



**Canada
Federal Court
Reports**

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

2003, Vol. 1, Part 1

2003, Vol. 1, 1^{er} fascicule

Cited as [2003] 1 F.C., 3-218

Renvoi [2003] 1 C.F., 3-218

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, 2003.

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 du Canada 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, 2003.

Les éléments rédactionnels suivants du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont protégés par le droit d'auteur de la Couronne: abstraits 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.

CONTENTS (Continued)

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 may be accessed on the Internet at the following Web site: <http://www.fja.gc.ca>

CONTENTS

Digests	D-1
Appeals Noted	I

AB v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (T.D.)	3
--	----------

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Convention refugee's Personal Information Form containing confidential information—Board cannot use applicant's PIF in seemingly similar Convention refugee claim without applicant's consent—Release of applicant's personal information to another refugee claimant, under circumstances of case, not permitted under Privacy Act.

Privacy—Privacy Act, s. 8 prohibiting disclosure of personal information except in accordance with section —Convention refugee's Personal Information Form containing confidential information—Board cannot use applicant's PIF in seemingly similar Convention refugee claim without applicant's consent—Release of applicant's personal information to another refugee claimant, under circumstances of case, not permitted under Privacy Act.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

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 peuvent être consultés sur Internet au site Web suivant: <http://www.cmf.gc.ca>

SOMMAIRE

Fiches analytiques	F-1
Appels notés	I

AB c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1^{re} inst.)	3
---	----------

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d'immigration—Formulaire de renseignements personnels d'un réfugié au sens de la Convention contenant des renseignements confidentiels—La Commission ne peut, sans son consentement, utiliser le FRP du demandeur aux fins d'une revendication du statut de réfugié qui semble similaire à la sienne—La Loi sur la protection des renseignements personnels ne permet pas la communication des renseignements personnels du demandeur à un autre revendicateur du statut de réfugié dans les circonstances de l'espèce.

Protection des renseignements personnels—L'art. 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnels ne permet la communication de renseignements personnels qu'en conformité avec ce qu'il prévoit—Formulaire de renseignements personnels d'un réfugié au sens de la Convention contenant des renseignements confidentiels—La Commission ne peut, sans son consentement, utiliser le FRP du demandeur aux fins d'une revendication du statut de réfugié

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Practice—Confidentiality Orders—Federal Court Rules, 1998, r. 151 confidentiality order may be granted with respect to material “to be filed”, not with respect to material already filed.

Baker Petrolite Corp. v. Canwell Enviro-Industries Ltd. (C.A.) 49

Patents—Anticipation—Patent covering methods for removing hydrogen sulphide from natural gas—Alleged anticipation based on prior sale of product—1996 Patent Act applicable retroactively according to s. 78.4(2)—Under s. 28.2(1)(a), subject-matter defined by claims in patent must not have been disclosed more than one year before filing date—Case law on anticipation reviewed—Disclosure contemplated by s. 28.2(1)(a) proved—Patent invalid by reason of anticipation.

Administrative Law—Judicial Review—Trial Judge making findings respecting anticipation of patent by prior use, sale—Finding as to what constitutes invention question of law—Standard of review on question of law correctness—Trial Judge’s conclusion appellants not proving anticipation mixed question of fact, law—Trial Judge erred in law in reconstructing mixture W-3053, using test for anticipation—Whether person skilled in art, using data, techniques available at relevant time could discover subject-matter of patent claims without use, application of inventive skill—Application of correct legal test leading to conclusion such person would have been led inevitably to subject-matter of patent claims.

Canada v. Mid-Atlantic Minerals Inc. (T.D.) 168

Maritime Law—Defendant refusing to pay fees for marine navigation services provided by Canadian Coast Guard (CCG)—Challenging plaintiff’s action for recovery of fees on ground Fee Schedule for Marine Navigation Services on which claim based invalid, unlawful—Entitled to challenge legality of Fee Schedule by application for judicial review only, not by

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

qui semble similaire à la sienne—La Loi sur la protection des renseignements personnels ne permet pas la communication des renseignements personnels du demandeur à un autre revendicateur du statut de réfugié dans les circonstances de l’espèce.

Pratique—Ordonnances de confidentialité—La règle 151 des Règles de la Cour fédérale (1998) prévoit qu’une ordonnance de confidentialité peut être rendue relativement à des documents ou éléments matériels «qui seront déposés», et non qui ont déjà été déposés.

Baker Petrolite Corp. c. Canwell Enviro-Industries Ltd. (C.A.) 49

Brevets—Antériorité—Brevet portant sur des méthodes permettant d’éliminer le sulfure d’hydrogène du gaz naturel—Allégation d’antériorité fondée sur la vente antérieure du produit—La Loi sur les brevets de 1996 s’applique rétroactivement conformément à l’art. 78.4(2)—Suivant l’art. 28.2(1)a, l’objet que définissent les revendications ne doit pas avoir été divulgué plus d’un an avant la date de dépôt—Examen de la jurisprudence relative à l’antériorité—La communication visée à l’art. 28.2(1)a a été établie—Le brevet est invalide pour cause d’antériorité.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Le juge de première instance a tiré des conclusions concernant l’antériorité du brevet découlant de l’utilisation ou de la vente antérieure—La conclusion relative à l’objet de l’invention est une question de droit—La norme de contrôle applicable à une question de droit est celle de la décision correcte—La conclusion du juge de première instance selon laquelle l’appelante n’a pas prouvé l’antériorité est une question mixte de fait et de droit—Le juge de première instance a commis une erreur de droit en recomposant le produit W-3053 et en appliquant le critère relatif à l’antériorité—Une personne versée dans l’art aurait-elle pu, à l’aide des techniques et des données alors existantes, sans faire appel à quelque génie inventif, découvrir l’objet des revendications du brevet?—L’application du critère juridique approprié menait à la conclusion qu’une telle personne aurait inévitablement découvert l’objet des revendications du brevet.

Canada c. Mid-Atlantic Minerals Inc. (1^{re} inst.) . . 168

Droit maritime—La défenderesse a refusé de payer les droits des services à la navigation maritime rendus par la Garde côtière canadienne (GCC)—Elle a contesté l’action en recouvrement des droits de la demanderesse au motif que le Barème des droits des services à la navigation maritime sur lequel la réclamation est fondée serait nul et illégal—Elle avait

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

defence in action—Whether defendant discriminated against for using non-Canadian ship—Oceans Act, s. 47 giving Minister broad discretion to set fees for various services provided by federal departments, agencies under jurisdiction—General power to set fees, dues for services provided by federal departments, agencies allowing government to set fees by class of user—Minister having power under s. 47 to provide different rate for marine navigation services rendered to Canadian, non-Canadian ships—Fee Schedule *intra vires* Minister's power.

Practice—Pleadings—Appeal from Prothonotary's order allowing action for recovery of navigation service fees—Prothonotary erred in holding defendant could not challenge legality of Fee Schedule for Marine Navigation Services in defence to action—Clear from Federal Court Rules, 1998, rr. 175, 178, 183(c) that once action brought against person, latter may raise any point of law which might defeat claim in defence.

Canadian Jewish Congress v. Chosen People Ministries, Inc. (T.D.) 29

Trade-marks—Practice—Registrar giving public notice pursuant to Trade-marks Act, s. 9(1)(n)(iii) of adoption, use by respondent charity of "Menorah design" (seven-branched candelabrum) as official mark—Menorah universal symbol of Judaism—Trade-marks Act, s. 56, permitting appeal to Federal Court from any decision of Registrar—Appeal implicitly involving proceeding from which parties to proceeding can seek review by Court—No possibility of appeal in relation to s. 9 as no previous proceeding—Challenge to Registrar's decision to publish official mark must be by way of application for judicial review pursuant to Federal Court Act, s. 18(1) giving Trial Division exclusive original jurisdiction to review decisions of any federal board, commission or other tribunal.

Forsyth v. Canada (Attorney General) (T.D.) 96

Federal Court Jurisdiction—Trial Division—Judicial review of Military Judge's decision Standing Court Martial had

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

le droit de contester la légalité du Barème par voie de demande de contrôle judiciaire uniquement et non pas par voie de défense à une action—La défenderesse a-t-elle été victime de discrimination parce qu'elle a utilisé un navire non canadien?—L'art. 47 de la Loi sur les océans accorde au ministre un large pouvoir discrétionnaire pour fixer les prix des différents services fournis par les ministères ou organismes fédéraux qui relèvent de sa compétence—Le pouvoir général de fixer des prix ou des droits pour services rendus par des ministères ou organismes fédéraux permet à l'administration fédérale de fixer des prix par catégorie d'usagers—Le ministre a le pouvoir, en vertu de l'art. 47, de prévoir une tarification différente pour services à la navigation maritime fournis à des navires canadiens ou non canadiens—Le Barème relève des pouvoirs du ministre.

Pratique—Actes de procédure—Appel d'une ordonnance du protonotaire qui a accueilli une action en recouvrement de droits des services à la navigation—Le protonotaire a erré en droit lorsqu'il a décidé que la défenderesse ne pouvait pas contester la légalité du Barème par voie de défense à une action—Les art. 175, 178 et 183(c) des Règles de la Cour fédérale (1998) indiquent clairement que lorsqu'une action a été intentée contre une personne, cette dernière peut soulever dans sa défense tout point de droit qui pourrait entraîner le rejet de la cause d'action.

Congrès juif canadien c. Chosen People Ministries, Inc. (1^{re} inst.) 29

Marques de commerce—Pratique—Le registraire a donné, conformément à l'art. 9(1)(n)(iii) de la Loi sur les marques de commerce, avis public que la défenderesse faisait l'adoption et l'emploi du «dessin d'une menorah» (chandelier à sept branches) comme marque officielle—La menorah constitue un symbole universel du judaïsme—L'art. 56 de la Loi sur les marques de commerce permet qu'un appel de toute décision rendue par le registraire soit interjeté à la Cour fédérale—Un appel se rattache implicitement à une instance à l'égard de laquelle les parties peuvent demander l'examen de la décision—Il n'y a aucune possibilité d'interjeter appel dans le cas de l'art. 9 puisqu'il n'existe aucune instance antérieure—La contestation de la décision du registraire de publier une marque officielle doit être introduite par voie de contrôle judiciaire fondé sur l'art. 18(1) de la Loi sur la Cour fédérale, lequel donne compétence exclusive, en première instance, à la Section de première instance dans l'examen des décisions rendues par tout office fédéral.

Forsyth c. Canada (Procureur général) (1^{re} inst.) 96

Compétence de la Cour fédérale—Section de première instance—Contrôle judiciaire de la décision d'un juge militaire

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

jurisdiction to try accused (applicant) after criminal charge based on same alleged conduct in civilian court withdrawn—Trial Division having exclusive jurisdiction under Federal Court Act, s. 18 to issue writ of prohibition directed to military judge in these circumstances—S. 28 not applicable—Standing Court Martial federal board, commission, other tribunal—S. 18.5 providing where Parliament expressly providing for appeal from decision of federal, board, commission or other tribunal, decision not subject to be prohibited—Trial Division's jurisdiction not ousted by s. 18.5—Right of person charged to appeal decision such as that under review merely implied in contrast to Minister's right of appeal under National Defence Act, s. 230.1.

Administrative Law—Judicial Review—Prohibition—Judicial review of Military Judge's decision Standing Court Martial had jurisdiction to try accused (applicant) after criminal charge based on same alleged conduct withdrawn in civilian court—Applicant seeking to prohibit military trial from proceeding—*MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233 (T.D.) still relevant: prohibition discretionary where lack of jurisdiction not so apparent on face of proceeding—National Defence Act, s. 162 requiring Code of Service Discipline to be dealt with as expeditiously as possible—More expeditious to allow Military Court to deal with charge, appeal on ground of lack of jurisdiction than to apply for judicial review—Not in best interests of justice to grant prohibition as could set precedent, adding to complexity of military justice processes.

Armed Forces—Judicial review of Military Judge's decision Standing Court Martial had jurisdiction to try accused (applicant) after charge based on same alleged conduct withdrawn in civilian court—Trial Division having jurisdiction under Federal Court Act, s. 18 to grant writ of prohibition directed to military judge in these circumstances; such jurisdiction not ousted by s. 18.5; not in interests of justice to exercise discretion to grant prohibition as not most expeditious way of proceeding as required by National Defence Act, s. 162—Applicant cannot rely on own failure to obtain dismissal of charge (for want of evidence) to bar exercise of concurrent jurisdiction vested in military justice system—No unseemly competition between civilian, criminal justice systems.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

portant que la cour martiale permanente avait compétence pour juger l'accusé (le demandeur) après le retrait d'une accusation au criminel devant un tribunal civil fondée sur le même comportement reproché—La Section de première instance a compétence exclusive, en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, pour décerner un bref de prohibition dans de telles circonstances—L'art. 28 n'est pas applicable—Cour martiale permanente est un office fédéral—L'art. 18.5 prévoit que, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel d'une décision rendue par un office fédéral, la décision ne peut faire l'objet de prohibition—L'art. 18.5 n'écarte pas la compétence de la Section de première instance—Le droit d'un accusé d'interjeter appel d'une décision telle que celle faisant l'objet d'examen est implicite, par contraste avec le droit d'appel du ministre prévu à l'art. 230.1 de la Loi sur la défense nationale.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Prohibition—Contrôle judiciaire de la décision d'un juge militaire portant que la cour martiale permanente avait compétence pour juger l'accusé (le demandeur) après le retrait d'une accusation au criminel devant un tribunal civil fondée sur le même comportement reproché—Le demandeur demande un bref de prohibition pour empêcher la tenue du procès devant la cour martiale—*MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233 (1^{re} inst.) fait toujours autorité: la prohibition a un caractère facultatif lorsque l'incompétence n'est pas évidente au vu de la procédure—L'art. 162 de la Loi sur la défense nationale requiert qu'une accusation aux termes du code de discipline militaire soit traitée avec toute la célérité possible—L'obligation de célérité est mieux servie en permettant à la Cour martiale d'instruire l'accusation puis en portant appel pour incompétence, plutôt qu'en demandant un contrôle judiciaire—Il ne serait pas dans l'intérêt véritable de la justice de décerner un bref de prohibition, comme cela pourrait constituer un précédent et rendrait plus complexe encore le système de justice militaire.

Forces armées—Contrôle judiciaire de la décision d'un juge militaire portant que la Cour martiale permanente avait compétence pour juger l'accusé (le demandeur) après le retrait d'une accusation au criminel devant un tribunal civil fondée sur le même comportement reproché—La Section de première instance a compétence en l'espèce, en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, pour décerner un bref de prohibition visant le juge militaire, cette compétence n'étant pas écartée par l'art. 18.5; il n'est pas dans l'intérêt véritable de la justice de décerner de manière discrétionnaire un bref de prohibition, cela ne constituant pas la façon de procéder avec la plus grande célérité possible, tel que le requiert l'art. 162 de la Loi sur la défense nationale—Le demandeur ne peut invoquer son propre défaut d'obtenir le rejet de l'accusation (pour absence de preuve) pour faire obstacle à l'exercice de la compétence

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Fox Lake Indian Band v. Reid Crowthers & Partners Ltd. (T.D.) 197

Practice—Pleadings—Amendments—Main action involving contract for construction of water and sewage system on Indian reserve; assignments given as security for interim funding required to complete system—Amendments seeking addition of party (company which loaned funds); to claim reimbursement in action, by way of *quantum meruit*, unjust enrichment—Not plain, obvious amendments susceptible of being struck out as disclosing no cause of action—Court should take generous approach to request for amendment—Amendments, taken together with statement of claim, appear to constitute reasonable pleading which ought to be allowed in interests of justice, common sense, overall interest that justice be done—No evidence of real prejudice if amendments granted—Amendments would certainly assist in determining substance of dispute on merits—Rank Electronics Ltd. arguably necessary party—Not plain, obvious plea of unjust enrichment could not succeed.

Practice—Limitation of Actions—Contract for construction of water and sewage system on Indian reserve; assignments given as security for interim funding—Where new, apparently reasonable cause of action arising out of same or essentially same facts as already pleaded, amendment to institute that cause of action ought to be allowed, even though limitation has run—Plea of prescription ought to be plea raised in defence—Provincial limitation becoming general limitation of broad application, subject to Federal Court procedural rules, equitable relief—Amendments should not be denied when dealing with area of law not settled with certainty.

Contracts—Construction of contracts—Contract for construction of water and sewage system on Indian reserve; assignments given as security for interim funding—Application of modern principles of purposive construction of contractual documents as set out by *House of Lords in Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*—Given circumstances in which guarantees arose herein, together with commercial purpose of guarantee, arguable that factors falling within “absolutely

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

concurrente du système de justice militaire—Il n’y a pas concurrence inconvenante entre les systèmes de justice civile et militaire.

Bande indienne de Fox Lake c. Reid Crowthers & Partners Ltd. (1^{re} inst.) 197

Pratique—Actes de procédure—Modifications—L’action principale porte sur un contrat de construction d’un réseau d’égout et d’aqueduc dans une réserve indienne, sur des cessions consenties en garantie du financement temporaire nécessaire pour terminer les travaux—Les modifications visent l’ajout d’une partie (la personne morale ayant prêté les fonds) et la réclamation d’un remboursement fondée sur *le quantum meruit* et l’enrichissement sans cause—Il n’est pas évident et manifeste que la modification serait radiée au motif qu’elle ne révèle aucune cause d’action—La Cour doit adopter une attitude ouverte à l’égard des demandes de modification—Les modifications, lues avec la déclaration, semblent former un acte de procédure acceptable qui devrait être autorisé en raison de l’équité, du bon sens et, globalement, pour que justice soit faite—Il n’a pas été démontré que l’acceptation des modifications entraînerait un préjudice réel—Les modifications aideront certainement la Cour à déterminer la nature du fond du litige—Il est possible de soutenir que Rank Electronics Ltd. est une partie nécessaire—Il n’est pas évident et manifeste que le recours en enrichissement sans cause n’a aucune chance de succès.

Pratique—Prescription—Contrat de construction d’un réseau d’égout et d’aqueduc dans une réserve indienne; cessions consenties en garantie du financement temporaire—Lorsque les mêmes faits, tels qu’ils ont été allégués, ou des faits essentiellement similaires donnent naissance à une cause d’action apparemment raisonnable, il convient d’autoriser la modification visant à ajouter cette cause d’action, même si il y a prescription—Le moyen de défense fondé sur la prescription doit être invoqué en défense—Un délai de prescription provincial qui devient un délai de prescription général d’application large est assujéti aux règles procédurales de la Cour fédérale, qui peut accorder un recours équitable—Il ne faut pas refuser une modification lorsqu’il s’agit d’un domaine de droit qui demeure flou.

Contrats—Interprétation des contrats—Contrat de construction d’un réseau d’égout et d’aqueduc dans une réserve indienne; cessions consenties en garantie du financement temporaire—Application des principes modernes de l’interprétation conformément à l’objet visé ou interprétation téléologique des contrats exposés par la *Chambre des lords dans Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*—Étant donné les circonstances ayant entouré la cession en garantie et l’objectif commercial de celle-ci, on

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man” would give rise to interest by Rank Electronics Ltd., further reason for adding Rank as plaintiff.

Crown—Contracts—Contract for construction of water and sewage system on Indian reserve; assignments given as security for interim funding required to complete system when engineering specifications proved faulty—Unjust enrichment—Applying principles of unjust enrichment (enrichment, corresponding deprivation, absence of any juristic reason for enrichment), not plain, obvious, beyond doubt that plea of unjust enrichment of Crown could not succeed.

Quigley v. Canada (House of Commons) (T.D.) 132

Official Languages—House of Commons currently providing television broadcasts of parliamentary proceedings to public by delivering signals to Cable Public Affairs Channel (CPAC), latter, in turn, providing signals to broadcasting distribution undertakings (BDUs) for distribution to public—House of Commons in breach of linguistic obligations under Official Languages Act, s. 25: failed to ensure proceedings of House provided in both official languages through agreements with CPAC as latter, in said agreements, not undertaking to ensure distribution contracts with various BDUs guaranteeing CPAC would be broadcast in both official languages.

Constitutional Law—Fundamental Principles—House of Commons privilege with respect to control of publication of House debates and proceedings—House of Commons currently providing television broadcasts of parliamentary proceedings to public by delivering signals to Cable Public Affairs Channel (CPAC), latter, in turn, providing signals to broadcasting distribution undertakings (BDUs) for distribution to public—House in breach of linguistic obligations under Official Languages Act, s. 25: failed to ensure proceedings of House provided in both official languages through its agreements with CPAC as latter, in said agreements, not undertaking to ensure distribution contracts with various BDUs guaranteeing that CPAC would be broadcast in both official languages—House’s privilege over publication of debates not arising herein.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

peut soutenir que des facteurs s’apparentant à «absolument toute chose qui aurait influé sur la manière dont le texte du document aurait été compris par une personne raisonnable» indiqueraient l’existence d’un droit de Rank Electronics Ltd. et d’une raison supplémentaire d’ajouter cette dernière comme demanderesse.

Couronne—Contrats—Contrat de construction d’un réseau d’égout et d’aqueduc dans une réserve indienne; cessions consenties en garantie du financement temporaire nécessaire pour terminer les travaux après la découverte de défauts dans le devis technique—Enrichissement sans cause—Compte tenu des principes de l’enrichissement sans cause (enrichissement, appauvrissement correspondant et absence de tout motif juridique à l’enrichissement), il n’est pas évident, manifeste et indubitable que le recours en enrichissement sans cause n’a aucune chance de succès.

Quigley c. Canada (Chambre des communes) (1^{re} inst.) 132

Langues officielles—La Chambre des communes offre actuellement la télédiffusion des débats et travaux parlementaires en transmettant des signaux à la Chaîne d’affaires publiques par câble (CPAC), qui les transmet ensuite à des entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) afin qu’ils soient distribués au public—La Chambre des communes a contrevenu aux obligations linguistiques que lui impose l’art. 25 de la Loi sur les langues officielles en ne veillant pas à ce que ses débats et travaux soient offerts dans les deux langues officielles dans ses ententes avec CPAC puisque celle-ci ne s’est pas engagée, dans ces ententes, à faire en sorte que ses contrats de distribution avec les différentes EDR garantissent la diffusion dans les deux langues officielles.

Droit constitutionnel—Principes fondamentaux—Privilège de la Chambre des communes concernant le contrôle de la publication de ses débats et travaux—La Chambre des communes offre actuellement la télédiffusion des débats et travaux parlementaires en transmettant des signaux à la Chaîne d’affaires publiques par câble (CPAC), qui les transmet ensuite à des entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) afin qu’ils soient distribués au public—La Chambre a contrevenu aux obligations linguistiques que lui impose l’art. 25 de la Loi sur les langues officielles en ne veillant pas à ce que ses débats et travaux soient offerts dans les deux langues officielles dans ses ententes avec CPAC puisque celle-ci ne s’est pas engagée, dans ces ententes, à faire en sorte que ses contrats de distribution avec les différentes EDR garantissent la diffusion dans les deux langues officielles—Le privilège de la Chambre concernant la publication des débats n’est pas en cause ici.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Federal Court Jurisdiction—Trial Division—House of Commons currently providing television broadcasts of parliamentary proceedings to public by delivering signals to Cable Public Affairs Channel (CPAC), latter, in turn, providing signals to broadcasting distribution undertakings (BDUs) for distribution to public—House in breach of linguistic obligations under Official Languages Act, s. 25: failed to ensure proceedings of House provided in both official languages through agreements with CPAC as latter, in said agreements, not undertaking to ensure distribution contracts with various BDUs guaranteeing CPAC would be broadcast in both official languages—House's privilege over publication of debates not arising herein—Jurisdiction in Court to apply Official Languages Act.

SmithKline Beecham Pharma Inc. v. Apotex Inc. (C.A.) 118

Patents—Appeal from dismissal of application under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(1) for order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance—SmithKline obtaining patent for paroxetine hydrochloride formulated by conventional methods of admixture such as blending, filling, compressing—Subsequently discovering wet formulation causing undesirable pink hue—Obtaining second patent for paroxetine formulated into tablets by process in which water absent—Applications Judge holding SmithKline not disproving Apotex's allegation second patent invalid due to anticipation—Appeal dismissed—Legal test for anticipation whether prior publication containing sufficient information to enable person of ordinary skill, knowledge in field to understand nature of invention, carry it into practical use without aid of inventive genius but purely by mechanical skill—Whether invention anticipated question of mixed fact, law—As Applications Judge used correct legal test, C.A. would intervene only if palpable, overriding error—Applications Judge finding as fact no inventive step or skill required to arrive at second patent—Appellants not establishing Applications Judge erred in consideration of evidence as whole—Court not inclined to disturb essentially factual finding.

SOMMAIRE (Fin)

Compétence de la Cour fédérale—Section de première instance—La Chambre des communes offre actuellement la télédiffusion des débats et travaux parlementaires en transmettant des signaux à la Chaîne d'affaires publiques par câble (CPAC), qui les transmet ensuite à des entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) afin qu'ils soient distribués au public—La Chambre a contrevenu aux obligations linguistiques que lui impose l'art. 25 de la Loi sur les langues officielles en ne veillant pas à ce que ses débats et travaux soient offerts dans les deux langues officielles dans ses ententes avec CPAC puisque celle-ci ne s'est pas engagée, dans ces ententes, à faire en sorte que ses contrats de distribution avec les différentes EDR garantissent la diffusion dans les deux langues officielles—Le privilège de la Chambre concernant la publication des débats n'est pas en cause ici—La Cour a compétence pour appliquer la Loi sur les langues officielles.

SmithKline Beecham Pharma Inc. c. Apotex Inc. (C.A.) 118

Brevets—Appel du rejet d'une requête présentée en vertu de l'art. 6(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), visant à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité—SmithKline a obtenu un brevet pour le chlorhydrate de paroxétine formulé selon les méthodes courantes de mélange consistant, par exemple, à mélanger, remplir et comprimer—Par la suite, SmithKline a découvert que le procédé de formulation par voie humide entraîne l'apparition d'une coloration rose non souhaitable—Elle a obtenu un deuxième brevet pour la paroxétine formulée au moyen d'un procédé sans eau—Le juge des requêtes a conclu que SmithKline n'avait pu démontrer que l'allégation formulée par Apotex selon laquelle le deuxième brevet était invalide pour cause d'antériorité n'était pas fondée—Appel rejeté—Le critère juridique pour l'anticipation consiste à déterminer si la publication antérieure renferme suffisamment d'information pour permettre à une personne ayant des compétences et des connaissances moyennes dans le domaine de comprendre la nature de l'invention et de la rendre utilisable en pratique, sans l'aide du génie inventif, mais uniquement grâce à une habileté d'ordre technique—La question de l'antériorité à l'égard d'une invention est une question mixte de fait et de droit—Comme le juge des requêtes a utilisé le critère juridique approprié de l'antériorité, la Cour d'appel n'interviendrait que si la conclusion du juge des requêtes constitue une erreur manifeste et dominante—Le juge des requêtes a constaté que le deuxième brevet n'avait nécessité aucune étape inventive ni aucun génie inventif—Les appelantes n'ont pas établi que le juge des requêtes a commis une erreur en prenant en considération l'ensemble de la preuve pour arriver à sa conclusion—La Cour n'est pas disposée à modifier ce qui constitue essentiellement une conclusion de fait.

APPEALS NOTED

SUPREME COURT OF CANADA

Applications for Leave to Appeal

Coomaraswamy v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2002] 4 F.C. 501 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 9/1/03.

Jones v. Canada, A-320-01, 2002 FCA 90, Sharlow J.A., judgment dated 4/3/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 9/1/03.

Larose v. Canada, A-789-00, 2002 FCA 151, Noël J.A., judgment dated 24/4/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 9/1/03.

Singh v. Canada (Human Rights Commission) (re Canada Post Corp.), A-557-00, 2002 FCA 155, Malone J.A., judgment dated 26/4/02 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 9/1/03.

Witkin v. Canada, [2003] 1 F.C. D-5 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, 9/1/03.

APPELS NOTÉS

COUR SUPRÊME DU CANADA

Demandes d'autorisation de pourvoi

Coomaraswamy c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2002] 4 C.F. 501 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 9-1-03.

Jones c. Canada, A-320-01, 2002 CAF 90, le juge Sharlow, J.C.A., jugement en date du 4-3-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 9-1-03.

Larose c. Canada, A-789-00, 2002 CAF 151, le juge Noël, J.C.A., jugement en date du 24-4-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 9-1-03.

Singh c. Canada (Commission des droits de la personne) (re Société canadienne des postes), A-557-00, 2002 CAF 155, le juge Malone, J.C.A., jugement en date du 26-4-02 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 9-1-03.

Witkin c. Canada, [2003] 1 C.F. F-8 (C.A.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 9-1-03.

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

**Canada
Federal Court
Reports**

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

2003, Vol. 1, Part 1

2003, Vol. 1, 1^{er} fascicule

IMM-1683-01
2002 FCT 471

IMM-1683-01
2002 CFPI 471

AB (Applicant)

v.

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

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

Trial Division, O'Keefe J.—Toronto, January 24;
Ottawa, April 26, 2002.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Convention refugee's Personal Information Form containing confidential information — Board cannot use applicant's PIF in seemingly similar Convention refugee claim without applicant's consent — Release of applicant's personal information to another refugee claimant, under circumstances of case, not permitted under Privacy Act.

Privacy — Privacy Act, s. 8 prohibiting disclosure of personal information except in accordance with section — Convention refugee's Personal Information Form containing confidential information — Board cannot use applicant's PIF in seemingly similar Convention refugee claim without applicant's consent — Release of applicant's personal information to another refugee claimant, under circumstances of case, not permitted under Privacy Act.

Practice — Confidentiality Orders — Federal Court Rules, 1998, r. 151 confidentiality order may be granted with respect to material "to be filed", not with respect to material already filed.

The applicant, a high-profile athlete from Peru (member of the Peruvian wrestling team), obtained Convention refugee status in Canada. When another member of the Peruvian wrestling team made a refugee claim, the Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division (the Board) informed the applicant that it intended to disclose

AB (demandeur)

c.

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

RÉPERTORIÉ: AB c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (1^{re} INST.)

Section de première instance, juge O'Keefe—Toronto,
24 janvier; Ottawa, 26 avril 2002.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Formulaire de renseignements personnels d'un réfugié au sens de la Convention contenant des renseignements confidentiels — La Commission ne peut, sans son consentement, utiliser le FRP du demandeur aux fins d'une revendication du statut de réfugié qui semble similaire à la sienne — La Loi sur la protection des renseignements personnels ne permet pas la communication des renseignements personnels du demandeur à un autre revendicateur du statut de réfugié dans les circonstances de l'espèce.

Protection des renseignements personnels — L'art. 8 de la Loi sur la protection des renseignements personnels ne permet la communication de renseignements personnels qu'en conformité avec ce qu'il prévoit — Formulaire de renseignements personnels d'un réfugié au sens de la Convention contenant des renseignements confidentiels — La Commission ne peut, sans son consentement, utiliser le FRP du demandeur aux fins d'une revendication du statut de réfugié qui semble similaire à la sienne — La Loi sur la protection des renseignements personnels ne permet pas la communication des renseignements personnels du demandeur à un autre revendicateur du statut de réfugié dans les circonstances de l'espèce.

Pratique — Ordonnances de confidentialité — La règle 151 des Règles de la Cour fédérale (1998) prévoit qu'une ordonnance de confidentialité peut être rendue relativement à des documents ou éléments matériels «qui seront déposés», et non qui ont déjà été déposés.

Le demandeur, un athlète bien en vue du Pérou (il était membre de l'équipe de lutte de ce pays) s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention au Canada. Lorsqu'un autre membre de l'équipe péruvienne de lutte a revendiqué le statut de réfugié, la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la

material from his case, including his Personal Information Form (PIF), transcript, reasons and exhibits, and submit them into evidence at the hearing of the other member of the wrestling team. The applicant objected, claiming that disclosure would violate his right to privacy and would put his family, still in Peru, at risk. The Board released the information nevertheless. This was an application for judicial review of the Board's decision.

The issues were whether the Board's decision to disclose the applicant's personal information was unlawful in that the disclosure was for a purpose and to an extent not permitted under the *Privacy Act*, and whether the procedure followed by the Board in deciding whether the applicant's evidence would be used at another refugee hearing was in accordance with the principles of natural justice and procedural fairness.

Held, the application for judicial review should be allowed.

As a preliminary matter, the request for a confidentiality order pursuant to rule 151 of the *Federal Court Rules, 1998* was dismissed as the rule provides that the order may be granted with respect to material "to be filed", and the motion for a confidentiality order herein was made well after the material was filed. The Court did not have jurisdiction to issue such an order. Even if there was jurisdiction, the order should not be issued: the material has been on the public record for months, and the information has been revealed to the applicant in the other case.

The Board's decision to disclose the applicant's personal information was unlawful, in that the disclosure was for a purpose and to an extent not permitted under the *Privacy Act*. While the PIF contains a statement that the information therein may be used as evidence at hearings of related claims, the applicant wrote therein that requests for disclosure would be considered on a case-by-case basis, but that otherwise, consent was denied.

The record of the applicant's refugee claim qualifies as personal information under the control of a government institution within the meaning of subsection 8(2) of the *Privacy Act*. As such, unless the consent of the individual

Commission) a fait savoir au demandeur qu'elle avait l'intention de communiquer des éléments provenant de son propre cas, notamment son Formulaire de renseignements personnels (FRP), la transcription de son audience, les motifs prononcés et les pièces présentées lors de celle-ci, et de les soumettre en preuve à l'audience relative à l'autre membre de l'équipe de lutte. Le demandeur s'est opposé à cette communication parce que celle-ci violerait son droit à la vie privée et mettrait sa famille vivant toujours au Pérou en danger. La Commission a néanmoins communiqué les renseignements. C'est cette décision qui faisait l'objet du présent contrôle judiciaire.

Il fallait déterminer si la décision de la Commission de communiquer les renseignements personnels concernant le demandeur était illégale en ce sens que la communication avait été faite à une fin et dans une mesure qui ne sont pas permises par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, et si la procédure suivie par la Commission pour décider si les éléments de preuve du demandeur seraient utilisés dans le cadre d'une autre audience relative au statut de réfugié était conforme aux principes de justice naturelle et à l'équité procédurale.

Jugement: la demande de contrôle judiciaire doit être accueillie.

La requête préliminaire demandant à la Cour de rendre une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* a été rejetée au motif que cette règle prévoit qu'une telle ordonnance peut être rendue uniquement à l'égard de documents ou éléments matériels «qui seront déposés». Or, en l'espèce, la requête a été présentée bien après le dépôt des documents. La Cour n'avait pas le pouvoir de rendre une telle ordonnance. De toutes façons, même si elle avait eu ce pouvoir, elle n'aurait pas rendu l'ordonnance parce que les documents figuraient dans le dossier public depuis des mois et les renseignements avaient été révélés au demandeur dans l'autre affaire.

La décision de la Commission de communiquer les renseignements personnels concernant le demandeur était illégale en ce sens que la communication a été faite à une fin et dans une mesure qui ne sont pas permises par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le FRP indique que les renseignements qu'il renferme peuvent servir de preuve lors d'audiences relatives à des revendications connexes, mais le demandeur y avait écrit que les demandes de communication seraient examinées au cas par cas, et qu'autrement le consentement était refusé.

Le contenu du dossier concernant la revendication du statut de réfugié du demandeur doit être considéré comme des renseignements personnels relevant d'une institution fédérale au sens du paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des*

concerned is granted, one of the paragraphs in subsection 8(2) must be invoked to justify the disclosure. As to consistent use (paragraph 8(2)(a)), the determination of the refugee claim of another applicant was not consistent with the purpose of determining the applicant's claim for Convention refugee status. None of the other paragraphs applied to justify the disclosure.

While it was not necessary to make a finding on this issue, the Board complied with rule 28 of the *Convention Refugee Determination Division Rules* and in so doing, complied with the principles of natural justice and procedural fairness.

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.
- Convention Refugee Determination Division Rules*, SOR/93-45, rr. 10(1), 22, 28.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
- Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106, r. 151.
- Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 69(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 59), (3) (as am. *idem*), (3.1) (as enacted *idem*), 82.1(1) (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Suppl.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73).
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 2, 3 "head", "personal information", 7, 8(1),(2)(a),(b),(f),(m).
- Universal Declaration of Human Rights*, GA Res. 217 A (III), UN GAOR, December 10, 1948, Art. 12.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Fazalbhoy (1999), 162 F.T.R. 57; 48 Imm. L.R. (2d) 222 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

Igbinosun v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1994), 87 F.T.R. 131 (F.C.T.D.); *Rahman v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 2041 (T.D.) (QL).

renseignements personnels. Par conséquent, à moins que le consentement de la personne concernée ne soit obtenu, l'un des alinéas du paragraphe 8(2) doit être invoqué pour justifier la communication. Pour ce qui est de l'usage compatible (alinéa 8(2)a)), la détermination du statut de réfugié d'un autre demandeur n'était pas compatible avec la détermination du statut de réfugié du demandeur en l'espèce. Aucun des autres alinéas ne s'appliquait pour justifier la communication.

Même si une décision sur ce point n'était pas nécessaire, la Commission s'est conformée à l'article 28 des *Règles de la section du statut de réfugié* et, de ce fait, aux principes de justice naturelle et à l'équité procédurale.

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.
- Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. AG 217 A (III), Doc. off. AG NU, 10 décembre 1948, art. 12.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 2, 3 «renseignements personnels» (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144, ann. VII), «responsable d'institution fédérale», 7, 8(1), (2)a),b),j),m).
- Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 69(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 59), (3) (mod., *idem*), (3.1) (édicte, *idem*), 82.1(1) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73).
- Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106, règle 151.
- Règles de la section du statut de réfugié*, DORS/93-45, art. 10(1), 22, 28.

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Fazalbhoy (1999), 162 F.T.R. 57; 48 Imm. L.R. (2d) 222 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

Igbinosun c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1994), 87 F.T.R. 131 (C.F. 1^{re} inst.); *Rahman c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 2041 (1^{re} inst.) (QL).

APPLICATION for judicial review of the decision of the Convention Refugee Determination Division of the Immigration and Refugee Board, to release the applicant's Personal Information Form and other information from the applicant's refugee hearing and submit them into evidence at the hearing of another refugee claimant. Application allowed.

APPEARANCES:

Patricia Wells for applicant.
Stephen H. Gold for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Patricia Wells, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] O'KEEFE J.: This is an application for judicial review pursuant to subsection 18.1 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as amended, in respect of the decision of the Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division (the Board), (date of decision not given), communicated to the applicant by telephone on March 22, 2001, wherein the Board decided to release the applicant's Personal Information Form, as well as the transcript, reasons and exhibits from the applicant's refugee hearing and submit them into evidence at the hearing of another refugee claimant.

[2] The applicant seeks:

1. An order setting aside the decision of the Board;
2. A declaration that the Board's decision to release the applicant's confidential information as intended is unlawful;
3. An order to prohibit or restrain the Board from releasing the applicant's confidential information without the applicant's consent;

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié de communiquer le Formulaire de renseignements personnels du demandeur et d'autres renseignements tirés de l'audition de sa revendication du statut de réfugié, et de les soumettre en preuve à l'audience relative à un autre revendicateur du statut de réfugié. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Patricia Wells pour le demandeur.
Stephen H. Gold pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Patricia Wells, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE O'KEEFE: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'article 18.1 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et ses modifications, visant la décision de la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) (date de la décision non précisée), qui a été communiquée au demandeur par téléphone le 22 mars 2001, de divulguer le Formulaire de renseignements personnels de ce dernier, ainsi que la transcription de son audience, les motifs prononcés et les pièces présentées lors de celle-ci, et de les soumettre en preuve à l'audience concernant un autre revendicateur du statut de réfugié.

[2] Le demandeur prie la Cour:

1. d'annuler la décision de la Commission;
2. de déclarer que la décision de la Commission de divulguer les renseignements confidentiels le concernant est illégale;
3. d'interdire à la Commission de divulguer les renseignements confidentiels le concernant sans son consentement;

4. In the alternative, an order prohibiting the Board from releasing the applicant's confidential information except in accordance with such directions as the Court considers to be appropriate, as to the procedure to be followed to protect the confidentiality of the applicant's information in accordance with fairness and natural justice.

Background

[3] The applicant, AB, is a citizen of Peru.

[4] The applicant is a high-profile athlete who has competed on behalf of Peru in many international sporting events, including the Olympics. The applicant came to Canada in 1999 to compete in the Pan-American Games in Winnipeg as a member of Peru's wrestling team. The applicant made a refugee claim, based on his fear of persecution by the Government of Peru.

[5] The applicant was determined by the Board to be a Convention refugee on January 28, 2001. Reasons were issued for the Board's decision.

[6] Another member of the Peruvian wrestling team at the same Pan-American Games, Luis Enrique Bazan Sale (Luis Bazan), also made a refugee claim. At the time of application, Luis Bazan's claim had not been determined.

[7] The applicant claims not to know Luis Bazan well.

[8] The applicant was informed by letter dated February 19, 2001, that the Board intended to disclose material from his case, including the Personal Information Form, transcript, reasons and exhibits, into evidence at the hearing of Luis Bazan. The applicant was invited to submit to the Board any objections in writing.

[9] By way of letters dated March 6, 2001 and March 16, 2001, the applicant submitted objections to the disclosure of his refugee file.

4. subsidiairement, d'interdire à la Commission de divulguer les renseignements confidentiels le concernant, sauf en conformité avec les directives que la Cour estime appropriées au regard de la procédure permettant de protéger la confidentialité de ces renseignements en conformité avec l'équité et la justice naturelle.

Contexte

[3] Le demandeur, AB, est un citoyen du Pérou.

[4] Le demandeur est un athlète bien en vue qui a représenté le Pérou dans un grand nombre d'événements sportifs internationaux, notamment aux Olympiques. Il est venu au Canada en 1999 avec l'équipe de lutte du Pérou pour participer aux Jeux panaméricains qui avaient lieu à Winnipeg. Il a revendiqué le statut de réfugié, invoquant sa crainte d'être persécuté par le gouvernement du Pérou.

[5] La Commission lui a reconnu le statut de réfugié au sens de la Convention dans une décision motivée rendue le 28 janvier 2001.

[6] Un autre membre de l'équipe péruvienne de lutte participant aux mêmes jeux, Luis Enrique Bazan Sale (Luis Bazan), a aussi revendiqué le statut de réfugié. Au moment de la demande, aucune décision n'avait encore été rendue sur cette revendication.

[7] Le demandeur prétend qu'il ne connaît pas bien Luis Bazan.

[8] Dans une lettre datée du 19 février 2001, la Commission a informé le demandeur qu'elle avait l'intention de communiquer, dans le cadre de l'audience de Luis Bazan, des éléments provenant de son propre cas, notamment son Formulaire de renseignements personnels, la transcription, les motifs et les pièces. Elle invitait le demandeur à lui faire savoir par écrit s'il s'opposait à cette divulgation.

[9] Le demandeur a fait part de son opposition à la communication de son dossier de réfugié dans des lettres datées du 6 mars 2001 et du 16 mars 2001.

[10] The letter dated March 6, 2001 includes the following objections:

I submit that my client's and his family's security will be put at risk if all the information proposed to be disclosed to Mr. Bazan is disclosed to him. I also submit that it will result in an injustice if that information is disclosed.

On the question of security, the same Board has already found that my client has a well-founded fear of being persecuted in his country, which is Mr. Bazan's country too. It has also found that my client enjoys a high profile in their common country, and the evidence showed that the press has taken a great deal of interest in my client's situation in Canada. The Board has found that his government views my client as a possible leftist sympathizer and that the same government tolerates human rights abuses when it comes to such persons, and for that reason he is at risk in Peru.

The evidence shows that my client's common-law wife and children remain in Peru, and that they have already been approached by the media in an attempt to find out more information about my client.

I submit that disclosing confidential information relating to the basis of my client's refugee claim will open the door to that same information's being made available to the press and the government of his own country, and will therefore place my client's family at risk for the same reasons the Board has found my client to be at risk.

