellé de cet article que le juge désigné jouit d'un très large pouvoir discrétionnaire quant à la question de savoir s'il doit ou non examiner les documents supprimés avant d'entreprendre le processus de mise en équilibre que prévoit la loi—Le requérant a satisfait au critère de prouver que les documents supprimés sont susceptibles de se rapporter à une question soulevée dans la présente affaire—Les extraits non supprimés des sept documents en cause concernent directement et essentiellement soit l'accusé soit, plus particulièrement, l'incident de la prise d'otages dont il est accusé—Tout document qui peut avoir une incidence sur la capacité du ministère public de prouver cette accusation hors de tout doute raisonnable se rapporte aux questions soulevées en l'espèce—Un certain nombre de paragraphes des documents devraient être divulgués—Tous les renseignements autrement masqués sont sans rapport avec une question quelconque susceptible de survenir au cours du procès criminel à venir—Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 38.

RIBIC C. CANADA (DES-7-01, 2002 CFPI 290, juge Hugessen, ordonnance en date du 15-3-02, 8 p.)



*If undelivered, return COVER ONLY to:*

Communication Canada

— Publishing

Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S9

*En cas de non-livraison*

*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à:*

Communication Canada

— Édition

Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S9