In addition to the risk of physical harm or harassment, I submit it will result in an *injustice* to release information of a personal nature to someone unrelated to my client, and who has no obligation himself to keep that information confidential. The right to privacy and the right not to have that privacy interfered with is considered a "second level" right in refugee law (on the same level as the right to be free from arbitrary detention).

[11] Despite the applicant's stated objections, the Board decided to release the applicant's Personal Information Form, as well as the transcript, reasons and exhibits from the applicant's refugee hearing and submitted them into evidence at the hearing of refugee claimant Luis Bazan. This decision was communicated to the applicant by telephone on March 22, 2001.

[12] By letter to the Board dated April 4, 2001, the applicant's counsel wrote:

[10] La lettre du 6 mars 2001 mentionne notamment ce qui suit:

[TRADUCTION] J'estime que la sécurité de mon client et de sa famille sera compromise si tous les renseignements que la Commission se propose de communiquer à M. Bazan lui sont effectivement communiqués. J'estime aussi que cette communication causera une injustice.

En ce qui concerne la sécurité, la Commission a déjà statué que mon client craint avec raison d'être persécuté dans son pays, d'où vient également M. Bazan. Elle a aussi considéré que mon client jouit d'une grande renommée dans ce pays, et la preuve a démontré que les médias s'intéressent beaucoup à sa situation au Canada. La Commission a fait remarquer que le gouvernement du Pérou considère mon client comme un sympathisant possible de la gauche et qu'il tolère les atteintes aux droits de la personne commises à l'endroit de ce genre d'individus. C'est pourquoi mon client est en danger au Pérou.

Il ressort de la preuve que la conjointe de fait et les enfants de mon client vivent toujours au Pérou et que les médias ont déjà commencé à les interroger afin d'en savoir plus au sujet de mon client.

Selon moi, la communication des renseignements confidentiels concernant le fondement de la revendication du statut de réfugié de mon client pourrait permettre aux médias et au gouvernement du Pérou de connaître ces renseignements, ce qui aura pour effet de mettre en danger la famille de mon client pour les mêmes raisons que celles qui ont amené la Commission à considérer que mon client était en danger.

En plus du danger de préjudice physique ou de harcèlement, la divulgation des renseignements de nature personnelle à une personne qui n'a pas de lien avec mon client et qui n'a elle-même aucune obligation d'en maintenir la confidentialité causera une *injustice*. Le droit à la vie privée et au respect de la vie privée est considéré comme un droit de «deuxième niveau» dans le cadre du droit des réfugiés (au même titre que le droit de ne pas faire l'objet d'une détention arbitraire).

[11] Malgré l'opposition du demandeur, la Commission a décidé de divulguer son Formulaire de renseignements personnels, la transcription de son audience, ainsi que les motifs qui y ont été prononcés et les pièces qui y ont été présentées, et de les soumettre en preuve à l'audience de Luis Bazan. Cette décision a été communiquée par téléphone au demandeur le 22 mars 2001.

[12] Le conseil du demandeur a écrit ce qui suit à la Commission le 4 avril 2001:

I have twice asked the Board for its reasons for its decision, with no response as yet. If the Board intends to proceed to disclose my client's information to Mr. Bazan before I have received reasons, I ask that I be notified so that I may apply to the Court for the appropriate injunction.

[13] It appears that the Board has already disclosed the information to Luis Bazan.

[14] By letter to the Court dated April 20, 2001, the Board indicated that since there was no statutory requirement, no formal reasons were given for the decision denying the request that confidential material from the file of the applicant should not be submitted into evidence at the hearing of the refugee claim of Luis Bazan. The letter further stated that the following endorsement appears in the file:

Both claimants: (1) are wrestlers from the same team (2) are from the same school from '95-'99 (3) defected at the same time & place (4) claimants fearing because of their alleged involvement with Shining Path (5) trained at the same training centre (6) travelled all over on same dates, same places, same teams (7) their claims both refer to attendance at student meetings. Therefore claims "appear clearly linked".

Applicant's Submission

[15] The applicant submits that the type of disclosure at issue in this case has not been judicially reviewed and decided before.

[16] The applicant submits that the Board seeks to disclose the applicant's personal information, without consent, to a third party (a refugee claimant) who is neither a government department or official, nor bound by any undertaking or obligation to keep the applicant's information confidential.

[17] The applicant submits that disclosing the personal information of one refugee to others not only violates the claimant's rights to privacy, but also could put that claimant and family members at risk should sensitive personal information be communicated to third parties, including the media, in the country of origin.

[TRADUCTION] J'ai demandé deux fois à la Commission de me transmettre les motifs de sa décision, mais en vain. Si la Commission a l'intention de communiquer à M. Bazan des renseignements concernant mon client avant que j'aie reçu les motifs, je demande à en être avisé afin que je puisse demander à la Cour de rendre l'injonction qui convient.

[13] Il appert que la Commission a déjà communiqué les renseignements à Luis Bazan.

[14] Dans une lettre adressée à la Cour le 20 avril 2001, la Commission a indiqué que, comme la loi ne l'obligeait pas à le faire, elle n'avait pas donné de motifs formels de sa décision de rejeter la demande visant à faire en sorte que les éléments confidentiels du dossier du demandeur ne soient pas soumis en preuve à l'audience de Luis Bazan. La lettre mentionnait ensuite que la note suivante figure au dossier:

[TRADUCTION] Les deux revendicateurs: 1) sont des lutteurs de la même équipe, 2) ont fréquenté la même école de 1995 à 1999, 3) ont fait défection au même endroit et au même moment, 4) craignent d'être persécutés à cause de leurs prétendus liens avec le Sentier lumineux, 5) suivaient leur entraînement au même centre, 6) ont voyagé aux mêmes dates, dans les mêmes endroits et avec les mêmes équipes, 7) font tous deux état, dans leur revendication, de leur présence à des rencontres d'étudiants. Par conséquent, leurs revendications «semblent être nettement liées».

Les prétentions du demandeur

[15] Le demandeur prétend que les tribunaux n'ont jamais eu à statuer sur le type de communication en cause en l'espèce.

[16] Il fait valoir que la Commission cherche à communiquer, sans son consentement, les renseignements personnels le concernant à un tiers (un revendicateur du statut de réfugié) qui n'est ni un ministère ou un fonctionnaire du gouvernement, ni une personne ou un organisme tenu de garder ces renseignements confidentiels.

[17] Selon le demandeur, la communication des renseignements personnels concernant un revendicateur à d'autres revendicateurs non seulement viole les droits du premier à la vie privée, mais pourrait aussi, en l'espèce, mettre le revendicateur et sa famille en danger si jamais des renseignements personnels de nature

- délicate étaient communiqués à des tiers, notamment aux médias, dans son pays d'origine.
- [18] The applicant submits that the applicant is not related to Luis Bazan and has limited knowledge of his personal life. The applicant has not been asked by Luis Bazan to give evidence at the hearing of his claim.
- [18] Le demandeur fait valoir qu'il n'a pas de lien avec Luis Bazan et qu'il connaît peu de choses de la vie privée de celui-ci. Par ailleurs, Luis Bazan ne lui a pas demandé de témoigner à l'audition de sa revendication.
- [19] The applicant submits that the applicant had a reasonable expectation of privacy for the information that he submitted in connection with his refugee claim. The applicant submits that as a rule, refugee claimant personal information is kept confidential, and that the disclosure of confidential information will be the exception.
- [19] Le demandeur soutient qu'il s'attendait raisonnablement à ce que sa vie privée soit respectée lorsqu'il a communiqué les renseignements au soutien de sa revendication du statut de réfugié. Selon lui, la confidentialité des renseignements personnels concernant un revendicateur est la règle et la communication de renseignements confidentiels, l'exception.
- [20] The applicant submits that the Board erred in law in making the decision to release the applicant's personal information, and specifically the Board erred in interpreting the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P -21.
- [20] Le demandeur soutient que la Commission a commis une erreur de droit en décidant de divulguer les renseignements personnels le concernant et, plus précisément, qu'elle a commis une erreur dans son interprétation de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.
- [21] The applicant submits that the applicant's rights to privacy are engaged under Article 12 of the *Universal Declaration of Human Rights*, United Nations, Resolution 217 A (III), 10 December 1948. For ease of reference, Article 12 is reproduced below.
- [21] Le demandeur rappelle que les droits à la vie privée qui lui sont garantis par l'article 12 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Nations Unies, résolution 217 A (III), 10 décembre 1948, sont en jeu. Cette disposition est reproduite par souci de commodité:
- Article 12
- No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.
- Article 12
- Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.
- [22] The applicant submits that the applicant's rights under section 7 of the Charter are being compromised. For ease of reference, section 7 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 reproduced below.
- [22] Le demandeur soutient que les droits qui lui sont garantis à l'article 7 de la Charte sont compromis. Par souci de commodité, l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], est reproduit ici:
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.
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.

[23] The applicant submits that the provision in paragraph 8(2)(a) of the *Privacy Act, supra* must be interpreted so as to protect the confidentiality of an individual's personal information to the greatest extent possible.

[24] The applicant submits that paragraphs 8(2)(c) to (k) limit disclosure to specified third parties, almost all of whom are government institutions who are bound by rules to protect the individual's privacy.

[25] The applicant submits that the *Privacy Act, supra* does not place the onus on the individual to show that there might be harm or injustice caused by the proposed disclosure. Rather, the individual's privacy interest must be safeguarded.

[26] The applicant submits that in *Igbinosun v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 131 (F.C.T.D.), Madam Justice McGillis found that disclosure of the refugee claimant's name to a foreign police force in order to ascertain whether he had a criminal record, was for a use consistent with the purpose for which the information was collected. The applicant submits that it was significant that no personal information aside from the claimant's name was disclosed to the police force. The applicant submits that had the claimant's entire Personal Information Form been disclosed to the police force, the Court's response would have been different.

[27] The applicant submits that even if the Board were of the opinion that some information contained in the applicant's refugee claim was relevant to Luis Bazan's claim, the Board must still follow a procedure which protects to the greatest extent possible, the confidentiality of the applicant.

Respondent's Submissions

[28] The respondent submits that the personal circumstances and background of the applicant and Luis Bazan, his teammate, were strikingly similar. The Board

[23] Le demandeur soutient que l'alinéa 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, précitée, doit être interprété de manière à protéger dans la plus grande mesure possible la confidentialité des renseignements personnels concernant une personne.

[24] Il soutient que les alinéas 8(2)c) à k) limitent la communication à certains tiers seulement, dont presque tous sont des institutions fédérales assujetties à des règles ayant pour objet de protéger la vie privée des personnes.

[25] Il soutient également que, sous le régime de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, précitée, la personne concernée par les renseignements n'a pas à démontrer que la communication envisagée pourrait causer un préjudice ou une injustice. Le droit à la vie privée doit plutôt être sauvegardé.

[26] Le demandeur fait valoir que, dans l'affaire *Igbinosun c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1994), 87 F.T.R. 131 (C.F. 1^{re} inst.), M^{me} le juge McGillis a statué que la divulgation du nom du revendicateur du statut de réfugié à un service de police étranger dans le but de vérifier s'il avait un casier judiciaire était un usage compatible avec les fins auxquelles les renseignements avaient été recueillis. Selon le demandeur, il est significatif qu'aucun renseignement personnel autre que le nom du revendicateur n'ait été divulgué au service de police. À son avis, la réponse de la Cour aurait été différente si le Formulaire de renseignements personnels du revendicateur avait été communiqué en entier au service de police.

[27] Le demandeur prétend que, même si la Commission était d'avis que certains renseignements contenus dans sa revendication du statut de réfugié étaient pertinents aux fins de la revendication de Luis Bazan, elle devait quand même suivre une procédure qui protège dans la plus grande mesure possible la confidentialité du demandeur.

Les prétentions du défendeur

[28] Le défendeur soutient que la situation personnelle et les antécédents du demandeur et de Luis Bazan, son coéquipier, se ressemblaient de façon

has a responsibility to ensure that decisions are consistent and that all relevant evidence is considered. The respondent submits that the use of the applicant's evidence at the refugee hearing of his teammate was a "consistent use" under paragraph 8(2)(a) of the *Privacy Act, supra*. The respondent submits that as such, consent from the applicant was not required before the disclosure could be made.

[29] The respondent submits that paragraph 8(2)(a) of the *Privacy Act, supra* gives a tribunal the statutory authority to disclose personal information for a use consistent with the purpose for which the information was obtained. The respondent submits that the use of the applicant's evidence at the refugee hearing of his teammate was a "consistent use" under paragraph 8(2)(a).

[30] The respondent submits that the Personal Information Form instructed the applicant that the information provided is not absolutely confidential and that the applicant was required to list any objections to the disclosure on the form. The respondent submits that the applicant failed to make any objections based on the stated criteria relating to endangerment or injustice.

[31] The respondent submits that jurisprudence supports a broad and inclusive interpretation of "consistent use" in paragraph 8(2)(a) of the *Privacy Act, supra*. The applicant submits that in *Rahman v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] F.C.J. No. 2041 (T.D.) (QL), at paragraph 10, this Court held that "[t]he purpose for which the information was collected may be expressed as general immigration purposes, or more specifically, as admissibility and refugee determination purposes."

[32] The respondent submits that in *Igbinosun, supra*, at paragraph 6, this Court held that disclosure to a third

saisissante. La Commission doit veiller à ce que ses décisions soient cohérentes et que tous les éléments de preuve pertinents soient pris en compte. Le défendeur prétend que l'utilisation des éléments de preuve du demandeur dans le cadre de l'audition de la revendication du statut de réfugié de son coéquipier était un «usage compatible» au sens de l'alinéa 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels, précitée*. Par conséquent, le consentement du demandeur n'avait pas à être obtenu avant que les renseignements soient communiqués.

[29] Le défendeur soutient que l'alinéa 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels, précitée*, confère à un tribunal le pouvoir de communiquer des renseignements personnels pour un usage compatible avec les fins auxquelles ils ont été recueillis. Selon lui, l'utilisation des éléments de preuve du demandeur dans le cadre de l'audition de la revendication du statut de réfugié de son coéquipier était un «usage compatible» au sens de cette disposition.

[30] Le défendeur soutient qu'il est indiqué dans le Formulaire de renseignements personnels que les renseignements fournis ne sont pas totalement confidentiels, et que le demandeur devait indiquer les raisons, le cas échéant, pour lesquelles il s'opposait à la communication du formulaire. Il rappelle que le demandeur n'a formulé aucune objection fondée sur les critères mentionnés concernant le danger ou une injustice.

[31] Le défendeur soutient qu'il ressort de la jurisprudence qu'une interprétation large et globale est donnée à l'expression «usage compatible» employée à l'alinéa 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels, précitée*. Ainsi, dans l'affaire *Rahman c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 2041 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 10, la Cour a dit que «[l]es fins auxquelles les renseignements ont été recueillis peuvent être rattachées à l'objet général de la loi sur l'immigration ou, plus précisément, aux fins auxquelles visent les décisions sur l'admissibilité et sur la revendication du statut de réfugié».

[32] Le défendeur fait valoir que, dans l'affaire *Igbinosun, précitée*, la Cour a statué, au

party was in accordance with paragraph 8(2)(a) of the *Privacy Act, supra* because the applicant provided information generally for “immigration purposes”.

[33] The respondent submits that applying this broad interpretation, it is a “consistent use” when the Refugee Division uses information obtained for the applicant’s refugee hearing during the subsequent hearing of the applicant’s teammate. The respondent submits that injustice could result if each refugee claim were to be considered in isolation. The respondent submits that it is appropriate that disclosure is made only where two or more refugee claims are closely linked.

[34] The respondent submits that two claims as similar as the applicant’s and his teammate’s would ideally be joined pursuant to subrule 10(1) of the *Convention Refugee Determination Division Rules, SOR/93-45*. The respondent submits that the presence of this subsection in the Rules supports the authority and the propriety of the Board, under paragraph 8(2)(a) of the *Privacy Act, supra* to consider evidence from other refugee claims where two or more claims are closely linked.

[35] The respondent submits that the Privacy Commissioner concluded that using the personal information from one refugee claim to determine the refugee claim of another concerned individual is a consistent use of the information in appropriate circumstances.

[36] The respondent submits that subsection 69(3) [as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 59] of the *Immigration Act, [R.S.C., 1985, c. I-2]* gives the Board the statutory authority to consider and implement any measures to ensure the confidentiality of proceedings. The respondent submits that the fact the Board chose not to restrict disclosure of any personal information in this particular case does not demonstrate that the procedure is flawed.

paragraphe 6, que la communication avait été faite à un tiers en conformité avec l’alinéa 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, précitée, parce que le demandeur avait fourni les renseignements «pour les fins de la procédure d’immigration» en général.

[33] Le défendeur soutient que, si on applique cette interprétation large, la section du statut de réfugié a fait un «usage compatible» des renseignements recueillis aux fins de l’audition de la revendication du demandeur lorsqu’elle les a utilisés dans le cadre de l’audience du coéquipier de celui-ci. Il fait valoir qu’il pourrait y avoir injustice si chaque revendication était considérée indépendamment des autres et qu’il convient qu’il ne puisse y avoir communication que dans les cas où les revendications sont étroitement liées.

[34] Le défendeur fait valoir que deux revendications aussi semblables que celles du demandeur et de son coéquipier devraient idéalement être traitées conjointement en conformité avec le paragraphe 10(1) des *Règles de la section du statut de réfugié, DORS/93-45*. Selon lui, la présence de cette disposition dans les Règles est la preuve que la Commission peut tenir compte, en s’appuyant sur l’alinéa 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, précitée, des éléments de preuve présentés dans d’autres revendications du statut de réfugié lorsque des revendications sont étroitement liées.

[35] Le défendeur fait valoir que le Commissaire à la protection de la vie privée a conclu que l’utilisation des renseignements personnels présentés au soutien d’une revendication pour statuer sur la revendication d’une autre personne constitue un usage compatible dans certaines circonstances.

[36] Le défendeur soutient que le paragraphe 69(3) [mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 59] de la *Loi sur l’immigration [L.R.C. (1985), ch. I-2]*, confère à la Commission le pouvoir de prendre toute mesure nécessaire pour assurer la confidentialité des débats. Selon lui, ce n’est pas parce que la Commission a choisi de ne pas limiter la communication des renseignements personnels en l’espèce que la procédure est défectueuse.

[37] The respondent submits that the applicant was allowed to make submissions in accordance with the principles of procedural fairness. The respondent submits that by way of written submissions to the Board, the applicant did not demonstrate that the use of his personal information at another refugee hearing would endanger any person or cause an injustice. Accordingly, the respondent submits that the applicant's materials have already been disclosed to Luis Bazan.

[38] The respondent submits that the hearing of Luis Bazan will be *in camera*, and therefore any evidence used at the teammate's refugee hearing which refers to the applicant would not be made public.

[39] The respondent notes that the applicant has made his personal information public by filing this judicial review without bringing a motion to treat the applicant's refugee record as confidential.

[40] Issues

I propose to deal with the issues as framed by the applicant:

1. Is the Board's decision to disclose the applicant's personal information unlawful, in that the disclosure was for a purpose and to an extent not permitted under the *Privacy Act, supra*?
2. Was the procedure followed by the Board in deciding whether the applicant's evidence would be used at another refugee hearing in accordance with the principles of natural justice and procedural fairness?

Relevant Statutory Provisions, Regulations and Rules

[41] The relevant sections of the *Privacy Act, supra* state:

2. The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada that protect the privacy of individuals with respect to

[37] Le défendeur soutient que le demandeur a eu la possibilité de présenter des observations en conformité avec les principes de l'équité procédurale. Il fait valoir que le demandeur n'a pas démontré, en présentant des observations écrites à la Commission, que l'utilisation des renseignements personnels le concernant dans une autre audience relative au statut de réfugié mettrait une personne en danger ou causerait une injustice. En conséquence, les documents du demandeur ont déjà été communiqués à Luis Bazan.

[38] Le défendeur fait valoir que l'audience de Luis Bazan sera tenue à huis clos, de sorte que tout élément de preuve concernant le demandeur qui sera utilisé lors de cette audience ne sera pas rendu public.

[39] Le défendeur fait remarquer que le demandeur a lui-même rendu publics les renseignements personnels le concernant en déposant la présente demande de contrôle judiciaire sans demander que son dossier soit traité de manière confidentielle.

[40] Questions en litige

Je propose d'examiner les questions suivantes, telles qu'elles ont été formulées par le demandeur:

1. La décision de la Commission de communiquer les renseignements personnels concernant le demandeur est-elle illégale en ce sens que la communication a été faite à une fin et dans une mesure qui ne sont pas permises par la *Loi sur la protection des renseignements personnels, précitée*?
2. La procédure suivie par la Commission pour décider si les éléments de preuve du demandeur seraient utilisés dans le cadre d'une autre audience relative au statut de réfugié était-elle conforme aux principes de justice naturelle et à l'équité procédurale?

Dispositions législatives et réglementaires et règles pertinentes

[41] Les dispositions pertinentes de la *Loi sur la protection des renseignements personnels, précitée*, prévoient ce qui suit:

2. La présente loi a pour objet de compléter la législation canadienne en matière de protection des renseignements

personal information about themselves held by a government institution and that provide individuals with a right of access to that information.

3. In this Act,

...

“personal information” means information about an identifiable individual that is recorded in any form including, without restricting the generality of the foregoing,

(a) information relating to the race, national or ethnic origin, colour, religion, age or marital status of the individual,

(b) information relating to the education or the medical, criminal or employment history of the individual or information relating to financial transactions in which the individual has been involved,

(c) any identifying number, symbol or other particular assigned to the individual,

(d) the address, fingerprints or blood type of the individual,

(e) the personal opinions or views of the individual except where they are about another individual or about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to another individual by a government institution or a part of a government institution specified in the regulations,

(f) correspondence sent to a government institution by the individual that is implicitly or explicitly of a private or confidential nature, and replies to such correspondence that would reveal the contents of the original correspondence,

(g) the views or opinions of another individual about the individual,

(h) the views or opinions of another individual about a proposal for a grant, an award or a prize to be made to the individual by an institution or a part of an institution referred to in paragraph (e), but excluding the name of the other individual where it appears with the views or opinions of the other individual, and

(i) the name of the individual where it appears with other personal information relating to the individual or where the disclosure of the name itself would reveal information about the individual,

but, for the purposes of sections 7, 8 and 26 and section 19 of the *Access to Information Act*, does not include

personnels relevant des institutions fédérales et de droit d'accès des individus aux renseignements personnels qui les concernent.

3. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[...]

«renseignements personnels» Les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable, notamment:

a) les renseignements relatifs à sa race, à son origine nationale ou ethnique, à sa couleur, à sa religion, à son âge ou à sa situation de famille;

b) les renseignements relatifs à son éducation, à son dossier médical, à son casier judiciaire, à ses antécédents professionnels ou à des opérations financières auxquelles il a participé;

c) tout numéro ou symbole, ou toute autre indication identificatrice, qui lui est propre;

d) son adresse, ses empreintes digitales ou son groupe sanguin;

e) ses opinions ou ses idées personnelles, à l'exclusion de celles qui portent sur un autre individu ou sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à octroyer à un autre individu par une institution fédérale, ou subdivision de celle-ci visée par règlement;

f) toute correspondance de nature, implicitement ou explicitement, privée ou confidentielle envoyée par lui à une institution fédérale, ainsi que les réponses de l'institution dans la mesure où elles révèlent le contenu de la correspondance de l'expéditeur;

g) les idées ou opinions d'autrui sur lui;

h) les idées ou opinions d'un autre individu qui portent sur une proposition de subvention, de récompense ou de prix à lui octroyer par une institution, ou subdivision de celle-ci, visée à l'alinéa e), à l'exclusion du nom de cet autre individu si ce nom est mentionné avec les idées ou opinions;

i) son nom lorsque celui-ci est mentionné avec d'autres renseignements personnels le concernant ou lorsque la seule divulgation du nom révélerait des renseignements à son sujet;

toutefois, il demeure entendu que, pour l'application des articles 7, 8 et 26, et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*, les renseignements personnels ne comprennent pas les renseignements concernant:

(j) information about an individual who is or was an officer or employee of a government institution that relates to the position or functions of the individual including,

- (i) the fact that the individual is or was an officer or employee of the government institution,
- (ii) the title, business address and telephone number of the individual,
- (iii) the classification, salary range and responsibilities of the position held by the individual,
- (iv) the name of the individual on a document prepared by the individual in the course of employment, and
- (v) the personal opinions or views of the individual given in the course of employment,

(k) information about an individual who is or was performing services under contract for a government institution that relates to the services performed, including the terms of the contract, the name of the individual and the opinions or views of the individual given in the course of the performance of those services,

(l) information relating to any discretionary benefit of a financial nature, including the granting of a licence or permit, conferred on an individual, including the name of the individual and the exact nature of the benefit, and

(m) information about an individual who has been dead for more than twenty years;

...

“head”, in respect of a government institution, means

(a) in the case of a department or ministry of state, the member of the Queen’s Privy Council for Canada presiding over that institution, or

(b) in any other case, the person designated by order in council pursuant to this paragraph and for the purposes of this Act to be the head of that institution;

7. Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be used by the institution except

(a) for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose; or

(b) for a purpose for which the information may be disclosed to the institution under subsection 8(2).

j) un cadre ou employé, actuel ou ancien, d’une institution fédérale et portant sur son poste ou ses fonctions, notamment:

- (i) le fait même qu’il est ou a été employé par l’institution,
- (ii) son titre et les adresses et numéro de téléphone de son lieu de travail,
- (iii) la classification, l’éventail des salaires et les attributions de son poste,
- (iv) son nom lorsque celui-ci figure sur un document qu’il a établi au cours de son emploi,
- (v) les idées et opinions personnelles qu’il a exprimées au cours de son emploi;

k) un individu qui, au titre d’un contrat, assure ou a assuré la prestation de services à une institution fédérale et portant sur la nature de la prestation, notamment les conditions du contrat, le nom de l’individu ainsi que les idées et opinions personnelles qu’il a exprimées au cours de la prestation;

l) des avantages financiers facultatifs, notamment la délivrance d’un permis ou d’une licence accordés à un individu, y compris le nom de celui-ci et la nature précise de ces avantages;

m) un individu décédé depuis plus de vingt ans.

[. . .]

«responsable d’institution fédérale»

a) Le membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada sous l’autorité de qui est placé un ministère ou un département d’État;

b) la personne désignée par décret, conformément au présent alinéa, en qualité de responsable, pour l’application de la présente loi, d’une institution fédérale autre que celles mentionnées à l’alinéa a).

7. À défaut du consentement de l’individu concerné, les renseignements personnels relevant d’une institution fédérale ne peuvent servir à celle-ci:

a) qu’aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l’institution de même que pour les usages qui sont compatibles avec ces fins;

b) qu’aux fins auxquelles ils peuvent lui être communiqués en vertu du paragraphe 8(2).

8. (1) Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be disclosed by the institution except in accordance with this section.

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

(a) for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose;

(b) for any purpose in accordance with any Act of Parliament or any regulation made thereunder that authorizes its disclosure;

...

(j) to any person or body for research or statistical purposes if the head of the government institution

(i) is satisfied that the purpose for which the information is disclosed cannot reasonably be accomplished unless the information is provided in a form that would identify the individual to whom it relates, and

(ii) obtains from the person or body a written undertaking that no subsequent disclosure of the information will be made in a form that could reasonably be expected to identify the individual to whom it relates;

...

(m) for any purpose where, in the opinion of the head of the institution,

(i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, or

(ii) disclosure would clearly benefit the individual to whom the information relates.

[42] The relevant sections of the *Immigration Act*, *supra* states as follows [s. 69(2) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 59), (3.1) (as enacted *idem*), 82.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 19; S.C. 1992, c. 49, s. 73)]:

69. (1) ...

(2) Subject to subsections (3) and (3.1), proceedings before the Refugee Division shall be held in the presence of the person who is the subject of the proceedings, wherever

8. (1) Les renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale ne peuvent être communiqués, à défaut du consentement de l'individu qu'ils concernent, que conformément au présent article.

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants:

a) communication aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l'institution ou pour les usages qui sont compatibles avec ces fins;

b) communication aux fins qui sont conformes avec les lois fédérales ou ceux de leurs règlements qui autorisent cette communication;

[. . .]

j) communication à toute personne ou à tout organisme, pour des travaux de recherche ou de statistique, pourvu que soient réalisées les deux conditions suivantes:

(i) le responsable de l'institution est convaincu que les fins auxquelles les renseignements sont communiqués ne peuvent être normalement atteintes que si les renseignements sont donnés sous une forme qui permette d'identifier l'individu qu'ils concernent,

(ii) la personne ou l'organisme s'engagent par écrit auprès du responsable de l'institution à s'abstenir de toute communication ultérieure des renseignements tant que leur forme risque vraisemblablement de permettre l'identification de l'individu qu'ils concernent;

[. . .]

m) communication à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution:

(i) des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée,

(ii) l'individu concerné en tirerait un avantage certain.

[42] Les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'immigration*, précitée, prévoient ce qui suit [art. 69(2) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 59), (3.1) (édicte, *idem*), 82.1(1) (édicte par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 19; L.C. 1992, ch. 49, art. 73)]:

69. (1) [. . .]

(2) Sous réserve des paragraphes (3) et (3.1), la section du statut tient ses séances à huis clos ou, sur demande en ce sens, en public, et dans la mesure du possible en présence de

practicable, and be conducted *in camera* or, if an application therefor is made, in public.

(3) Where the Refugee Division is satisfied that there is a serious possibility that the life, liberty or security of any person would be endangered by reason of any of its proceedings being held in public, it may, on application therefor, take such measures and make such order as it considers necessary to ensure the confidentiality of the proceedings.

(3.1) Where the Refugee Division considers it appropriate to do so, it may take such measures and make such order as it considers necessary to ensure the confidentiality of any hearing held in respect of any application referred to in subsection (3).

...

82.1 (1) An application for judicial review under the *Federal Court Act* with respect to any decision or order made, or any matter arising, under this Act or the rules or regulations thereunder may be commenced only with leave of a judge of the Federal Court—Trial Division.

[43] The relevant sections of the *Convention Refugee Determination Divisions Rules*, *supra* state:

10. (1) An Assistant Deputy Chairperson or coordinating member may order that two or more claims or applications be processed jointly where the Assistant Deputy Chairperson or coordinating member believes that no injustice is thereby likely to be caused to any party.

...

22. (1) A person who makes an application pursuant to subsection 69(2) of the Act shall do so in writing to the Refugee Division and shall file it at the registry.

(2) The Refugee Division shall notify the parties forthwith of the application referred to in subrule (1).

(3) An application that is made pursuant to subsection 69(3) of the Act in response to an application referred to in subrule (1) shall be made to the Refugee Division in writing and filed at the registry.

(4) Subject to any measure taken or any order made pursuant to subsection 69(3.1) of the Act, the Refugee Division shall notify the person referred to in subrule (1) and every party forthwith of the application referred to in subrule (3).

l'intéressé.

(3) S'il lui est démontré qu'il y a une sérieuse possibilité que la vie, la liberté ou la sécurité d'une personne soit mise en danger par la publicité des débats, la section du statut peut, sur demande en ce sens, prendre toute mesure ou rendre toute ordonnance qu'elle juge nécessaire pour en assurer la confidentialité.

(3.1) La section du statut peut aussi, si elle l'estime indiqué, prendre toute mesure ou rendre toute ordonnance qu'elle juge nécessaire pour assurer la confidentialité de la demande.

[. . .]

82.1 (1) La présentation d'une demande de contrôle judiciaire aux termes de la *Loi sur la Cour fédérale* ne peut, pour ce qui est des décisions ou ordonnances rendues, des mesures prises ou de toute question soulevée dans le cadre de la présente loi ou de ses textes d'application—règlements ou règles — se faire qu'avec l'autorisation d'un juge de la Section de première instance de la Cour fédérale.

[43] Les dispositions pertinentes des *Règles de la section du statut de réfugié*, précitées, prévoient ce qui suit:

10. (1) Un vice-président adjoint ou un membre coordonnateur peut ordonner que deux ou plusieurs revendications ou demandes soient traitées conjointement, s'il estime qu'une telle mesure ne risque pas de causer d'injustice aux parties.

[. . .]

22. (1) La personne qui fait une demande en application du paragraphe 69(2) de la Loi la présente par écrit à la section du statut et la dépose au greffe.

(2) La section du statut notifie sans délai les parties de la demande visée au paragraphe (1).

(3) Toute demande faite, en application du paragraphe 69(3) de la Loi, en réponse à une demande visée au paragraphe (1) est présentée par écrit à la section du statut et déposée au greffe.

(4) Sous réserve de toute mesure prise ou de toute ordonnance rendue en application du paragraphe 69(3.1) de la Loi, la section du statut notifie sans délai la personne visée au paragraphe (1) et toutes les parties de la demande visée au paragraphe (3).

...

28. (1) Every application that is not provided for in these Rules shall be made by a party to the Refugee Division by motion, unless, where the application is made during a hearing, the members decide that, in the interests of justice, the application should be dealt with in some other manner.

Analysis and Decision

[44] The applicant raised a preliminary issue at the commencement of the hearing of this matter. That issue was his request for a confidentiality order pursuant to rule 151 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], which reads:

151. (1) On motion, the Court may order that material to be filed shall be treated as confidential.

(2) Before making an order under subsection (1), the Court must be satisfied that the material should be treated as confidential, notwithstanding the public interest in open and accessible court proceedings.

[45] The applicant seeks an order that the Court records be sealed in this judicial review application and that access to the Court records be prohibited without leave of the Court. In addition, the applicant requests an order that the style of case be amended so that the applicant's name reads as "AB" when the decision is rendered.

[46] The application for judicial review was filed on April 3, 2001. The respondent raised the fact that the applicant himself made the information public by filing the application for judicial review which in turn, resulted in the Board filing its record in the Court. This record contains the very information that the applicant wishes to have made confidential. The record was filed in the Court on November 23, 2001. The respondent has raised in its memorandum of fact and law filed on June 21, 2001 that the applicant had made his personal information public by filing the application for leave and for judicial review. The applicant filed his affidavit in support of the application for leave and for judicial review on May 22, 2001. That affidavit had attached to it as exhibits, the applicant's Personal Information Form, a copy of the transcript of the Board hearing and

[...]

28. (1) Toute demande d'une partie qui n'est pas prévue par les présentes règles est présentée à la section du statut par voie de requête, sauf si elle est présentée au cours d'une audience et que les membres décident d'une autre façon de procéder dans l'intérêt de la justice.

Analyse et décision

[44] Le demandeur a soulevé une question préliminaire au début de l'audience. Il a demandé à la Cour de rendre une ordonnance de confidentialité en vertu de la règle 151 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106], laquelle prévoit ce qui suit:

151. (1) La Cour peut, sur requête, ordonner que des documents ou éléments matériels qui seront déposés soient considérés comme confidentiels.

(2) Avant de rendre une ordonnance en application du paragraphe (1), la Cour doit être convaincue de la nécessité de considérer les documents ou éléments matériels comme confidentiels, étant donné l'intérêt du public à la publicité des débats judiciaires.

[45] Le demandeur sollicite une ordonnance portant que les dossiers de la Cour soient scellés dans la présente demande de contrôle judiciaire et que l'accès à ces dossiers soit interdit sans l'autorisation de la Cour. Il demande également que l'intitulé de la cause soit modifié de façon qu'il soit appelé «AB» lorsque la décision sera rendue.

[46] La demande de contrôle judiciaire a été déposée le 3 avril 2001. Le défendeur a fait remarquer que le demandeur avait lui-même rendu les renseignements publics en déposant la demande de contrôle judiciaire, à la suite de laquelle la Commission a déposé son dossier à la Cour. Ce dossier renferme les renseignements mêmes que le demandeur souhaite voir être considérés comme confidentiels. Le dossier a été déposé à la Cour le 23 novembre 2001. Dans son exposé des faits et du droit qu'il a déposé le 21 juin 2001, le défendeur a souligné que le demandeur avait lui-même rendu publics les renseignements personnels le concernant en déposant la demande d'autorisation et de contrôle judiciaire. Le demandeur a déposé son affidavit au soutien de cette demande le 22 mai 2001. Son Formulaire de renseignements personnels, une copie de

a copy of the Board's decision which is the majority of the information sought to be made confidential.

[47] I am of the opinion that I am unable to grant an order pursuant to rule 151 of the *Federal Court Rules, 1998* as by the wording of the rule, I only have jurisdiction to grant an order of confidentiality with respect to material "to be filed". The material that I am being asked to order to be treated as confidential was filed in May 2001 and November 2001. The motion for a confidentiality order was not made until the date of the hearing which was January 24, 2002. The motion for a confidentiality order is therefore dismissed.

[48] In the alternative, if I have the jurisdiction to issue the confidentiality order, I am not prepared to issue the order. The material sought to be made confidential has been on the public record since May 2001 as well, the information has also been revealed to the applicant in the other case. I am of the opinion that in the circumstances of this case, a confidentiality order should not issue. I adopt the reasoning of Gibson, J. of this Court in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Fazalbhoy* (1999), 162 F.T.R. 57 which he stated at paragraph 11 of the decision:

To justify a derogation from the principle of open and accessible court proceedings, and I am satisfied that that principle extends to open and accessible court records, Rule 151(2) requires that the Court must be satisfied that the material sought to be protected from access should be treated as confidential. The extract from *Pacific Press* (*supra*), makes it clear that the onus on an applicant such as the respondent here to so satisfy the Court is a heavy one. I simply am not satisfied that the respondent has met that onus on the facts before me. Any undertaking of confidentiality given by the Minister is not binding on this Court. The respondent has provided no special reasons to justify protection of his personal information on the records of this Court. His reliance on the words on the form provided for his use, the desire to which he attests to keep his affairs private and the fact that his personal information is before this Court not by reason of his own initiative provide a basis for sympathy for the

la transcription de l'audience de la Commission et une copie de la décision de celle-ci, soit la plus grande partie des renseignements que le demandeur souhaite voir être considérés comme confidentiels, étaient joints à l'affidavit à titre de pièces.

[47] J'estime qu'il m'est impossible de rendre une ordonnance en vertu de la règle 151 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* car celle-ci me confère seulement le pouvoir de rendre une ordonnance de confidentialité à l'égard des documents ou éléments matériels «qui seront déposés». Or, les documents qu'on me demande de considérer comme confidentiels ont été déposés en mai et en novembre 2001. La requête en vue d'obtenir une ordonnance de confidentialité n'a été présentée qu'au moment de l'audience, le 24 janvier 2002. Par conséquent, cette requête est rejetée.

[48] De toutes façons, même si j'avais le pouvoir de rendre l'ordonnance de confidentialité, je ne serais pas disposé à le faire. Les documents qu'on voudrait considérer comme confidentiels figurent dans le dossier public depuis mai 2001, et les renseignements ont aussi été révélés au demandeur dans l'autre affaire. À mon avis, compte tenu des circonstances, une ordonnance de confidentialité ne devrait pas être rendue. Je fais mien le raisonnement adopté par M. le juge Gibson, de la Cour, dans l'affaire *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Fazalbhoy* (1999), 162 F.T.R. 57, où il a dit, au paragraphe 11:

Pour justifier une dérogation au principe de la publicité des débats judiciaires, et je suis convaincu que ce principe s'étend à la publicité et à l'accessibilité des dossiers de la Cour, la Règle 151(2) exige que la Cour soit convaincue de la nécessité de considérer les documents ou éléments matériels en question comme confidentiels. Le passage tiré de l'arrêt *Pacific Press*, précité, indique clairement que la partie qui demande la confidentialité, c'est-à-dire l'intimé en l'espèce, a un lourd fardeau à assumer. Je ne suis tout simplement pas convaincu que l'intimé s'est acquitté de ce fardeau d'après les faits dont je suis saisi. Tous les engagements de confidentialité donnés par le ministre ne lient pas la présente Cour. L'intimé n'a mentionné aucune raison spéciale pouvant justifier que les renseignements personnels qu'il a fournis soient considérés comme confidentiels dans les dossiers de la présente Cour. Le fait qu'il s'appuie sur les mots utilisés dans le formulaire mis à sa disposition et qu'il souhaite garder ses affaires privées et

respondent's position. But those considerations do not discharge the onus on him to justify a confidentiality order.

[49] I am prepared however, to issue an order amending the style of cause so that the applicant's name reads as "AB".

[50] Issue No. 1

Is the Board's decision to disclose the applicant's personal information unlawful, in that the disclosure was for a purpose and to an extent not permitted under the *Privacy Act*, supra?

The respondent entered an affidavit of David Tyndale, which included a letter from the Privacy Commission as Exhibit A. The letter from the Privacy Commissioner states, in part:

It was pointed out to the complainants that this as [*sic*] only a recognition that there may be some circumstances where the use of the personal information from one refugee might be appropriate. This was definitely not intended as a blanket endorsement for all refugee hearings. As you know, each and every *Privacy Act* complaint received by this office is dealt with on its own merits.

For instance, in a previous specific complaint investigated by this office, the Privacy Commissioner found that the Immigration and Refugee Board's introduction of one individual's personal information into the refugee hearing of another individual was a "consistent use" under section 8(2)(a) of the *Privacy Act* [omitted s. 8(2)(a) citation]. In that particular case, a refugee claimant gave evidence at his own refugee claim hearing, but gave contradictory evidence about his curriculum vitae when he agreed to be called as a witness in a subsequent hearing for another individual. The Immigration and Refugee Board introduced his file into the second hearing to challenge the credibility of the witness.

le fait que des renseignements le concernant se retrouvent devant la Cour sans qu'il l'ait demandé sont certes propres à attirer la sympathie de la Cour, mais ces considérations ne suffisent pas pour conclure qu'il s'est acquitté du fardeau qui lui incombait de justifier la délivrance d'une ordonnance de confidentialité.

[49] Je suis disposé cependant à ordonner que l'intitulé de la cause soit modifié de façon que le demandeur soit appelé «AB».

[50] Question n° 1

La décision de la Commission de communiquer les renseignements personnels concernant le demandeur est-elle illégale en ce sens que la communication a été faite à une fin et dans une mesure qui ne sont pas permises par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, précitée?

Le défendeur a déposé en preuve, sous la cote A, l'affidavit de David Tyndale, qui comprenait une lettre du Commissaire à la protection de la vie privée. Cette lettre se lit en partie comme suit:

[TRADUCTION] On a fait remarquer aux plaignants qu'il s'agit seulement d'une reconnaissance du fait qu'il peut être approprié, dans certaines circonstances, d'utiliser les renseignements personnels concernant un réfugié. Il ne s'agissait certainement pas d'une reconnaissance générale visant tous les cas de réfugié. Comme vous le savez, chaque plainte déposée en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* qui est reçue par le bureau est traitée en fonction de ses propres caractéristiques.

Par exemple, lors d'une enquête menée précédemment à la suite d'une plainte, le Commissaire à la protection de la vie privée a considéré que la production, par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié, de renseignements personnels concernant une personne à l'audience sur le statut de réfugié d'une autre personne était un «usage compatible» au sens de l'alinéa 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [citation de l'al. 8(2)a) omise]. Dans ce cas particulier, un revendicateur du statut de réfugié avait témoigné à sa propre audience sur le statut de réfugié, mais avait donné un témoignage contradictoire au sujet de son curriculum vitae lorsqu'il avait accepté de témoigner ensuite à une audience concernant une autre personne. La Commission de l'immigration et du statut de réfugié a produit son dossier en preuve lors de la deuxième audience dans le but d'attaquer sa crédibilité.

[51] The example cited by the Privacy Commissioner demonstrates that a “consistent use” under paragraph 8(2)(a) of the *Privacy Act, supra* includes demonstrating that an individual is providing contradictory evidence as a witness in a second refugee hearing than he provided during his own refugee hearing. In that case, the individual concerned brought his own personal information into question at the second refugee hearing by testifying about the same information provided at his hearing (although in a contradictory manner). That situation is clearly distinguishable from the present case where the applicant claims to hardly know the other refugee claimant and has no intention of participating in that claimant’s hearing.

[52] As the Privacy Commissioner recognized, paragraphs 8(2)(a) and (b) are definitely not intended as a blanket endorsement for personal information of refugees to be shared at all refugee hearings. Moreover, each case must be dealt with on its own merits.

[53] The applicant’s Personal Information Form contains the following standard wording on the front page:

The confidentiality of the information contained in this form is protected by federal legislation and can be released only under the terms of that legislation.

The Refugee Division may make inquiries concerning information provided in this form.

Moreover, this form and the information it contains **may be used as evidence at the hearings of other claimants who are related to you or whose claims appear to be closely linked to yours.** Should you have a reasonable objection to this use please state it below. The Refugee Division will consider your objection based on whether the use of your form and information would endanger the life, liberty or security of any person or would be likely to cause an injustice.

[51] L’exemple donné par le Commissaire à la protection de la vie privée montre que l’utilisation des renseignements personnels aux fins de démontrer que le témoignage donné par une personne qui agit comme témoin dans le cadre d’une audience du statut de réfugié ne correspond pas à celui qu’elle a donné à sa propre audience sur le statut de réfugié est un «usage compatible» au sens de l’alinéa 8(2)a) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, précitée. Dans cette affaire, la personne concernée avait remis en question ses propres renseignements personnels lors de la deuxième audience lorsqu’elle avait témoigné au sujet des renseignements fournis lors de son audience (mais d’une manière contradictoire). Cette situation est nettement différente de celle dont je suis saisi, où le demandeur prétend connaître à peine l’autre revendicateur du statut de réfugié et n’a pas l’intention de participer à l’audience de ce dernier.

[52] Comme le Commissaire à la protection de la vie privée l’a reconnu, les alinéas 8(2)a) et b) ne visent certainement pas à permettre, de manière générale, la communication des renseignements personnels concernant des réfugiés dans toutes les audiences sur le statut de réfugié. En outre, chaque cas doit être examiné au fond.

[53] La remarque suivante figure sur la première page du Formulaire de renseignements personnels:

La nature confidentielle des renseignements figurant dans le présent formulaire est protégée par la législation fédérale. Les renseignements fournis peuvent uniquement être divulgués selon les conditions prescrites par la Loi.

La Section du statut de réfugié pourrait vous poser des questions concernant l’information que vous avez fournie dans le présent formulaire.

En outre, ce formulaire est les renseignements qu’il renferme peuvent servir de preuve aux audiences d’autres revendicateurs qui ont un lien avec vous ou dont la revendication semble être étroitement liée à la vôtre. Si vous avez une objection raisonnable à opposer à cette utilisation, veuillez l’indiquer ci-dessous (si vous n’avez pas suffisamment d’espace, veuillez continuer sur la page suivante). La Section du statut de réfugié s’efforcera alors de déterminer si, dans les circonstances, l’utilisation de votre formulaire ou des renseignements contenus dans celui-ci

In the space provided under the above wording, the applicant wrote:

Requests for disclosure will be considered on a case-by-case basis. Otherwise, consent is denied.

[54] According to the wording on the Personal Information Form and according to the notice sent to the applicant, the Board will consider objections to the release of personal information based on whether the use of the information:

1. Would endanger the life, liberty or security of any person; or
2. Would be likely to cause an injustice.

[55] Is this an appropriate test for the Board to use in the context of a rule 28 [*Convention Refugee Determination Division Rules*] motion to determine whether the Board can use personal information of a previous refugee claimant without that claimant's permission?

[56] Part (b) of the Board's test uses similar wording to the test described in subrule 28(9). Rule 28 does not specifically mention privacy or confidentiality of proceedings, but it is the catch-all provision of the Rules which may be interpreted as appropriate to be applied in this situation. Part (a) of the Board's test uses similar wording to the test described in subsection 69(3) of the *Immigration Act, supra*. Subsection 69(3) states:

69. . . .

(3) Where the Refugee Division is satisfied that there is a serious possibility that the life, liberty or security of any person would be endangered by reason of any of its proceedings being held in public, it may, on application therefor, take such measures and make such order as it considers necessary to ensure the confidentiality of the proceedings.

mettrait en danger la vie, la liberté ou la sécurité d'une personne, ou causerait vraisemblablement une injustice.

Le demandeur a écrit ce qui suit dans l'espace figurant sous cette remarque:

[TRADUCTION] Les demandes de communication seront examinées au cas par cas. Autrement, le consentement est refusé.

[54] Il ressort de la remarque figurant sur le Formulaire de renseignements personnels et de l'avis envoyé au demandeur que la Commission prendra en compte les objections à la communication des renseignements personnels si l'utilisation de ces renseignements:

1. soit mettrait en danger la vie, la liberté ou la sécurité d'une personne;
2. soit causerait vraisemblablement une injustice.

[55] Convient-il que la Commission ait recours à ce critère dans le cadre d'une requête fondée sur l'article 28 des Règles [*Règles de la section du statut de réfugié*] pour déterminer si elle peut utiliser des renseignements personnels concernant un revendicateur du statut de réfugié sans la permission de celui-ci?

[56] Le libellé du deuxième élément du critère de la Commission est semblable à celui du paragraphe 28(9) des Règles. L'article 28 ne fait pas expressément mention de la protection de la vie privée ou de la confidentialité des débats, mais il s'agit d'une disposition générale des Règles qui peut s'appliquer à cette situation. Quant au premier élément du critère, il ressemble au critère prévu au paragraphe 69(3) de la *Loi sur l'immigration*, précitée. Cette disposition se lit comme suit:

69. [. . .]

(3) S'il lui est démontré qu'il y a une sérieuse possibilité que la vie, la liberté ou la sécurité d'une personne soit mise en danger par la publicité des débats, la section du statut peut, sur demande en ce sens, prendre toute mesure ou rendre toute ordonnance qu'elle juge nécessaire pour en assurer la confidentialité.

[57] Although the test provided in subsection 69(3) can be helpful and instructive to the Board in determining whether to release personal information from a refugee claimant's record, subsection 69(3) is not directly applicable to the situation at hand. Subsection 69(3) provides a mechanism to ensure confidentiality of proceedings where the Board's proceedings are being held in public. In the instant case, at issue is the confidentiality of the record of a refugee claimant after the Board has concluded proceedings and made a final determination with respect to that refugee claimant. I do not find that subsection 69(3) provides any authority in this situation.

[58] Under rule 28, the Board has been given broad discretion to make decisions relating to the determination of Convention refugees. However, in my view, it is not clear that this broad discretion was intended to authorize the disclosure of personal information that would otherwise be protected under the *Privacy Act, supra*.

[59] The preamble to subsection 8(2) of the *Privacy Act, supra* states:

8. (1) . . .

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed . . .

[60] I am of the view that the record of the applicant's refugee claim qualifies as personal information under the control of a government institution. As such, unless the consent of the individual concerned is granted (as required under subsection 8(1)), one of the paragraphs in subsection 8(2) must be invoked to justify the disclosure. Paragraph 8(2)(a) continues as follows:

8. (2) . . .

(a) for the purpose for which the information was obtained or compiled by the institution or for a use consistent with that purpose;

[57] Bien que le critère prévu par le paragraphe 69(3) puisse aider la Commission à déterminer s'il y a lieu de divulguer des renseignements personnels tirés du dossier d'un revendicateur du statut de réfugié, cette disposition n'est pas directement applicable en l'espèce. Le paragraphe 69(3) prévoit un mécanisme permettant d'assurer la confidentialité des débats de la Commission lorsque ceux-ci ont lieu en public. En l'espèce toutefois, c'est la confidentialité du dossier d'un revendicateur du statut de réfugié après que la Commission a terminé les débats et a rendu une décision finale à l'égard de celui-ci qui est en cause. À mon avis, le paragraphe 69(3) n'est pas utile dans ce cas.

[58] L'article 28 des Règles confère à la Commission un vaste pouvoir discrétionnaire de prendre des décisions relatives à la détermination du statut de réfugié. Cependant, il n'est pas clair, à mon avis, que ce vaste pouvoir discrétionnaire devait permettre la communication de renseignements personnels qui seraient autrement protégés par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, précitée.

[59] Le préambule du paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, précitée, est libellé comme suit:

8. (1) [. . .]

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants: [. . .]

[60] Je suis d'avis que le contenu du dossier concernant la revendication du statut de réfugié du demandeur doit être considéré comme des renseignements personnels relevant d'une institution fédérale. Par conséquent, à moins que le consentement de la personne concernée ne soit obtenu (comme l'exige le paragraphe 8(1)), l'un des alinéas du paragraphe 8(2) doit être invoqué pour justifier la communication. L'alinéa 8(2)a prévoit ce qui suit:

8. (2) [. . .]

a) communication aux fins auxquelles ils ont été recueillis ou préparés par l'institution ou pour les usages qui sont compatibles avec ces fins;

[61] In this case, the purpose for which the information was obtained was the determination of the applicant's claim for Convention refugee status. In order for the disclosure of the applicant's personal information to be justified under this section, the use of that information must be a use consistent with the purpose for which the information was collected. I do not find that the determination of the refugee claim of the other applicant is consistent with the purpose of determining the applicant's claim for Convention refugee status.

[62] Paragraph 8(2)(b) continues as follows:

8. (2) . . .

(b) for any purpose in accordance with any Act of Parliament or any regulation made thereunder that authorizes its disclosure;

[63] Counsel has not directed me to any Act of Parliament or any regulation made thereunder that authorizes the disclosure of the applicant's personal information contained in his refugee record, therefore paragraph 8(2)(b) does not apply. As described above, provisions from the *Convention Refugee Determination Division Rules* and the *Immigration Act, supra* have been considered but do not provide satisfactory authority for the disclosure of this personal information.

[64] Paragraphs 8(2)(c) through (i) are not applicable to the situation at hand. Paragraph (j) continues as follows:

8. (2) . . .

(j) to any person or body for research or statistical purposes if the head of the government institution

(i) is satisfied that the purpose for which the information is disclosed cannot reasonably be accomplished unless the information is provided in a form that would identify the individual to whom it relates, and

(ii) obtains from the person or body a written undertaking that no subsequent disclosure of the information will be made in a form that could reasonably be expected to identify the individual to whom it relates;

[61] En l'espèce, les renseignements ont été recueillis aux fins de la détermination du statut de réfugié du demandeur. Pour que la communication des renseignements personnels concernant le demandeur soit justifiée en vertu de cette disposition, ces renseignements doivent être communiqués pour un usage compatible avec les fins auxquelles ils ont été recueillis. Je ne pense pas que la détermination du statut de réfugié de l'autre demandeur soit compatible avec la détermination du statut de réfugié du demandeur en l'espèce.

[62] L'alinéa 8(2)(b) prévoit ce qui suit:

8. (2) [. . .]

b) communication aux fins qui sont conformes avec les lois fédérales ou ceux de leurs règlements qui autorisent cette communication;

[63] L'avocate n'ayant pas porté à mon attention une loi fédérale ou un règlement pris en vertu d'une telle loi qui autorise la communication des renseignements personnels concernant le demandeur qui figurent dans son dossier de réfugié, l'alinéa 8(2)(b) ne s'applique pas. Il a été indiqué précédemment que les dispositions des *Règles de la section du statut de réfugié* et de la *Loi sur l'immigration*, précitées, ont été prises en compte mais qu'elles n'autorisent pas la communication des renseignements personnels en cause en l'espèce.

[64] Les alinéas 8(2)(c) à (i) ne sont pas applicables en l'espèce. Quant à l'alinéa (j), il prévoit ce qui suit:

8. (2) [. . .]

j) communication à toute personne ou à tout organisme, pour des travaux de recherche ou de statistique, pourvu que soient réalisées les deux conditions suivantes:

(i) le responsable de l'institution est convaincu que les fins auxquelles les renseignements sont communiqués ne peuvent être normalement atteintes que si les renseignements sont donnés sous une forme qui permette d'identifier l'individu qu'ils concernent,

(ii) la personne ou l'organisme s'engagent par écrit auprès du responsable de l'institution à s'abstenir de toute communication ultérieure des renseignements tant que leur forme risque vraisemblablement de permettre l'identification de l'individu qu'ils concernent;

[65] Paragraph 8(2)(j) is not applicable as the disclosure concerned is not to a person for research or statistical purposes. Subparagraph 8(2)(j)(ii) is useful to the extent that it indicates that personal information is sufficiently prized under the *Privacy Act, supra* to warrant protection that includes obtaining a written undertaking to prevent subsequent disclosure.

[66] Paragraph 8(2)(m) continues as follows:

8. (2) . . .

(m) for any purpose where, in the opinion of the head of the institution,

(i) the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure, or

(ii) disclosure would clearly benefit the individual to whom the information relates.

[67] Subparagraph 8(2)(m)(ii) does not apply in the case at hand since the disclosure of the applicant's refugee record to a subsequent refugee claimant would not clearly benefit the applicant. Subparagraph 8(2)(m)(i) would only apply if the head of the institution provides an opinion that the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure. The head of the institution is a defined term in the *Privacy Act, supra*, and in this situation, it refers to the Minister of Citizenship and Immigration. There is no indication that the Minister of Citizenship and Immigration has engaged in weighing the interests in subparagraph 8(2)(m)(i), so this provision does not apply to authorize the disclosure of the applicant's personal information.

[68] In conclusion on this issue, I find that the Board's decision to release the applicant's personal information to another refugee claimant, under the circumstances of this case, is not permitted under the *Privacy Act, supra*.

[65] L'alinéa 8(2)(j) ne s'applique pas non plus puisqu'il n'est pas question en l'espèce d'une communication pour des travaux de recherche ou de statistique. Le sous-alinéa 8(2)(j)(ii) est utile dans la mesure où il indique que la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, précitée, accorde suffisamment de prix aux renseignements personnels pour justifier une protection pouvant prendre la forme d'un engagement écrit de s'abstenir de toute communication ultérieure.

[66] Finalement, l'alinéa 8(2)(m) prévoit ce qui suit:

8. (2) [. . .]

m) communication à toute autre fin dans les cas où, de l'avis du responsable de l'institution:

(i) des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée,

(ii) l'individu concerné en tirerait un avantage certain.

[67] Le sous-alinéa 8(2)(m)(ii) ne s'applique pas en l'espèce puisque le demandeur ne tirerait aucun avantage certain de la communication de son dossier de réfugié à un autre revendicateur. Quant au sous-alinéa 8(2)(m)(i), il s'appliquerait seulement si le responsable de l'institution était d'avis que des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée. Le responsable de l'institution est une expression définie dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Dans le cas présent, il s'agit du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration. Rien n'indique que celui-ci a soupesé les intérêts visés au sous-alinéa 8(2)(m)(i), de sorte que cette disposition ne s'applique pas de manière à autoriser la communication des renseignements personnels concernant le demandeur.

[68] J'en arrive donc à la conclusion que, dans les circonstances de l'espèce, la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, précitée, ne permet pas à la Commission de divulguer à un autre revendicateur les renseignements personnels concernant le demandeur.

[69] Issue No. 2

Was the procedure followed by the Board in deciding whether the applicant's evidence would be used at another refugee hearing in accordance with the principles of natural justice and procedural fairness?

Because of my finding on Issue No. 1, it is not necessary to make a finding with respect to Issue No. 2 but I will make a few brief comments with respect to the procedure followed by the Board. No procedure is set out by the *Convention Refugee Determination Division Rules* for the disclosure of personal information. Consequently, rule 28 applies. For ease of reference, subrules 28(1) and (9) are reproduced:

28. (1) Every application that is not provided for in these Rules shall be made by a party to the Refugee Division by motion, unless, where the application is made during a hearing, the members decide that, in the interests of justice, the application should be dealt with in some other manner.

...

(9) The Refugee Division, on being satisfied that no injustice is likely to be caused, may dispose of a motion without a hearing.

[70] To me, it appears that the Board has complied with rule 28 of the *Convention Refugee Determination Division Rules* and in so doing, the Board complied with the principles of natural justice and procedural fairness.

[71] The application for judicial review is allowed and the decision of the Board to release the applicant's confidential information is set aside. It is declared that the Board's decision to release the applicant's confidential information is unlawful and the Board is prohibited from further releasing the applicant's confidential information without the applicant's consent.

ORDER

[72] IT IS ORDERED that:

1. The decision of the Board to release the applicant's confidential information is set aside.

[69] Question n° 2

La procédure suivie par la Commission pour décider si les éléments de preuve du demandeur seraient utilisés dans le cadre d'une autre audience relative au statut de réfugié était-elle conforme aux principes de justice naturelle et à l'équité procédurale?

Vu la réponse que j'ai donnée à la question n° 1, il n'est pas nécessaire que je me prononce sur la question n° 2. Je ferai cependant quelques brefs commentaires sur la procédure suivie par la Commission. Comme les *Règles de la section du statut de réfugié* ne prévoient pas de procédure pour la communication des renseignements personnels, c'est l'article 28 qui s'applique. Par souci de commodité, je reproduis les paragraphes 28(1) et (9):

28. (1) Toute demande d'une partie qui n'est pas prévue par les présentes règles est présentée à la section du statut par voie de requête, sauf si elle est présentée au cours d'une audience et que les membres décident d'une autre façon de procéder dans l'intérêt de la justice.

[. . .]

(9) La section du statut peut statuer sur la requête sans tenir d'audience si elle est convaincue qu'il ne risque pas d'en résulter d'injustice.

[70] Il me semble bien que la Commission s'est conformée à l'article 28 des *Règles de la section du statut de réfugié* et, de ce fait, aux principes de justice naturelle et à l'équité procédurale.

[71] La demande de contrôle judiciaire est accueillie et la décision de la Commission de divulguer les renseignements confidentiels concernant le demandeur est annulée. La Cour déclare que la décision de la Commission de divulguer les renseignements confidentiels concernant le demandeur est illégale et qu'il est interdit à la Commission de divulguer d'autres renseignements confidentiels concernant le demandeur sans le consentement de celui-ci.

ORDONNANCE

[72] LA COUR ORDONNE:

1. La décision de la Commission de divulguer les renseignements confidentiels concernant le demandeur est annulée.

-
- | | |
|--|---|
| 2. It is declared that the Board's decision to release the applicant's confidential information as described is unlawful. | 2. Il est déclaré que la décision de la Commission de divulguer les renseignements confidentiels concernant le demandeur est illégale. |
| 3. The Board is prohibited and restrained from further releasing the applicant's confidential information without the applicant's consent. | 3. Il est interdit à la Commission de divulguer d'autres renseignements confidentiels concernant le demandeur sans le consentement de celui-ci. |
| 4. The style of cause is amended so that the applicant's name reads as "AB". | 4. L'intitulé de la cause est modifié de façon que le demandeur soit appelé «AB». |
| 5. The application for judicial review is allowed. | 5. La demande de contrôle judiciaire est accueillie. |

T-3-00
2002 FCT 613

T-3-00
2002 CFPI 613

Canadian Jewish Congress (*Applicant*)

Congrès juif canadien (*demandeur*)

v.

c.

Chosen People Ministries, Inc. and The Registrar of Trade-marks (*Respondents*)

Chosen People Ministries, Inc. et Le registraire des marques de commerce (*défendeurs*)

INDEXED AS: CANADIAN JEWISH CONGRESS v. CHOSEN PEOPLE MINISTRIES, INC. (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CONGRÈS JUIF CANADIEN c. CHOSEN PEOPLE MINISTRIES, INC. (1^{re} INST.)

Trial Division, Blais J.—Toronto, April 29 and May 28, 2002.

Section de première instance, juge Blais—Toronto, 29 avril et 28 mai 2002.

Trade-marks — Practice — Registrar giving public notice pursuant to Trade-marks Act, s. 9(1)(n)(iii) of adoption, use by respondent charity of “Menorah design” (seven-branched candelabrum) as official mark — Menorah universal symbol of Judaism — Trade-marks Act, s. 56, permitting appeal to Federal Court from any decision of Registrar — Appeal implicitly involving proceeding from which parties to proceeding can seek review by Court — No possibility of appeal in relation to s. 9 as no previous proceeding — Challenge to Registrar’s decision to publish official mark must be by way of application for judicial review pursuant to Federal Court Act, s. 18(1) giving Trial Division exclusive original jurisdiction to review decisions of any federal board, commission or other tribunal.

Marques de commerce — Pratique — Le registraire a donné, conformément à l’art. 9(1)n(iii) de la Loi sur les marques de commerce, avis public que la défenderesse faisait l’adoption et l’emploi du «dessin d’une menorah» (chandelier à sept branches) comme marque officielle — La menorah constitue un symbole universel du judaïsme — L’art. 56 de la Loi sur les marques de commerce permet qu’un appel de toute décision rendue par le registraire soit interjeté à la Cour fédérale — Un appel se rattache implicitement à une instance à l’égard de laquelle les parties peuvent demander l’examen de la décision — Il n’y a aucune possibilité d’interjeter appel dans le cas de l’art. 9 puisqu’il n’existe aucune instance antérieure — La contestation de la décision du registraire de publier une marque officielle doit être introduite par voie de contrôle judiciaire fondé sur l’art. 18(1) de la Loi sur la Cour fédérale, lequel donne compétence exclusive, en première instance, à la Section de première instance dans l’examen des décisions rendues par tout office fédéral.

Trade-marks — Registrar giving public notice pursuant to Trade-marks Act, s. 9(1)(n)(iii) of adoption, use by respondent charity of “Menorah design” (seven-branched candelabrum) as official mark — S. 9(1)(n)(iii) prohibiting adoption as trade-mark or otherwise of any mark closely resembling official mark previously adopted by public authority — “Public authority” must be subject to government control, display duty to public — That complying with regulations governing charitable organizations not meaning subject to government control — Registrar erred in exercise of discretion as respondent charity neither under government control nor displaying duty to public — Erred in giving public notice of official mark — Counterproductive to prohibit Jewish organizations from using menorah since historically associated with Jewish culture.

Marques de commerce — Le registraire a donné, conformément à l’art. 9(1)n(iii) de la Loi sur les marques de commerce, avis public que la défenderesse faisait l’adoption et l’emploi du «dessin d’une menorah» (chandelier à sept branches) comme marque officielle — L’art. 9(1)n(iii) interdit l’adoption, comme marque de commerce ou autrement, de toute marque qui ressemble à une marque officielle déjà adoptée par une autorité publique — L’«autorité publique» doit être soumise au contrôle public et démontrer une obligation envers le public — Le fait pour une autorité de se conformer aux règlements régissant les organismes caritatifs ne signifie pas qu’elle est soumise à un contrôle public — Le registraire a commis une erreur dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire puisque la défenderesse n’est pas soumise à un contrôle public et ne démontre aucune obligation envers le public — Il a commis une erreur en donnant un avis public d’une marque officielle — Interdire aux organismes juifs l’emploi de la menorah serait peine perdue étant donné qu’elle a toujours été liée à la culture juive historiquement.

Charities — Registrar giving public notice pursuant to Trade-marks Act, s. 9(1)(n)(iii) of adoption, use by respondent charity of “Menorah design” (seven-branched candelabrum) as official mark — S. 9(1)(n)(iii) prohibiting adoption as trade-mark or otherwise any mark closely resembling official mark previously adopted by public authority — Respondent United States charity with operations in Canada — Non-profit corporation with charitable objects, tax-exempt status, able to issue charitable receipts to donors, could be asked to provide financial, corporate information to provincial government — Not “public authority” as neither under government control nor displaying duty to public.

Practice — Parties — Standing — Judicial review of Registrar’s decision giving public notice pursuant to Trade-marks Act, s. 9(1)(n)(iii) of adoption, use by respondent charity of “Menorah design” (seven-branched candelabrum) as official mark — Menorah universal symbol of Judaism — Publication of official mark prohibiting applicant, Jewish organization, from adopting menorah in any of its activities — Applicant directly affected, prejudiced by Registrar’s decision — Federal Court Act, s. 18.1(1) permitting anyone directly affected by matter in respect of which relief sought to bring application for judicial review — Applicant having standing under s. 18.1(1).

Administrative Law — Judicial Review — Certiorari — Federal Court Act, s. 18(1) giving Trial Division exclusive original jurisdiction to review decisions of any federal board, commission or other tribunal — Based on case law, judicial review appropriate, preferable method by which to seek revocation of official mark.

This was an application for judicial review pursuant to *Federal Court Act*, subsection 18.1(1) and an appeal pursuant to *Trade-marks Act*, section 56. The Registrar of Trade-marks gave public notice pursuant to *Trade-marks Act*, subparagraph 9(1)(n)(iii) of the adoption and use by Chosen People Ministries, Inc. (CPM) of the “Menorah design” as an official mark. The menorah, a seven-branched candelabrum, is a universal symbol of Judaism. CPM is a United States charity with operations in Canada. Subparagraph 9(1)(n)(iii) prohibits persons from adopting as trade-marks or otherwise, marks that closely resemble those previously adopted as an official mark

Organismes de bienfaisance — Le registraire a donné, conformément à l’art. 9(1)n(iii) de la Loi sur les marques de commerce, avis public que la défenderesse faisait l’adoption et l’emploi du «dessin d’une menorah» (chandelier à sept branches) comme marque officielle — L’art. 9(1)n(iii) interdit l’adoption, comme marque de commerce ou autrement, de toute marque qui ressemble à une marque officielle déjà adoptée par une autorité publique — La défenderesse est un organisme caritatif américain qui exerce des activités au Canada — Elle est constituée en société sans but lucratif tenant des objectifs de bienfaisance, est exonérée d’impôt, délivre des reçus pour les dons de bienfaisance, peut être tenue de fournir des renseignements financiers et des renseignements qui concernent son fonctionnement au gouvernement provincial — Elle ne constitue pas une «autorité publique» puisqu’elle n’est pas soumise à un contrôle public et ne démontre aucune obligation envers le public.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — Contrôle judiciaire de la décision du registraire de donner, conformément à l’art. 9(1)n(iii) de la Loi sur les marques de commerce, avis au public que la défenderesse faisait l’adoption et l’emploi du «dessin d’une menorah» (chandelier à sept branches) comme marque officielle — La menorah constitue un symbole universel du judaïsme — La publication de la marque officielle interdit au demandeur, organisme juif, d’employer la menorah dans l’une quelconque de ses activités — Le demandeur est directement touché par la décision du registraire et cette décision lui cause un préjudice — L’art. 18.1(1) de la Loi sur la Cour fédérale permet à quiconque est directement touché par l’objet de la demande de présenter une demande de contrôle judiciaire — Le demandeur a la qualité nécessaire pour présenter une demande fondée sur l’art. 18.1(1).

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — L’art. 18(1) de la Loi sur la Cour fédérale donne compétence exclusive, en première instance, à la Section de première instance pour l’examen des décisions rendues par tout office fédéral — Selon la jurisprudence, le contrôle judiciaire constitue le mécanisme approprié et privilégié pour obtenir la révocation d’une marque officielle.

Il s’agit d’une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* et de l’article 56 de la *Loi sur les marques de commerce*. Le registraire des marques de commerce a donné, conformément au sous-alinéa 9(1)n(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*, avis au public que la défenderesse Chosen People Ministries, Inc. (CPM) faisait l’adoption et l’emploi du «dessin d’une menorah» comme marque officielle. La menorah, chandelier à sept branches, est un symbole universel du judaïsme. La CPM est un organisme caritatif américain qui exerce des activités au Canada. Le sous-alinéa 9(1)n(iii)

by a public authority. Since there is no requirement that public notice be given of a request to the Registrar for the publication of notice of the adoption and use of an official mark, Canadian Jewish Congress (CJC) was not informed of the official mark application. The issues were: (1) whether the publication of an official mark should be reviewed by way of appeal or application for judicial review; (2) whether the CJC had standing to bring this application or appeal; (3) whether CPM was a public authority; and (4) whether the Registrar erred in publishing the notice of the adoption and use of the “Menorah design” as an official mark of CPM.

Held, the application should be allowed and the appeal should be dismissed.

(1) A challenge to a Registrar’s decision may be brought by way of action, appeal pursuant to *Trade-marks Act*, section 56 or judicial review pursuant to *Federal Court Act*, subsection 18.1(1). Section 56 permits an appeal to the Federal Court from any decision of the Registrar under the Act. An appeal implicitly involves a proceeding from which the parties to the proceeding can seek review by a Court. In relation to section 9, there is no previous proceeding involved and consequently no possibility of an appeal. In addition, the only parties involved in the original application are the “public authority” seeking the official mark and the Registrar. *Federal Court Act*, subsection 18(1) gives the Trial Division exclusive original jurisdiction to review decisions of any federal board, commission or other tribunal. Subsection 18.1(1) permits “anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought” to bring an application for judicial review. Based on the case law, judicial review is the appropriate and preferable method by which to seek the revocation of an official mark.

(2) The CJC had standing to bring this application by way of judicial review under *Federal Court Act*, subsection 18.1(1). The publication of the official mark forbids the CJC, a Jewish organization from adopting the menorah in any of its activities. The CJC is therefore directly affected and prejudiced by the Registrar’s decision. It would be unfair to deny standing to the CJC because the official mark application process limits the parties to the CPM and the Registrar.

(3) A “public authority” must be subject to government control and display a duty to the public. That CPM was

interdit l’adoption, comme marque de commerce ou autrement, d’une marque qui ressemble à celle qu’une autorité publique a déjà adoptée comme marque officielle. Étant donné qu’un avis public n’est pas exigé dans le cas d’une demande de publication de l’avis d’adoption et d’emploi de marque officielle présentée au registraire, le Congrès juif canadien (CJC) n’a pas été informé de la demande de marque officielle. Les questions en litige consistent à savoir: 1) si la publication d’une marque officielle peut être soumise à un examen par voie d’appel ou de contrôle judiciaire; 2) si le CJC a la qualité nécessaire pour présenter une demande de contrôle judiciaire ou un appel; 3) si la CPM est une autorité publique; et 4) si le registraire a commis une erreur en publiant l’avis d’adoption et d’emploi du «dessin d’une menorah» comme marque officielle de la CPM.

Jugement: la demande doit être accueillie et l’appel, rejeté.

1) La contestation de la décision du registraire peut être introduite par voie d’action, d’appel fondé sur l’article 56 de la *Loi sur les marques de commerce*, ou de contrôle judiciaire fondé sur le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. L’article 56 permet qu’un appel de toute décision rendue par le registraire sous le régime de la *Loi sur les marques de commerce* soit interjeté à la Cour fédérale. Un appel se rattache implicitement à une instance à l’égard de laquelle les parties peuvent demander l’examen de la décision. Dans le cadre de l’article 9, il n’existe aucune instance antérieure, donc aucune possibilité d’interjeter appel. Qui plus est, les seules parties à la demande initiale sont l’«autorité publique» qui désire obtenir la marque officielle et le registraire. Le paragraphe 18(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* donne compétence exclusive, en première instance, à la Section de première instance pour l’examen des décisions rendues par tout office fédéral. Le paragraphe 18.1(1) permet à «quiconque est directement touché par l’objet de la demande» de présenter une demande de contrôle judiciaire. Selon la jurisprudence, le contrôle judiciaire est le mécanisme approprié et privilégié pour obtenir la révocation d’une marque officielle.

2) Le CJC a la qualité nécessaire pour présenter une demande de contrôle judiciaire fondée sur le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la cour fédérale*. La publication de la marque officielle interdit au CJC, organisme juif, d’employer la menorah dans l’une quelconque de ses activités. Le CJC est donc directement touché par la décision du registraire et cette décision lui cause un préjudice. Il serait injuste de lui refuser la qualité pour agir parce que le processus de demande pour l’obtention d’une marque officielle empêche qu’il y ait à l’instance d’autres parties que la CPM et le registraire.

3) Une «autorité publique» doit être soumise au contrôle public et démontrer une obligation envers le public. Il n’est

incorporated as a non-profit corporation with charitable objects, has tax-exempt status and the ability to issue charitable receipts to donors, and, as a foreign charity operating in Ontario could be asked to provide its accounts, financial and corporate information to the Government of Ontario was not sufficient to determine whether CPM is a public authority. Compliance with the regulations does not mean that a charitable organization is subject to government control. CPM's property is not to be disposed of at the direction of the government. Nor is it funded by the Government of Canada or the United States, and it is not subject to monitoring by the government in any way. The Government of Canada cannot intervene in any way with how churches or charitable organizations like CPM conduct their affairs. This Court has stated that charitable status does not demonstrate that an organization is subject to a sufficient degree of government control or owe a duty to the public so as to constitute it a "public authority". The Registrar erred in the exercise of his or her discretion as CPM is neither under government control nor does it owe a duty to the public and so has no entitlement to an official mark.

(4) The Registrar therefore erred in giving public notice of the adoption and use of the "Menorah Design" as an official mark of CPM. It would be counterproductive to prohibit Jewish organizations and associations from using and adopting a mark such as the menorah, since it has always been historically associated with the Jewish culture.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(1) (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5).
Trade-marks Act, R.S.C., 1985, c. T-13, ss. 9 (as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 8; 1993, c. 15, s. 58; c. 44, s. 226; 1994, c. 47, s. 191), 11, 56.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Molson Breweries v. John Labatt Ltd., [2000] 3 F.C. 145; (2000), 5 C.P.R. (4th) 180; 252 N.R. 91 (C.A.); *Magnotta Winery Corp. v. Vintners Quality Alliance of Canada* (1999), 1 C.P.R. (4th) 68; 163 F.T.R. 93 (F.C.T.D.); *FileNet Corp. v. Canada (Registrar of Trade-marks)* (2001), 13 C.P.R. (4th) 402 (F.C.T.D.); *Canadian Olympic Assn. v. Konica Canada Inc.*, [1990] 2 F.C. 703; (1990), 69 D.L.R. (4th) 432; 30 C.P.R. (3d) 60; 35 F.T.R. 59 (T.D.); *Big Sisters Assn. of Ontario v. Big Brothers of Canada* (1997), 75 C.P.R. (3d) 177 (F.C.T.D.); *Sierra*

pas suffisant que la CPM soit constituée en société sans but lucratif tenant des objectifs de bienfaisance, qu'elle soit exonérée d'impôt, qu'elle puisse délivrer des reçus pour les dons de bienfaisance, qu'elle soit tenue de fournir ses comptes, des renseignements financiers et des renseignements qui concernent son fonctionnement au gouvernement de l'Ontario pour déterminer si elle est une autorité publique. Le fait que l'organisme caritatif se conforme aux règlements ne signifie pas qu'il est soumis à un contrôle public. Ce n'est pas le gouvernement qui veillerait à la disposition des biens de la CPM. Elle n'est pas non plus financée par le gouvernement du Canada ou des États-Unis, et n'est pas soumise au contrôle public de quelque manière que ce soit. Le gouvernement canadien ne peut intervenir de quelque façon que ce soit dans la gestion d'églises ou d'organismes caritatifs comme la CPM. Notre Cour a indiqué que le statut d'organisme de bienfaisance ne démontre pas qu'un organisme est soumis, dans une mesure importante, au contrôle public ni qu'il a une obligation envers le public permettant de conclure qu'il est une «autorité publique». Le registraire a commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire puisque la CPM, n'étant pas soumise à un contrôle public et n'ayant aucune obligation envers le public, n'a donc pas droit à une marque officielle.

4) Le registraire a donc commis une erreur en publiant l'avis d'adoption et d'emploi du «dessin d'une menorah» comme marque officielle de la CPM. Interdire aux associations et organismes juifs l'emploi et l'adoption d'une marque comme la menorah serait peine perdue, étant donné qu'elle a toujours été liée à la culture juive historiquement.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(1) (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5).
Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-13, art. 9 (mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 8; 1993, ch. 15, art. 58; ch. 44, art. 226; 1994, ch. 47, art. 191), 11, 56.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Molson Breweries c. John Labatt Ltd., [2000] 3 C.F. 145; (2000), 5 C.P.R. (4th) 180; 252 N.R. 91 (C.A.); *Magnotta Winery Corp. c. Vintners Quality Alliance of Canada* (1999), 1 C.P.R. (4th) 68; 163 F.T.R. 93 (C.F. 1^{re} inst.); *FileNet Corp. c. Canada (Registraire des marques de commerce)* (2001), 13 C.P.R. (4th) 402 (C.F. 1^{re} inst.); *Assoc. olympique canadienne. c. Konica Canada Inc.*, [1990] 2 C.F. 703; (1990), 69 D.L.R. (4th) 432; 30 C.P.R. (3d) 60; 35 F.T.R. 59 (1^{re} inst.); *Assoc. des Grandes Sœurs de l'Ontario c. Grands Frères du Canada* (1997), 75

Club of Canada v. Canada (Minister of Finance), [1999] 2 F.C. 211; (1998), 13 Admin. L.R. (3d) 280 (T.D.).

DISTINGUISHED:

Registrar of Trade Marks v. Canadian Olympic Association, [1983] 1 F.C. 692; (1982), 139 D.L.R. (3d) 190; 67 C.P.R. (2d) 57; 43 N.R. 52 (C.A.).

APPLICATION for judicial review pursuant to *Federal Court Act*, subsection 18.1(1) and appeal pursuant to *Trade-marks Act*, section 56 from the decision of the Registrar of Trade-marks giving public notice pursuant to *Trade-marks Act*, subparagraph 9(1)(n)(iii) of the adoption and use by the respondent charity of the “Menorah design” as an official mark. Application allowed and appeal dismissed.

APPEARANCES:

Richard E. Naiberg for plaintiff/applicant.
Mervin F. White for defendant/respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Goodmans LLP, Toronto, for plaintiff/applicant.
Carter & Associates, Orangeville, Ontario for defendant/respondent.

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

[1] BLAIS J.: The applicant, Canadian Jewish Congress (hereinafter referred to as the CJC) makes this application for judicial review pursuant to subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)] and an appeal pursuant to section 56 of the *Trade-marks Act* [R.S.C., 1985, c. T-13] (hereinafter referred to as the Act) from the decision of the respondent, the Registrar of Trade-marks (hereinafter referred to as the Registrar), dated November 3, 1999 giving public notice pursuant to subparagraph 9(1)(n)(iii) of the Act of the adoption and use by the respondent Chosen People Ministries Inc. (hereinafter referred to as the CPM) of the “Menorah

C.P.R. (3d) 177 (C.F. 1^{re} inst.); *Sierra Club du Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 2 C.F. 211; (1998), 13 Admin. L.R. (3d) 280 (1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE D’AVEC:

Registraire des marques de commerce (Le) c. L’Association olympique canadienne, [1983] 1 C.F. 692; (1982), 139 D.L.R. (3d) 190; 67 C.P.R. (2d) 57; 43 N.R. 52 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire fondée sur le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* et appel fondé sur l’article 56 de la *Loi sur les marques de commerce* à l’égard de la décision rendue par le registraire des marques de commerce, lequel a donné, conformément au sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la *Loi sur les marques de commerce*, avis au public que la défenderesse faisait l’adoption et l’emploi du «dessin d’une menorah» comme marque officielle. Demande accueillie et appel rejeté.

ONT COMPARU:

Richard E. Naiberg pour le demandeur/demandeur.
Mervin F. White pour la défenderesse/défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Goodmans LLP, Toronto, pour le demandeur/demandeur.
Carter & Associates, Orangeville (Ontario), pour la défenderesse/défenderesse.

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

[1] LE JUGE BLAIS: Le demandeur, le Congrès juif canadien (ci-après appelé le CJC), fait la présente demande de contrôle judiciaire en vertu du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)] et il interjette appel, en vertu de l’article 56 de la *Loi sur les marques de commerce* [L.R.C. (1985) ch. T-13] (ci-après appelé la Loi), de la décision du 3 novembre 1999 par laquelle le défendeur, le registraire des marques de commerce (ci-après appelé le registraire), a donné avis au public conformément au sous-alinéa 9(1)(n)(ii) de la Loi que la défenderesse Chosen People Ministries Inc. (ci-après appelé la CPM)

Design”, a representation of a menorah which is a seven-branched candelabrum.

THE PARTIES

[2] CJC is a non-profit, human rights organization comprised of representatives of Jewish congregations, societies, and other organizations in Canada. According to CJC’s Aims and Objectives, it exists “to develop the highest standards of participation in the democratic process by the Canadian Jewish community by encouraging, carrying on and participating in activities of a national, cultural and humanitarian nature; to act in matters affecting the status, rights and welfare of the Canadian Jewish community . . .; to investigate anti-Semitism . . .; to study problems affecting the foregoing objects, to conduct research and encourage studies thereon . . .; to carry on and assist in efforts for the improvement of the social and economic and cultural conditions of Jewry . . .; to raise funds, to collect and receive monies and property, by contribution, subscriptions, gifts, legacies and grants for the object of Canadian Jewish Congress”.

[3] CPM is a non-profit Christian organization resident in the United States of America (City of New York) known originally as “American Board of Missions to the Jews”. According to CPM, it is a “Messianic Jewish” religious organization whose members and adherents believe that Yeshua (Jesus Christ) is the Messiah prophesized in traditional Jewish teachings and scripture. CPM’s sole objective, as stated in its certificate of incorporation, is: “the spread of the Gospel of the Lord Jesus Christ among the Jews in the United States of America and in all parts of the world.”

FACTS

[4] On November 12, 1997, CPM applied to the Registrar for a registration of a trade-mark of the “Menorah Design”.

faisait l’adoption et l’emploi du «dessin d’une menorah», soit la représentation d’une menorah, chandelier à sept branches.

LES PARTIES

[2] Le CJC est un organisme sans but lucratif voué à la défense des droits de la personne, composé de représentants provenant de congrégations, de sociétés et d’autres organismes juifs canadiens. La raison d’être du CJC est, selon ses buts et objectifs, [TRADUCTION] «de développer les normes les plus élevées relativement à la participation de la communauté juive canadienne au processus démocratique en s’engageant dans des activités à caractère national, culturel et humanitaire; de jouer un rôle dans les affaires où le statut, les droits et le bien-être des membres de la communauté juive canadienne sont en jeu [. . .]; d’effectuer des recherches sur l’antisémitisme [. . .]; d’étudier les problèmes qui gênent la poursuite des objectifs mentionnés précédemment, d’entreprendre des recherches et de soutenir les études à ce sujet [. . .]; de s’engager dans la lutte pour l’amélioration de la situation sociale, économique et culturelle des Juifs [. . .]; de réunir des fonds, de recueillir et recevoir des sommes et biens au moyen de contributions, dons, legs et des subventions dans la poursuite des objectifs du Congrès juif canadien».

[3] La CPM, dont le siège social se situe aux États-Unis d’Amérique (ville de New York), est un organisme chrétien sans but lucratif qui initialement portait le nom de «American Board of Missions to the Jews». Selon la CPM, il s’agit d’un organisme religieux [TRADUCTION] «juif messianique» dont les membres et adhérents croient que Yeshua (Jésus Christ) est le Messie annoncé par les prophètes dans les enseignements et les textes juifs traditionnels. L’unique objectif de la CPM, comme l’indique son certificat de constitution, consiste à [TRADUCTION] «répandre l’Évangile du Seigneur Jésus Christ parmi les Juifs des États-Unis d’Amérique et du monde entier».

LES FAITS

[4] Le 12 novembre 1997, la CPM a présenté au registraire une demande d’enregistrement pour une marque de commerce consistant dans le «dessin d’une menorah».

[5] CJC has opposed that application, that is still pending.

[6] On December 31, 1997, CPM applied to the Registrar to give public notice under subparagraph 9(1)(n)(iii) of the Act of its adoption and use of the "Menorah Design" as an official mark of CPM.

[7] On February 24, 1998, the Registrar denied the official mark application.

[8] On April 22, 1998, CPM requested reconsideration of the Registrar's refusal to grant the official mark. This request was rejected on October 30, 1998.

[9] On June 29, 1999, CPM delivered a further request to the Registrar for reconsideration of its official mark application.

[10] On November 3, 1999, the respondent gave public notice that the "Menorah Design" is an official mark of the CPM.

[11] The Registrar did not provide an explanation for the reversal of its position.

ADDITIONAL FACTS

[12] Since there is no requirement that public notice be given of a request to the Registrar for the publication of notice of the adoption and use of an official mark, CJC was in no way informed of the official mark application and had it been, it would have taken whatever steps were available to it to oppose and prevent the decision had it known of the official mark application sooner. It did however take steps to challenge the decision of the Registrar since learning of it.

THE IMPUGNED DECISION

909,670. The Registrar hereby gives public notice under Section 9(1)(n)(iii) of the Trade-marks Act, of the adoption and use by CHOSEN PEOPLE MINISTRIES, INC. of the mark shown above as an official mark for wares and services.

[5] Le CJC s'est opposé à cette demande, laquelle est toujours en suspens.

[6] Le 31 décembre 1997, la CPM a demandé au registraire de donner, conformément au sous-alinéa 9(1)n(iii) de la Loi, un avis public de son adoption et de son emploi du «dessin d'une menorah» comme marque officielle.

[7] Le 24 février 1998, le registraire a refusé la demande de marque officielle.

[8] Le 22 avril 1998, la CPM a demandé au registraire de réexaminer son refus d'accorder la marque officielle. Cette demande a été rejetée le 30 octobre 1998.

[9] Le 29 juin 1999, la CPM a présenté au registraire une autre demande de réexamen à l'égard de sa demande de marque officielle.

[10] Le 3 novembre 1999, le défendeur a donné avis au public que le «dessin d'une menorah» constituait une marque officielle de la CPM.

[11] Le registraire n'a pas expliqué pourquoi il avait changé d'avis.

FAITS ADDITIONNELS

[12] Étant donné qu'un avis public n'est pas exigé dans le cas d'une demande de publication de l'avis d'adoption et d'emploi d'une marque officielle présentée au registraire, le CJC n'était aucunement informé de la demande de marque officielle et s'il en avait été informé plus tôt, il aurait pris tous les moyens à sa disposition pour s'opposer à la décision du registraire et empêcher que celui-ci rende cette décision. Toutefois, depuis qu'il est au courant, il a pris des mesures pour contester la décision.

LA DÉCISION ATTAQUÉE

909,670. La Registraire donne par les présentes avis public en vertu de l'article 9(1)(n)(iii) de la Loi sur les marques de commerce de l'adoption et l'utilisation par CHOSEN PEOPLE MINISTRIES, INC. de la marque reproduite ci-dessus, comme marque officielle pour des marchandises et des services.

PERTINENT LEGISLATION

[13] Subparagraph 9(1)(n)(iii) of the Act prohibits persons from adopting trade-marks that resemble those previously adopted by public authorities.

9. (1) No person shall adopt in connection with a business, as a trade-mark or otherwise, any mark consisting of, or so nearly resembling as to be likely to be mistaken for,

...

(n) any badge, crest, emblem or mark

...

(iii) adopted and used by any public authority, in Canada as an official mark for wares or services, [My underlining.]

CJC'S POSITION

[14] CJC submits that CPM is not entitled to an official mark for the "Menorah Design" since CPM is not a "public authority" within the meaning of subparagraph 9(1)(n)(iii) of the Act and is therefore not entitled to adopt an official mark.

[15] CJC claims that the adoption and use of the "Menorah Design" as an official mark is scandalous, offensive to Canadians and deceptive.

[16] CJC asserts that it has standing in the present application as it is directly affected as per the terms found in subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act* or in the alternative, ought to be granted public interest standing.

CPM'S POSITION

[17] CPM submits that the Registrar rightfully exercised his or her mandate on November 3, 1999 by giving public notice that the "Menorah Design" is an official mark of CPM pursuant to subparagraph 9(1)(n)(iii) of the Act.

[18] CPM claims that the "Menorah Design" is highly distinctive and is in no way confusing with other menorah designs in use by other organizations.

LES DISPOSITIONS PERTINENTES

[13] Le sous-alinéa 9(1)n(iii) de la Loi interdit l'adoption de marques de commerce qui ressemblent à celles déjà adoptées par les autorités publiques.

9. (1) Nul ne peut adopter à l'égard d'une entreprise, comme marque de commerce ou autrement, une marque composée de ce qui suit, ou dont la ressemblance est telle qu'on pourrait vraisemblablement la confondre avec ce qui suit:

[...]

n) tout insigne, écusson, marque ou emblème

[...]

(iii) adopté et employé par une autorité publique au Canada comme marque officielle pour des marchandises ou services, [Je souligne.]

LA THÈSE DU CJC

[14] Le CJC soutient que la CPM n'a pas le droit de se servir du «dessin d'une menorah» vu que celle-ci, n'étant pas une «autorité publique» au sens du sous-alinéa 9(1)n(iii) de la Loi, n'a pas le droit d'adopter une marque officielle.

[15] Le CJC allègue que l'adoption et l'emploi du «dessin d'une menorah» comme marque officielle sont scandaleux, choquants pour les Canadiens et trompeurs.

[16] Le CJC affirme avoir qualité pour agir dans la présente demande puisqu'il est directement touché, selon l'expression utilisée au paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, ou de façon subsidiaire, que la qualité d'agir dans l'intérêt du public devrait lui être reconnue.

LA THÈSE DE LA CPM

[17] La CPM soutient que le registraire a régulièrement exercé son mandat le 3 novembre 1999 en donnant au public avis que le «dessin d'une menorah» est une marque officielle adoptée par la CPM conformément au sous-alinéa 9(1)n(iii) de la Loi.

[18] La CPM allègue que le «dessin d'une menorah» est très distinctif et ne crée aucune confusion avec les autres dessins de menorah que les autres organismes emploient.

[19] CPM asserts that it is a “public authority” as per the term used in subparagraph 9(1)(n)(iii) of the Act.

[20] CPM also contends that the CJC has no standing to bring this application, either by appeal or by judicial review, and has failed to establish that a reviewable error has occurred to justify the relief sought.

ISSUES

1. What is the appropriate method by which to review the publication of an official mark?
2. Does the CJC have standing in the present matter to bring this application by way of judicial review under subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*?
3. Is CPM a “public authority”?
4. Did the Registrar err in publishing the notice of the adoption and use of the “Menorah Design” as an official mark of CPM?

ANALYSIS

Standard of review

[21] In *Molson Breweries v. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 F.C. 145 (C.A.), the Federal Court of Appeal stated that the appropriate standard applicable to the Registrar’s decisions where there is new evidence is that of correctness. *Molson, supra* establishes that where additional evidence would have materially affected the Registrar’s findings of fact or exercise of discretion, the trial judge must come to their own conclusion as to the correctness of the Registrar’s decision, at which point a trial *de novo* is appropriate.

OFFICIAL MARK VERSUS TRADE-MARK

[22] An official mark is a prohibited mark that grants extraordinary protection, broader than the rights granted in respect of trade-marks. The owner of an official mark obtains exclusivity, not as in the case of trade-marks,

[19] La CPM affirme être une «autorité publique» au sens où cette expression est utilisée au sous-alinéa 9(1)n(iii) de la Loi.

[20] La CPM prétend également que le CJC n’a pas la qualité nécessaire pour présenter cette demande, que ce soit par voie d’appel ou de contrôle judiciaire, et qu’il n’a pas établi l’existence d’une erreur susceptible de révision pour justifier l’objet de sa demande.

QUESTIONS EN LITIGE

1. Quel est le mécanisme approprié pour réviser la publication d’une marque officielle?
2. En l’espèce, le CJC a-t-il la qualité nécessaire pour présenter une demande de contrôle judiciaire fondée sur le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*?
3. La CPM est-elle une «autorité publique»?
4. Le registraire a-t-il commis une erreur en publiant l’avis d’adoption et d’emploi du «dessin d’une menorah» comme marque officielle de la CPM?

ANALYSE

Norme de contrôle

[21] Dans l’arrêt *Molson Breweries c. John Labatt Ltd.*, [2000] 3 C.F. 145 (C.A.), la Cour d’appel fédérale a indiqué que la norme appropriée applicable aux décisions du registraire lorsqu’il existe une preuve nouvelle est celle de la décision correcte. L’arrêt *Molson* établit que lorsqu’une preuve additionnelle aurait pu avoir un effet sur les conclusions du registraire ou sur l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge de première instance doit en venir à ses propres conclusions en ce qui concerne l’exactitude de la décision du registraire, ce qui signifie que la tenue d’un nouveau procès est alors appropriée.

MARQUE OFFICIELLE VERSUS MARQUE DE COMMERCE

[22] Une marque officielle est une marque interdite qui accorde une protection extraordinaire, plus large que les droits accordés dans le cas des marques de commerce. Le propriétaire d’une marque officielle

exclusivity that is tied to specific wares and services. Unlike an application for a trade-mark, there is no requirement that public notice be given of a request to the Registrar for the publication of notice of the adoption and use of an official mark.

[23] Section 9 [as am. by S.C. 1990, c. 14, s. 8; 1993, c. 15, s. 58; c. 44, s. 226; 1994, c. 47, s. 191] of the Act prohibits all others from adopting a mark that resembles an official mark.

[24] Strangely, an official mark can be obtained much more easily than a trade-mark. An applicant need not demonstrate the distinctiveness of the proposed official mark or establish any secondary meaning. The principal requirement for publication of an official mark is that the party seeking it qualify as a “public authority.”

[25] The ability to challenge the holder of an official mark is confirmed by the Act and the jurisprudence. The recourse through the Act is called opposition proceedings, which allow a party to prove that an official mark holder is not a “public authority.” This is exactly what CJC is attempting to demonstrate to this Court in this application.

DEFINITION OF THE MENORAH

[26] The menorah is distinctively a Jewish symbol. According to the Jewish Bible, the menorah, a seven-branched candelabrum, candlestick or lampstand, was given to the Jewish people by God himself. Since being received, the menorah has been an important symbol to the Jewish people. The CJC, in its application record, memorandum of fact and law of the applicant, defines the menorah as follows, at paragraph 2:

The menorah is an ancient and hallowed symbol of the Jewish faith. Like the crucifix in the Christian religion, the menorah is not the exclusive property of any one organization, but is rather the shared symbol of Jewish persons and organizations around the world.

obtient l'exclusivité, laquelle, à la différence des marques de commerce, se rattache à des marchandises et services précis. Contrairement à une demande de marque de commerce, il n'est pas obligatoire d'annoncer publiquement qu'une demande a été présentée au registraire pour la publication d'un avis d'adoption et d'emploi d'une marque officielle.

[23] L'article 9 [mod. par L.C. 1990, ch. 14, art. 8; 1993, ch. 15, art. 58; ch. 44, art. 226; 1994, ch. 47, art. 191; 1999, ch. 31, art. 209] de la Loi interdit à toute autre personne d'adopter une marque qui ressemble à une marque officielle.

[24] Curieusement, il est beaucoup plus facile d'obtenir une marque officielle qu'une marque de commerce. Il n'est pas nécessaire que le demandeur démontre le caractère distinctif de la marque officielle proposée, ni qu'il établisse un quelconque sens secondaire. La principale exigence liée à la publication d'une marque officielle veut que la partie qui en fait la demande soit reconnue comme «autorité publique».

[25] La Loi et la jurisprudence confirment qu'un recours peut être intenté contre le titulaire de la marque officielle. Dans le cadre de la Loi, ce recours est l'opposition, laquelle permet à une partie de prouver que le titulaire de la marque officielle n'est pas une «autorité publique». C'est précisément ce que le CJC tente de démontrer à la Cour en l'espèce.

DÉFINITION DE LA MENORAH

[26] La menorah est de façon distinctive un symbole juif. Selon la Bible juive, Dieu lui-même aurait donné au peuple juif la menorah, chandelier, candélabre ou lampe à sept branches. Depuis qu'il a reçu la menorah, le peuple juif la considère comme un symbole important. Au paragraphe 2 de son Dossier de demande, mémoire des faits et du droit du demandeur, le CJC définit la menorah dans les termes suivants:

[TRADUCTION] La menorah est un symbole ancien et sacré de la foi juive. Comme le crucifix dans la religion chrétienne, la menorah n'est pas le bien exclusif d'un seul organisme, mais plutôt un symbole que partagent le peuple et les organismes juifs partout dans le monde.

[27] In addition, Exhibit “W” of the application record (volume 1 of 3) contains an excerpt from *The New Jewish Encyclopedia* which provides the following definition:

MENORAH

Hebrew name of the seven-branched candlestick originally made by the Biblical artisan *Bezalel* and placed in the sanctuary of the Tabernacle. The Menorah has since become a universal symbol of Judaism.

1. What is the appropriate method by which to review the publication of an official mark?

[28] The appropriate method by which to review the publication of an official mark is by way of judicial review pursuant to subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*.

[29] A challenge to the Registrar’s decision to publish an official mark at the request of a “public authority” may be brought before a court. However, there is some confusion as to which procedure is the most appropriate for challenging a decision of the Registrar to publish an alleged official mark as this challenge can be brought by way of action, appeal pursuant to section 56 of the Act or judicial review pursuant to subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*.

[30] On the one hand, CJC claims that because there is no evidentiary record before the Registrar when making the decision to publish an official mark, this hearing is brought on separate evidence and the Court must therefore determine the issue *de novo*. On the other hand, CPM submits that the appropriate method for this challenge is by judicial review pursuant to subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*.

[31] Subsection 56(1) of the Act allows for an appeal to the Federal Court.

56. (1) An appeal lies to the Federal Court from any decision of the Registrar under this Act within two months from the date on which notice of the decision was dispatched by the Registrar or within such further time as the Court may allow, either before or after the expiration of the two months.

[27] En outre, la pièce «W» du dossier de demande (Volume 1 de 3) comporte un extrait tiré de la *The New Jewish Encyclopedia*, qui donne la définition suivante:

[TRADUCTION]

MENORAH

Nom hébreu donné au chandelier à sept branches initialement fabriqué par *Bezalel*, artisan dont l’œuvre s’inspire de la Bible, et placé dans le sanctuaire du Tabernacle. [. . .] La menorah est devenue depuis un symbole universel du judaïsme.

1. Quel est le mécanisme approprié pour réviser la publication d’une marque officielle?

[28] Le mécanisme approprié pour réviser la publication d’une marque officielle est la demande de contrôle judiciaire fondée sur le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[29] Il est possible de s’adresser à la Cour pour contester la décision du registraire de publier la demande de marque officielle d’une «autorité publique». Toutefois, il existe une certaine confusion au sujet de la procédure appropriée pour contester la décision du registraire de publier une marque officielle alléguée, cette contestation pouvant être introduite par voie d’action, d’appel fondé sur l’article 56 de la Loi, ou de contrôle judiciaire fondé sur le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[30] D’une part, le CJC allègue que parce que le registraire ne possède aucun élément de preuve lorsqu’il doit décider s’il publie une marque officielle, une preuve distincte est déposée à l’audience et la Cour doit donc trancher la question à nouveau. D’autre part, la CPM soutient que le mécanisme approprié pour ce genre de contestation est la demande de contrôle judiciaire fondée sur le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[31] Le paragraphe 56(1) de la Loi permet d’interjeter appel à la Cour fédérale.

56. (1) Appel de toute décision rendue par le registraire, sous le régime de la présente loi, peut être interjeté à la Cour fédérale dans les deux mois qui suivent la date où le registraire a expédié l’avis de la décision ou dans tel délai supplémentaire accordé par le tribunal, soit avant, soit après l’expiration des deux mois.

[32] Whereas the remedy for judicial review is set out in the *Federal Court Act* at subsection 18.1(1) and where jurisdiction is provided for at subsection 18(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the *Federal Court Act*.

18. (1) Subject to section 28, the Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; . . .

. . .

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

[33] In *Magnotta Winery Corp. v. Vintners Quality Alliance of Canada* (1999), 1 C.P.R. (4th) 68 (F.C.T.D.), Madam Justice Reed was faced with a similar situation to that of the present matter.

[34] *Magnotta Winery Corp.* had a direct interest in the decision that had been made by the Registrar and, apparently, had no mechanism for challenging the decision apart from either an appeal under section 56 of the Act, or a judicial review application under subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*. In her final analysis, Reed J. held [at paragraph 27]:

Certainly, a judicial review application is well suited to a situation in which no notice has been given to an interested party and I note that courts have implied such requirements into legislative procedures when they have not been statutorily required. Counsel for the applicants is of the view that a section 18.1 judicial review application is the more legally correct way to proceed. I have no doubt that what is correct will not be decided by this Court. It will be for the Court of Appeal to decide. There may, therefore, be merit in having applications instituted pursuant to both routes proceeding simultaneously. Insofar as the need for a legal interest to commence a judicial review application is concerned, I am not persuaded that only those who have participated in the proceeding leading to the decision that it is sought to be reviewed have such an interest. This is so at least in the situation in which the interested person has not been given notice of, nor an opportunity to participate in, that process.

[32] Le recours en contrôle judiciaire est quant à lui prévu au paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, tandis que le paragraphe 18(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8. Art. 4] prévoit le tribunal compétent.

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour:

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

[. . .]

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

[33] Dans l'affaire *Magnotta Winery Corp. c. Vintners Quality Alliance of Canada* (1999), 1 C.P.R. (4th) 68 (C.F. 1^{re} inst.), M^{me} le juge Reed devait trancher une situation similaire à celle de l'espèce.

[34] *Magnotta Winery Corp.* avait un intérêt direct dans la décision prise par le registraire et, apparemment, ne disposait d'aucun mécanisme pour contester cette décision autre qu'un appel fondé sur l'article 56 de la Loi, ou une demande de contrôle judiciaire fondée sur le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Dans sa dernière analyse, le juge Reed a dit [au paragraphe 27]:

Il est certain qu'une demande de contrôle judiciaire est une procédure qui sied bien à une situation dans laquelle aucun avis n'a été donné à une partie intéressée et je note que les tribunaux ont intégré implicitement de telles exigences dans les procédures législatives quand celles-ci n'étaient pas exigées par la loi. L'avocat des demanderesse est d'avis qu'une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 18.1 est le recours juridique le plus approprié. Il ne fait aucun doute que ce n'est pas la présente Cour qui se prononcera sur la procédure appropriée. Cette décision appartient à la Cour d'appel. Toutefois, il peut être justifié d'intenter les deux instances simultanément. Dans la mesure où il est nécessaire d'avoir un intérêt légal pour déposer une demande de contrôle judiciaire, je ne suis pas convaincue que seules les parties qui ont participé à la procédure qui a mené à la décision dont on demande le contrôle ont un tel intérêt. Il en est ainsi à tout le moins lorsque la personne intéressée n'a pas obtenu d'avis ou n'a pas eu la possibilité de participer à la procédure.

[35] More recently, in *FileNet Corp. v. Canada (Registrar of Trade-marks)* (2001), 13 C.P.R. (4th) 402 (F.C.T.D.), I was faced with a similar situation in which the applicant had brought two applications, an appeal under the Act and a judicial review application of the Registrar's decision. In *FileNet, supra*, I held [at paragraph 19]:

It appears from the jurisprudence that the proper way for the applicant to bring the present proceeding was by way of judicial review.

[36] It would therefore seem, based upon *Magnotta, supra*, and *FileNet, supra*, that judicial review is the appropriate and preferable method by which to seek the revocation of an official mark. The reason being that an appeal implicitly involves a proceeding from which the parties to the proceeding can seek review by a court. In relation to section 9 of the Act, there is no previous proceeding involved and consequently, no possibility of an appeal. In addition to this, the only parties involved in the original application are the "public authority" seeking the official mark and the Registrar.

[37] I find that based on the decision rendered in *Magnotta, supra*, and *FileNet, supra*, that judicial review pursuant to subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act* is the appropriate method to review the publication of the official mark.

2. Does the CJC have standing in the present matter to bring this application by way of judicial review under subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*?

[38] Yes, the CJC has standing in the present matter to bring this application by way of judicial review under subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*.

[39] CJC asserts that it has standing under subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*, or in the alternative, ought to be granted public interest standing.

Standing under the *Federal Court Act*

[40] Subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act* states that:

[35] Récemment dans l'affaire *FileNet Corp. c. Canada (Registraire des marques de commerce)*, (2001), 13 C.P.R. (4th) 402 (C.F. 1^{re} inst.), j'ai eu à trancher une situation similaire dans laquelle la demanderesse avait présenté deux demandes, soit un appel fondé sur la Loi et une demande de contrôle judiciaire de la décision du registraire. J'y ai conclu ceci [au paragraphe 19]:

À la lumière de la jurisprudence, il semble que la demanderesse devait procéder par voie de contrôle judiciaire pour introduire la présente instance de façon appropriée.

[36] Donc, selon les décisions *Magnotta* et *FileNet*, précitées, il semble que le contrôle judiciaire soit le mécanisme approprié et privilégié pour obtenir la révocation d'une marque officielle. Il en est ainsi parce qu'un appel se rattache implicitement à une instance à l'égard de laquelle les parties peuvent demander l'examen de la décision. Dans le cas de l'article 9 de la Loi, il n'existe aucune instance antérieure donc, aucune possibilité d'interjeter appel. Qui plus est, les seules parties à la demande initiale sont l'«autorité publique» qui désire obtenir la marque officielle et le registraire.

[37] D'après les décisions *Magnotta* et *FileNet*, précitées, j'estime que le contrôle judiciaire fondé sur le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* constitue le mécanisme approprié pour réviser la publication de la marque officielle.

2. En l'espèce, le CJC a-t-il la qualité nécessaire pour présenter une demande de contrôle judiciaire fondée sur le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*?

[38] Oui, le CJC a en l'espèce la qualité nécessaire pour présenter une demande de contrôle judiciaire fondée sur le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[39] Le CJC affirme avoir qualité pour agir en vertu du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* ou, subsidiairement, que la qualité d'agir dans l'intérêt du public devrait lui être reconnue.

Qualité pour agir en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*

[40] Le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* dispose:

18.1 (1) An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought. [My underlining.]

[41] Subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act* allows the Court to grant standing when it is convinced that the circumstances and the type of interest which an applicant holds justify status being granted. This was confirmed in *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, [1999] 2 F.C. 211 (T.D.), where the Sierra Club of Canada, which is a non-profit organization concerned with the protection and restoration of the environment, sought standing in an appeal from the dismissal of a motion to strike the Sierra Club's application for judicial review. Evans J. held [at paragraph 33]:

In the alternative, counsel argued, Reed J.'s references in *Friends of the Island Inc. v. Canada (Minister of Public Works)*, [1993] 2 F.C. 229 (T.D.), at page 283, to "the particular circumstances of the case" and "the type of interest which the applicant holds" as factors relevant to the grant of status or standing indicate that a broader range of considerations may be taken into account under subsection 18.1(1) than those relevant to determining public interest standing at common law.

"By anyone directly affected"

[42] According to CJC, the decision rendered in *Sierra Club of Canada, supra*, allows for the possibility that the terms "by anyone directly affected" would include the rights of an organization or its members, or inflict special damage on an organization or its members, above that sustained by the public at large.

[43] Evans J. devoted much of the Court's analysis to the relevant jurisprudence in regards to standing under subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act*. In conclusion, the Court held [at paragraph 32]:

In contrast, *Sunshine Village, supra*, clearly holds that a person who satisfies the requirements for discretionary public interest standing may seek relief under subsection 18.1(1), even though not "directly affected". In my opinion, this is the preferable view, even though the language of subsection

18.1 (1) Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande. [Je souligne.]

[41] Le paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* permet à la Cour de reconnaître la qualité pour agir quand elle est convaincue que les circonstances et le type d'intérêt qu'a le demandeur justifient cette reconnaissance. C'est ce qu'a confirmé la décision *Sierra Club of Canada c. Canada (Ministre des Finances)*, [1999] 2 C.F. 211 (1^{re} inst.), dans laquelle le Sierra Club du Canada, organisme sans but lucratif voué à la protection et à la restauration de l'environnement, a demandé que la qualité pour agir lui soit reconnue dans un appel formé à l'encontre du rejet de la requête visant à radier la demande de contrôle judiciaire présentée par le Sierra Club. Le juge Evans a conclu [au paragraphe 33]:

À titre subsidiaire, l'avocat a fait valoir que les mentions faites par M^{me} le juge Reed dans l'arrêt *Friends of the Island Inc. c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1993] 2 C.F. 229 (1^{re} inst.), à la page 283, des «circonstances particulières de l'espèce» et du «type d'intérêt qu'a le requérant» en tant que facteurs pertinents à la reconnaissance de la qualité pour agir indiquent que, dans le cadre du paragraphe 18.1(1), le tribunal peut tenir compte d'une série de considérations plus étendue que dans le cas de la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public en common law.

«Par quiconque est directement touché»

[42] Selon le CJC, la décision *Sierra Club of Canada, précitée*, prévoit la possibilité que l'expression «par quiconque est directement touché» vise les droits d'un organisme ou de ses membres, ou le cas où leur est causé un «dommage spécial» ou «particulier» distinct de celui que subit le grand public.

[43] Le juge Evans a consacré une grande partie de son analyse à la jurisprudence pertinente touchant la qualité d'agir sous le régime du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. En conclusion, la Cour a statué [au paragraphe 32]:

En revanche, dans la décision *Sunshine Village, précitée*, il est clairement statué qu'une personne qui satisfait aux conditions requises pour obtenir la qualité pour agir dans l'intérêt public, laquelle est reconnue de façon discrétionnaire, peut invoquer le paragraphe 18.1(1) pour demander une réparation même si

18.1(1) suggests that only those who meet the pre-*Finlay* test may seek judicial review. In the absence of an explicit statutory provision excluding public interest applicants from the Federal Court, it would be so incongruous to subject the Court's ability to entertain applications for judicial review to a limitation not imposed on other courts, that I am unwilling to adopt the narrower interpretation of subsection 18.1(1) for which the intervenor in this case has contended.

[44] CJC is an organization that, among other things, participates in a number of activities of a national, cultural and humanitarian nature in furtherance of the interests of the Jewish community. The publication of the official mark forbids the CJC, a Jewish organization, from adopting the menorah in any of its activities. It is obvious therefore that the CJC is directly affected by the Registrar's decision and is prejudiced thereby. It is true however that the CJC was not a party to the publication by the Registrar, but this is part and parcel of the process of an official mark application. CJC claims that it would have taken the necessary steps to avert the Registrar's decision, but was not informed of the official mark application as mentioned earlier.

[45] CJC is a multi-faceted organization that touches upon so many aspects of the Jewish culture and faith that it is clearly directly affected by the Registrar's decision. It would be unfair to deny standing to the CJC because the official mark application process limits the parties to the CPM and the Registrar.

Public interest standing

[46] Alternatively, public interest standing is a discretionary remedy which is normally granted when the validity of legislation is being challenged. It involves three considerations to be assessed on the balance of probabilities: (i) serious or justiciable issue; (ii) genuine interest in the outcome; and (iii) no other reasonable and effective way to bring the issue before the Court.

elle n'est pas «directement touché[e]». J'estime qu'il est préférable d'adopter ce point de vue, même si le libellé du paragraphe 18.1(1) donne à penser que seuls ceux qui satisfont au critère défini avant l'arrêt *Finlay* peuvent demander un contrôle judiciaire. En l'absence d'une disposition législative excluant expressément de la compétence de la Cour fédérale les demandeurs agissant dans l'intérêt public, il serait si insolite d'enfermer son pouvoir de connaître des demandes de contrôle judiciaire dans des limites auxquelles les autres tribunaux ne sont pas assujettis, que je ne saurais accepter l'interprétation plus étroite du paragraphe 18.1(1) que propose l'intervenante en l'espèce.

[44] Le CJC est un organisme qui, entre autres choses, participe à de nombreuses activités à caractère national, culturel et humanitaire en vue de servir les intérêts de la communauté juive. La publication de la marque officielle interdit au CJC, organisme juif, d'employer la menorah dans l'une quelconque de ses activités. Il est donc évident que le CJC est directement touché par la décision du registraire et que cette décision lui cause un préjudice. Toutefois, il est vrai que le CJC n'était pas partie à l'avis publié par le registraire, mais ceci s'inscrit dans le processus de demande de marque officielle. Le CJC allègue qu'il aurait pris les mesures nécessaires pour empêcher la décision du registraire mais, comme je l'ai mentionné précédemment, il n'était pas au courant de la demande de marque officielle.

[45] Le CJC est un organisme polyvalent qui rejoint tellement d'aspects de la culture et de la foi juives que la décision du registraire, de toute évidence, le touche directement. Il serait injuste de lui refuser la qualité pour agir parce que le processus de demande pour l'obtention d'une marque officielle empêche qu'il y ait à l'instance d'autres parties que la CPM et le registraire.

Qualité pour agir dans l'intérêt public

[46] De façon subsidiaire, la qualité pour agir dans l'intérêt public est un recours discrétionnaire habituellement accordé lorsque la validité d'une loi est en cause. La reconnaissance de cette qualité requiert l'appréciation de trois considérations suivant la prépondérance de la preuve: (i) une question grave ou réglable par voie judiciaire; (ii) un intérêt véritable dans l'issue de la demande; et (iii) l'absence d'autre moyen raisonnable et efficace de soumettre la question à la Cour.

[47] There is, in my opinion, no need to consider the criteria for public interest standing in depth at this time, as I am convinced that the CJC has the requisite standing to bring this application for judicial review pursuant to subsection 18.1(1) of the *Federal Court Act* by virtue of the fact that it is directly affected by the Registrar's decision.

3. Is CPM a "public authority"?

[48] According to CJC, to properly claim to be a "public authority", the applicant for an official mark must be (1) a Canadian entity; (2) be subject to a significant degree of governmental control; (3) perform functions for the benefit of the public (or hold a duty to the public). Unfortunately, the Act does not provide a definition of "public authority" and so, in statutory interpretation, a plain and ordinary interpretation is to be construed.

"Public authority, in Canada"

[49] The wording used in subparagraph 9(1)(n)(iii) of the Act reads as follows: "any public authority, in Canada" or in the French language version "*une autorité publique au Canada*".

[50] CPM claims that it qualifies as a "public authority" because it is a charitable organization and because it complies with regulations in the United States and in Ontario that apply generally to charities.

[51] In addition, CPM claims that since there is no definition of "public authority" in the Act, the Registrar is to apply his or her discretion as to what constitutes "any public authority, in Canada".

Government control and duty to the public

[52] A "public authority" must also be subject to government control and display a duty to the public (see *Canadian Olympic Assn. v. Konica Canada Inc.*, [1990] 2 F.C. 703 (T.D.)).

[53] This Court in *Big Sisters Assn. of Ontario v. Big Brothers of Canada* [(1997), 75 C.P.R. (3d) 177

[47] À mon avis, il n'est pas nécessaire à ce stade-ci d'examiner de façon approfondie le critère de la qualité pour agir dans l'intérêt public vu que je suis convaincu que le CJC a la qualité requise pour introduire la présente demande de contrôle judiciaire en vertu du paragraphe 18.1(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour le motif qu'il est directement touché par la décision du registraire.

3. La CPM est-elle une «autorité publique»?

[48] Selon le CJC, la partie qui demande une marque officielle doit, pour se réclamer à bon droit du statut d'«autorité publique»: 1) être une entité canadienne; 2) être soumise, dans une mesure importante, au contrôle gouvernemental; 3) accomplir des tâches qui profitent à l'ensemble du public (ou avoir une obligation envers le public). Malheureusement, la Loi ne définit pas l'expression «autorité publique», donc, selon les principes d'interprétation des lois, il faut lui donner une interprétation simple et ordinaire.

«Une autorité publique au Canada»

[49] Le sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la Loi utilise l'expression: «une autorité publique au Canada» (ou, dans le texte anglais, «*any public authority, in Canada*»).

[50] La CPM allègue qu'elle peut être reconnue comme «autorité publique» parce qu'elle est un organisme caritatif et parce qu'elle s'est conformée aux règlements des États-Unis et de l'Ontario qui s'appliquent généralement aux œuvres de bienfaisance.

[51] Par ailleurs, la CPM allègue qu'en raison de l'absence de définition de l'expression «autorité publique» dans la Loi, le registraire doit exercer son pouvoir discrétionnaire de manière à déterminer ce qui constitue «une autorité publique au Canada».

Contrôle gouvernemental et obligation envers le public

[52] Une «autorité publique» doit également être soumise au contrôle public et démontrer une obligation envers le public (voir *Assoc. olympique canadienne c. Konica Canada Inc.*, [1990] 2 C.F. 703 (1^{re} inst.)).

[53] Dans la décision *Assoc. des Grandes Sœurs de l'Ontario c. Grands Frères du Canada* [(1997), 75

(F.C.T.D.)), held that the charitable status of Big Sisters did not demonstrate that it was subject to a significant degree of governmental control nor a duty to the public so as to constitute it as a “public authority” [at paragraph 68]:

In *Registrar of Trade Marks v. Canadian Olympic Assn.*, Mr. Justice Urie, speaking for a three-member panel of the Federal Court of Appeal, impliedly adopted the argument that, to be regarded as a public authority, a body must be under a duty to the public, must be subject to a significant degree of governmental control and must be required to dedicate any profit earned for the benefit of the public and not for private benefit. On the facts before me, the parties to this litigation were clearly dedicated to the public good, but I am not sure that they were under a “duty” to the public. Nor does the evidence disclose that they were subject to a significant degree of governmental control.

[54] Counsel for the CPM suggests that the Registrar was convinced that CPM was a public authority, that the CPM meets the burden and has demonstrated its character.

[55] The fact that CPM was incorporated as a non-profit corporation with charitable objects, has obtained tax-exempt status, the ability to issue charitable receipts to donors, and also the fact that as a foreign charity operating in Ontario, CPM could be asked to provide its accounts, financial and corporate information to the Public Guardian and Trustee of Ontario is not sufficient to determine whether CPM is a public authority. All charitable organizations have to comply with regulations in the United States and Ontario and, as soon as they comply with the regulations in place, the charitable organizations are not subject to “significant” government control.

[56] CPM tried to compare the present situation with the case *Registrar of Trade Marks v. Canadian Olympic Association*, [1983] 1 F.C. 692 (C.A.). I agree with CJC that the decision does not assist CPM. In *Canadian Olympic Association*, the Court found that the Canadian Olympic Association was subject to government control because in the event that the Canadian Olympic

C.P.R. (3d) 177 (C.F. 1^{re} inst.)] notre Cour a statué que le statut d’organisme de bienfaisance de l’Association des grandes sœurs ne démontrait pas que celle-ci était soumise, dans une mesure importante, au contrôle public ni qu’elle avait une obligation envers le public permettant de conclure qu’elle était une «autorité publique» [au paragraphe 68]:

Dans l’arrêt *Registraire des marques de commerce c. Association olympique canadienne*, s’exprimant au nom d’un collège de trois juges de la Cour d’appel fédérale, le juge Urie adopte implicitement le moyen selon lequel, pour être considéré comme une autorité publique, un organisme doit avoir une obligation envers le public en général, être soumis au contrôle public dans une mesure importante, et ses bénéficiaires doivent obligatoirement profiter à l’ensemble du public et non pas servir un intérêt privé. Vu les faits soumis à la Cour, les parties au présent litige sont clairement vouées au bien public mais je ne suis pas certain qu’elles aient une «obligation» envers le public en général. La preuve ne révèle pas non plus qu’elles étaient, dans une mesure importante, soumises au contrôle public.

[54] Selon l’avocat de la CPM, le registraire était convaincu que la CPM était une autorité publique, et la CPM s’est acquittée de son fardeau d’établir sa nature.

[55] Le fait que la CPM a été constituée en société sans but lucratif tenant des objectifs de bienfaisance, qu’elle soit exonérée d’impôt, qu’elle puisse délivrer des reçus pour les dons de bienfaisance, et également le fait que la CPM peut être tenue de fournir ses comptes, des renseignements financiers et des renseignements qui concernent son fonctionnement au tuteur et curateur public de l’Ontario ne suffisent pas pour déterminer si celle-ci est une autorité publique. Tous les organismes caritatifs sont tenus de se conformer aux règlements aux États-Unis et en Ontario et, du moment qu’ils se conforment aux règlements en vigueur, ils ne sont pas soumis à un contrôle public «important».

[56] La CPM a tenté de comparer la présente situation avec l’affaire *Registraire des marques de commerce (Le) c. L’Association olympique canadienne*, [[1983] 1 C.F. 692 (C.A.)]. Je conviens avec le CJC que cette décision n’est d’aucun secours à la CPM. Dans la décision *Association olympique canadienne*, la Cour a conclu que l’Association était soumise au contrôle

Association surrendered its charter, its assets were to be disposed of by the Government of Canada in cooperation with the International Olympic Committee. Also, a substantial portion of the Canadian Olympic Association's funding came from the federal government with the disposition of that funding being monitored by the government, the federal government had been able to prevail upon the Canadian Olympic Association to not participate in the 1980 Olympic Games, and lastly there was a close relationship between the Canadian Olympic Association, the Directorate of Fitness and Amateur Sport and Sport Canada.

[57] CPM is not subject to any similar or analogous government control. CPM's property is not to be disposed of at the direction of the government. The CPM is not funded by the Government of Canada or the United States and is in no way subject to monitoring by the government in any shape or form.

[58] To the contrary, as suggested by the CJC counsel, the Government of Canada cannot intervene in any way with how churches or charitable organizations like CPM conduct their affairs.

[59] CPM, put simply, is a United States charity with operations in Canada. This Court has stated that such a status is insufficient to constitute CPM as a "public authority" (see *Big Sisters Assn. of Ontario, supra*. As such, it would seem that the Registrar erred in the exercise of his or her discretion as CPM is not under government control nor does it owe a duty to the public and so, has no entitlement to an official mark.

4. Did the Registrar err in publishing the notice of the adoption and use of the "Menorah Design" as an official mark of CPM?

[60] Yes, the Registrar erred in publishing the notice of the adoption and use of the "Menorah Design" as an official mark of CPM.

[61] CJC has shown that it has the requisite standing to bring this application and that the CPM is not a "public authority" pursuant to subparagraph 9(1)(n)(iii) of the Act since it is not under government control nor

public parce que si elle décidait d'abandonner sa charte, c'est le gouvernement canadien qui, en collaboration avec le Comité international olympique, veillerait à la disposition de ses biens. De plus, une partie importante du financement de ses activités provenait du gouvernement fédéral sous réserve que le gouvernement contrôle ce financement, le gouvernement fédéral l'avait dissuadée de participer aux Jeux olympiques de 1980 et enfin, il y avait des liens étroits entre l'Association olympique canadienne, la Direction de la condition physique et du sport amateur et Sports Canada.

[57] La CPM n'est soumise à aucun contrôle public similaire ou analogue. Ce n'est pas le gouvernement qui veillerait à la disposition de ses biens. La CPM n'est pas financée par le gouvernement du Canada ou des États-Unis et n'est nullement soumise au contrôle public de quelque manière que ce soit.

[58] Au contraire, comme l'avocat du CJC l'a affirmé, le gouvernement canadien ne peut intervenir de quelque façon que ce soit dans la gestion d'églises ou d'organismes caritatifs comme la CPM.

[59] En d'autres termes, la CPM est un organisme caritatif américain qui exerce des activités au Canada. Cette Cour a indiqué qu'un tel statut est insuffisant pour que la CPM constitue une «autorité publique» (voir *Assoc. des Grandes Sœurs de l'Ontario*, précité. C'est pourquoi le registraire semble avoir commis une erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire puisque la CPM, n'étant pas soumise à un contrôle public et n'ayant aucune obligation envers le public, n'a donc pas droit à une marque officielle.

4. Le registraire a-t-il commis une erreur en publiant l'avis d'adoption et d'emploi du «dessin d'une menorah» comme marque officielle de la CPM?

[60] Oui, le registraire a commis une erreur en publiant l'avis d'adoption et d'emploi du «dessin d'une menorah» comme marque officielle de la CPM.

[61] Le CJC a démontré qu'il a la qualité requise pour introduire la présente demande et que la CPM n'est pas une «autorité publique» au sens du sous-alinéa 9(1)(n)(iii) de la Loi puisqu'elle n'est pas soumise au

does it owe a duty to the public. Consequently, I am of the opinion that the Registrar erred by giving public notice under subparagraph 9(1)(n)(iii) of the Act of the adoption and use of the “Menorah Design” as an official mark of CPM on November 3, 1999.

Historical and Religious Evidence proving that the Menorah is a “Jewish” symbol

[62] In the exhibits attached to Mr. Prutschi’s affidavit, several documents define the symbolism of the menorah to the Jewish people. In particular, Exhibit “S” to Mr. Prutschi’s affidavit contains samples of letterhead from many Jewish organizations and associations, such as the Jewish Community Council of Ottawa, B’nai Brith Canada and Jewish Family Services where the menorah is displayed. However, I find this to be considered as purely circumstantial evidence. It is the historical and religious evidence provided at Exhibit “U” that illustrates the menorah as being the official emblem of the Jewish faith and its people since antiquity. Exhibit “U” depicts two ancient menorahs with captions that read as follows:

The menorah or seven-branched lampstand is one of the commonest Jewish symbols in late antiquity, both in Israel and in the Diaspora. . . .

[63] And further below at page 172:

Another menorah, this time on a fourth-century C.E. sarcophagus discovered in the Jewish catacomb of the Vigna Randanini in Rome. . . .

[64] It would be counterproductive to prohibit Jewish organizations and associations from using and adopting a mark such as the menorah, since it has always been historically associated with the Jewish culture.

ORDER

[65] Therefore, I find that the Registrar erred in the exercise of his or her discretion and this application for judicial review is allowed with costs.

contrôle public et qu’elle n’a aucune obligation envers le public. Par conséquent, j’estime que le 3 novembre 1999, le registraire a commis une erreur en donnant un avis public, conformément au sous-alinéa 9(1)n(iii) de la Loi, de l’adoption et de l’emploi du «dessin d’une menorah» comme marque officielle de la CPM.

Éléments historiques et religieux servant à prouver que la menorah est un symbole «juif»

[62] Dans les pièces annexées à l’affidavit de M. Prutschi, plusieurs documents décrivent le symbolisme que représente la menorah pour le peuple juif. Plus précisément, la pièce «S» annexée à l’affidavit de M. Prutschi contient des échantillons d’en-têtes de lettre provenant de plusieurs associations et organismes juifs, tels le Conseil communautaire juif d’Ottawa, B’nai Brith Canada et les Services d’aide à la famille juive, sur lesquelles une menorah est affichée. Toutefois, j’estime que ces éléments constituent une preuve purement circonstancielle. Ce sont plutôt les éléments de preuve à dimensions historique et religieuse annexés à la pièce «U» qui montrent que la menorah est un emblème officiel de la foi juive et de son peuple depuis l’Antiquité. La pièce «U» montre deux anciennes menorahs sur lesquelles apparaissent les inscriptions suivantes:

[TRADUCTION] La menorah ou la lampe à sept branches est l’un des symboles juifs les plus communs de l’Antiquité tardive, à la fois en Israël et dans la Diaspora [. . .]

[63] On mentionne également un peu plus loin à la page 172:

[TRADUCTION] Voici une autre menorah, apparaissant cette fois-ci sur un sarcophage, datant du quatrième siècle de notre ère, découvert dans les catacombes juives de la Vigna Randanini à Rome [. . .]

[64] Interdire aux associations et organismes juifs l’emploi et l’adoption d’une marque comme la menorah serait peine perdue, étant donné qu’elle a toujours été liée à la culture juive historiquement.

ORDONNANCE

[65] Par conséquent, je conclus que le registraire a commis une erreur dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire et j’accueille la présente demande de contrôle judiciaire avec dépens.

[66] The decision of the Registrar is quashed and the public notice of the official mark “Menorah Design” is ineffective to give rise to any rights or prohibitions under sections 9 and 11 of the Act.

[67] The appeal pursuant to section 56 is dismissed without costs.

[66] La décision du registraire est annulée et l’avis public qui a été donné de la marque officielle «dessin d’une menorah» ne fait naître aucun des droits ou interdictions prévus aux articles 9 et 11 de la Loi.

[67] L’appel interjeté en vertu de l’article 56 est rejeté sans frais.

A-483-01
(T-913-95)
2002 FCA 158

A-483-01
(T-913-95)
2002 CAF 158

Canwell Enviro-Industries Ltd., Clive Titley and The City of Medicine Hat (*Appellants*) (*Defendants*)

Canwell Enviro-Industries Ltd., Clive Titley et la ville de Medicine Hat (*appelants*) (*défendeurs*)

v.

c.

Baker Petrolite Corporation, Petrolite Holdings Inc., Baker Hughes Canada Company (*Respondents*) (*Plaintiffs*)

Baker Petrolite Corporation, Petrolite Holdings Inc., Baker Hughes Canada Company (*intimées*) (*demandereses*)

INDEXED AS: BAKER PETROLITE CORP. v. CANWELL ENVIRO-INDUSTRIES LTD. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: BAKER PETROLITE CORP. c. CANWELL ENVIRO-INDUSTRIES LTD. (C.A.)

Court of Appeal, Strayer, Rothstein and Evans JJ.A.—
Toronto, March 20, 21; Ottawa, April 29, 2002.

Cour d'appel, juges Strayer, Rothstein et Evans, J.C.A.—
—Toronto, 20, 21 mars; Ottawa, 29 avril 2002.

Patents — Anticipation — Patent covering methods for removing hydrogen sulphide from natural gas — Alleged anticipation based on prior sale of product — 1996 Patent Act applicable retroactively according to s. 78.4(2) — Under s. 28.2(1)(a), subject-matter defined by claims in patent must not have been disclosed more than one year before filing date — Case law on anticipation reviewed — Disclosure contemplated by s. 28.2(1)(a) proved — Patent invalid by reason of anticipation.

Brevets — Antériorité — Brevet portant sur des méthodes permettant d'éliminer le sulfure d'hydrogène du gaz naturel — Allégation d'antériorité fondée sur la vente antérieure du produit — La Loi sur les brevets de 1996 s'applique rétroactivement conformément à l'art. 78.4(2) — Suivant l'art. 28.2(1)a, l'objet que définissent les revendications ne doit pas avoir été divulgué plus d'un an avant la date de dépôt — Examen de la jurisprudence relative à l'antériorité — La communication visée à l'art. 28.2(1)a a été établie — Le brevet est invalide pour cause d'antériorité.

Administrative Law — Judicial Review — Trial Judge making findings respecting anticipation of patent by prior use, sale — Finding as to what constitutes invention question of law — Standard of review on question of law correctness — Trial Judge's conclusion appellant not proving anticipation mixed question of fact, law — Trial Judge erred in law in reconstructing mixture W-3053, using test for anticipation — Whether person skilled in art, using data, techniques available at relevant time could discover subject-matter of patent claims without use, application of inventive skill — Application of correct legal test leading to conclusion such person would have been led inevitably to subject-matter of patent claims.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Le juge de première instance a tiré des conclusions concernant l'antériorité du brevet découlant de l'utilisation ou de la vente antérieure — La conclusion relative à l'objet de l'invention est une question de droit — La norme de contrôle applicable à une question de droit est celle de la décision correcte — La conclusion du juge de première instance selon laquelle l'appelante n'a pas prouvé l'antériorité est une question mixte de fait et de droit — Le juge de première instance a commis une erreur de droit en recomposant le produit W-3053 et en appliquant le critère relatif à l'antériorité — Une personne versée dans l'art aurait-elle pu, à l'aide des techniques et des données alors existantes, sans faire appel à quelque génie inventif, découvrir l'objet des revendications du brevet? — L'application du critère juridique approprié menait à la conclusion qu'une telle personne aurait inévitablement découvert l'objet des revendications du brevet.

This was an appeal from a Trial Division decision finding that patent 2005946 (the '946 patent) of the respondents (Petrolite) had been infringed by the appellants Canwell Enviro-Industries Ltd. (Canwell) and the City of Medicine

Il s'agit d'un appel de la décision de la Section de première instance selon laquelle le brevet 2005946 (le brevet '946) des intimées (Petrolite) a été contrefait par les appelantes Canwell Enviro-Industries Ltd. (Canwell) et la ville de Medicine Hat.

Hat. The '946 patent is a process patent covering methods for removing hydrogen sulphide from natural gas by sweetening or scavenging sour gas. The objective of the invention under the '946 patent was to reduce or eliminate undesirable side effects by use of a reaction product of an alkanolamine with an aldehyde. The triazine covered by the '946 patent had been known as a reaction product of monoethanolamine (MEA) and formaldehyde. Sales and deliveries of the MEA and formaldehyde mixture (now called W-3053) were made to Standard Oil and other customers in western Oklahoma in December 1987 and subsequent months. The sales were unconditional in that the product was not subject to any confidentiality agreement. The '946 patent application was filed in Canada on December 19, 1989. Canwell argued that the invention covered by Petrolite's '946 patent had been disclosed to the public with the sale of W-3053 commencing on December 10, 1987, more than one year before the filing date of the '946 patent. It also said that accurate reverse engineering of W-3053 would lead a person skilled in the art to the invention claimed in the '946 patent, that is, triazine, as a method to selectively reduce hydrogen sulphide in natural gas. Petrolite replied that the critical date was December 23, 1987, one year before the filing of the U.S. patent and that any reverse engineering would be kept confidential by anyone performing it and it would not be made public. The major issue on appeal was whether the '946 patent was invalid by reason of anticipation.

Held, the appeal should be allowed.

First, the Court had to determine which statute was applicable, the *Patent Act* brought into force on October 1, 1989 (the 1989 Act) or the *Patent Act* brought into force on October 1, 1996 (the 1996 Act). Under the latter, the critical date is December 19, 1989, the date on which the '946 patent application was filed in Canada. The Trial Judge correctly found that the 1996 Act was applicable to the facts of this case. Under subsection 78.4(2), any matter arising in respect of a patent issued on the basis of an application filed on or after October 1, 1989, but before October 1, 1996 is to be dealt with in accordance with the 1996 Act. The patent application was filed during the period referred to in subsection 78.4(2). The validity of the '946 patent must be dealt with and disposed of in accordance with the provisions of the 1996 Act.

According to paragraph 28.2(1)(a) of the 1996 Act, the subject-matter defined by the claims in the patent must not have been disclosed prior to December 19, 1988. The test for anticipation by publication set out by the Federal Court of

Le brevet '946 est un brevet portant sur différentes méthodes d'élimination du sulfure d'hydrogène du gaz naturel par adoucissement ou épuration du gaz acide. L'invention avait pour objectif de réduire ou d'éliminer les effets secondaires par l'utilisation d'un produit de réaction d'une alkanolamine de pair avec un aldéhyde. La triazine visée par le brevet '946 était connue à titre de produit de réaction de la monoéthanolamine (MEA) et du formaldéhyde. En décembre 1987 et au cours des mois qui ont suivi, le mélange de la MEA et du formaldéhyde (désormais appelé W-3053) a été vendu et livré à Standard Oil et à d'autres clients de l'ouest de l'Oklahoma. Les ventes étaient inconditionnelles, c'est-à-dire que le produit ne faisait l'objet d'aucune entente de confidentialité. La demande visant le brevet '946 a été déposée au Canada le 19 décembre 1989. Canwell a soutenu que l'invention visée par le brevet '946 de Petrolite avait été divulguée lors de la vente du W-3053, à compter du 10 décembre 1987, soit plus d'un an avant le dépôt du brevet '946. Elle a en outre prétendu qu'une personne versée dans l'art recourant à la rétroingénierie du W-3053 serait arrivée à l'invention revendiquée dans le brevet '946, soit l'emploi de la triazine pour réduire de façon sélective la quantité de sulfure d'hydrogène contenue dans le gaz naturel. Petrolite a rétorqué que la date critique était le 23 décembre 1987, un an avant le dépôt du brevet américain et que tout recours à la rétroingénierie serait demeuré confidentiel et n'aurait pas été porté à la connaissance du public. La principale question en litige était de savoir si le brevet '946 est invalide pour cause d'antériorité.

Arrêt: l'appel est accueilli.

Premièrement, la Cour devait déterminer quelle était la loi applicable, la *Loi sur les brevets* entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1989 (la Loi de 1989) ou la *Loi sur les brevets* entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1996 (la Loi de 1996). Suivant cette dernière, la date critique est le 19 décembre 1989, soit la date à laquelle la demande relative au brevet '946 a été déposée au Canada. Le juge de première instance a eu raison de conclure que la Loi de 1996 s'appliquait en l'espèce. Le paragraphe 78.4(2) dispose que toute affaire survenant relativement à un brevet délivré sur la foi d'une demande déposée le 1^{er} octobre 1989 ou par la suite, mais avant le 1^{er} octobre 1996, est régie par la Loi de 1996. La demande de brevet a été déposée au cours de la période mentionnée au paragraphe 78.4(2). Il convient de se prononcer sur la validité du brevet '946 en se fondant sur la Loi de 1996.

Suivant l'alinéa 28.2(1)a) de la Loi de 1996, l'objet que définissent les revendications du brevet ne doit pas avoir été divulgué avant le 19 décembre 1988. Le critère relatif à l'antériorité découlant d'une publication a été établi par la

Appeal in *Beloit Can. Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* was cited with approval by the Supreme Court of Canada in *Free World Trust v. Électro Santé Inc.* The anticipation herein arose, not from prior publications or patents, but from the prior sale of Petrolite's W-3053 product. At a broad level, the principles relating to anticipation by prior publication are also applicable to anticipation by prior use or sale. Under paragraph 28.2(1)(a), it is necessary for the Court to have regard to the circumstances of prior use or sale in order to determine how a person skilled in the art might be led, without error, to the invention claimed. A number of principles were derived from United Kingdom and European decisions with respect to anticipation by prior use or sale. Those principles supplement, but do not alter the principles relating to anticipation as set out in *Beloit* or *Free World Trust*.

The Trial Judge made four findings respecting anticipation by prior use or sale. The first and second findings were purely factual. The appellate court may only intervene in conclusions of fact, including inferences of fact, in cases of palpable and overriding error. No palpable overriding error was demonstrated. The third finding, as to what constitutes the invention, involved construing the patent claims and that was a question of law. The standard of review on a question of law is correctness. As the Trial Judge did not construe the patent claims to identify the invention, the Court of Appeal did so. The invention in the claims at issue in the '946 patent was the use of a composition comprising the reaction product of a lower alkanolamine with a lower aldehyde or triazine in contact with natural gas streams to reduce hydrogen sulphide levels in the said streams. There was nothing inventive about the methods shown to bring the reaction product into contact with the sour gas streams. The fourth finding, one of mixed law and fact, involved applying a legal standard to a set of facts. Where on a question of mixed fact and law, it is possible to extricate the legal question from the factual one and determine that a legal error has been made, the standard of review will be correctness. Mischaracterizing the proper legal test results in the application of the correctness standard to the factual conclusions reached by the Trial Judge. The Trial Judge concluded that, based on all the evidence regarding attempts to successfully analyse and reconstruct W-3053, Canwell had not proven anticipation. The summary way in which he reached this conclusion respecting anticipation precluded the Court of Appeal from understanding his reasoning process. The Trial Judge made no findings of fact with respect to the expert evidence. The test for anticipation used by the Trial Judge consisted of analysing W-3053 to determine its composition or to reconstruct it. He erred in law

Cour d'appel fédérale dans *Beloit Can. Ltée/Ltd. c. Valmet Oy*, et la Cour suprême du Canada l'a cité en l'approuvant dans *Free World Trust c. Électro Santé Inc.* L'antériorité découlerait en l'espèce non pas de publications ou de brevets antérieurs, mais de la vente antérieure du produit W-3053 de Petrolite. De façon générale, les principes relatifs à l'antériorité découlant d'une publication antérieure s'appliquent également à l'antériorité découlant de l'utilisation ou de la vente antérieure. Aux fins de l'application de l'alinéa 28.2(1)a), la Cour doit tenir compte des circonstances de l'utilisation ou de la vente antérieure pour déterminer comment une personne versée dans l'art arriverait infailliblement à l'invention revendiquée. Un certain nombre de principes ont été tirés de décisions britanniques et européennes portant sur l'antériorité découlant de l'utilisation ou de la vente antérieure. Ces principes s'ajoutent, sans les modifier, aux principes dégagés dans les arrêts *Beloit* et *Free World Trust* en matière d'antériorité.

Le juge de première instance a tiré quatre conclusions au sujet de l'antériorité découlant de l'utilisation ou de la vente antérieure. Les deux premières conclusions sont purement factuelles. La cour d'appel ne peut modifier une conclusion de fait, y compris une inférence de fait, que dans le cas d'une erreur manifeste et dominante. Aucune erreur manifeste et dominante n'a été établie. La troisième conclusion, qui touche l'objet de l'invention, découle de l'interprétation des revendications du brevet et il s'agit donc d'une question de droit. La norme de contrôle applicable à une question de droit est celle de la décision correcte. Le juge de première instance n'a pas interprété les revendications du brevet afin de déterminer l'objet de l'invention, mais la Cour d'appel l'a fait. L'invention visée par les revendications en cause du brevet '946 était l'utilisation d'une composition renfermant le produit de réaction d'une alkanolamine inférieure avec un aldéhyde inférieur ou de la triazine, laquelle composition est mise en contact avec des flux de gaz naturel pour réduire les concentrations de sulfure d'hydrogène dans ceux-ci. Les méthodes décrites pour mettre en contact le produit de réaction avec les flux de gaz acide ne comportaient aucun élément inventif. La quatrième conclusion, une conclusion mixte de droit et de fait, découlait de l'application d'un critère juridique à un ensemble de faits. Lorsque, dans le cas d'une question mixte de fait et de droit, il est possible de dégager la question de droit de la question de fait et de conclure qu'une erreur de droit a été commise, la norme de contrôle est celle de la décision correcte. La formulation erronée du critère juridique approprié donne lieu à l'application de la norme de la décision correcte aux conclusions de fait tirées par le juge de première instance. Ce dernier a conclu, compte tenu de l'ensemble de la preuve afférente aux tentatives d'analyser et de reconstruire avec succès le produit W-3053, que Canwell

in using this test. A defendant relying on the defence of anticipation by prior use or sale of a product does not have to prove that the product can be reproduced. A defendant relying on paragraph 28.2(1)(a) of the *Patent Act* need only prove that the subject-matter of the patent, the invention, has been disclosed. If triazine or its starting components were capable of being detected in the W-3053, the invention was disclosed by the sale to the public of W-3053 and the '946 patent was anticipated. The question was whether a person skilled in the art could have discovered triazine through analysis. The legal question, whether proof of anticipation required reproduction of the prior used or sold product or discovery of its composition on the one hand, or only discovery of the invention on the other, was extricable from the mixed fact and law conclusion of the Trial Judge that, based on all the evidence, Canwell did not prove anticipation. Such question is general in nature and not particular to the circumstances of this case. It is important that, in cases where anticipation by prior use or sale of a product is in issue, the evidence demonstrates that the analysis of the product discloses the invention and not necessarily an ability to reproduce the product.

The Trial Judge's conclusion that the evidence was ambivalent and totally unsatisfactory, and that Canwell had not met its burden, was premised on the wrong legal standard. Had the Trial Judge made findings of fact with respect to the expert evidence untainted by his error of law, such findings would have been reviewable only on a palpable and overriding error standard. At this stage, it was necessary that the evidence be re-examined in light of the application of the correct test for anticipation. The most important evidence was the analysis performed by Professor Keay. Based upon a blind test, the Keay analysis produced the correct answer, that is, that the major component of W-3053 was triazine. The conclusion reached by Dr. Keay provided evidence that a person skilled in the art, without the benefit of *a priori* knowledge and without taking inventive steps, could have successfully analysed W-3053 for the presence of triazine, for the MEA and formaldehyde starting compounds and for methanol. All analyses that were correctly performed led to the discovery of triazine or its starting materials. They were all remarkably consistent in leading the analysts to the invention. That left uncontradicted the Keay analysis, which was valid evidence

n'avait pas établi l'antériorité. Comme il a tiré cette conclusion de manière sommaire, la Cour d'appel n'a pu saisir son raisonnement. Le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion de fait au sujet de la preuve d'expert. Le critère qu'il a appliqué relativement à l'antériorité a été d'analyser le W-3053 pour en déterminer la composition ou pour le recomposer. Ce faisant, il a commis une erreur de droit. Le défendeur qui invoque comme moyen de défense l'antériorité découlant de l'utilisation ou de la vente antérieure du produit n'a pas à prouver que celui-ci peut être reproduit. Le défendeur qui s'appuie sur l'alinéa 28.2(1a) de la *Loi sur les brevets* n'a qu'à établir que l'objet du brevet, soit l'invention, a été divulgué. Si la triazine ou ses substances de départ pouvaient être décelées dans le W-3053, l'invention avait été divulguée lors de la vente au public et il y avait antériorité opposable au brevet '946. La question était de savoir si une personne versée dans l'art aurait pu découvrir la triazine en analysant le produit. La question de droit, qui était de savoir s'il fallait, pour établir l'antériorité, reproduire le produit utilisé ou vendu antérieurement ou en découvrir la composition ou s'il suffisait de découvrir l'invention, pouvait être dégagée de la conclusion mixte de fait et de droit du juge de première instance selon laquelle, compte tenu de l'ensemble de la preuve, Canwell n'avait pas établi l'antériorité. Il s'agit d'une question générale, et non particulière aux circonstances de la présente espèce. Il importe que dans les cas où l'antériorité découlant de l'utilisation ou de la vente antérieure d'un produit est alléguée, la preuve établisse que l'analyse du produit révèle l'invention et pas nécessairement la possibilité de reproduire le produit.

La conclusion du juge de première instance selon laquelle la preuve était ambivalente et totalement insatisfaisante et Canwell ne s'était pas déchargée de son fardeau de la preuve n'était pas fondée sur le bon critère juridique. Si les conclusions de fait du juge de première instance au sujet de la preuve d'expert n'avaient pas été entachées de cette erreur de droit, elles n'auraient été susceptibles de contrôle que selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. À ce stade, il était nécessaire de soumettre la preuve à un nouvel examen au regard du critère approprié en matière d'antériorité. L'élément de preuve le plus important était l'analyse du professeur Keay. Effectuée à partir d'un échantillon non identifié, cette analyse a permis d'obtenir la bonne réponse, soit que le principal composant du W-3053 était la triazine. La conclusion à laquelle est arrivé M. Keay a établi qu'une personne versée dans l'art aurait pu, sans se fonder sur une connaissance *a priori* ni faire appel à quelque génie inventif, analyser le W-3053 avec succès et y déceler la présence de la triazine, de ses substances de départ, la MEA et le formaldéhyde, et du méthanol. Toutes les analyses effectuées correctement ont débouché sur la découverte de la triazine ou de ses substances

of anticipation. To prove anticipation under paragraph 28.2(1)(a), it is not necessary to demonstrate that a particular purchaser did or would have conducted an analysis of the product; it is sufficient that the purchaser could have done so. The unconditional sale of the W-3053 made the product available to the public. Had he applied the correct legal test, the Trial Judge should have concluded that a person skilled in the art and using data and techniques available at the relevant time, and without the exercise of inventive skill, would have been led inevitably to the subject-matter of the patent claims, namely, the extraction of hydrogen sulphide from natural gas by contact with triazine. Canwell proved the disclosure contemplated by paragraph 28.2(1)(a). The claims in the '946 patent were invalid by reason of anticipation.

de départ. Elles ont toutes mené invariablement à l'invention. L'analyse du professeur Keay, qui constituait une preuve valable d'antériorité, n'a donc pas été contredite. Pour prouver l'antériorité suivant l'alinéa 28.2(1)a), il n'est pas nécessaire de démontrer qu'un acheteur donné a procédé ou aurait procédé à l'analyse du produit. Il suffit que l'acheteur ait pu le faire. La vente inconditionnelle du W-3053 a eu pour effet de rendre le produit accessible au public. S'il avait appliqué le bon critère juridique, le juge de première instance aurait dû conclure qu'une personne versée dans l'art qui aurait employé les données et les techniques alors existantes, sans faire appel à un génie inventif, serait inévitablement arrivée à l'objet des revendications du brevet, soit l'élimination du sulfure d'hydrogène du gaz naturel par contact avec la triazine. Canwell a prouvé la divulgation visée à l'alinéa 28.2(1)a). Les revendications du brevet '946 étaient invalides pour cause d'antériorité.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention), October 5, 1973, Art. 54.
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. 1-21, ss. 3(1), 43(a),(b),(c).
North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 1709.
North American Free Trade Agreement Implementation Act, S.C. 1993, c. 44, s. 10.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 27(1)(c),(d) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 8), 28.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 33), 78.4 (as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 55).
Patents Act 1977 (U.K.), 1977, c. 37, s. 2.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Free World Trust v. Électro Santé Inc., [2000] 2 S.C.R. 1024; (2000), 194 D.L.R. (4th) 232; 9 C.P.R. (4th) 168; 263 N.R. 150; *Beloit Can. Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* (1986), 7 C.I.P.R. 205; 8 C.P.R. (3d) 289; 64 N.R. 287 (F.C.A.); *Housen v. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1 (S.C.C.); *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; (1995), 129 D.L.R. (4th) 609; [1996] 2 W.W.R. 77; 14 B.C.L.R. (3d) 1; 26 B.L.R. (2d) 169; 27 C.C.L.T. (2d) 1; 190 N.R. 241.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2, art. 1709
Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen), 5 octobre 1973, art. 54.
Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain, L.C. 1993, ch. 44, art. 10.
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. 1-21, art. 3(1), 43a), b), c).
Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 27(1)c), d) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 8), 28.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 33), 78.4 (édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 55).
Patents Act 1977 (R.-U.), 1977, ch. 37, art. 2.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Free World Trust c. Électro Santé Inc., [2000] 2 R.C.S. 1024; (2000), 194 D.L.R. (4th) 232; 9 C.P.R. (4th) 168; 263 N.R. 150; *Beloit Can. Ltée/Ltd. c. Valmet Oy* (1986), 7 C.I.P.R. 205; 8 C.P.R. (3d) 289; 64 N.R. 287 (C.A.F.); *Housen c. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 219 Sask. R. 1 (C.S.C.); *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; (1995), 129 D.L.R. (4th) 609; [1996] 2 W.W.R. 77; 14 B.C.L.R. (3d) 1; 26 B.L.R. (2d) 169; 27 C.C.L.T. (2d) 1; 190 N.R. 241.

CONSIDERED:

Slattery (Trustee of) v. Slattery, [1993] 3 S.C.R. 430; (1993), 106 D.L.R. (4th) 212; 139 N.B.R. (2d) 246; 21 C.B.R. (3d) 161; [1993] 2 C.T.C. 243; 93 DTC 5443; 158 N.R. 324; *Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 350; 125 N.R. 218 (F.C.A.); *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. and Anr. v. H. N. Norton & Co. Ltd.*, [1996] R.P.C. 76 (H.L.); *Lux Traffic Controls Ltd. v. Pike Signals Ltd. and Faronwise Ltd.*, [1993] R.P.C. 107; *FISONS plc v. Packard Instrument B.V.*, EPO,T 0952/92—3.4.1, August 17, 1994; *Bristol-Myers Co.'s Application*, [1969] R.P.C. 146 (Q.B.D.).

REFERRED TO:

Nowegijick v. The Queen, [1983] 1 S.C.R. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Sarvanis v. Canada* (2002), 210 D.L.R. (4th) 262; 284 N.R. 263 (S.C.C.); *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; *PLG Research Ltd. v. Ardon International Ltd.*, [1993] F.S.R. 197; *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88.

AUTHORS CITED

Côté, Pierre-André. *Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a Trial Division decision ([2002] 2 F.C. 3; (2001), 13 C.P.R. (4th) 193) that the respondents' process patent had been infringed. Appeal allowed on the ground that the patent was invalid by reason of anticipation.

APPEARANCES:

David W. Aitken for appellants (defendants).
Anthony G. Creber and *Patrick S. Smith* for respondents (plaintiffs).

SOLICITORS OF RECORD:

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Ottawa, for appellants (defendants).
Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondents (plaintiffs).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Slattery (Syndic de) c. Slattery, [1993] 3 R.C.S. 430; (1993), 106 D.L.R. (4th) 212; 139 N.B.R. (2d) 246; 21 C.B.R. (3d) 161; [1993] 2 C.T.C. 243; 93 DTC 5443; 158 N.R. 324; *Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 350; 125 N.R. 218 (C.A.F.); *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. and Anr. v. H. N. Norton & Co. Ltd.*, [1996] R.P.C. 76 (H.L.); *Lux Traffic Controls Ltd. v. Pike Signals Ltd. and Faronwise Ltd.*, [1993] R.P.C. 107; *FISONS plc v. Packard Instrument B.V.*, EPO,T 0952/92—3.4.1, 17 août 1994; *Bristol-Myers Co.'s Application*, [1969] R.P.C. 146 (Q.B.D.).

DÉCISIONS CITÉES:

Nowegijick c. La Reine, [1983] 1 R.C.S. 29; (1983), 144 D.L.R. (3d) 193; [1983] 2 C.N.L.R. 89; [1983] CTC 20; 83 DTC 5041; 46 N.R. 41; *Sarvanis c. Canada*, (2002), 210 D.L.R. (4th) 262; 284 N.R. 263 (C.S.C.) *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; *PLG Research Ltd. v. Ardon International Ltd.*, [1993] F.S.R. 197; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067; (2000), 194 D.L.R. (4th) 193; 9 C.P.R. (4th) 129; 263 N.R. 88.

DOCTRINE

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3^e éd. Montréal: Éditions Thémis, 1999.
Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEL de la décision de la Section de première instance ([2002] 2 C.F. 3; (2001), 13 C.P.R. (4th) 193) selon laquelle le brevet des intimées a été contrefait. Appel accueilli au motif que le brevet est invalide pour cause d'antériorité.

ONT COMPARU:

David W. Aitken pour les appelants (défendeurs).
Anthony G. Creber et *Patrick S. Smith* pour les intimées (demandereses).

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Osler, Hoskin & Harcourt srl, Ottawa, pour les appelants (défendeurs).
Gowling Lafleur Henderson srl, Ottawa, pour les intimées (demandereses).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

ROTHSTEIN J.A.:

INTRODUCTION

[1] This is an appeal from a decision of the Trial Division [[2002] 2 F.C. 3]. The Trial Division Judge found that patent 2005946 (the '946 patent) of the plaintiffs (Petrolite) had been infringed by the defendants Canwell Enviro-Industries Ltd. (Canwell) and the City of Medicine Hat (Medicine Hat). The major issue on appeal, and the basis for this decision, is whether the '946 patent is invalid by reason of anticipation. If the invention was disclosed in a manner and at a time provided in the relevant statutory provision, the invention will have been anticipated and the '946 patent will be invalid.

DECISION OF THE TRIAL JUDGE

[2] The Trial Judge's conclusions can be summarized as follows:

1. The '946 patent was not invalid by reason of anticipation, obviousness, insufficiency of disclosure or material misrepresentation in the patent.
2. Canwell and Medicine Hat infringed the '946 patent.
3. Canwell induced customers to infringe the '946 patent.

[3] The relief granted to Petrolite by the Trial Judge included:

1. Injunctions against Canwell and Medicine Hat from further infringing the '946 patent.
2. An order for delivery up of infringing products, apparatus and documents.
3. Judgment against Canwell and Medicine Hat for the profits flowing from infringement of the '946 patent.

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

LE JUGE ROTHSTEIN, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'un appel interjeté à l'égard d'une décision par laquelle le juge de la Section de première instance [[2002] 2 C.F. 3] a statué que les défenderesses Canwell Enviro-Industries Ltd. (Canwell) et la ville de Medicine Hat (Medicine Hat) avaient contrefait le brevet 2005946 (le brevet '946) des demandereses (Petrolite). Le sort du présent appel dépend de la réponse qui sera donnée à la principale question à trancher, soit de savoir si le brevet '946 est invalide pour des raisons d'antériorité. Si l'invention a été divulguée d'une façon et à une période prévues dans la disposition législative applicable, cela signifie que des antériorités opposables à l'invention existaient et le brevet '946 sera invalide.

DÉCISION DU JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE

[2] Les conclusions du juge de première instance peuvent être résumées comme suit:

1. Le brevet '946 n'est pas invalide au motif de l'antériorité, de l'évidence ou de l'insuffisance de la divulgation ou encore en raison d'une fausse allégation importante dans le brevet.
2. Canwell et Medicine Hat ont contrefait le brevet '946.
3. Canwell a incité des clients à contrefaire le brevet '946.

[3] Le juge de première instance a accordé à Petrolite différentes réparations, dont les suivantes:

1. Une injonction interdisant à Canwell et à Medicine Hat de continuer à contrefaire le brevet '946.
2. Une ordonnance exigeant la remise des produits, appareils et documents contrefaits.
3. Un jugement condamnant Canwell et Medicine Hat à restituer les bénéfices découlant de la contrefaçon du brevet '946.

4. Judgment against Clive Titley, president and sole shareholder of Canwell, as constructive trustee of Canwell's profits he received in the form of bonuses, subject to an inquiry to trace what assets in the possession of Titley represented the bonuses he received.

5. Interest.

6. Costs.

THE '946 PATENT

[4] The '946 patent is a process patent. It covers methods for removing hydrogen sulphide from natural gas. This is sometimes called sweetening or scavenging sour gas. Because hydrogen sulphide is corrosive in the presence of water and poisonous in very small concentrations, it must be removed almost completely from natural gas streams before use and before transport in a pipeline.

[5] Several methods for sweetening sour gas had been known. They involved bringing various chemicals into contact with natural gas at the wellhead or in a scrubber tower or absorber tower, or in other locations near the origin of the natural gas. However, use of these chemicals had undesirable side effects, e.g. health hazards, non-selective reaction resulting in removal of more than hydrogen sulphide, the production of precipitates that clog pipelines or poor performance at lower temperatures.

[6] The objective of the invention under the '946 patent is to reduce or eliminate these side effects by use of a reaction product of an alkanolamine with an aldehyde. The reaction product would be brought into contact with natural gas in a scrubber system, as a chemical solvent system, by injection into a pipeline or by other methods.

[7] The preferred embodiment of the invention is indicated to be monoethanolamine (MEA) as the alkanolamine and formaldehyde as the aldehyde. While

4. Un jugement condamnant Clive Titley, président et seul actionnaire de Canwell, à restituer les bénéfices de Canwell qu'il a touchés sous forme de primes à titre de fiduciaire par interprétation, sous réserve d'une enquête visant à savoir quels sont les éléments d'actif en la possession de M. Titley qui constituent le montant des primes qu'il a reçues.

5. Les intérêts.

6. Les dépens.

LE BREVET '946

[4] Le brevet '946 est un procédé qui couvre différentes méthodes permettant d'éliminer le sulfure d'hydrogène du gaz naturel. Ce procédé est parfois appelé adoucissement ou épuration du gaz acide. Étant donné que le sulfure d'hydrogène est corrosif en présence d'eau et toxique à très faible concentration, il doit être presque totalement éliminé dans le gaz naturel avant l'utilisation et le transport de celui-ci par pipeline.

[5] Plusieurs méthodes servant à adoucir les gaz acides étaient déjà connues. Ces méthodes consistaient à mettre en contact différents produits chimiques avec le gaz naturel à la tête du puits ou dans une tour de lavage ou d'absorption ou à d'autres endroits situés près de la source du gaz naturel. Cependant, l'utilisation de ces produits chimiques entraînait des effets secondaires indésirables, notamment des risques pour la santé, une réaction non sélective donnant lieu à l'élimination non seulement du sulfure d'hydrogène, mais également d'autres produits, la production de précipités qui bouchent les conduites de gaz ou un faible rendement à des températures plus basses.

[6] L'invention visée par le brevet '946 a pour objectif de réduire, sinon d'éliminer, ces effets secondaires au moyen de l'utilisation d'un produit de réaction d'une alkanolamine avec un aldéhyde. Le produit de réaction serait mis en contact avec le gaz naturel dans un système de lavage, comme un système à solvant chimique, par injection dans la conduite de gaz ou autrement.

[7] D'après la description, l'alkanolamine préférée de l'invention est la monoéthanolamine (MEA), tandis que l'aldéhyde préféré est le formaldéhyde. Même si le

the '946 patent claims cover a range of molar ratios of the alkanolamine and the aldehyde, from about 1:0.25 to 1:10, the preferable molar ratio is indicated to be from about 1:1 to about 1:1.5.

[8] The '946 patent states that the reaction product of MEA and formaldehyde is bisoxazolidine and triazine. However, the Trial Judge found that the expert testimony was unanimous that bisoxazolidine had never been conclusively identified as a reaction product of MEA and formaldehyde, and was equally unanimous that the predominant reaction product of MEA and formaldehyde was triazine.

[9] The triazine covered by the '946 patent had been known as a reaction product of MEA and formaldehyde. Accordingly, there is no product claim in the patent. The claims are limited to the reaction product used to selectively reduce the levels of hydrogen sulphide in natural gas.

FACTS

[10] The sequence of relevant events and facts, as found by the Trial Judge, can be summarized as follows:

1987

1. August or September — Quaker Petroleum Chemical Company began marketing, in western Oklahoma, a hydrogen sulphide scavenging product that was a formaldehyde solution. It was temperature-sensitive so that as the weather became colder, difficulties were encountered.

2. November — Quaker experimented with mixing MEA and formaldehyde. The resulting product solved the temperature-sensitivity problem and showed a "pretty good" affinity for hydrogen sulphide removal.

3. December 10 — a 500-gallon batch of the MEA and formaldehyde mixture was delivered by Quaker to Standard Oil of Ohio in western Oklahoma.

brevet '946 couvre des rapports molaires de l'alkanolamine à l'aldéhyde qui se situent dans une plage d'environ 1/0,25 à 1/10, le rapport molaire préféré est d'environ 1/1 à environ 1/1,5.

[8] Selon le brevet '946, le produit de réaction de la MEA et du formaldéhyde est la bisoxazolidine et la triazine. Cependant, le juge de première instance a statué que, d'après tous les témoignages d'expert présentés, la bisoxazolidine n'avait jamais été identifiée de façon irréfutable comme étant un produit de réaction de la MEA et du formaldéhyde et que le principal produit de réaction de la MEA et du formaldéhyde était la triazine.

[9] La triazine visée par le brevet '946 était connue à titre de produit de réaction de la MEA et du formaldéhyde. Par conséquent, le brevet ne comporte aucune revendication relative à un produit. Les revendications se limitent au produit de réaction utilisé pour réduire sélectivement les concentrations de sulfure d'hydrogène dans le gaz naturel.

FAITS

[10] La chronologie des faits et événements qui, d'après le juge de première instance, sont pertinents, peut être résumée comme suit:

1987

1. Août ou septembre — La Quaker Petroleum Chemical Company a commencé à commercialiser, dans l'ouest de l'Oklahoma, un produit d'épuration du sulfure d'hydrogène qui était une solution de formaldéhyde. Ce produit était sensible à la température, de sorte que des problèmes survenaient lorsque le temps devenait plus froid.

2. Novembre — Quaker a fait des essais en mêlant la MEA et le formaldéhyde. Le produit découlant du mélange permettait de régler le problème de sensibilité à la température et révélait une «assez bonne affinité» pour l'élimination du sulfure d'hydrogène.

3. 10 décembre — Quaker a livré dans un puits de Standard Oil of Ohio situé dans l'ouest de l'Oklahoma un lot de 500 gallons du mélange de MEA et de formaldéhyde.

4. December and subsequent months — sales and deliveries of the mixture, now called W-3053, were made to Standard Oil and other customers in western Oklahoma. The molar ratio of MEA and formaldehyde in W-3053 was 1:2.77. The sales were unconditional in that the product was not subject to any confidentiality agreement.

1988

5. December 23 — Patent Application No. 4978512 was filed in the United States.

1989

6. December 19 — The '946 patent application was filed in Canada.

1991

7. Canwell began selling Cansweet 300SX and, subsequently, CW1000. Both contain a reaction product of MEA and formaldehyde. In 300SX, the molar ratio is 1:1. In CW1000, it is 1:2.66.

1995

8. February 7 — the '946 patent issued in Canada.

9. May 2 — statement of claim filed giving rise to the action in the Trial Division.

2001

10. August 15—Trial Division judgment issued.

11. August 24—Interim stay granted.

12. October 2—Partial stay pending appeal granted on conditions and order for expedited hearing made.

[11] As often occurs, there have been corporate changes and assignments affecting the ownership of the

4. Décembre et mois subséquents — Le mélange, désormais appelé W-3053, a été vendu et livré à Standard Oil et à d'autres clients de l'ouest de l'Oklahoma. Le rapport molaire de la MEA et du formaldéhyde pour l'obtention du produit W-3053 était de 1/2,77. Les ventes étaient inconditionnelles, c'est-à-dire que le produit ne faisait l'objet d'aucune entente de confidentialité.

1988

5. 23 décembre — La demande de brevet n° 4978512 a été déposée aux États-Unis.

1989

6. 19 décembre — La demande relative au brevet '946 a été déposée au Canada.

1991

7. Canwell a commencé à vendre le produit Cansweet 300SX et, par la suite, le produit CW1000. Tous deux renferment un produit de réaction de la MEA et du formaldéhyde. Dans le produit 300SX, le rapport molaire est de 1/1, tandis qu'il s'élève à 1/2,66 dans le CW1000.

1995

8. 7 février — Le brevet '946 est délivré au Canada.

9. 2 mai — La déclaration donnant lieu à l'action devant la Section de première instance est déposée.

2001

10. 15 août — La Section de première instance a fait connaître son jugement.

11. 24 août — La demande de sursis provisoire est accueillie.

12. 2 octobre — Un sursis provisoire est accordé jusqu'à ce que l'appel soit tranché, sous réserve de certaines conditions, et une ordonnance portant audience accélérée a été rendue.

[11] Comme cela se produit souvent, des modifications organisationnelles ont été apportées et des

'946 patent. There is no controversy about this and no need to address those details. It is sufficient to say that Petrolite and the other respondents were proper plaintiffs in the Trial Division seeking relief for infringement of the '946 patent.

SUMMARY OF THE PARTIES' POSITIONS ON ANTICIPATION BY SALE OR USE OF W-3053

[12] Canwell says that the invention covered by Petrolite's '946 patent had been disclosed to the public with the sale of W-3053 commencing on December 10, 1987, and continuing thereafter. This was more than one year before the filing date of the '946 patent, namely December 19, 1989. Canwell says that accurate reverse engineering of W-3053 would lead a person skilled in the art to the invention claimed in the '946 patent, that is, triazine, as a method to selectively reduce hydrogen sulphide in natural gas. Therefore, the invention of the '946 patent was anticipated and the patent is invalid.

[13] Petrolite concedes that W-3053 was sold in western Oklahoma commencing on December 10, 1987. However, it says that the critical date was December 23, 1987, one year before the filing of the U.S. patent. It also says that the few sales made between December 10 and December 23 were not commercial sales and were to customers on their private property and, therefore, W-3053 was not available to the public. Further, it submits that any reverse engineering would be kept confidential by anyone performing it and it would not be made public.

[14] Although Petrolite does not rule out reverse engineering as a means of proving anticipation, it says that the evidence here was insufficient to meet the stringent test for anticipation in *Beloit Can. Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* (1986), 7 C.I.P.R. 205 (F.C.A.), at page 214. Petrolite submits that the test is that a prior publication or, in this case, reverse engineering of a prior sold product must lead the person skilled in the art in every

cessions touchant le droit de propriété afférent au brevet '946 ont eu lieu. Ces faits ne sont pas contestés et il n'est pas nécessaire de les décrire de façon détaillée. Il suffit de dire que Petrolite et les autres intimées étaient bel et bien les parties qui ont demandé à la Section de première instance de leur accorder différentes réparations à l'égard de la contrefaçon du brevet '946.

RÉSUMÉ DE LA POSITION DES PARTIES AU SUJET DE L'ANTÉRIORITÉ FONDÉE SUR LA VENTE OU L'UTILISATION DU PRODUIT W-3053

[12] Canwell soutient que l'invention visée par le brevet '946 de Petrolite avait été divulguée au public lorsque le produit W-3053 a commencé à être vendu à compter du 10 décembre 1987, soit plus d'un an avant la date de dépôt du brevet en question, en l'occurrence, le 19 décembre 1989. Selon Canwell, l'application d'une méthode précise de rétroingénierie au produit W-3053 mènerait une personne versée dans l'art à l'invention revendiquée dans le brevet '946, soit l'emploi de la triazine pour réduire de façon sélective la quantité de soufre d'hydrogène contenue dans le gaz naturel. Par conséquent, il y a antériorité à l'égard de l'invention visée par le brevet '946, lequel est invalide.

[13] Petrolite admet que le produit W-3053 a été vendu dans l'ouest de l'Oklahoma à compter du 10 décembre 1987. Toutefois, elle soutient que la date critique était le 23 décembre 1987, un an avant le dépôt du brevet américain. Elle ajoute que peu de ventes ont eu lieu entre le 10 décembre et le 23 décembre et qu'il ne s'agissait pas de ventes commerciales, mais plutôt de ventes dans le cadre desquelles le produit a été livré à la propriété privée des clients et que, par conséquent, le produit W-3053 n'était pas accessible au public. Elle précise que les résultats de tout procédé de rétroingénierie demeureraient confidentiels et qu'aucun ne serait porté à la connaissance du public.

[14] Même si Petrolite n'élimine pas la rétroingénierie comme moyen de prouver l'antériorité, elle allègue que la preuve présentée en l'espèce n'est pas suffisante pour satisfaire au critère rigoureux énoncé au sujet de l'antériorité dans l'arrêt *Beloit Can. Ltée/Ltd. c. Valmet Oy* (1986), 7 C.I.P.R. 205 (C.A.F.), à la page 214. Selon Petrolite, le critère est le suivant: une publication antérieure ou, dans le cas présent, l'application d'un

case and without the possibility of error, to the claimed invention. The evidence here does not meet the test. In any event, Petrolite says that there is no evidence that the methodology and data for accurate reverse engineering were available during the period from December 10 to December 23, 1987 or, indeed, from December 10, 1987, to December 19, 1988, if Canwell's critical date is accepted.

WHICH STATUTE APPLIES?

[15] The issue here is whether the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, as amended by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, brought into force on October 1, 1989 (the 1989 Act), or the *Patent Act* as amended by S.C. 1993, c. 15, brought into force on October 1, 1996 (the 1996 Act), is applicable. Petrolite argues that the 1989 Act is applicable. It says that under that Act, the critical date is the date on which the application for the United States patent was filed, December 23, 1988. The only time during which there could be anticipation by prior use or sale is between December 10, 1987, when W-3053 was first sold in western Oklahoma, and December 23, 1987, one year before the filing date of the United States patent. Petrolite argues that during this time the sales were experimental and, in any event, there was no evidence that the methodology and data were available to permit accurate reverse engineering to determine the contents of W-3053.

[16] Canwell says the 1996 Act is applicable. Under that Act, the critical date is December 19, 1989, the date on which the '946 patent application was filed in Canada. In Canwell's submission, the relevant period for anticipation by prior sale or use of the W-3053 product was December 10, 1987, to December 19, 1988, during which period sales were not experimental and the methodology and data for accurate reverse engineering were available.

procédé de rétroingénierie au produit déjà vendu doit infailliblement et dans tous les cas mener la personne versée dans l'art à l'invention revendiquée. La preuve présentée en l'espèce ne satisfait pas au critère. En tout état de cause, Petrolite affirme que la preuve n'indique nullement que la méthodologie et les données permettant de procéder à une rétroingénierie exacte étaient disponibles au cours de la période allant du 10 au 23 décembre 1987 ou même du 10 au 19 décembre 1988, si la date critique de Canwell est retenue.

QUELLE LOI S'APPLIQUE?

[15] La question qui se pose ici est de savoir si la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, modifiée par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1989 (la Loi de 1989), s'applique, ou s'il s'agit plutôt de la *Loi sur les brevets* modifiée par L.C. 1995, ch. 15, qui est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1996 (la Loi de 1996). De l'avis de Petrolite, c'est la Loi de 1989 qui s'applique. Selon elle, il appert de cette Loi que la date critique est celle à laquelle la demande relative au brevet américain a été déposée, c'est-à-dire le 23 décembre 1988. La seule période au cours de laquelle il aurait pu y avoir antériorité fondée sur la vente antérieure ou sur l'utilisation antérieure est la période allant du 10 décembre 1987, date à laquelle le produit W-3053 a été vendu pour la première fois dans l'ouest de l'Oklahoma, au 23 décembre de la même année, un an avant la date de dépôt du brevet américain. Petrolite fait valoir qu'au cours de cette période, les ventes étaient expérimentales et que, en tout état de cause, aucun élément de preuve n'établit l'accessibilité de la méthodologie et des données qui auraient permis d'appliquer un procédé de rétroingénierie précis pour déterminer le contenu du produit W-3053.

[16] Pour sa part, Canwell affirme que c'est la Loi de 1996 qui s'applique. En vertu de cette Loi, la date critique est le 19 décembre 1989, soit la date à laquelle la demande relative au brevet '946 a été déposée au Canada. De l'avis de Canwell, la période pertinente aux fins de l'antériorité fondée sur la vente antérieure ou sur l'utilisation antérieure du produit W-3053 est la période allant du 10 décembre 1987 au 19 décembre 1988, au cours de laquelle les ventes n'étaient pas expérimentales alors que la méthodologie et les données permettant

[17] I have some difficulty accepting Petrolite's interpretation of the 1989 Act. However, it is not necessary to deal with that argument because, in my view, the 1996 Act is applicable. The 1996 Act contains transitional provisions including section 78.4 [as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 55]. Under subsection 78.4(1), applications for patents filed on or after October 1, 1989, are to be dealt with and disposed of in accordance with the 1996 Act. Under subsection 78.4(2), any matter arising in respect of a patent issued on the basis of an application filed on or after October 1, 1989, but before October 1, 1996, is to be dealt with in accordance with the 1996 Act. Section 78.4 of the 1996 Act provides:

78.4(1) Applications for patents in Canada filed on or after October 1, 1989, but before this section came into force, shall be dealt with and disposed of in accordance with

(a) subsection 27(2) as it read immediately before this section came into force; and

(b) the provisions of this Act, including subsection 27(2), as they read immediately after this section came into force.

(2) Any matter arising in respect of a patent issued on the basis of an application filed on or after October 1, 1989, but before this section came into force, shall be dealt with and disposed of in accordance with

(a) subsection 27(2) as it read immediately before this section came into force; and

(b) the provisions of this Act, including subsection 27(2), as they read after this section came into force and as amended from time to time. [Restructured pursuant to S.C. 2001, c. 10, s. 4., but without substantive change.]

[18] The learned Trial Judge found that the 1996 Act was applicable to the facts of this case and I agree with him. The '946 patent application was filed on December 19, 1989, during the period referred to in subsection 78.4(2).

[19] Section 78.4 is a provision with retroactive effect. While there is a presumption against the retroactive application of legislation, the presumption can be rebutted by express words or by necessary implication. Such legislation is described by Sullivan,

d'appliquer un procédé de rétroingénierie précis étaient accessibles.

[17] Il m'est difficile d'accepter l'interprétation que Petrolite propose de la Loi de 1989. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'examiner cet argument car, à mon sens, la Loi applicable est celle de 1996. La Loi de 1996 renferme des dispositions transitoires, y compris l'article 78.4 [édicte par L.C. 1993, ch. 15, art. 55]. Selon le paragraphe 78.4(1), les demandes de brevet déposées à compter du 1^{er} octobre 1989 sont régies par la Loi de 1996. En vertu du paragraphe 78.4(2), les affaires survenant relativement à un brevet délivré sur la foi d'une demande déposée à compter du 1^{er} octobre 1989, mais avant le 1^{er} octobre 1996, sont régies par la Loi de 1996. Voici le texte de l'article 78.4 de la Loi de 1996:

78.4 (1) Les demandes de brevet déposées le 1^{er} octobre 1989 ou par la suite, mais avant l'entrée en vigueur du présent article, sont régies par le paragraphe 27(2) dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du présent article et par les dispositions de la présente loi, y compris le paragraphe 27(2), dans leur version ultérieure à l'entrée en vigueur du présent article.

(2) Les affaires survenant relativement au brevets délivrés au titre de demandes de brevet déposées le 1^{er} octobre 1989 ou par la suite, mais avant l'entrée en vigueur du présent article, sont régies par le paragraphe 27(2) dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du présent article et par les dispositions de la présente loi, y compris le paragraphe 27(2), dans leur version modifiée par la présente loi et par toute modification ultérieure. [Restructuré conformément à L.C. 2001, ch. 10, art. 4, mais sans changement de fond.]

[18] Le juge de première instance a statué que la Loi de 1996 s'appliquait aux faits de la présente affaire et je suis d'accord avec lui. La demande relative au brevet '946 a été déposée le 19 décembre 1989, au cours de la période mentionnée au paragraphe 78.4(2).

[19] L'article 78.4 est une disposition dont l'application est rétroactive. Même s'il existe une présomption allant à l'encontre de l'application rétroactive d'un texte législatif, cette présomption peut être réfutée de façon explicite ou par déduction

R., in *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Toronto: Butterworths, 1994), at page 522:

The presumption against the retroactive application of the legislation can be rebutted by express words or by necessary implication. All that is required is some sufficient indication that the legislation is meant to apply not only to on-going and future facts but also to facts that are past. . . .

Retroactive legislation often states that it is deemed to come into force or to take effect on a date prior to the date of enactment. Or it may state that it applies to designated facts occurring from or before a particular date or time.

See also Côté, *Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed., (Scarborough: Carswell, 2000), at page 150. Section 78.4 provides that the 1996 Act is to apply to matters occurring before a particular date and, specifically, before the coming into force of the 1996 Act. Accordingly, the 1996 Act has retroactive application.

[20] Here, the patent application was filed on December 19, 1989. Being filed after October 1, 1989 but before October 1, 1996, it is to be dealt with and disposed of in accordance with the 1996 Act. Likewise, any matter arising in respect of that patent is to be dealt with in accordance with the 1996 Act.

[21] While this conclusion seems straightforward, Petrolite makes a number of arguments to the contrary. First, it is argued that “any matter arising” must speak as of the date of the coming into force of the 1996 Act. It would apply, for example, to infringement occurring on or after October 1, 1996. However, it is said that in granting the '946 patent on February 7, 1995, the Patent Commissioner would not have had before him the 1996 Act. Since the question of validity goes to the appropriateness of the granting of the patent, questions of validity must be decided under the 1989 Act.

[22] I see no basis for this selective interpretation of section 78.4. The terms “any matter arising” and “in

nécessaire. Ce type de texte législatif est décrit par Sullivan, R., ed., dans *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd. (Toronto: Butterworths, 1994), à la page 522:

[TRADUCTION] La présomption allant à l'encontre de l'application rétroactive d'un texte législatif peut être réfutée de façon explicite ou par déduction nécessaire. Il suffit simplement d'une indication suffisante de l'intention du législateur selon laquelle le texte doit s'appliquer non seulement à des faits en cours et à venir, mais également à des faits qui se sont déjà produits [. . .]

Un texte législatif rétroactif renferme dans bien des cas une disposition énonçant qu'il est réputé entrer en vigueur ou s'appliquer à une date antérieure à la date de promulgation ou encore qu'il s'applique à certains faits survenus à compter d'une date ou d'une période donnée ou avant celle-ci.

Voir également Côté, *Interprétation des lois*, 3^e éd., (Montréal: Éditions Thémis, 1999), à la page 150. L'article 78.4 énonce que la Loi de 1996 doit s'appliquer aux affaires survenues avant une date précise, notamment avant l'entrée en vigueur de ladite Loi. Par conséquent, la Loi de 1996 a une application rétroactive.

[20] Dans le cas qui nous occupe, la demande de brevet a été déposée le 19 décembre 1989, soit après le 1^{er} octobre 1989, mais avant le 1^{er} octobre 1996, de sorte qu'elle est régie par la Loi de 1996. De la même façon, toute affaire survenant relativement au brevet en question est régie par la Loi de 1996.

[21] Bien que cette conclusion semble simple, Petrolite invoque un certain nombre d'arguments au soutien de la position contraire. D'abord, elle allègue que les mots «les affaires survenant» doivent renvoyer à la date de l'entrée en vigueur de la Loi de 1996. Ainsi, ils s'appliqueraient à la contrefaçon survenant à compter du 1^{er} octobre 1996. Toutefois, Petrolite affirme que, lorsqu'il a délivré le brevet '946 le 7 février 1995, le commissaire aux brevets n'avait pas en main la Loi de 1996. Étant donné que les questions concernant la validité portent sur le bien-fondé de la délivrance du brevet, elles doivent être tranchées en vertu de la Loi de 1989.

[22] Je ne vois aucune raison de retenir cette interprétation sélective de l'article 78.4. Les termes «des

respect of' are words of the widest scope. In *Slattery (Trustee of) v. Slattery*, [1993] 3 S.C.R. 430, Iacobucci J., for the majority, refers to the words "in respect of" as they were previously considered by the Supreme Court in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29. He states at page 445:

The phrase "in respect of" was considered by this Court in *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, at p. 39:

The words "in respect of" are, in my opinion, words of the widest possible scope. They import such meanings as "in relation to", "with reference to" or "in connection with". The phrase "in respect of" is probably the widest of any expression intended to convey some connection between two related subject matters. [Emphasis added by Iacobucci J.]

The words "in respect of" as modified by the comprehensive "any matter arising" could not be more expansive. Parliament obviously contemplated that section 78.4 would be given wide scope. Nothing in the context of the legislation suggests a more restrictive interpretation (see *Sarvanis v. Canada* (2002), 210 D.L.R. (4th) 262 (S.C.C.), at paragraph 24). Petrolite's argument simply ignores the plain words of section 78.4.

[23] Petrolite relies on paragraphs 43(a), (b) and (c) of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21 which it says preclude the retroactive application of the 1996 Act:

43. Where an enactment is repealed in whole or in part, the repeal does not

(a) revive any enactment or anything not in force or existing at the time when the repeal takes effect,

(b) affect the previous operation of the enactment so repealed or anything duly done or suffered thereunder,

(c) affect any right, privilege, obligation or liability acquired, accrued, accruing or incurred under the enactment so repealed,

However, Petrolite has had to acknowledge that these provisions are presumptions only and may be rebutted

affaires survenant» et «relativement au» (*in respect of*) ont une portée très large. Dans *Slattery (Syndic de) c. Slattery*, [1993] 3 R.C.S. 430, le juge Iacobucci, qui s'exprimait au nom de la majorité, a fait allusion aux commentaires que la Cour suprême avait déjà formulés dans *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29 au sujet de l'expression «*in respect of*» (ayant trait à). Voici comment il s'exprime à la page 445:

Les mots «quant à» («*in respect of*») ont été examinés par notre Cour dans l'arrêt *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, à la p. 39:

À mon avis, les mots «quant à» [*in respect of*] ont la portée la plus large possible. Ils signifient, entre autres, «concernant» [*in relation to*], «relativement à» ou «par rapport à». Parmi toutes les expressions qui servent à exprimer un lien quelconque entre deux sujets connexes, c'est probablement l'expression «quant à» qui est la plus large. [Je souligne.]

Les mots «*in respect of*» (relativement au), modifiés par l'expression globale «des affaires survenant», ne pourraient être plus larges. Le Parlement désirait manifestement donner à l'article 78.4 une portée très large. Rien dans le contexte du texte législatif n'indique qu'une interprétation plus restrictive est souhaitable (voir *Sarvanis c. Canada* (2002), 210 D.L.R. (4th) 262 (C.S.C.), au paragraphe 24). L'argument de Petrolite ne tient tout simplement pas compte du texte clair de l'article 78.4.

[23] Petrolite invoque les alinéas 43a), b) et c) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, qui, selon elle, empêchent l'application rétroactive de la Loi de 1996:

43. L'abrogation, en tout ou en partie, n'a pas pour conséquence:

a) de rétablir des textes ou autres règles de droit non en vigueur lors de sa prise d'effet;

b) de porter atteinte à l'application antérieure du texte abrogé ou aux mesures régulièrement prises sous son régime;

c) de porter atteinte aux droits ou avantages acquis, aux obligations contractées ou aux responsabilités encourues sous le régime du texte abrogé;

Cependant, Petrolite a dû reconnaître que ces dispositions ne sont que des présomptions et peuvent

by express language in a statute, or by necessary implication. Subsection 3(1) of the *Interpretation Act* provides:

3. (1) Every provision of this Act applies, unless a contrary intention appears, to every enactment, whether enacted before or after the commencement of this Act. [Emphasis added.]

Section 78.4 expresses a contrary intention in so far as the 1996 Act is concerned and thus rebut the presumption in section 43.

[24] Petrolite also argues that section 78.4 of the 1996 Act must be read “in congruence with Article 1709(8)(a)” of the NAFTA [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2], and that doing so precludes retroactive application of the anticipation provisions of the 1996 Act. Article 1709(8)(a) provides:

Article 1709 . . .

8. A Party may revoke a patent only when:

(a) grounds exist that would have justified a refusal to grant the patent;

[25] I do not accept this argument for two reasons. First, Article 1709(8) is a provision of the NAFTA. The NAFTA has been approved by *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44, s. 10. However, this does not give the provisions of the NAFTA themselves the force of an Act of Parliament. I accept that an international treaty may, where relevant, be used to assist in interpreting domestic legislation. See, for example, *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraphs 69 and 70. However, the international treaty cannot be used to override the clear words used in a statute enacted by Parliament. Section 78.4 is plain and obvious. Petrolite, I think, is relying on Article 1709(8) of the NAFTA to give a restricted meaning to section 78.4 which its words cannot bear.

être réfutées par des termes explicites d’une loi ou par déduction nécessaire. Le paragraphe 3(1) de la *Loi d’interprétation* est ainsi libellé:

3. (1) Sauf indication contraire, la présente loi s’applique à tous les textes, indépendamment de leur date d’édiction. [Non souligné dans l’original.]

L’article 78.4 énonce une indication contraire en ce qui concerne la Loi de 1996 et a donc pour effet de réfuter la présomption prévue à l’article 43.

[24] Petrolite allègue également que l’article 78.4 de la Loi de 1996 doit être lu [TRADUCTION] «en corrélation avec l’alinéa 1709(8)a» de l’ALÉNA [*Accord de libre-échange nord-américain entre les gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d’Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R.T. Can. n° 2] et que cette façon de procéder empêche l’application rétroactive des dispositions relatives à l’antériorité de la Loi de 1996. L’alinéa 1709(8)a prévoit ce qui suit:

Article 1709 [. . .]

8. Une Partie ne pourra annuler un brevet que dans les circonstances suivantes:

a) il existe des motifs qui auraient justifié un refus d’accorder le brevet;

[25] Je ne suis pas d’accord avec cet argument, pour deux raisons. D’abord, le paragraphe 1709(8) est une disposition de l’ALÉNA, qui a été approuvé par la *Loi de mise en œuvre de l’Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44, art. 10. Toutefois, cette approbation ne donne pas force de loi aux dispositions mêmes de l’ALÉNA. Je reconnais qu’il est possible, dans les cas pertinents, d’examiner un traité international pour interpréter un texte législatif national. Voir, par exemple, *Baker c. Canada (Ministre la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, aux paragraphes 69 et 70. Toutefois, le traité international ne saurait remplacer les termes clairs employés dans une loi qu’a édictée le Parlement. L’article 78.4 est une disposition claire et évidente. À mon avis, Petrolite invoque le paragraphe 1709(8) de l’ALÉNA pour donner à l’article 78.4 un sens restreint qui ne peut être appuyé par le libellé de celui-ci.

[26] Second, I do not read the words of Article 1709(8) as precluding express retroactive legislation. It is true that the article provides that a patent may be revoked only when grounds exist that would have justified the refusal to grant the patent in the first place. However, the effect of the retroactive application of legislation is to make its provisions applicable as if they had existed at a prior time.

[27] It is true, as Petrolite argues, that some arbitrariness or anomalies may arise through the application of retroactive legislation. However, arbitrariness and anomalies are inherent in retroactive legislation. That is one reason why there is a presumption against interpreting legislation to have retroactive effect. However, the Court must take the statute as it finds it and interpret section 78.4 according to its words. The validity of the '946 patent is a matter that has arisen in respect of that patent. The patent application was filed in the period referred to in section 78.4. The validity of the '946 patent must be dealt with and disposed of in accordance with the provisions of the 1996 Act.

THE LAW RELATING TO ANTICIPATION

The Relevant Statutory Provision

[28] The application for the '946 patent was filed December 19, 1989. According to paragraph 28.2(1)(a) [as enacted by section 33] of the 1996 Act, the subject-matter defined by the claims in the patent must not have been disclosed prior to December 19, 1988. Paragraph 28.2(1)(a) provides:

28.2 (1) The subject-matter defined by a claim in an application for a patent in Canada (the "pending application") must not have been disclosed

(a) more than one year before the filing date by the applicant, or by a person who obtained knowledge, directly or indirectly, from the applicant, in such a manner that the subject-matter became available to the public in Canada or elsewhere;

Anticipation by Publication

[29] In *Beloit, supra*, Hugessen J.A. (as he then was) set out the test for anticipation by publication,

[26] En deuxième lieu, je ne crois pas que le paragraphe 1709(8) interdise l'adoption d'un texte législatif rétroactif. Il est vrai qu'il prévoit qu'un brevet ne peut être annulé que lorsqu'il existe des motifs qui auraient justifié un refus d'accorder le brevet à l'origine. Cependant, l'effet rétroactif d'une loi signifie que les dispositions de celle-ci sont applicables comme si elles avaient existé à une date antérieure.

[27] Il est vrai, comme Petrolite le soutient, que l'application d'un texte de loi rétroactif peut donner lieu à des anomalies ou à des résultats arbitraires. Toutefois, il s'agit là de conséquences inhérentes à un texte de cette nature et c'est l'une des raisons pour lesquelles il existe une présomption allant à l'encontre de l'application rétroactive des lois. Par ailleurs, la Cour doit appliquer la loi dont elle est saisie et interpréter l'article 78.4 en fonction du libellé de cette disposition. La question de la validité du brevet '946 est une affaire qui est survenue relativement à ce brevet. La demande de brevet a été déposée au cours de la période mentionnée à l'article 78.4. La validité du brevet '946 est donc régie par les dispositions de la Loi de 1996.

LES RÈGLES DE DROIT APPLICABLES À L'ANTÉRIORITÉ

La disposition législative pertinente

[28] La demande relative au brevet '946 a été déposée le 19 décembre 1989. Selon l'alinéa 28.2(1)a) [édicé par l'article 33] de la Loi de 1996, l'objet que définissent les revendications du brevet ne doit pas avoir fait l'objet d'une communication avant le 19 décembre 1988. Voici le libellé de cette disposition:

28.2 (1) L'objet que définit la revendication d'une demande de brevet ne doit pas:

a) plus d'un an avant la date de dépôt de celle-ci, avoir fait, de la part du demandeur ou d'un tiers ayant obtenu de lui l'information à cet égard de façon directe ou autrement, l'objet d'une communication qui l'a rendu accessible au public au Canada ou ailleurs;

Antériorité découlant d'une publication

[29] Dans l'arrêt *Beloit*, précité, le juge Hugessen (alors juge de la Cour d'appel fédérale) a énoncé le

at page 214:

It will be recalled that anticipation, or lack of novelty, asserts that the invention has been made known to the public prior to the relevant time. The inquiry is directed to the very invention in suit and not, as in the case of obviousness, to the state of the art and to common general knowledge. Also, as appears from the passage of the statute quoted above, anticipation must be found in a specific patent or other published document; it is not enough to pick bits and pieces from a variety of prior publications and to meld them together so as to come up with the claimed invention. One must, in effect, be able to look at a prior, single publication and find in it all the information which, for practical purposes, is needed to produce the claimed invention without the exercise of any inventive skill. The prior publication must contain so clear a direction that a skilled person reading and following it would in every case and without the possibility of error be led to the claimed invention.

The test for anticipation by publication in *Beloit, supra*, was cited with approval by the Supreme Court of Canada in *Free World Trust v. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, at paragraph 26. In *Free World Trust, supra*, Binnie J. explains, at paragraph 25, that anticipation by publication is a difficult test to meet because, after an invention has been disclosed, it is all too easy to find its antecedents in bits and pieces of earlier learning:

Anticipation by publication is a difficult defence to establish because courts recognize that it is all too easy after an invention has been disclosed to find its antecedents in bits and pieces of earlier learning. It takes little ingenuity to assemble a *dossier* of prior art with the benefit of 20-20 hindsight.

Anticipation by Prior Use or Sale

[30] The anticipation in the appeal at bar is about anticipation arising, not from prior publications or patents, but from the prior sale of Petrolite's W-3053 product. Anticipation by prior patents is also argued by Canwell, but it will not be necessary to deal with that argument.

[31] The *Patent Act* in force in 1986, when *Beloit, supra*, was decided, provided that anticipation could be

critère applicable à l'antériorité découlant d'une publication, à la page 214:

On se souviendra que celui qui allègue l'antériorité, ou absence de nouveauté, prétend que l'invention était connue du public avant la date pertinente. L'enquête porte sur l'invention litigieuse elle-même et non, comme dans le cas de l'évidence, sur l'état de la technique et des connaissances générales. De plus, ainsi qu'il ressort du passage précité de la Loi, l'antériorité doit se trouver dans un brevet particulier ou dans un autre document publié; il ne suffit pas de recueillir des renseignements à partir de diverses publications antérieures et de les ajouter les uns aux autres et d'en arriver à l'invention revendiquée. Il faut en effet pouvoir s'en remettre à une seule publication antérieure et y trouver tous les renseignements nécessaires, en pratique, à la production de l'invention revendiquée sans l'exercice de quelque génie inventif. Les instructions contenues dans la publication antérieure doivent être d'une clarté telle qu'une personne au fait de l'art qui en prend connaissance et s'y conforme arrivera infailliblement à l'invention revendiquée.

Dans l'arrêt *Free World Trust c. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, la Cour suprême du Canada a cité avec approbation, au paragraphe 26, le critère relatif à l'antériorité découlant d'une publication, tiré de l'arrêt *Beloit*, précité. Ainsi, au paragraphe 25 de son jugement, le juge Binnie explique que l'antériorité découlant d'une publication est une défense difficile à établir, car il est trop facile, après la divulgation d'une invention, de la reconnaître par fragments dans un enseignement antérieur:

La défense fondée sur l'antériorité découlant d'une publication est difficile à établir, car les tribunaux reconnaissent qu'il n'est que trop facile, après la divulgation d'une invention, de la reconnaître, par fragments, dans un enseignement antérieur. Il faut peu d'ingéniosité pour constituer un dossier d'antériorité lorsqu'on dispose du recul nécessaire.

Antériorité découlant d'une vente ou utilisation antérieure

[30] L'antériorité dont il est question dans le présent appel découle, non pas de brevets ou publications antérieurs, mais de la vente antérieure du produit W-3053 de Petrolite. Canwell plaide également l'antériorité découlant d'un brevet antérieur, mais il ne sera pas nécessaire d'examiner cet argument.

[31] La *Loi sur les brevets* qui était en vigueur lorsque le jugement a été prononcé dans *Beloit*, précité,

proven by the public use or sale of the invention in Canada more than two years prior to the filing of a patent application. Before October 1, 1989, paragraph 27(1)(c) provided:

27. (1) Subject to this section, any inventor or legal representative of an inventor of an invention that was

...

(c) not in public use or on sale in Canada for more than two years prior to his application in Canada

may, on presentation to the Commissioner of a petition setting out the facts, in this Act termed the filing of the application, and on compliance with all other requirements of this Act, obtain a patent granting to him an exclusive property in the invention.

Under paragraph 27(1)(c), it appears that public use or sale of the invention was sufficient to prove anticipation even if the invention was not thereby disclosed; that is, even if it was not possible to determine the claimed invention, the invention would be anticipated simply by its use or sale. It was, therefore, not necessary, at that time, to prove more than use or sale of the invention in the relevant time period in order to prove anticipation.

[32] As a result of amendments made effective on October 1, 1989, and continued in the 1996 Act, evidence of use or sale of the invention was no longer sufficient in itself to prove anticipation. With the enactment of paragraph 27(1)(d) on October 1, 1989 [R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 8], which was replaced by paragraph 28.2(1)(a) on October 1, 1996 [S.C. 1996, c. 15, s. 33], the test for anticipation by any means became disclosure of “the subject-matter defined by a claim” (the invention) “in such a manner that the subject-matter became available to the public in Canada or elsewhere”. The change to the legislation, *inter alia*:

prévoyait que l’antériorité pouvait être établie par l’usage public ou par la vente de l’invention au Canada plus de deux ans avant le dépôt d’une demande de brevet. Voici le texte de l’alinéa 27(1)(c) qui était en vigueur avant le 1^{er} octobre 1989:

27. (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, l’auteur de toute invention ou le représentant légal de l’auteur d’une invention peut, sur présentation au commissaire d’une pétition exposant les faits, appelée dans la présente loi le «dépôt de la demande», et en se conformant à toutes les autres prescriptions de la présente loi, obtenir un brevet qui lui accorde l’exclusive propriété d’une invention qui n’était pas:

[. . .]

c) en usage public ou en vente au Canada plus de deux ans avant le dépôt de sa demande au Canada.

Selon l’alinéa 27(1)(c), il semble que l’usage public ou la vente de l’invention suffisait pour établir l’antériorité, même si l’invention n’était pas divulguée de ce fait, c’est-à-dire que, même s’il n’était pas possible de déterminer l’invention revendiquée, il y avait antériorité simplement en raison de l’usage ou de la vente de son objet. Par conséquent, il n’était pas nécessaire, à cette époque, de prouver davantage que l’usage ou la vente de l’invention au cours de la période pertinente afin d’établir l’antériorité.

[32] Par suite des modifications qui sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 1989 et qui ont été maintenues dans la Loi de 1996, la preuve de l’usage ou de la vente de l’invention ne suffisait plus désormais en soi pour établir l’antériorité. Lors de la promulgation de l’alinéa 27(1)(d) le 1^{er} octobre 1989 [L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 8], qui a été remplacé par l’alinéa 28.2(1)(a) le 1^{er} octobre 1996 [L.C. 1996, ch. 15, art. 33], le critère à satisfaire pour établir l’antériorité par quelque moyen que ce soit est devenu la communication de «l’objet que définit la revendication d’une demande de brevet» (l’invention) «d’une communication qui l’a rendu accessible au public au Canada ou ailleurs». Par suite des modifications apportées au texte législatif,

1. reduced the relevant grace period prior to the filing of the patent application;
2. made disclosure anywhere, and not just in Canada, relevant;
3. eliminated use or sale of the invention *per se* as sufficient evidence of anticipation;
4. as proof of anticipation, required disclosure in such a manner that the invention became available to the public in Canada or elsewhere.

There is little Canadian jurisprudence interpreting paragraph 28.2(1)(a).

[33] At trial, Canwell referred to United Kingdom case law on the subject of anticipation by prior use or sale. The learned Trial Judge refused to engage in an analysis of that law. He was of the opinion that, although specifically referable to anticipation by prior publication, the principles in *Beloit, supra*, and *Free World Trust, supra*, were equally applicable to, and exhaustive of, anticipation by prior use or sale. In support of his view, he referred to the judgment of this Court in *Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 350 (F.C.A.), at pages 360-361:

As was mentioned by Urie J. in *Beecham* . . . the defences of prior knowledge, prior use, prior publication and prior sale are “very much intermingled” and are referred to as “anticipation”. I have noted throughout the cases that there does not appear to be any distinction in principle between these various defences and that what is said with respect, for example, to anticipation through prior knowledge is applicable, *mutatis mutandis*, to anticipation through prior publication. [Citation omitted; emphasis added in reasons of Trial Judge.]

[34] I agree with the learned Trial Judge that the United Kingdom authorities are not of assistance to the extent that they are contrary to the principles relating to

1. le délai de grâce applicable avant le dépôt de la demande de brevet a été réduit;
2. la communication n’importe où, et non seulement au Canada, est devenue pertinente;
3. l’usage ou la vente de l’invention ne peut plus être considéré en soi comme une preuve suffisante de l’antériorité;
4. pour établir l’antériorité, il est devenu nécessaire de prouver une communication qui a rendu l’invention accessible au public au Canada ou ailleurs.

Peu de décisions canadiennes ont été rendues au sujet de l’alinéa 28.2(1)a).

[33] Au cours de l’instruction, Canwell a cité des décisions rendues au Royaume-Uni au sujet de l’antériorité découlant de l’utilisation antérieure ou de la vente antérieure. Le juge de première instance a refusé d’analyser cette jurisprudence, estimant que, même s’ils renvoyaient explicitement à l’antériorité découlant d’une publication antérieure, les principes énoncés dans les arrêts *Beloit* et *Free World Trust*, précités, s’appliquaient également à l’antériorité découlant de l’utilisation antérieure ou de la vente antérieure et étaient exhaustifs. Au soutien de cette opinion, il a cité le jugement que la Cour d’appel fédérale a rendu dans *Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 350 (C.A.F.), notamment l’extrait suivant qui se trouve aux pages 360 et 361:

Comme le juge Urie le mentionne dans l’arrêt *Beecham*, [. . .] les moyens de défense fondés sur la connaissance antérieure, sur l’utilisation antérieure, sur la publication antérieure et sur la vente antérieure sont «indissociable[s]» et s’appellent moyens de défense fondés sur l’«antériorité». J’ai remarqué que dans la jurisprudence, il ne semble pas qu’une distinction de principe soit faite entre ces divers moyens de défense et que ce qui est dit au sujet, par exemple, de l’antériorité fondée sur la connaissance antérieure s’applique *mutatis mutandis* à l’antériorité fondée sur la publication antérieure. [Citation omise; soulignement ajouté dans les motifs du juge de première instance.]

[34] Je conviens avec le juge de première instance que les autorités du Royaume-Uni ne sont pas utiles, dans la mesure où elles vont à l’encontre des principes

anticipation articulated in *Beloit, supra*, and *Free World Trust, supra*. This Court is bound by *Free World Trust* and, to the extent it approved of *Beloit*, by *Beloit*. However, the U.K. authorities are useful to give content to the analysis of anticipation by prior use or sale and, to the extent they do not contradict the Canadian jurisprudence, guidance may be sought from such decisions for that purpose.

[35] I accept that, at a broad level, the principles in *Beloit, supra*, and *Free World Trust, supra*, relating to anticipation by prior publication are also applicable to anticipation by prior use or sale. For example, the evidence of anticipation by prior public use or sale, as well as by prior publication, should be subjected to close scrutiny. However, below a certain level of generality, the principles governing anticipation by prior publication may need to be tailored to fit the particular characteristics of anticipation by prior public use or sale. For example, the principle that the prior publication must contain so clear a direction that a skilled person reading and following it would be led, without error, to the invention claimed, applies to the specific context of prior publication. In the case of prior publication, the skilled person will read the publication. In the case of prior use or sale, reading may not be relevant. When faced with having to decide whether there has been anticipation by disclosure through prior use or sale under paragraph 28.2(1)(a), it is necessary for the Court to have regard to the circumstances of prior use or sale, in order to determine how a person skilled in the art might be led, without error, to the invention claimed. For example, was there an analytical method available at the relevant time to lead a skilled person to the invention? The United Kingdom authorities provide useful guidance in this respect.

[36] The United Kingdom authorities are also useful for another purpose. As indicated, although there is little

articulés dans les arrêts *Beloit* et *Free World Trust*, précités, au sujet de l'antériorité. La Cour en l'espèce est liée par l'arrêt *Free World Trust* ainsi que par l'arrêt *Beloit*, dans la mesure où la Cour suprême du Canada a approuvé celui-ci. Toutefois, les autorités du Royaume-Uni peuvent permettre de mieux cerner l'analyse de la défense de l'antériorité découlant de l'utilisation antérieure ou de la vente antérieure et, pourvu qu'elles n'aillent pas à l'encontre des décisions canadiennes, il est possible de s'en inspirer à cette fin.

[35] Je reconnais que, de façon générale, les principes énoncés dans les arrêts *Beloit* et *Free World Trust*, précités, au sujet de l'antériorité fondée sur une publication antérieure s'appliquent également à l'antériorité découlant de l'utilisation antérieure ou de la vente antérieure. Ainsi, la preuve de l'antériorité fondée sur l'utilisation publique antérieure ou la vente antérieure au public ainsi que sur la publication antérieure devrait être examinée attentivement. Toutefois, au-delà d'un certain niveau d'énoncés généraux, il sera peut-être nécessaire d'ajuster les principes régissant l'antériorité fondée sur la publication antérieure en fonction des caractéristiques particulières de l'antériorité découlant de l'utilisation antérieure par le public ou de la vente antérieure au public. Ainsi, le principe selon lequel la publication antérieure doit contenir des instructions d'une clarté telle qu'une personne versée dans l'art qui en prend connaissance et s'y conforme arrivera infailliblement à l'invention revendiquée s'applique au contexte spécifique de la publication antérieure. Dans ce dernier cas, la personne versée dans l'art lira la publication. En ce qui concerne l'utilisation antérieure ou la vente antérieure, la lecture ne sera pas nécessairement pertinente. Au moment de décider s'il y a antériorité découlant de l'utilisation antérieure ou de la vente antérieure en vertu de l'alinéa 28.2(1)a), la Cour doit tenir compte des circonstances de l'utilisation ou de la vente en question pour savoir comment une personne versée dans l'art serait menée infailliblement à l'invention revendiquée. Ainsi, existait-il à la date pertinente une méthode d'analyse disponible qui aurait permis à une personne compétente d'arriver à l'invention? Les autorités du Royaume-Uni renferment des commentaires utiles à ce sujet.

[36] Les autorités du Royaume-Uni sont également utiles à une autre fin. Tel qu'il est mentionné plus haut,

Canadian jurisprudence interpreting paragraph 28.2(1)(a) of the 1996 Act, there is considerable United Kingdom jurisprudence interpreting provisions of the *Patents Act 1977* (U.K.), 1977, c. 37, that are, in their substance, similar to paragraph 28.2(1)(a). Courts in the United Kingdom have had occasion to deal with cases of anticipation by prior use or sale under section 2 of the United Kingdom Act and those authorities will be instructive in assisting in the interpretation of paragraph 28.2(1)(a) of the Canadian Act.

Principles Derived from United Kingdom and European Authorities with respect to Anticipation by Prior Use or Sale

[37] I turn then to the United Kingdom authorities. I shall also have regard to decisions made under the European Patent Convention [*Convention on the Grant of European Patents (European Patent Convention)*, October 5, 1973] because it contains provisions similar to the United Kingdom *Patents Act 1977*. Courts in the United Kingdom appear to be guided by decisions under the European Patent Convention and I see no reason why, where this Court finds the United Kingdom authorities of assistance and the European legislation is similar, it may not also seek guidance from the European decisions.

[38] The United Kingdom *Patents Act 1977* contains provisions that are similar in effect to paragraph 28.2(1)(a) of the 1996 Act. Subsection 2(1) of the United Kingdom *Patents Act 1977* provides that an invention is to be taken as novel if it does not form part of the state of the art. Subsection 2(2) defines the state of the art as comprising all matter which has been made available to the public in any way:

2.—(1) An invention shall be taken to be new if it does not form part of the state of the art.

(2) The state of the art in the case of an invention shall be taken to comprise all matter (whether a product, a process, information about either, or anything else) which has at any

bien que peu de décisions canadiennes aient été rendues au sujet de l'interprétation de l'alinéa 28.2(1)a) de la Loi de 1996, il existe une abondante jurisprudence dans laquelle les tribunaux du Royaume-Uni ont interprété les dispositions de la *Patents Act 1977* (R.-U.), 1977, ch. 37, qui sont semblables pour l'essentiel à l'alinéa 28.2(1)a). Les tribunaux du Royaume-Uni ont eu l'occasion d'examiner des cas d'antériorité découlant de l'utilisation antérieure ou de la vente antérieure en vertu de l'article 2 de la Loi du Royaume-Uni et ces autorités pourront faciliter l'interprétation de l'alinéa 28.2(1)a) de la Loi canadienne.

Principes découlant des autorités européennes et des autorités du Royaume-Uni au sujet de l'antériorité découlant de l'utilisation antérieure ou de la vente antérieure

[37] J'examine donc maintenant les autorités du Royaume-Uni. Je tiendrai également compte des décisions rendues en application de la Convention sur le brevet européen [*Convention sur la délivrance de brevets européens (Convention sur le brevet européen)*, 5 octobre 1973], dont les dispositions sont semblables à celles de la *Patents Act 1977* du Royaume-Uni. Les tribunaux du Royaume-Uni semblent se guider sur les décisions rendues en application de cette Convention et je ne vois pas pourquoi la Cour fédérale ne pourrait à son tour s'inspirer des décisions européennes, dans les cas où elle estime que les autorités du Royaume-Uni sont utiles et que la législation européenne est similaire.

[38] La *Patents Act 1977* du Royaume-Uni renferme des dispositions dont l'effet est semblable à celui de l'alinéa 28.2(1)a) de la Loi de 1996. Le paragraphe 2(1) de la *Patents Act 1977* prévoit qu'une invention doit être considérée comme une invention nouvelle si elle ne fait pas partie de l'état de la technique. Selon le paragraphe 2(2), l'état de la technique comprend tous les éléments qui ont, d'une façon ou d'une autre, été rendus accessibles au public:

[TRADUCTION] 2.—(1) Une invention est considérée comme nouvelle si elle n'est pas comprise dans l'état de la technique.

(2) L'état de la technique dans le cas d'une invention est constitué par tout objet (qu'il s'agisse d'un produit, d'un procédé, d'un renseignement sur l'un ou l'autre ou de toute

time before the priority date of that invention been made available to the public (whether in the United Kingdom or elsewhere) by written or oral description, by use or in any other way. [Emphasis added.]

The European Patent Convention contains similar provisions.

Article 54

(1) An invention shall be considered to be new if it does not form part of the state of the art.

(2) The state of the art shall be held to comprise everything made available to the public by means of a written or oral description, by use, or in any other way, before the date of filing of the European patent application. [Emphasis added.]

[39] The words employed in the United Kingdom and European legislation are similar, in effect, to the words in paragraph 28.2(1)(a) of the 1996 Act:

28.2 (1) The subject-matter . . . must not have been disclosed

(a) [. . .] in such a manner that the subject-matter became available to the public in Canada or elsewhere;

[40] While conceding that the United Kingdom and European legislation is similar to the 1996 Act on this issue, Petrolite argues that a significant difference is that the former (United Kingdom and European) use the term “made available to the public” while the latter (Canadian) uses the term “became available to the public”. If I understand the argument, it is that “made available” implies “on the shelf” or, in other words, that the information could be available to the public. On the other hand, “became available” implies that the public was, in fact, in possession of the information. It is argued that the difference means that reverse engineering is permitted in the United Kingdom and Europe but not under Canadian law or, at least, that if reverse engineering is permitted under Canadian law, it must, in fact, have been performed more than one year before the filing date of the patent.

[41] I am unable to agree with Petrolite’s argument. Whether information is made available or became

autre chose) qui a été rendu accessible au public en tout temps avant la date de priorité de l’invention en question (que ce soit au Royaume-Uni ou ailleurs) par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen. [Non souligné dans l’original.]

La Convention sur le brevet européen renferme des dispositions similaires:

Article 54

(1) Une invention est considérée comme nouvelle si elle n’est pas comprise dans l’état de la technique.

(2) L’état de la technique est constitué par tout ce qui a été rendu accessible au public avant la date de dépôt de la demande de brevet européen par une description écrite ou orale, un usage ou tout autre moyen. [Non souligné dans l’original.]

[39] Les termes employés dans la législation du Royaume-Uni et dans la Convention sur le brevet européen sont semblables, en réalité, à ceux de l’alinéa 28.2(1)a) de la Loi de 1996:

28.2 (1) L’objet [. . .] ne doit pas:

a) [. . .] avoir fait [. . .] l’objet d’une communication qui l’a rendu accessible au public au Canada ou ailleurs;

[40] Tout en admettant cette similitude, Petrolite soutient qu’il existe une différence majeure du fait que, dans la législation du Royaume-Uni et la Convention européenne, les mots «*made available to the public*» (a été rendu accessible au public) sont utilisés, alors que la loi canadienne emploie les mots «*became available to the public*» (qui l’a rendu accessible au public). Si j’ai bien saisi l’argument, les mots «*made available*» sous-entendraient «*mis à la disposition*», c’est-à-dire que le public pouvait avoir accès aux renseignements, alors que les mots «*became available*» indiqueraient plutôt que le public avait en main les renseignements en question. Selon Petrolite, cette différence signifie que la rétroingénierie est autorisée au Royaume-Uni et en Europe, mais non au Canada ou que, à tout le moins, si ce procédé est autorisé au Canada, il doit avoir été appliqué plus d’un an avant la date de dépôt du brevet.

[41] Je ne puis souscrire à l’argument de Petrolite. Que les renseignements soient rendus ou devenus

available, it is available. Whether information is considered “available” if it is only ascertainable through reverse engineering is a question for determination. But that is so under either the “made available” or “became available” terminology. I see no material distinction between the terms “made available” or “became available” in the context of this case.

[42] For the purposes of analysing anticipation in the context of disclosure by prior sale or use under paragraph 28.2(1)(a) and without detracting from the general principles in *Beloit, supra*, and *Free World Trust, supra*, I deduce the following principles relevant to this appeal from the United Kingdom and European Patent Office jurisprudence:

1. Sale to the public or use by the public alone is insufficient to prove anticipation. Disclosure of the invention is required to constitute anticipation under paragraph 28.2(1)(a). In *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. and Anr. v. H. N. Norton & Co. Ltd.*, [1996] R.P.C. 76 (H.L.), Lord Hoffmann found that use of a product makes an invention part of the state of the art, i.e. equivalent to disclosure, only so far as that use makes available the information which describes the invention. At page 86, he stated:

. . . to be part of the state of the art, *the invention* must have been made available to the public. An invention is a piece of information. Making matter available to the public within the meaning of section 2(2) therefore requires the communication of information. The use of a product makes the invention part of the state of the art only so far as that use makes available the necessary information. [Emphasis in italics in original; other emphasis added.]

2. For a prior sale or use to anticipate an invention, it must amount to “enabling disclosure”. In *Merrell Dow, supra*, at pages 86-87, Lord Hoffmann quoted with approval the statement of Aldous J. in *PLG Research Ltd. v. Ardon International Ltd.*, [1993] F.S.R. 197, at page 225:

accessibles, ils sont accessibles. Ce qu’il faut savoir, c’est si les renseignements sont considérés comme des renseignements accessibles lorsqu’ils ne peuvent être obtenus que par un procédé de rétroingénierie. Cependant, cette question se pose, que les mots «*made available*» ou «*became available*» soient employés. Je ne vois aucune distinction majeure entre les deux expressions dans le contexte de la présente affaire.

[42] Pour analyser la question de l’antériorité dans le contexte de la divulgation découlant de la vente antérieure ou de l’utilisation antérieure en vertu de l’alinéa 28.2(1)a) sans m’éloigner des principes généraux énoncés dans les arrêts *Beloit* et *Free World Trust*, précités, je déduis des décisions qu’ont rendues les tribunaux du Royaume-Uni et l’Office européen des brevets les principes suivants qui sont pertinents en l’espèce.

1. La vente au public ou l’utilisation par le public ne suffit pas à elle seule à prouver l’antériorité. Pour qu’il y ait antériorité au sens de l’alinéa 28.2(1)a), il est nécessaire de prouver qu’il y a eu divulgation de l’invention. Dans *Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. and Anr. v. H. N. Norton & Co. Ltd.*, [1996] R.P.C. 76 (H.L.), lord Hoffmann a conclu que l’usage d’un produit fait d’une invention un élément de l’état de la technique, c’est-à-dire qu’il équivaut à la divulgation, uniquement dans la mesure où il rend accessibles les renseignements qui décrivent l’invention. Voici comment il s’est exprimé à la page 86:

[TRADUCTION] [. . .] pour faire partie de l’état de la technique, *l’invention* doit avoir été rendue accessible au public. Une invention est un renseignement. Par conséquent, pour rendre un renseignement accessible au public au sens du paragraphe 2(2), il est nécessaire de le communiquer. L’usage d’un produit fait d’une invention un élément de l’état de la technique uniquement dans la mesure où cet usage rend les renseignements nécessaires accessibles. [Non souligné dans l’original, sauf les mots en italique.]

2. Pour qu’une vente ou utilisation antérieure constitue une antériorité opposable à une invention, il doit s’agir d’une divulgation qui permet de réaliser celle-ci («*enabling disclosure*»). Dans *Merrell Dow*, précité, aux pages 86 et 87, lord Hoffmann a cité avec approbation les remarques que le juge Aldous avait formulées dans

Under the 1977 Act, patents may be granted for an invention covering a product that has been put on the market provided the product does not provide an enabling disclosure of the invention claimed. In most cases, prior sale of the product will make available information as to its contents and its method of manufacture, but it is possible to imagine circumstances where that will not happen. [Emphasis added.]

In *Lux Traffic Controls Ltd. v. Pike Signals Ltd. and Faronwise Ltd.*, [1993] R.P.C. 107, Aldous J. stated at page 133:

It is settled law that to invalidate a patent a disclosure has to be what has been called an enabling disclosure. That is to say the disclosure has to be such as to enable the public to make or obtain the invention. [Emphasis added.]

3. The prior sale or use of a chemical product will constitute enabling disclosure to the public if its composition can be discovered through analysis of the product. The Board of Appeal of the European Patent Office in *FISONS plc v. Packard Instrument B.V.*, E.P.O. case number T 0952/92 - 3.4.1, August 17, 1994, stated at page 21:

. . . in the Board's view it is the fact that direct and unambiguous access to information concerning the composition or internal structure of a prior used product is possible, for example by means of analysis, which makes such composition or internal structure "available to the public" and thus part of the state of the art for the purpose of Article 54(2) EPC. [Emphasis added.]

4. The analysis must be able to be performed by a person skilled in the art in accordance with known analytical techniques available at the relevant time. In *FISONS, supra*, the Board of Appeal stated at page 21:

If such an analysis is possible in accordance with the known analytical techniques which were available for use by a skilled person before the relevant filing date, the composition or internal structure thereby is available to the public. [Emphasis added.]

PLG Research Ltd. v. Ardon International Ltd., [1993] F.S.R. 197, à la page 225:

[TRADUCTION] En vertu de la loi de 1977, un brevet peut être délivré à l'égard d'une invention couvrant un produit qui a été mis en marché, pourvu que le produit ne permette pas de réaliser l'invention revendiquée. Dans la plupart des cas, la vente antérieure du produit rendra accessibles les renseignements concernant le contenu et le mode de fabrication, mais il est possible d'imaginer des circonstances dans lesquelles cela ne se produira pas. [Non souligné dans l'original.]

Dans *Lux Traffic Controls Ltd. v. Pike Signals Ltd. and Faronwise Ltd.*, [1993] R.P.C. 107, le juge Aldous s'est exprimé comme suit à la page 133:

[TRADUCTION] Il est reconnu en droit que, pour invalider un brevet, la divulgation doit permettre de réaliser l'invention. [Non souligné dans l'original.]

3. L'utilisation antérieure ou la vente antérieure d'un produit chimique permettra au public de réaliser l'invention s'il est possible d'en découvrir la composition au moyen d'une analyse. Dans *FISONS plc v. Packard Instrument B.V.*, décision de l'OEB n° T 0952/92 - 3.4.1 en date du 17 août 1994, la Chambre de recours de l'Office européen des brevets s'est exprimée comme suit à la page 21:

[TRADUCTION] [. . .] de l'avis de la Chambre de recours, c'est la possibilité d'avoir accès, directement et de façon non ambiguë, aux renseignements concernant la composition ou la structure interne d'un produit déjà utilisé, notamment par analyse, qui rend cette composition ou cette structure interne «accessible au public» et fait d'elle un élément de l'état de la technique aux fins du paragraphe 54(2) de la Convention. [Non souligné dans l'original.]

4. L'analyse doit pouvoir être faite par une personne versée dans l'art conformément aux techniques d'analyse connues et disponibles à la date pertinente. Voici les commentaires qu'a formulés la Chambre de recours dans *FISONS* (à la page 21):

[TRADUCTION] Si cette analyse est possible à l'aide des techniques d'analyse connues auxquelles une personne compétente pouvait avoir accès avant la date de dépôt pertinente, la composition ou la structure interne obtenue par suite de cette analyse sera accessible au public. [Non souligné dans l'original.]

This principle, in the context of enabling disclosure arising from prior use or sale, must be applied consistently with this Court's determination respecting prior publication in *Beloit, supra*. The person skilled in the art, using available analytical techniques, must be able to find the invention without the exercise of inventive skill.

5. In the context of patent anticipation under paragraph 28.2(1)(a), when reverse engineering is necessary and capable of discovering the invention, an invention becomes available to the public if a product containing the invention is sold to any member of the public who is free to use it as she or he pleases. In *Bristol-Myers Co.'s Application*, [1969] R.P.C. 146 (Q.B.D.), Lord Parker C.J. stated at page 155:

... if the information ... has been communicated to a single member of the public without inhibiting fetter that is enough to amount to a making available to the public. ... [Emphasis added.]

In *Lux, supra*, Aldous J. stated at page 134:

In the present case, a light system with a prototype controller was on a number of occasions made available to contractors over five months. Those contractors were free in law and equity to examine it. [Emphasis added.]

It makes sense that sale of a product to even one member of the public constitutes a making available to the public for purposes of paragraph 28.2(1)(a). The value of the patent that is sought lies in the secrecy of its subject-matter. Providing enabling disclosure to even one member of the public destroys this secrecy. The grant of a patent depends on the inventor giving to the public something it did not have before. If the public already has it, then the inventor gives nothing and is not entitled to anything in return, i.e. a monopoly for a period of years. (See *Free World Trust, supra*, at paragraph 13.)

6. It is not necessary to demonstrate that a member of the public actually analysed the product that was sold. In

Dans le contexte de la divulgation découlant de l'utilisation antérieure ou de la vente antérieure, ce principe doit être appliqué d'une manière compatible avec la décision que la Cour d'appel fédérale a rendue au sujet de la publication antérieure dans *Beloit*, précité. La personne versée dans l'art doit être en mesure, à l'aide des techniques d'analyse disponibles, de prouver l'invention sans l'exercice d'un génie inventif.

5. En ce qui concerne l'antériorité au sens de l'alinéa 28.2(1)a), dans les cas où un procédé de rétroingénierie est nécessaire et permet de découvrir l'invention, une invention devient accessible au public lorsqu'un produit qui la renferme est vendu à un membre du public qui peut l'utiliser comme bon lui semble. Voici comment s'est exprimé le juge en chef lord Parker dans la demande de *Bristol-Myers Co.'s Application*, [1969] R.P.C. 146 (Q.B.D.), à la page 155:

[TRADUCTION] [...] si l'information [...] a été communiquée à un seul membre du public sans obstacle contraignant, cela suffira pour la rendre accessible au public. [Non souligné dans l'original.]

Dans l'arrêt *Lux*, précité, le juge Aldous a dit ce qui suit à la page 134:

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, un petit système comportant un prototype de contrôleur a été mis à la disposition des entrepreneurs à quelques occasions pendant cinq mois. Ces entrepreneurs pouvaient, en droit et en equity, l'examiner sans contrainte. [Non souligné dans l'original.]

Il est logique de dire que la vente d'un produit, ne serait-ce qu'à un seul membre du public, rend celui-ci accessible au public aux fins de l'alinéa 28.2(1)a). La valeur du brevet qui est demandé réside dans le caractère secret de son objet. Ce caractère secret est perdu lorsqu'un membre du public a accès aux renseignements de manière à obtenir l'invention. La délivrance d'un brevet est assujettie à la condition que l'inventeur offre au public quelque chose qu'il n'avait pas auparavant. Si le public l'a déjà, l'inventeur ne donne rien et n'a pas droit à quoi que ce soit en retour, par exemple, un monopole pendant quelques années. (Voir l'arrêt *Free World Trust*, précité, au paragraphe 13.)

6. Il n'est pas nécessaire de démontrer qu'un membre du public a effectivement analysé le produit qui a été

Lux, supra, Aldous J. stated at page 133:

Further it is settled law that there is no need to prove that anybody actually saw the disclosure provided the relevant disclosure was in public. Thus an anticipating description in a book will invalidate a patent if the book is on a shelf of a library open to the public, whether or not anybody read the book and whether or not it was situated in a dark and dusty corner of the library. If the book is available to the public, then the public have the right to make and use the information in the book without hindrance from a monopoly granted by the State. [Emphasis added.]

Although the comments of Aldous J. use the example of prior publication to make the point, *Lux* was a prior use case and the principle derived from his example is equally applicable to prior use or sale as well as prior publication.

7. The amount of time and work involved in conducting the analysis is not determinative of whether a skilled person could discover the invention. The relevant consideration, in this respect, is only whether inventive skill was required. In *FISONS plc v. Packard Instruments B.V., supra*, the Board of Appeal of the European Patent Office stated at pages 21-22:

The likelihood or otherwise of such a skilled person either reading such a written description, or analysing such a prior sold product, and the degree of burden (i.e. the amount of work and time) involved in such reading or in analysing, is in principle irrelevant to the determination of what constitutes the state of the art. [Emphasis added.]

There must be some evidence from which the use of inventive skill may be inferred. Complexity or time and work involved alone are insufficient.

8. It is not necessary that the product that is the subject of the analysis be capable of exact reproduction. It is the subject-matter of the patent claims (the invention) that must be disclosed through the analysis. Novelty of the claimed invention is destroyed if there is disclosure of

vendu. Dans l'arrêt *Lux*, le juge Aldous a dit ce qui suit à la page 133:

[TRADUCTION] De plus, il est bien reconnu en droit qu'il n'est pas nécessaire de prouver qu'une personne a effectivement pris connaissance de la divulgation, pourvu que celle-ci ait été rendue publique. Ainsi, une description antérieure contenue dans un ouvrage aura pour effet d'invalider un brevet si l'ouvrage en question se trouve sur une étagère d'une bibliothèque ouverte au public, indépendamment du fait que personne ne l'a lu et que celui-ci se trouve dans un coin sombre et poussiéreux de la bibliothèque. Si l'ouvrage était accessible au public, celui-ci aura le droit d'utiliser les renseignements qu'il contient pour réaliser l'invention sans devoir faire face à un obstacle découlant d'un monopole accordé par l'État. [Non souligné dans l'original.]

Même si les commentaires du juge Aldous concernent l'exemple d'une publication antérieure, l'affaire *Lux* portait sur une utilisation antérieure et le principe qu'il a formulé s'applique tout aussi bien au cas de l'utilisation antérieure ou de la vente antérieure qu'à celui de la publication antérieure.

7. Le temps et l'énergie consacrés à l'analyse ne permettent pas de déterminer de façon concluante si une personne compétente aurait pu découvrir l'invention. Le facteur pertinent à cet égard est uniquement la question de savoir si l'exercice d'un génie inventif était nécessaire. Dans *FISONS plc v. Packard Instruments B.V.*, précité, la Chambre de recours de l'Office européen des brevets a dit ce qui suit aux pages 21 et 22:

[TRADUCTION] [. . .] La possibilité que cette personne compétente lise cette description écrite ou analyse ce produit précédemment vendu et l'énergie nécessaire à cette fin (soit le travail et le temps) ne sont pas pertinentes en principe quant à la question de savoir en quoi consiste l'état de la technique. [Non souligné dans l'original.]

Il doit y avoir des éléments de preuve à partir desquels l'exercice d'un génie inventif peut être déduit. La complexité de la tâche ou le temps et le travail nécessaires ne suffisent pas à eux seuls.

8. Il n'est pas nécessaire que le produit faisant l'objet de l'analyse soit susceptible de reproduction exacte. C'est l'objet des revendications du brevet (l'invention) qui doit être divulgué à l'aide de l'analyse. La nouveauté de l'invention revendiquée sera détruite s'il y a eu

an embodiment which falls within the claim. In *FISONS*, *supra*, the Board held at page 23:

According to the established jurisprudence of the Boards of Appeal, the novelty of a claimed invention is destroyed by the prior disclosure (by whatever means) of an embodiment which falls within the claim. Thus in the Board's view, the novelty of a claimed invention is destroyed by the prior use of a product, for example, sale of a product, if an analysis of a product using available analytical techniques is such as to inform the skilled person of an embodiment of the product which falls within the claim of the patent. The Board therefore does not accept the patent proprietor's submission to the effect that a complete analysis of a prior used product must be possible, so as to enable an exact reproduction of such product, in order to destroy the novelty of the claimed product. [Emphasis in bold in original; other emphasis added.]

[43] The foregoing eight principles (which are not intended to be exhaustive) are particularly relevant to disclosure by prior use or sale in the context of paragraph 28.2(1)(a) in this case, although some may also be applicable to disclosure by prior patent or publication. They supplement, but do not alter the principles relating to anticipation as set out in *Beloit*, *supra*, or *Free World Trust*, *supra*.

[44] Bearing in mind the above eight principles and those in *Beloit*, *supra*, and *Free World Trust*, *supra*, I turn to the relevant findings of the Trial Judge relating to anticipation by prior use or sale of Petrolite's W-3053 product.

THE FINDINGS OF THE TRIAL JUDGE RESPECTING ANTICIPATION BY PRIOR USE OR SALE

[45] The relevant findings of the learned Trial Judge were as follows:

1. W-3053 was in unconditional sale as early as December 1987.

divulgarion d'une variante visée par la revendication. Voici comment la Chambre de recours s'est exprimée dans *FISONS*, précité, à la page 23:

[TRADUCTION] Selon les décisions rendues par les chambres de recours, la nouveauté d'une invention revendiquée sera annulée par la divulgation précédente (par quelque moyen que ce soit) d'une variante visée par la revendication. Par conséquent, de l'avis de la chambre, la nouveauté d'une invention revendiquée est détruite par l'emploi antérieur d'un produit, notamment par la vente, lorsque l'analyse faite à l'aide des techniques disponibles informe la personne compétente au sujet d'une variante du produit qui est visée par la revendication du brevet. La chambre n'accepte donc pas l'argument du titulaire du brevet selon lequel une analyse complète d'un produit précédemment utilisé doit être possible de façon à permettre la reproduction exacte de ce produit pour que la nouveauté du produit revendiqué soit détruite. [Non souligné dans l'original, sauf les caractères gras.]

[43] Les huit principes résumés plus haut (qui ne sont pas exhaustifs) sont particulièrement pertinents en ce qui a trait à la divulgation découlant de l'utilisation antérieure ou de la vente antérieure dans le contexte de l'alinéa 28.2(1)(a) en l'espèce, bien que certains puissent également s'appliquer à la divulgation fondée sur un brevet antérieur ou sur une publication antérieure. Ils s'ajoutent aux principes énoncés dans les arrêts *Beloit* et *Free World Trust*, précités, au sujet de l'antériorité sans les modifier.

[44] En conservant à l'esprit les huit principes susmentionnés et ceux des arrêts *Beloit* et *Free World Trust*, précité, j'en arrive maintenant aux conclusions pertinentes que le juge de première instance a formulées au sujet de l'antériorité découlant de l'utilisation antérieure ou de la vente antérieure du produit W-3053 de Petrolite.

LES CONCLUSIONS DU JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE AU SUJET DE L'ANTÉRIORITÉ DÉCOULANT DE L'UTILISATION ANTÉRIEURE OU DE LA VENTE ANTÉRIEURE

[45] Voici les conclusions pertinentes du juge de première instance:

1. Le W-3053 était vendu de façon inconditionnelle depuis au moins décembre 1987.

2. A sample of W-3053 for the purposes of analysis could readily have been obtained as early as December 1987.

3. W-3053 was, for all intents and purposes, the invention described in the '946 patent.

4. Considering all the evidence respecting attempts to successfully analyse and reconstruct W-3053, Canwell had not discharged its burden of establishing that the invention disclosed by the '946 patent had been made available to the public. Accordingly, the invention was not anticipated.

[46] The first and second of the Trial Judge's findings are purely factual. The third, what constitutes the invention, involves construing the patent claims and that is a question of law. See *Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, at paragraph 76. The fourth finding is one of mixed law and fact. It involves applying a legal standard to a set of facts—namely, did the facts establish anticipation under paragraph 28.2(1)(a).

THE STANDARD OF REVIEW

[47] The recent decision of the Supreme Court of Canada in *Housen v. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577, provides a thorough analysis of the standard of review to be applied by appellate courts to decisions of trial judges. I summarize my understanding of the principles relevant to this case as follows.

[48] The standard of review on a question of law is correctness. At paragraph 9, Iacobucci and Major JJ., for the majority, state:

Thus, while the primary role of trial courts is to resolve individual disputes based on the facts before them and settled law, the primary role of appellate courts is to delineate and refine legal rules and ensure their universal application. In order to fulfill the above functions, appellate courts require a broad scope of review with respect to matters of law.

2. Il aurait été facile d'obtenir un échantillon d'analyse du W-3053 dès décembre 1987.

3. Le produit W-3053 était à toutes fins utiles l'invention décrite dans le brevet '946.

4. Compte tenu de l'ensemble de la preuve sur les démarches en vue d'analyser et de recomposer avec succès le W-3053, Canwell n'a pas réussi à s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombait, soit d'établir que l'invention divulguée par le brevet '946 avait été rendue accessible au public. Par conséquent, il n'existait aucune antériorité opposable à l'invention.

[46] Les première et deuxième conclusions du juge de première instance sont purement factuelles. La troisième, qui concerne l'objet de l'invention, découle d'une interprétation des revendications du brevet et est donc une question de droit. Voir *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, au paragraphe 76. La quatrième conclusion est une conclusion mixte de droit et de fait qui découle de l'application d'un critère juridique à un ensemble de faits, soit la question de savoir si la preuve établit l'existence d'une antériorité au sens de l'alinéa 28.2(1)a).

LA NORME DE CONTRÔLE

[47] Dans le récent arrêt *Housen c. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577, la Cour suprême du Canada présente une analyse approfondie de la norme de contrôle que les cours d'appel doivent appliquer aux décisions des juges de première instance. Voici un résumé des principes qui, à mon avis, sont pertinents en l'espèce.

[48] La norme de contrôle relative à une question de droit est celle de la décision correcte. Au paragraphe 9, les juges Iacobucci et Major, qui ont rendu la décision majoritaire, s'expriment comme suit:

Ainsi, alors que le rôle premier des tribunaux de première instance consiste à résoudre des litiges sur la base des faits dont ils disposent et du droit établi, celui des cours d'appel est de préciser et de raffiner les règles de droit et de veiller à leur application universelle. Pour s'acquitter de ces rôles, les cours d'appel ont besoin d'un large pouvoir de contrôle à l'égard des questions de droit.

[49] The appellate court may only intervene in conclusions of fact, including inferences of fact, in cases of palpable and overriding error. Iacobucci and Major JJ. state at paragraph 25:

It is our view that the trial judge enjoys numerous advantages over appellate judges which bear on all conclusions of fact, and, even in the absence of these advantages, there are other compelling policy reasons supporting a deferential approach to inferences of fact. We conclude, therefore, by emphasizing that there is one, and only one, standard of review applicable to all factual conclusions made by the trial judge—that of palpable and overriding error.

[50] Finally, there are questions of mixed fact and law. Such questions involve the application of legal standards to a set of facts. Where there is no extricable error of law or where the facts are so particular that decisions about whether they satisfy legal tests have no precedential value, greater deference is mandated. At paragraph 28, Iacobucci and Major JJ. state:

However, where the error does not amount to an error of law, a higher standard is mandated. Where the trier of fact has considered all the evidence that the law requires him or her to consider, and still comes to the wrong conclusion, then this amounts to an error of mixed law and fact and is subject to a more stringent standard of review: *Southam, supra*, at paras. 41 and 45.

[51] Where, however, on a question of mixed fact and law it is possible to extricate the legal question from the factual and determine that a legal error has been made, the standard of review will be correctness. At paragraph 27 of *Housen, supra*, Iacobucci and Major JJ. state:

In *Southam, supra*, at para 39, this Court illustrated how an error on a question of mixed fact and law can amount to a pure error of law subject to the correctness standard

. . . if a decision-maker says that the correct test requires him or her to consider A, B, C, and D, but in fact the decision-maker considers only A, B, and C, then the outcome is as if he or she had applied a law that required consideration of only A, B, and C. If the correct test

[49] La cour d'appel ne peut modifier les conclusions de fait, y compris les inférences de fait, que dans les cas d'une erreur manifeste et dominante. Voici les propos qu'ont formulés les juges Iacobucci et Major à ce sujet au paragraphe 25:

Nous sommes d'avis que le juge de première instance jouit, par rapport aux juges d'appel, de nombreux avantages qui influent sur toutes les conclusions de fait et que, même si ces avantages n'existaient pas, d'autres considérations impérieuses justifient de faire montre de retenue à l'égard des inférences de fait. Par conséquent, nous concluons en soulignant qu'il n'y a qu'une seule et unique norme de contrôle applicable à toutes les conclusions factuelles tirées par le juge de première instance, soit celle de l'erreur manifeste et dominante.

[50] Enfin, il existe aussi les questions mixtes de fait et de droit, qui nécessitent l'application de critères juridiques à un ensemble de faits. Lorsqu'aucune erreur de droit ne peut être dégagée ou que les faits sont si particuliers que les décisions concernant la question de savoir s'ils satisfont aux critères juridiques n'ont pas une grande valeur comme précédents, une plus grande réserve s'impose. Au paragraphe 28, les juges Iacobucci et Major formulent les remarques suivantes:

Cependant, lorsque l'erreur ne constitue pas une erreur de droit, une norme de contrôle plus exigeante s'impose. Dans les cas où le juge des faits examine tous les éléments de preuve que le droit lui commande de prendre en considération mais en tire néanmoins une conclusion erronée, il commet alors une erreur mixte de fait et de droit, qui est assujettie à une norme de contrôle plus rigoureuse: *Southam, précité*, par. 41 et 45.

[51] Cependant, lorsqu'il est possible de dégager la question de droit de la question de fait dans le cas d'une question mixte de droit et de fait et de conclure qu'une erreur de droit a été commise, la norme de contrôle sera celle de la décision correcte. Voici comment s'expriment les juges Iacobucci et Major au paragraphe 27 de l'arrêt *Housen*:

Dans l'arrêt *Southam, précité*, par. 39, notre Cour a expliqué comment une erreur touchant une question mixte de fait et de droit peut constituer une pure erreur de droit, assujettie à la norme de la décision correcte:

[. . .] si un décideur dit que, en vertu du critère applicable, il lui faut tenir compte de A, B, C et D, mais que, dans les faits, il ne prend en considération que A, B, et C, alors le résultat est le même que s'il avait appliqué une règle de droit lui dictant de ne tenir compte que de A, B et C. Si le

requires him or her to consider D as well, then the decision-maker has in effect applied the wrong law, and so has made an error of law.

[52] Mischaracterizing the proper legal test results in the application of the correctness standard to the factual conclusions reached by the trial judge. At paragraph 35, Iacobucci and Major JJ. state:

This mischaracterization of the proper legal test (the legal requirements to be a “directing mind”) infected or tainted the lower courts’ factual conclusion that Captain Kelch was part of the directing mind. As this erroneous finding can be traced to an error in law, less deference was required and the applicable standard was one of correctness.

As I understand the Supreme Court’s reasons, it is the tainted factual conclusion to which less deference is owed, not specific facts found by the trial judge leading to that conclusion, unless, of course, they were also tainted by the legal error.

[53] *Housen, supra*, does not deal with the circumstance in which the Trial Judge, applying an incorrect legal standard, makes only conclusions but no findings of fact relevant to that conclusion—for example, where a trial judge makes no specific findings of fact, but simply says that he considered all the evidence and applied what is later determined to be the wrong legal test. The question remains as to how the appellate court is to review the application of the correct legal test in the absence of specific findings of fact by the trial judge. I deal with this circumstance later in these reasons.

REVIEW OF THE FINDINGS OF THE TRIAL JUDGE

Findings of Fact

[54] Since the first and second questions decided by the Trial Judge are purely factual, they are to be reviewed on a standard of palpable and overriding error.

bon critère lui commandait de tenir compte aussi de D, il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit.

[52] La formulation erronée du critère juridique approprié donne lieu à l’application de la norme de la décision correcte aux conclusions de fait qu’a tirées le juge de première instance. C’est ce qu’affirment les juges Iacobucci et Major au paragraphe 35 de leur jugement:

Cette formulation erronée du critère juridique approprié (les conditions juridiques requises pour être une «âme dirigeante») a entaché ou vicié la conclusion factuelle des juridictions inférieures selon laquelle le capitaine Kelch était une âme dirigeante de la société. Comme cette conclusion erronée était imputable à une erreur de droit, un degré moindre de retenue s’imposait et la norme applicable était celle de la décision correcte.

Si j’ai bien compris les motifs du jugement de la Cour suprême, c’est à l’endroit de la conclusion factuelle viciée qu’une réserve moindre s’impose et non à l’endroit des faits précis sur lesquels le juge de première instance s’est fondé pour en arriver à cette conclusion, à moins, bien entendu, que ces constatations ne soient également entachées par l’erreur de droit.

[53] Dans l’arrêt *Housen*, précité, la Cour suprême ne traite pas du cas où le juge de première instance, appliquant un critère juridique incorrect, formule uniquement des conclusions sans dégager les faits pertinents quant à celles-ci, par exemple, lorsqu’il ne tire aucune conclusion de fait précise, mais affirme simplement qu’il a examiné l’ensemble de la preuve et appliqué ce qui est plus tard considéré comme le critère juridique inapproprié. Il faut encore savoir comment la cour d’appel doit examiner l’application du critère juridique approprié en l’absence de conclusions de fait précises de la part du juge de première instance. Je commenterai cette situation plus loin dans les présents motifs.

EXAMEN DES CONCLUSIONS DU JUGE DE PREMIÈRE INSTANCE

Conclusions de fait

[54] Étant donné que les première et deuxième conclusions du juge de première instance sont purement de nature factuelle, elles doivent être révisées à la

There is evidence to support these findings and no palpable or overriding error has been demonstrated with respect to them. This Court will not interfere with them.

Findings of Law

[55] The third finding, what constitutes the invention, is a legal question. The appropriate standard of review here is correctness. The Trial Judge found “there can be no doubt that W-3053 . . . was for all intents and purposes the invention described in the Patent in suit”. In coming to this conclusion, the Trial Judge was making a number of implicit assumptions. As there is no product claim in the ‘946 patent, the Trial Judge must have been saying that the invention was contacting W-3053 with natural gas streams. In addition, it appears that his use of the words “for all intents and purposes” was meant to convey that he considered the use of W-3053 in contact with natural gas streams to capture the essence of the invention disclosed in the ‘946 patent, but was not precisely the invention in the patent claims. The Trial Judge’s reasons do not reveal that he construed the patent claims in detail for the purpose of identifying the invention. I proceed to do so now.

[56] The ‘946 patent consists of 77 patent claims. Claim 1 is the most general and comprehensive claim. It discloses a method for selectively reducing hydrogen sulphide present in gaseous or liquid hydrocarbon streams or mixtures thereof (for purposes of this case, natural gas streams) by contacting the streams with a composition comprising the reaction product of a lower alkanolamine with a lower aldehyde in an amount and for a time sufficient to reduce the hydrogen sulphide in the gas stream:

A method for selectively reducing the levels of hydrogen sulphide in organic sulphides present in gaseous or liquid hydrocarbon streams or mixtures thereof comprising compacting said streams with a composition comprising the reaction product of (i) an alkanolamine comprising 1 to about

lumière de la norme de l’erreur manifeste et dominante. Il existe des éléments de preuve appuyant ces conclusions et aucune erreur manifeste ou dominante n’a été démontrée à leur égard. La Cour ne les modifiera donc pas.

Conclusions de droit

[55] La troisième conclusion, qui concerne l’objet de l’invention, est une question de droit et la norme de contrôle applicable à cette conclusion est celle de la décision correcte. Le juge de première instance en est arrivé à la conclusion suivante: «il n’y a aucun doute que le W-3053 [. . .] était à toutes fins utiles l’invention décrite dans le brevet en litige». Pour en arriver à cette conclusion, il s’est fondé sur un certain nombre d’hypothèses implicites. Étant donné que le brevet ‘946 ne comporte aucune revendication relative à un produit, le juge de première instance a dû vouloir dire que l’invention consistait à mettre en contact le W-3053 avec les flux de gaz naturel. De plus, l’utilisation de sa part des mots «à toutes fins utiles» semble vouloir dire qu’à son avis, la mise en contact du W-3053 avec les flux de gaz naturel constituait l’essence de l’invention divulguée dans le brevet ‘946, mais n’était pas tout à fait l’invention décrite dans les revendications du brevet. Les motifs du juge de première instance n’indiquent pas qu’il a interprété les revendications de façon détaillée pour déterminer l’objet de l’invention. C’est ce que je fais dans les paragraphes suivants.

[56] Le brevet ‘946 comporte 77 revendications. La revendication 1 est la plus générale et la plus exhaustive. Elle décrit une méthode permettant de réduire sélectivement les concentrations du sulfure d’hydrogène qui se trouve dans un flux d’hydrocarbures gazeux ou liquides ou leurs mélanges (aux fins de la présente affaire, les flux de gaz naturel) en mettant en contact le flux en question avec une composition renfermant le produit de réaction d’une alkanolamine inférieure avec un aldéhyde inférieur en quantités et pendant une période suffisantes pour réduire les concentrations de sulfure d’hydrogène dans le flux gazeux:

[TRADUCTION] Méthode pour réduire sélectivement les concentrations du sulfure d’hydrogène et des sulfures organiques présents dans un flux d’hydrocarbures gazeux ou liquides ou leurs mélanges, consistant à mettre en contact ledit flux avec une composition renfermant le produit de réaction

6 carbon atoms with (ii) an aldehyde comprising 1 to about 4 carbon atoms, in an amount and for a period of time sufficient to substantially reduce the levels of hydrogen sulphide in organic sulphides in said streams.

[57] Claim 1 is not a product claim. Indeed no claim is a product claim. In other words, there is nothing novel about a composition that comprises a reaction product of a lower alkanolamine and a lower aldehyde. Nor is it a novel process to reduce hydrogen sulphide in natural gas by contacting gas streams with a chemical product. The invention that is the subject of claim 1 is the contacting of the known, but not previously used for the purpose, reaction product disclosed in the claim with sour natural gas streams to reduce the level of hydrogen sulphide in the streams.

[58] Claim 2 provides that the molar ratio of the alkanolamine and aldehyde is from about 1:0.25 to 1:10. This is a broad range of molar ratios. Presumably, within that range of molar ratios, the reaction product will be produced.

[59] Petrolite is not relying on all 77 claims in the '946 patent. According to the Trial Judge, Petrolite's counsel identified the other claims in issue as falling into four series:

I — Claims 44 to 50

II — Claims 19 to 21, 28, 29 and 34

III — Claims 3 to 6, 10, 13 to 16, 24, 25, 32 and 36

IV — Claims 57, 58, 66 and 67.

[60] Series I: Claim 44 is a particularization of claims 1 and 2. It covers a method for sweetening gas by contacting gas streams with a composition comprising the reaction product of monoethanolamine (MEA) (a lower alkanolamine) and formaldehyde (a lower aldehyde) when the molar ratio is from 1:0.25 to 1:1.15.

i) d'une alcanolamine de 1 à environ 6 atomes de carbone avec ii) un aldéhyde de 1 à environ 4 atomes de carbone, en quantités et pendant une période suffisantes pour que les concentrations de sulfure d'hydrogène et de sulfures organiques soient sensiblement réduites dans ledit flux.

[57] La revendication 1 n'est pas une revendication relative à un produit. D'ailleurs, le brevet n'en compte aucune. En d'autres termes, il n'y a rien de nouveau dans une composition qui renferme un produit de réaction d'une alcanolamine inférieure avec un aldéhyde inférieur. De plus, la réduction des concentrations de sulfure d'hydrogène dans le gaz naturel par mise en contact des flux de gaz avec un produit chimique ne constitue pas un procédé nouveau. L'invention qui est visée par la revendication 1 réside dans la mise en contact du produit de réaction divulgué dans la revendication, qui était connu mais n'avait pas encore été utilisé à cette fin, avec les flux de gaz naturel acide pour réduire les concentrations de sulfure d'hydrogène dans les flux.

[58] La revendication 2 énonce que le rapport molaire de l'alcanolamine à l'aldéhyde se situe dans une plage d'environ 1/0,25 à 1/10. C'est là un large éventail de rapports molaires. Selon toute vraisemblance, le produit de réaction sera produit à l'intérieur de cette plage.

[59] Petrolite ne se fonde pas sur la totalité des 77 revendications du brevet '946. Selon le juge de première instance, l'avocat de Petrolite a classé les autres revendications en litige en quatre séries comme suit:

I — Les revendications 44 à 50

II — Les revendications 19 à 21, 28, 29 et 34

III — Les revendications 3 à 6, 10, 13 à 16, 24, 25, 32 et 36

IV — Les revendications 57, 58, 66 et 67.

[60] Série I: la revendication 44 est une particularisation des revendications 1 et 2. Elle couvre une méthode d'adoucissement du gaz qui consiste à mettre en contact les flux de gaz naturel avec une composition renfermant le produit de réaction de la monoéthanolamine (MEA) (alcanolamine inférieure) et du formaldé-

Claim 45 limits the molar ratio from 1:1 to 1:1.5. Claim 46 provides that the reaction product is triazine. Claim 47 identifies the gas streams as comprising sour natural gas. Claim 48 specifies that the method of contacting the reaction product with the gas stream is in an H₂S scrubber tower.

[61] Series II: Claim 19 is also a particularization of claims 1 and 2. It covers a method for reducing hydrogen sulphide in gas streams using triazine. The other claims in this series also refer to triazine and otherwise do not affect the reaction product or the process of contacting it with sour gas streams.

[62] Series III: Claim 3 is also a particularization of claim 1. It limits the molar ratio of the alkanolamine and aldehyde to 1:0.25 to 1:1.5. Claim 4 limits the molar ratio to 1:1 to 1:1.5. Claim 5 refers specifically to MEA and formaldehyde. Claim 6 refers to the reaction product as being triazine or bisoxazolidine. Claim 10 says that the reaction takes place at a temperature of not greater than about 200 degrees Fahrenheit. Claims 13-15 disclose different methods of contacting the reaction product with the sour gas. Claim 16 adds methanol to the composition that is brought into contact with natural gas. Claims 24, 25, 32 and 36 do not change the reaction product or the process for contacting it with sour gas streams.

[63] Series IV: Claims 57 and 58, again, are further particularizations of claim 1. They provide for contacting gas streams with a composition consisting of at least 70% triazine. Claims 66 and 67 do not change the reaction product or the process for contacting it with sour gas streams.

[64] As with many patents, there are numerous claims here. Many appear redundant. Be that as it may, it seems

hyde (aldéhyde inférieur) alors que le rapport molaire se situe dans une plage d'environ 1/0,25 à 1/1,15. La revendication 45 limite le rapport molaire à une plage de 1/1 à 1/1,5. La revendication 46 énonce que le produit de réaction est la triazine. Selon la revendication 47, les flux gazeux comprennent les flux de gaz naturel acide. La revendication 48 précise que la méthode utilisée pour mettre en contact le produit de réaction avec le flux gazeux est une tour d'épuration servant à réduire la concentration de H₂S.

[61] Série II: la revendication 19 est également une particularisation des revendications 1 et 2. Elle couvre une méthode pour réduire sélectivement le sulfure d'hydrogène présent dans les flux gazeux en utilisant de la triazine. Les autres revendications de cette catégorie renvoient également à la triazine et ne touchent pas par ailleurs le produit de réaction ou le procédé permettant de mettre en contact celui-ci avec les flux de gaz acide.

[62] Série III: La revendication 3 est elle aussi une particularisation de la revendication 1. Elle limite le rapport molaire de l'alcalonamine à l'aldéhyde à une plage de 1/0,25 à 1/1,15. La revendication 4 limite le rapport molaire à une plage de 1/1 à 1/1,5. La revendication 5 renvoie explicitement à la MEA et au formaldéhyde. Selon la revendication 6, le produit de réaction est la triazine ou la bisoxazolidine. La revendication 10 énonce que la réaction se produit à une température ne dépassant pas 200° F. Les revendications 13 à 15 dévoilent différentes méthodes servant à mettre en contact le produit de réaction avec le gaz acide. La revendication 16 ajoute le méthanol à la composition qui est mise en contact avec le gaz naturel. Les revendications 24, 25, 32 et 36 ne modifient pas le produit de réaction ou le procédé permettant de mettre celui-ci en contact avec les flux de gaz acide.

[63] Série IV: Les revendications 57 et 58 constituent d'autres particularisations de la revendication 1. Elles prévoient la mise en contact de flux gazeux avec une composition renfermant au moins 70 % de triazine. Les revendications 66 et 67 ne modifient pas le produit de réaction ni le procédé servant à mettre celui-ci en contact avec les flux de gaz acide.

[64] Comme c'est le cas pour une bonne majorité des brevets, le brevet en litige comporte de nombreuses

clear that the invention in the claims is contacting natural gas streams with a reaction product of a combination of a lower alkanolamine and a lower aldehyde. The Trial Judge found that the expert evidence was unanimous that bisoxazolidine had never been conclusively identified as a reaction product of MEA and formaldehyde, and that the testimony was equally unanimous that the predominant reaction product was triazine. The evidence was that when the molar ratio is about 1:1, the result is a higher concentration of triazine compounds. If the molar ratio is greater than 1:1, the result is triazine plus excess formaldehyde.

[65] In construing the patent claims, I am satisfied that the invention in the claims at issue in the '946 patent is the use of a composition comprising the reaction product of a lower alkanolamine with a lower aldehyde or triazine in contact with natural gas streams to reduce hydrogen sulphide levels in the said streams. The claims describe the reaction product either as triazine or as its components, combined according to molar ratios that will produce triazine or triazine with excess formaldehyde. There is nothing inventive about the methods shown to bring the reaction product into contact with the sour gas streams. Bisoxazolidine, referred to in claim 6, according to the Trial Judge, had never been conclusively identified as a reaction product of MEA and formaldehyde. The temperature limitation in claim 10 cannot be inventive because a triazine solution is aqueous, i.e. dissolved in water, and the temperature obviously could not go over the boiling point of water. Methanol, referred to only in claim 16, is an anti-freeze. I am not certain that the use of methanol is novel. However, I will assume for purposes of claim 16, that the invention was the use of triazine with the addition of methanol for reducing hydrogen sulphide in natural gas streams.

revendications dont une grande partie semblent redondantes. Quoi qu'il en soit, il semble clair que l'invention décrite dans les revendications consiste à mettre en contact les flux de gaz naturel avec un produit de réaction renfermant une combinaison d'une alcanolamine inférieure et d'un aldéhyde inférieur. Le juge de première instance a conclu que, d'après le témoignage unanime des experts, la bisoxazolidine n'a jamais été identifiée de façon irréfutable comme étant un produit de réaction de la MEA et du formaldéhyde et que ces mêmes experts ont dit unanimement que le principal produit de réaction était la triazine. D'après la preuve, lorsque le rapport molaire se situe à environ 1/1, la concentration des composés de triazine est plus élevée. Lorsque le rapport molaire dépasse 1/1, le produit obtenu est de la triazine avec présence d'un excès de formaldéhyde.

[65] En ce qui concerne l'interprétation des revendications du brevet, je suis convaincu que l'invention visée par les revendications en litige du brevet '946 réside dans l'utilisation d'une composition renfermant le produit de réaction d'une alcanolamine inférieure avec un aldéhyde inférieur ou de la triazine, laquelle composition est mise en contact avec des flux de gaz naturel pour réduire les concentrations de sulfure d'hydrogène dans les flux en question. Selon les revendications, le produit de réaction est la triazine ou encore les composantes de celle-ci, qui sont combinées selon des rapports molaires permettant d'obtenir de la triazine ou de la triazine avec présence d'un excès de formaldéhyde. Les méthodes décrites pour mettre en contact le produit de réaction avec les flux de gaz acide ne comportent aucun élément inventif. Selon le juge de première instance, la bisoxazolidine dont il est fait mention à la revendication 6 n'a jamais été identifiée de façon irréfutable comme étant un produit de réaction de la MEA et du formaldéhyde. La limite de température mentionnée à la revendication 10 ne peut être inventive, parce qu'une solution de triazine est aqueuse, c'est-à-dire qu'elle se dissout dans l'eau, et qu'il est bien certain que la température ne peut dépasser le point d'ébullition de l'eau. Le méthanol, dont il est fait mention à la revendication 16 seulement, est un antigel. Je ne suis pas certain que l'emploi du méthanol soit nouveau. Toutefois, je présumerai que, dans le cas de la revendication 16, l'invention consistait dans l'emploi de

[66] Construing the patent claims as disclosing contacting sour gas streams with a composition comprising the reaction product of a lower alkanolamine with a lower aldehyde or triazine is consistent with the abstract of the disclosure in the '946 patent which states:

Methods are disclosed for selectively reducing the levels of hydrogen sulphide and organic sulphides from gaseous and/or liquid hydrocarbon streams, particular to natural gas streams, comprising contacting the streams with a composition comprising the reaction product of

- (i) a lower alkanolamine with
- (ii) a lower aldehyde.

[67] Having regard to all the patent claims in issue, I conclude that the invention described by the '946 patent is the use of a composition comprising the reaction product of a lower alkanolamine with a lower aldehyde, or triazine, in contact with sour gas streams to reduce the level of hydrogen sulphide in the streams. For purposes of claim 16, the invention includes methanol. Because the addition of methanol appears incidental at best, I will refer to the invention as the use of triazine or its starting components, for hydrogen sulphide removal except where it is necessary to deal with claim 16.

Findings of Mixed Fact and Law

[68] The main area of controversy in this Court was with respect to the conclusion of the Trial Judge that, based on all the evidence regarding attempts to successfully analyse and reconstruct W-3053, Canwell had not proven anticipation. This is a question of mixed fact and law. It involves whether the test for anticipation was met by the facts found by the Trial Judge from the expert evidence.

la triazine avec l'ajout de méthanol pour réduire les concentrations de sulfure d'hydrogène dans les flux de gaz naturel.

[66] Le fait de dire que les revendications du brevet décrivent un procédé qui consiste à mettre en contact des flux de gaz naturel avec une composition renfermant le produit de réaction d'une alkanolamine inférieure avec un aldéhyde inférieur ou avec de la triazine est compatible avec l'abrégé de l'exposé figurant dans le brevet '946, dont le texte est le suivant:

[TRADUCTION] Le brevet comporte une description de méthodes servant à réduire sélectivement les concentrations de sulfure d'hydrogène et de sulfures organiques présentes dans les flux d'hydrocarbures gazeux et liquides, notamment dans les flux de gaz naturel, laquelle méthode consiste à mettre en contact les flux avec une composition renfermant le produit de réaction

- (i) d'une alkanolamine inférieure avec
- (ii) un aldéhyde inférieur.

[67] Après avoir examiné l'ensemble des revendications en litige, je conclus que l'invention décrite dans le brevet '946 consiste à mettre en contact une composition renfermant le produit de réaction d'une alkanolamine inférieure avec un aldéhyde inférieur, ou de la triazine, avec des flux de gaz acide pour réduire les concentrations de sulfure d'hydrogène dans les flux en question. Dans le cas de la revendication 16, l'invention comprend l'utilisation de méthanol. Étant donné que l'ajout de méthanol semble, au mieux, accessoire, je décrirai l'invention comme l'emploi de la triazine ou de ses substances de départ pour éliminer le sulfure d'hydrogène, sauf dans les cas où il est nécessaire de commenter la revendication 16.

Conclusions mixtes de droit et de fait

[68] Le principal sujet de controverse qui a été débattu devant la Cour concernait la conclusion du juge de première instance selon laquelle, d'après l'ensemble de la preuve relative aux tentatives d'analyser et de reconstruire avec succès le produit W-3053, Canwell n'avait pas établi l'existence d'antériorités opposables au brevet. C'est là une question mixte de fait et de droit et, pour y répondre, il faut savoir si le critère relatif à l'antériorité a été établi par les faits que le juge de première instance a déduits des témoignages d'expert.

[69] Although his reasons consist of 197 paragraphs, the Trial Judge dealt with this issue in only five paragraphs. At paragraph 90, he stated:

I found the expert evidence as to efforts at analysis that have been made over the years, including efforts in the context of this litigation, to be ambivalent and, in totality, to be quite unsatisfactory.

[70] At paragraph 90, he quoted from the evidence of Professor Brian Hunter, one of Petrolite's experts, to the effect that a skilled chemist would not be able to determine the composition of W-3053 nor its starting materials. At paragraph 91, he quoted from the evidence of Professor John MacRae Mellor, an expert for Canwell, that a skilled chemist would have been able to identify triazine as the major component of W-3053 and that triazine could be produced as a reaction product of MEA and formaldehyde.

[71] At paragraph 92, the Trial Judge quoted from Décary J.A.'s reasons in *Tye-Sil*, *supra*, that evidence of anticipation should be subjected to the closest scrutiny and that the person alleging anticipation assumes a weighty burden. Then, at paragraph 93, the Trial Judge concluded that Canwell had not successfully discharged the burden on it of proving anticipation.

Against the foregoing, and considering all of the evidence before the Court regarding attempts to successfully analyse and reconstruct W-3053, I simply cannot conclude that the defendant Canwell has successfully discharged the burden on it to establish that the commercial sales of W-3053 that took place in western Oklahoma prior to the grace period preceding filing of the patent in suit, anticipated the invention disclosed by the patent in that they amounted to a making available to the public in Canada or elsewhere, the subject-matter of the patent.

[72] I readily recognize that there was much evidence in this case and many issues, and that this placed a heavy burden on the Trial Judge. Nonetheless, the

[69] Bien que ses motifs soient exposés dans 197 paragraphes, le juge de première instance a examiné cette question dans cinq paragraphes seulement. Voici comment il s'est exprimé au paragraphe 90:

J'estime que les témoignages d'experts sur les démarches d'analyse effectuées au cours des années, notamment celles qui ont été tentées dans le cadre du présent procès, sont ambivalents et tous très insatisfaisants.

[70] Au paragraphe 90, le juge a cité un extrait du témoignage du professeur Brian Hunter, un des experts de Petrolite, selon lequel un chimiste compétent ne serait pas en mesure de déterminer la composition du W-3053 ou ses substances de départ. Au paragraphe 91, il a cité le témoignage du professeur John MacRae Mellor, expert de Canwell, qui a déclaré qu'un chimiste compétent serait en mesure d'identifier la triazine comme principal constituant du produit W-3053 et aurait reconnu que la triazine pouvait être obtenue comme produit de réaction de la MEA et du formaldéhyde.

[71] Au paragraphe 92, le juge de première instance a cité un extrait des motifs que le juge Décary a formulés dans l'arrêt *Tye-Sil*, selon lequel la preuve relative à l'utilisation antérieure doit être soumise à un examen très attentif et que quiconque allègue l'antériorité assume une lourde charge. Subséquemment, au paragraphe 93, le juge de première instance a conclu que Canwell n'avait pas réussi à s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombait en ce qui a trait à l'antériorité:

À la lumière des observations précédentes et considérant l'ensemble de la preuve produite devant la Cour sur les démarches en vue d'analyser et de recomposer avec succès le W-3053, je ne puis absolument pas conclure que la défenderesse Canwell a réussi à s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombait, d'établir que les ventes commerciales du W-3053 intervenues dans l'Ouest de l'Oklahoma au cours du délai de grâce précédant le dépôt du brevet en litige constituaient une antériorité opposable à l'invention divulguée par le brevet, dans la mesure où elles équivalaient à rendre l'objet du brevet accessible au public au Canada ou ailleurs.

[72] Je reconnais aisément que le juge de première instance avait une lourde tâche en l'espèce, compte tenu de l'ampleur de la preuve présentée et des nombreuses

summary way in which the Trial Judge reached his conclusion respecting anticipation precludes this Court from understanding his reasoning process. The Trial Judge made no findings of fact with respect to the expert evidence. He simply quoted two opposing expert opinions without commenting on them. While he concluded that the expert evidence was “ambivalent and, in totality . . . quite unsatisfactory”, he provided no explanation for this conclusion. Nor does his final conclusion, at paragraph 93, provide any factual underpinning to give content to his reasoning.

[73] Be that as it may, the threshold question for this Court is whether, in determining a question of mixed fact and law, the Trial Judge made an error of law that is extricable from the mixed question. In my respectful opinion, he did.

[74] The Trial Judge’s reasons indicate that the standard he was applying for proof of anticipation was the ability through reverse engineering to “successfully analyse and reconstruct W-3053”. It is clear that the Trial Judge thought it necessary to reconstruct W-3053 and found the expert evidence wanting for this purpose. The Trial Judge also referred to analysing W-3053, but if the purpose of analysis in his mind was different from reconstructing W-3053, there is nothing in his reasons to indicate what that different purpose was. On the contrary, other portions of his reasons suggest that his reference to analysis was to enable W-3053 to be reconstructed, or, what is the same thing, to determine its composition. A test for reconstruction is consistent with the Trial Judge’s previous determination that the invention was, to all intents and purposes, W-3053. I conclude that the test for anticipation used by the Trial Judge was successfully analysing W-3053 to determine its composition or, what is the same thing, to reconstruct W-3053. I am of the respectful opinion that the Trial Judge erred in law in using this test for anticipation.

questions à trancher. Néanmoins, en raison de la façon sommaire dont il a tiré sa conclusion au sujet de l’antériorité, la Cour ne peut comprendre le raisonnement qu’il a suivi. Le juge de première instance n’a tiré aucune conclusion de fait au sujet des témoignages d’expert. Il a simplement cité deux opinions d’expert opposées sans les commenter. Tout en concluant que les témoignages d’expert étaient «ambivalents et tous très insatisfaisants», il n’a donné aucune explication au sujet de cette conclusion. Il en va de même pour la conclusion finale qu’il a tirée au paragraphe 93, qui ne comporte aucun fondement factuel permettant de comprendre le raisonnement qu’il a suivi.

[73] Quoi qu’il en soit, la question préliminaire que la Cour doit trancher est de savoir si, lorsqu’il a statué sur une question mixte de droit et de fait, le juge de première instance a commis une erreur de droit qui peut être dégagee de la question mixte. À mon humble avis, je dois répondre oui à cette question.

[74] Il appert des motifs du juge de première instance que la norme qu’il a appliquée à l’égard de l’antériorité était la possibilité, au moyen d’un procédé de rétroingénierie, «d’analyser et de recomposer avec succès le W-3053». Il est évident que le juge de première instance a estimé nécessaire de recomposer le produit W-3053 et qu’il a jugé les témoignages d’expert incomplets à cet égard. Il a également fait allusion à l’analyse du W-3053; cependant, si l’objet visé par l’analyse était différent à son avis de celui de la recomposition, aucun élément de ses motifs n’indique en quoi consistait cet objet différent. Bien au contraire, d’autres parties de ses motifs donnent à penser que l’analyse devait permettre de recomposer le produit W-3053, ou d’en déterminer la composition, ce qui revient au même. L’application d’un critère relatif à la composition est compatible avec la conclusion antérieure du juge de première instance selon laquelle l’invention était, à toutes fins utiles, le W-3053. J’en conclus que le critère que le juge de première instance a appliqué pour trancher la question de l’antériorité était la question de savoir si l’analyse du produit W-3053 permettait d’en déterminer la composition ou de le recomposer, ce qui revient au même. À mon humble avis, le juge de première instance a commis une erreur

[75] A defendant relying on the defence of anticipation by prior use or sale of a product does not have to prove that the product can be reproduced (see *FISONS*, *supra*, at page 23). The product will contain the invention but may also contain other ingredients. A defendant relying on paragraph 28.2(1)(a) need only prove that the subject-matter of the patent, i.e. the invention, has been disclosed. The invention in this case was contacting natural gas streams with triazine (or its starting components) to reduce levels of hydrogen sulphide in the streams. Because the contacting of W-3053 with sour natural gas streams was known to customers who purchased the product, it is only necessary to consider whether triazine or its starting components were capable of being detected in the W-3053. If so, then the invention was disclosed by the sale to the public of W-3053 and the '946 patent is anticipated. Thus, in the circumstances of this case, the question is whether a person skilled in the art could have discovered triazine (or its starting components) through analysis. It is not whether that skilled person could have reproduced W-3053.

[76] The legal question—whether proof of anticipation required reproduction of the prior used or sold product or discovery of its composition on the one hand, or only discovery of the invention on the other, is extricable from the mixed fact and law conclusion of the Trial Judge, that, based on all the evidence, Canwell did not prove anticipation.

[77] Further, the legal question here is general in nature and not particular to the circumstances of this case. It is important for precedential purposes that, in cases where anticipation by prior use or sale of a product is in issue, the evidence demonstrates that the analysis of the product discloses the invention and not necessarily an ability to reproduce the product. Of course, where the product is the invention, analysis might well have to show an ability to reproduce the product. But that is not the case here. Contacting sour

de droit en appliquant ce critère pour trancher la question de l'antériorité.

[75] Le défendeur qui invoque le moyen de défense de l'antériorité découlant de l'utilisation antérieure ou de la vente antérieure d'un produit n'est pas tenu de prouver que le produit peut être reproduit (voir *FISONS*, précité, à la page 23). Le produit renfermera l'invention, mais peut également comporter d'autres éléments. Le défendeur qui se fonde sur l'alinéa 28.2(1)a) est tenu de prouver uniquement que l'objet du brevet, soit l'invention, a été divulgué. L'invention en l'espèce était la mise en contact de flux de gaz naturel avec de la triazine (ou ses substances de départ) pour réduire les concentrations de sulfure d'hydrogène dans les flux. Étant donné que la mise en contact du W-3053 avec les flux de gaz naturel acide était connue des clients qui ont acheté le produit, il suffit de déterminer si la triazine ou ses substances de départ pouvaient être décelées dans le produit W-3053. Dans l'affirmative, l'invention aura été divulguée par suite de la vente au public du produit W-3053, laquelle vente constituera une antériorité opposable au brevet '946. Ainsi, dans les circonstances de la présente affaire, la question est de savoir si une personne versée dans l'art aurait pu découvrir la triazine (ou ses substances de départ) par l'analyse et non de savoir si elle aurait pu reproduire le W-3053.

[76] La question de droit, soit la question de savoir s'il était nécessaire, pour établir l'antériorité, de reproduire le produit déjà utilisé ou vendu ou d'en découvrir la composition, d'une part, ou s'il suffisait de découvrir l'invention, d'autre part, peut être dégagée de la conclusion mixte de fait et de droit du juge de première instance selon laquelle, d'après l'ensemble de la preuve, Canwell n'a pas établi l'antériorité.

[77] De plus, la question de droit qui se pose en l'espèce est générale et non particulière aux circonstances de la présente affaire. Il est important, aux fins jurisprudentielles, que dans les cas où l'antériorité découlant de l'utilisation antérieure ou de la vente antérieure d'un produit est en litige, la preuve établisse que l'analyse du produit révèle l'invention et pas nécessairement la possibilité de reproduire le produit. Bien entendu, lorsque le produit constitue l'invention, il sera peut-être nécessaire que l'analyse démontre cette

natural gas with triazine (or its starting components) and perhaps methanol, was the only inventive elements of W-3053. Whether or not a skilled person could discover other non-inventive elements of W-3053 is irrelevant to the question of anticipation in this case.

[78] Because the error of law is extricable from the Trial Judge's conclusion of mixed law and fact, his conclusion is reviewable on a standard of correctness.

ANALYSIS OF THE EVIDENCE APPLYING THE CORRECT LEGAL TEST

[79] I turn then to the application of facts to the correct standard under paragraph 28.2(1)(a). As I have indicated, the Trial Judge made no findings of fact with respect to the expert evidence. His conclusion that the evidence was ambivalent and totally unsatisfactory, and that Canwell had not met its burden, was premised on the wrong legal standard.

[80] Had the Trial Judge made findings of fact with respect to the expert evidence untainted by his error of law, such findings would have been reviewable only on a palpable and overriding error standard. However, here, there are no express findings of fact at all. Even if it could be inferred from the Trial Judge's reference to basing his decision on "all the evidence" that he had made a type of overall finding of fact, any inference one might assume he made relative to any specific evidence was tainted by the application of the wrong legal test.

[81] In these circumstances, the only options are to return the matter to the Trial Division for a redetermination based on applying the correct legal test to findings of fact, or for this Court to substitute its decision for that of the Trial Judge. I have some initial reservations about this Court making findings of fact without seeing and hearing the witnesses first hand.

possibilité, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. La mise en contact du gaz naturel acide avec de la triazine (ou ses substances de départ) et peut-être du méthanol était le seul élément inventif du produit W-3053. La question de savoir si une personne compétente aurait pu découvrir d'autres éléments non inventifs de ce produit n'est pas pertinente quant à l'antériorité en l'espèce.

[78] Étant donné que l'erreur de droit peut être dégagée de la conclusion mixte de fait et de droit du juge de première instance, cette conclusion est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte.

ANALYSE DE LA PREUVE À L'AIDE DU CRITÈRE JURIDIQUE APPROPRIÉ

[79] J'en arrive maintenant à l'application des faits à la norme appropriée en vertu de l'alinéa 28.2(1)a). Comme je l'ai mentionné, le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion de fait au sujet des témoignages d'expert. Sa conclusion selon laquelle les témoignages étaient ambivalents et totalement insatisfaisants et selon laquelle Canwell ne s'était pas déchargée de son fardeau était fondée sur l'application d'un critère juridique qui ne convenait pas.

[80] Si les conclusions de fait que le juge de première instance a tirées au sujet des témoignages d'expert n'avaient pas été entachées par cette erreur de droit, elles n'auraient été susceptibles de contrôle que selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Toutefois, dans le cas qui nous occupe, il n'y a aucune conclusion de fait explicite. Même s'il était possible de déduire que le juge de première instance a formulé une conclusion générale de nature factuelle du fait qu'il s'est fondé sur «l'ensemble de la preuve», comme il l'a dit, toute inférence possible à l'égard d'un élément de preuve précis était viciée par l'application du critère juridique erroné.

[81] Dans ces circonstances, les seules options qui s'offrent à la Cour en l'espèce se limitent à renvoyer l'affaire à la Section de première instance pour nouvelle décision en fonction de l'application du critère juridique approprié ou à substituer sa décision à celle du juge de première instance. J'hésite au départ à choisir la seconde option, puisque la Cour d'appel n'a pas vu et entendu

However, the critical expert evidence was documentary.

[82] I am mindful that in *Housen, supra*, the Supreme Court has said that the absence of credibility issues is not justification for an appellate court to interfere with findings of fact by a trial judge (at paragraph 24). However, the issue now is not the standard of review. At this stage, it is necessary that the evidence be re-examined in light of the application of the correct test for anticipation. I think a relevant consideration in determining whether the appellate court should reassess the evidence or whether the case should be remitted to the Trial Division, is whether the credibility of witnesses is an issue and, if it is not, this Court may be less hesitant about conducting the review itself. Further, this matter has been outstanding for some seven years. The alleged infringement goes back some 11 years and the alleged anticipation some 14 years. It is also relevant that the evidence appears to be strong in one direction, that is, this is not a close case in which it might be preferable to have the evidence reassessed by the Trial Judge. Finally, an order was granted expediting the hearing of the appeal.

[83] The observations of La Forest J. in *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634, for the majority, are instructive for the circumstances here. At paragraph 33, he stated:

It is well established that appellate courts have the jurisdiction to make a fresh assessment of the evidence on the record where they deem such an assessment to be in the interests of justice and feasible on a practical level; see *Prudential Trust Co. v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210, at pp. 216-17. In this case, there was sufficient evidence on the record to allow the Court of Appeal to make a full and proper re-assessment of the duty to warn issue without sending the case back to trial. While appellate courts are generally, and justifiably, wary of making findings of fact without having the advantage of seeing and hearing testimony first-hand, I do not believe that such concerns arise in this case because the bulk of the critical evidence adduced at trial was documentary, not testimonial. In light of the fact that Ms. Hollis has now waited close to seven years for the final resolution of her claim, and the high costs already created by the unusual length of this appeal

elle-même les témoins. Cependant, la partie la plus importante de la preuve d'expert était documentaire.

[82] Je sais pertinemment que, dans l'arrêt *Housen*, précité, la Cour suprême a souligné que l'absence de questions portant sur la crédibilité ne justifie pas une cour d'appel de modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance (paragraphe 24). Cependant, la question qui se pose maintenant ne concerne pas la norme de contrôle judiciaire. À ce stade-ci, il est nécessaire d'apprécier à nouveau la preuve en appliquant le critère qui convient à l'égard de l'antériorité. À mon avis, un des facteurs pertinents à prendre en compte pour décider si la Cour d'appel devrait apprécier à nouveau la preuve ou renvoyer l'affaire à la Section de première instance est la question de savoir si la crédibilité des témoins est en litige; dans la négative, la cour d'appel sera peut-être moins réticente en l'espèce à procéder elle-même à la révision. De plus, la présente affaire est en cours depuis environ sept ans. La contrefaçon reprochée remonte à environ 11 ans et l'antériorité invoquée, à quelque 14 ans. Par ailleurs, la preuve semble très marquée dans un sens, de sorte qu'il ne s'agit pas d'une situation serrée pour laquelle il serait préférable de faire réexaminer la preuve par le juge de première instance. Enfin, une ordonnance portant audition accélérée de l'appel a été rendue.

[83] Les observations du juge La Forest, qui a rédigé le jugement majoritaire dans *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, sont édifiantes en l'espèce. Voici comment il s'exprime au paragraphe 33:

Il est bien établi que les juridictions d'appel ont compétence pour apprécier à nouveau la preuve au dossier lorsqu'elles estiment qu'une telle appréciation est dans l'intérêt de la justice et qu'elle ne soulève pas d'obstacle en pratique; voir *Prudential Trust Co. c. Forseth*, [1960] R.C.S. 210, aux pp. 216 et 217. Dans la présente affaire, il y avait une preuve suffisante au dossier pour permettre à la Cour d'appel de procéder légitimement et pleinement à une nouvelle appréciation de la question de l'obligation de mise en garde, sans qu'il soit nécessaire de renvoyer le tout en première instance. Même si les juridictions d'appel sont en général, et de façon compréhensible, réticentes à tirer des conclusions de fait sans avoir l'avantage de voir et d'entendre elles-mêmes les témoins, je ne crois pas que la présente espèce soulève des considérations de ce genre puisque l'essentiel de la preuve cruciale présentée au procès était de nature documentaire et

process, I believe the Court of Appeal followed the proper course in weighing and assessing this evidence in order to achieve a measure of finality in this case; see, e.g., *Davie Shipbuilding Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461, at p. 464 (C.A.); *Nova, An Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co.* (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 97 (Alta. C.A.), at pp. 110-12.

Having regard to the circumstances of this case and the comments of La Forest J. in *Hollis*, *supra*, I think the appropriate disposition is for this Court to consider the evidence and apply the correct legal standard and I proceed to do that now.

[84] The most important evidence was the analysis performed by Professor Keay. The Trial Judge did not comment on the Keay analysis in his reasons.

[85] Professor Keay was provided with a blind sample of W-3053 prepared by Dr. Bachelor, one of Petrolite's expert witnesses. Professor Keay analysed the sample and identified the major component of W-3053 as triazine. He also found methanol. He further proposed a method of synthesizing the triazine by reacting MEA and formaldehyde in a 1:1 molar ratio, which is the preferred method described in the '946 patent.

[86] In cross-examination, Petrolite's expert Dr. Hunter, agreed that, based upon a blind test, the Keay analysis produced the correct answer, that is, that the major component of W-3053 was triazine. Petrolite's expert, Dr. Bachelor in cross-examination, also agreed that the Keay analysis produced the correct answer.

[87] In conducting his analysis, Professor Keay used a mass spectrometry computer database to identify the presence of triazine in W-3053. However, that database had been updated in 1994, well after the relevant period, i.e. December 10, 1987, to December 19, 1988. It would not have been available to a person skilled in the art at

non testimoniale. Compte tenu que M^{me} Hollis attend maintenant depuis près de sept ans l'issue définitive de sa cause, et que la longueur inhabituelle des procédures d'appel a déjà engendré des frais élevés, j'estime que la Cour d'appel a choisi la démarche appropriée en pesant et en appréciant la preuve afin d'apporter une solution définitive à cette affaire; voir à titre d'exemples *Davie Shipbuilding Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461, à la p. 464 (C.A.); *Nova, An Alberta Corporation c. Guelph Engineering Co.* (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 97 (C.A. Alb.), aux pp. 110 à 112.

Compte tenu des circonstances de la présente affaire et des commentaires qui précèdent, j'estime qu'il convient, en l'espèce, que la Cour examine la preuve et applique le critère juridique approprié et c'est ce que je m'appête à faire.

[84] L'élément de preuve le plus important qui a été présenté était l'analyse du professeur Keay. Le juge de première instance n'a pas commenté cette analyse dans ses motifs.

[85] Le professeur Keay a eu en main un échantillon non identifié du produit W-3053 qu'avait préparé M. Bachelor, un des témoins experts de Petrolite. Après avoir analysé l'échantillon, le professeur Keay a dit que le principal élément de ce produit était la triazine. Il a également trouvé du méthanol. De plus, il a proposé une méthode permettant d'obtenir la triazine par synthèse en mettant en contact la MEA et le formaldéhyde alors que le rapport molaire se situe à 1/1, ce qui est la méthode privilégiée décrite dans le brevet '946.

[86] En contre-interrogatoire, M. Hunter, l'expert de Petrolite, a convenu que, d'après un test effectué à l'aide d'un échantillon non identifié, l'analyse du professeur Keay permettait d'obtenir la bonne réponse, soit que le principal élément du produit W-3053 était la triazine. L'expert de Petrolite, M. Bachelor, a également confirmé en contre-interrogatoire que l'analyse du professeur Keay menait à la bonne réponse.

[87] Au cours de son analyse, le professeur Keay a utilisé une base de données de spectrométrie de masse afin de déceler la présence de triazine dans le produit W-3053. Toutefois, cette base de données avait été mise à jour en 1994, soit bien après la période pertinente, qui a débuté le 10 décembre 1987 et a pris fin le 19

the relevant time. Nonetheless, the evidence of Dr. Buchannon, one of Canwell's witnesses, was that he had in his possession in January 1988, a database that would also have identified the presence of triazine in W-3053.

[88] The conclusion reached by Dr. Keay, based on his blind analysis, provided evidence that a person skilled in the art, without the benefit of *a priori* knowledge and without taking inventive steps, could have successfully analysed W-3053 for the presence of triazine, for the MEA and formaldehyde starting compounds and for methanol. Having regard to Dr. Buchannon's evidence, the technology and data necessary for the analysis were available at the relevant time, that is, prior to December 19, 1988.

[89] Petrolite says that Professor Keay was advised to refrigerate the W-3053 sample that he had been given to analyse. They say that, prior to December 19, 1988, a person skilled in the art would not have had this information. However, the evidence is that Professor Keay analysed the sample over the course of one week. There was no evidence that, refrigerated or not, the W-3053 would have degraded over that period. The advice to refrigerate does not undermine the Keay analysis as evidence of enabling disclosure.

[90] There was evidence of a number of other analyses of W-3053 and Canwell's CW1000 product. In most cases, these tests were performed under conditions in which either the starting materials were known or a particular component was being tested for. Therefore, these are not valid tests for anticipation because the analysts were provided with some information that would not have been available to the person skilled in the art conducting the analysis prior to December 19, 1988. A purchaser of W-3053 at that time would not have known that its starting materials were MEA and formaldehyde or that triazine was the reaction product in the mixture.

décembre 1988. Elle n'aurait été accessible à aucune personne versée dans l'art pendant la période pertinente. Néanmoins, M. Buchannon, un des témoins de Canwell, a déclaré au cours de son témoignage qu'en janvier 1988, il avait en sa possession une base de données qui aurait permis de déceler la présence de triazine dans le W-3053.

[88] La conclusion à laquelle M. Keay en est arrivé après avoir analysé l'échantillon non identifié a indiqué qu'une personne versée dans l'art aurait pu, sans se fonder sur une connaissance *a priori* ni faire appel à quelque génie inventif, analyser avec succès le produit W-3053 pour y déceler la présence de la triazine, des substances de départ de celle-ci, soit la MEA et le formaldéhyde, et du méthanol. Compte tenu du témoignage de M. Buchannon, la technologie et les données nécessaires à l'analyse étaient disponibles au cours de la période pertinente, soit avant le 19 décembre 1988.

[89] Petrolite soutient que le professeur Keay a été avisé de réfrigérer l'échantillon W-3053 qu'il avait reçu à des fins d'analyse. Selon elle, avant le 19 décembre 1988, une personne versée dans l'art n'aurait pas eu ce renseignement en main. Toutefois, il appert de la preuve que le professeur Keay a mis une semaine à analyser l'échantillon. Aucun élément de preuve n'indique que, réfrigéré ou pas, le produit W-3053 se serait dégradé au cours de cette période. L'avis en question ne diminue nullement la portée de l'analyse du professeur Keay comme preuve d'une divulgation permettant de réaliser l'invention.

[90] D'autres analyses du produit W-3053 et du produit CW1000 de Canwell ont été mises en preuve. Dans la plupart des cas, ces tests ont été effectués dans des conditions où les substances de départ étaient connues ou dans des circonstances où un élément particulier était évalué. Par conséquent, ils ne constituent pas des tests valables en ce qui concerne l'antériorité, parce que les analystes ont eu en main des renseignements qui n'auraient pas été accessibles pour la personne versée dans l'art qui aurait fait l'analyse avant le 19 décembre 1988. À cette époque, la personne qui aurait acheté le produit W-3053 n'aurait pas su que les substances de départ de ce produit étaient la MEA et

le formaldéhyde ou que la triazine était le produit de réaction du mélange.

[91] Be that as it may, in all but one of the analyses, either triazine or the starting components, an alkanolamine and an aldehyde or, more specifically, MEA and formaldehyde were detected. In the one analysis that failed to discover triazine or its starting materials, the analysis was incorrectly performed. Chloroform, rather than deuterated water, was used as a solvent causing the triazine to disappear from the sample. However, Professor Keay avoided this problem by conducting a simple solubility test in his analysis, leading him to use deuterated water, rather than chloroform, as the solvent.

[92] Just as it is implicit under the *Beloit* test, that a person skilled in the art will, correctly and without error, read and follow the directions in a prior patent or publication, the same implication must be applicable in the case of reverse engineering. A flawed procedure leading to the wrong conclusion is not evidence that a person skilled in the art employing a procedure and correctly using data and methodology available at the relevant time, would not be led to the claimed invention.

[93] In the result, all analyses that were correctly performed led to the discovery of triazine or its starting materials. As I have stated, other than for Professor Keay's analysis, these other analyses are not in themselves sufficient evidence of anticipation because information not available to a purchaser of W-3053 at the relevant time, was known by the analysts performing these tests. However, all these analyses are remarkably consistent in leading the analysts to the invention. That leaves uncontradicted the Keay analysis, which is valid evidence of anticipation.

[94] Petrolite argued that Professor Keay did not reproduce W-3053 in its exact molar ratio. However, as indicated, reproduction of W-3053 is not the test for anticipation. Professor Keay found the invention—that

[91] En tout état de cause, dans toutes les analyses sauf une, la triazine ou les substances de départ de celle-ci, soit une alcanolamine et un aldéhyde ou, plus précisément, de la MEA et du formaldéhyde, ont été décelées. L'analyse qui n'a pas permis de découvrir la présence de triazine ou des substances de départ de celle-ci avait été mal faite. Du chloroforme plutôt que de l'eau deutérée a été utilisé comme solvant, de sorte que la triazine a été éliminée de l'échantillon. Toutefois, le professeur Keay a contourné ce problème en procédant à un test de solubilité simple au cours de son analyse, ce qui l'a incité à utiliser de l'eau deutérée plutôt que du chloroforme comme solvant.

[92] Tout comme le critère énoncé dans l'arrêt *Beloit* sous-entend qu'une personne versée dans l'art lira et suivra correctement et sans faille les directives énoncées dans un brevet ou une publication antérieure, la même hypothèse implicite doit s'appliquer dans le cas de la rétroingénierie. Une méthode viciée qui mène à la conclusion erronée ne prouve pas qu'une personne versée dans l'art utilisant un procédé et appliquant correctement les données et la méthodologie disponibles à la date pertinente ne découvrirait pas l'invention revendiquée.

[93] Par conséquent, toutes les analyses qui ont été faites en bonne et due forme ont mené à la découverte de la triazine ou de ses substances de départ. Comme je l'ai déjà indiqué, exception faite de l'analyse du professeur Keay, les autres analyses ne constituent pas en soi une preuve suffisante de l'antériorité, parce que l'analyste qui a fait ces tests avait en main des renseignements qui n'étaient pas accessibles pour l'acheteur du produit W-3053 à l'époque pertinente. Cependant, toutes ces analyses mènent invariablement les analystes à l'invention. L'analyse du professeur Keay, qui est une preuve d'antériorité valable, n'est donc pas contredite.

[94] Petrolite a soutenu que le professeur Keay n'avait pas reproduit le produit W-3053 selon son rapport molaire exact. Toutefois, tel qu'il est mentionné plus haut, il n'est pas nécessaire de reproduire le

triazine was the reaction product of W-3053. He found that triazine was optimally produced at a molar ratio of 1:1. This molar ratio falls within the range of molar ratios in all the claims at issue. He also found methanol referred to in claim 16 of the '946 patent.

[95] Petrolite has raised other issues relating to the reverse engineering analyses, none of which I find persuasive. It submits that W-3053 is of an extremely complex nature and is, therefore, difficult to analyse. This argument is not well founded. In law, complexity of a product or the time or work involved in the analysis are not themselves relevant considerations. The question is whether a person skilled in the art and using data and techniques available at the relevant time could discover the invention without the use or application of inventive skill. See *Beloit, supra*, at page 214, and *FISONS, supra*, at page 23. Complexity or time and work involved alone are insufficient to invalidate an analysis. The question is whether there is evidence from which the use of inventive skill may be inferred. There is none here.

[96] Petrolite says that the deliveries of W-3053 in western Oklahoma were to the private property of the purchasers and W-3053 was, therefore, not available to the public. This argument fails to appreciate that the purchaser is a member of the public, and that the Trial Judge found that sales were made unconditionally. To prove anticipation under paragraph 28.2(1)(a), it is not necessary to demonstrate that a particular purchaser did or would have conducted an analysis of the product. It is sufficient that the purchaser could have done so (see *Lux, supra*, at page 133).

[97] The same may be said about Petrolite's argument that the results of a reverse engineering analysis would be kept confidential by anyone performing the analysis and would, therefore, not be available to the public. It is the unconditional sale of the W-3053 to the purchaser

W-3053 pour déterminer s'il y a eu antériorité. Le professeur Keay a découvert l'invention, soit que la triazine était le produit de réaction du W-3053. Il a constaté que la triazine était produite de façon optimale lorsque le rapport molaire était de 1/1. Ce rapport se situe à l'intérieur de la plage de rapports molaires de toutes les revendications en litige. Il a également trouvé le méthanol dont il est fait mention dans la revendication 16 du brevet '946.

[95] Petrolite a soulevé d'autres questions au sujet des analyses faites par rétroingénierie, dont aucune ne m'apparaît convaincante. Elle soutient que le produit W-3053 est un produit de nature extrêmement complexe et qu'il est donc difficile de l'analyser. Cet argument n'est pas bien fondé. En droit, la complexité d'un produit ou le temps et le travail nécessaires à son analyse ne constituent pas en soi des facteurs pertinents. La question est de savoir si une personne versée dans l'art qui utilise les données et techniques disponibles à l'époque pertinente pourrait découvrir l'invention sans faire appel à un génie inventif. Voir *Beloit*, précité, à la page 214, et *FISONS*, précité, à la page 23. La complexité ou le temps et le travail nécessaires à eux seuls sont insuffisants pour invalider une analyse. Ce qu'il faut savoir, c'est s'il existe des éléments de preuve permettant de conclure à l'exercice d'un génie inventif. Il n'y en a pas en l'espèce.

[96] Petrolite soutient que les livraisons du produit W-3053 dans l'ouest de l'Oklahoma ont été faites à la propriété privée des acheteurs et que, par conséquent, ce produit n'était pas accessible au public. Cet argument ne tient pas compte du fait que l'acheteur est un membre du public et que le juge de première instance a conclu que les ventes avaient été faites de manière inconditionnelle. Pour prouver l'antériorité au sens de l'alinéa 28.2(1)a), il n'est pas nécessaire de démontrer qu'un acheteur donné a procédé ou aurait procédé à une analyse du produit. Il suffit de prouver que l'acheteur aurait pu le faire (voir l'arrêt *Lux*, précité, à la page 133).

[97] Il en va de même pour l'argument de Petrolite selon lequel toute personne procédant à une analyse par rétroingénierie préserverait le secret des résultats, qui ne seraient donc pas accessibles au public. C'est la vente inconditionnelle du produit W-3053 à l'acheteur qui

that makes the product available to the public. If the purchaser is free to perform reverse engineering, that is sufficient. How a purchaser chooses to treat the analysis, i.e. to keep it confidential or not, is not a relevant consideration.

[98] Petrolite argued that reverse engineering involves adopting a mosaic approach which is not permitted to prove anticipation. The mosaic rule applies to prior publications or patents and says that it is improper to assemble a *dossier* of prior art with the benefit of hindsight (see *Free World Trust, supra*, at paragraph 24). However, this is not what occurred here. It was W-3053 only that was the subject of analysis, and disclosure of triazine and methanol came from reverse engineering of it. The analysis of a previously used or sold product employing available techniques and data is equivalent to the reading by a skilled person of a single prior publication and following it to the claimed invention (see *Beloit, supra*, at page 214, and *FISONS, supra*, at page 21).

CONCLUSION

[99] I have carefully considered the law of anticipation articulated in *Beloit, supra* and *Free World Trust, supra*. I have also taken into account principles relating to disclosure through prior use or sale and paragraph 28.2(1)(a) of the 1996 *Patent Act*. I have also deferred to those findings of fact of the Trial Judge untainted by legal error. Based upon his analysis of the facts, I agree with him that W-3053 was sold unconditionally prior to December 19, 1988. Had he applied the correct legal test, the Trial Judge should have concluded that a person skilled in the art and using data and techniques available at the relevant time, and without the exercise of inventive skill, would have been led inevitably to the subject-matter of the patent claims, namely, the extraction of hydrogen sulphide from natural gas by contact with triazine (or its starting components).

rend le produit accessible au public. Si l'acheteur peut procéder à l'analyse du produit par rétroingénierie sans contrainte, cela suffit. La question de savoir comment l'acheteur entend traiter l'analyse, c'est-à-dire s'il compte la divulguer ou non, n'est pas un facteur pertinent.

[98] Petrolite a fait valoir que l'analyse par rétroingénierie nécessite l'utilisation d'un ensemble de procédés disparates qu'il n'est pas permis d'employer pour prouver l'antériorité. Selon la règle des procédés disparates (*mosaic rule*), qui s'applique aux publications ou brevets antérieurs, il ne convient pas d'assembler un dossier d'antériorité de manière rétrospective (voir l'arrêt *Free World Trust*, précité, au paragraphe 24). Toutefois, ce n'est pas ce qui s'est produit en l'espèce. Seul le produit W-3053 a fait l'objet de l'analyse et la triazine et le méthanol ont été découverts par suite du procédé de rétroingénierie. Analyser un produit déjà utilisé ou vendu à l'aide des techniques et données disponibles équivaut à lire, dans le cas d'une personne compétente, une seule publication antérieure et à suivre les directives qui y sont énoncées pour en arriver à l'invention revendiquée (voir *Beloit*, précité, à la page 214, et *FISONS*, précité, à la page 21).

CONCLUSION

[99] J'ai lu attentivement les règles de droit énoncées dans les arrêts *Beloit* et *Free World Trust*, précités, au sujet de l'antériorité et j'ai tenu compte des principes relatifs à la divulgation découlant de l'utilisation antérieure ou de la vente antérieure ainsi que de l'alinéa 28.2(1)a) de la *Loi sur les brevets* de 1996. Je m'en suis également remis aux conclusions de fait que le juge de première instance a formulées et qui n'étaient pas entachées d'une erreur de droit. Compte tenu de son analyse des faits, je conviens avec lui que le produit W-3053 a été vendu inconditionnellement avant le 19 décembre 1988. S'il avait appliqué le critère juridique approprié, le juge de première instance aurait dû conclure qu'une personne versée dans l'art qui aurait employé les données et techniques accessibles à l'époque pertinente sans faire appel à un génie inventif aurait été amenée inévitablement à l'objet des revendications du brevet, soit l'élimination du sulfure d'hydrogène du gaz naturel par mise en contact avec la triazine (ou ses substances de départ).

[100] Canwell has proven the disclosure contemplated by paragraph 28.2(1)(a). Having found the invention, described by claims 1 and 2 and the series I, II, III and IV claims of the '946 patent, to be anticipated, I conclude that the claims relied upon by Petrolite in the case at bar are invalid. I do not find it necessary to address the other issues raised in this appeal.

[101] The appeal should be allowed and the decision of the Trial Judge should be set aside. The claims in issue in the '946 patent should be found to be invalid by reason of anticipation. The respondents' claim against the appellants should be dismissed with costs here and in the Trial Division.

STRAYER J.A.: I concur.

EVANS J.A.: I concur.

[100] Canwell a prouvé la divulgation visée à l'alinéa 28.2(1)a). Ayant décidé que des antériorités valables pouvaient être opposées à l'invention décrite dans les revendications 1 et 2 ainsi que dans les revendications des séries I, II, III et IV du brevet '946, j'en arrive à la conclusion que les revendications sur lesquelles Petrolite se fonde en l'espèce sont invalides. Il ne m'apparaît pas nécessaire d'examiner les autres questions soulevées dans le présent appel.

[101] L'appel doit être accueilli et la décision du juge de première instance doit être infirmée. Les revendications en litige du brevet '946 sont invalides pour des raisons d'antériorité. La réclamation que les intimées ont formulée contre les appelants est rejetée avec dépens, tant ceux qui ont été engagés en appel qu'en première instance.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris aux motifs du juge Rothstein.

LE JUGE EVANS, J.C.A.: Je souscris aux motifs du juge Rothstein.

T-2377-00
2002 FCT 643

T-2377-00
2002 CFPI 643

**B51 641 513 Private Thomas John Forsyth
(Applicant)**

**Soldat Thomas John Forsyth, numéro matricule B51
641 513 (demandeur)**

v.

c.

**The Attorney General of Canada and Lieutenant-
Colonel Alain Ménard in his capacity as military
judge (Respondents)**

**Le procureur général du Canada et le
lieutenant-colonel Alain Ménard, en sa qualité de
juge militaire (défendeurs)**

**INDEXED AS: FORSYTH v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)
(T.D.)**

**RÉPERTORIÉ: FORSYTH c. CANADA (PROCEUREUR GÉNÉRAL)
(1^{re} INST.)**

Trial Division, Gibson J.—Ottawa, May 13 and June 5,
2002.

Section de première instance, juge Gibson—Ottawa,
13 mai et 5 juin 2002.

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — Judicial review of Military Judge's decision Standing Court Martial had jurisdiction to try accused (applicant) after criminal charge based on same alleged conduct in civilian court withdrawn — Trial Division having exclusive jurisdiction under Federal Court Act, s. 18 to issue writ of prohibition directed to military judge in these circumstances — S. 28 not applicable — Standing Court Martial federal board, commission, other tribunal — S. 18.5 providing where Parliament expressly providing for appeal from decision of federal, board, commission or other tribunal, decision not subject to be prohibited — Trial Division's jurisdiction not ousted by s. 18.5 — Right of person charged to appeal decision such as that under review merely implied in contrast to Minister's right of appeal under National Defence Act, s. 230.1.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — Contrôle judiciaire de la décision d'un juge militaire portant que la cour martiale permanente avait compétence pour juger l'accusé (le demandeur) après le retrait d'une accusation au criminel devant un tribunal civil fondée sur le même comportement reproché — La Section de première instance a compétence exclusive, en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, pour décerner un bref de prohibition dans de telles circonstances — L'art. 28 n'est pas applicable — Cour martiale permanente est un office fédéral — L'art. 18.5 prévoit que, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel d'une décision rendue par un office fédéral, la décision ne peut faire l'objet de prohibition — L'art. 18.5 n'écarte pas la compétence de la Section de première instance — Le droit d'un accusé d'interjeter appel d'une décision telle que celle faisant l'objet d'examen est implicite, par contraste avec le droit d'appel du ministre prévu à l'art. 230.1 de la Loi sur la défense nationale.

Administrative Law — Judicial Review — Prohibition — Judicial review of Military Judge's decision Standing Court Martial had jurisdiction to try accused (applicant) after criminal charge based on same alleged conduct withdrawn in civilian court — Applicant seeking to prohibit military trial from proceeding — MacKay v. Rippon, [1978] 1 F.C. 233 (T.D.) still relevant: prohibition discretionary where lack of jurisdiction not so apparent on face of proceeding — National Defence Act, s. 162 requiring Code of Service Discipline to be dealt with as expeditiously as possible — More expeditious to allow Military Court to deal with charge, appeal on ground of lack of jurisdiction than to apply for judicial review — Not in best interests of justice to grant prohibition as could set precedent, adding to complexity of military justice processes.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Prohibition — Contrôle judiciaire de la décision d'un juge militaire portant que la cour martiale permanente avait compétence pour juger l'accusé (le demandeur) après le retrait d'une accusation au criminel devant un tribunal civil fondée sur le même comportement reproché — Le demandeur demande un bref de prohibition pour empêcher la tenue du procès devant la cour martiale — MacKay c. Rippon, [1978] 1 C.F. 233 (1^{re} inst.) fait toujours autorité: la prohibition a un caractère facultatif lorsque l'incompétence n'est pas évidente au vu de la procédure — L'art. 162 de la Loi sur la défense nationale requiert qu'une accusation aux termes du code de discipline militaire soit traitée avec toute la célérité possible — L'obligation de célérité est mieux servie en permettant à la Cour martiale d'instruire l'accusation puis en portant appel pour incompétence, plutôt qu'en demandant un contrôle

Armed Forces — Judicial review of Military Judge's decision Standing Court Martial had jurisdiction to try accused (applicant) after charge based on same alleged conduct withdrawn in civilian court — Trial Division having jurisdiction under Federal Court Act, s. 18 to grant writ of prohibition directed to military judge in these circumstances; such jurisdiction not ousted by s. 18.5; not in interests of justice to exercise discretion to grant prohibition as not most expeditious way of proceeding as required by National Defence Act, s. 162 — Applicant cannot rely on own failure to obtain dismissal of charge (for want of evidence) to bar exercise of concurrent jurisdiction vested in military justice system — No unseemly competition between civilian, criminal justice systems.

This was an application for judicial review of an interlocutory decision of a Military Judge denying an application for a determination that the Standing Court Martial had no jurisdiction to try the accused. As a result of a domestic dispute, the applicant had been charged with common assault under the *Criminal Code*, but the charge was withdrawn on the day that the trial was scheduled to begin. The applicant was aware that the only witness to the assault, his former girlfriend, was not available to testify. The military authorities subsequently decided to proceed with the charge by Standing Court Martial. The applicant was seeking a writ of prohibition directed to the Military Judge to prohibit the trial from proceeding. *Federal Court Act*, section 18 confers exclusive jurisdiction on the Trial Division to issue a writ of prohibition against any federal board, commission or other tribunal, subject to section 28. Section 18.5 provides that where provision is expressly made by an Act of Parliament for an appeal from a decision of a federal board, commission or other tribunal, that decision or order is not subject to be prohibited.

The issues were: (1) whether the Court had jurisdiction under *Federal Court Act*, section 18 to grant a writ of prohibition directed to a military judge in the circumstances herein; (2) whether the application for a writ of prohibition was barred by *Federal Court Act*, section 18.5; and (3) whether the Court should exercise its discretion to grant prohibition.

Held, the application should be dismissed.

judiciaire — Il ne serait pas dans l'intérêt véritable de la justice de décerner un bref de prohibition, comme cela pourrait constituer un précédent et rendrait plus complexe encore le système de justice militaire.

Forces armées — Contrôle judiciaire de la décision d'un juge militaire portant que la Cour martiale permanente avait compétence pour juger l'accusé (le demandeur) après le retrait d'une accusation au criminel devant un tribunal civil fondée sur le même comportement reproché — La Section de première instance a compétence en l'espèce, en vertu de l'art. 18 de la Loi sur la Cour fédérale, pour décerner un bref de prohibition visant le juge militaire, cette compétence n'étant pas écartée par l'art. 18.5; il n'est pas dans l'intérêt véritable de la justice de décerner de manière discrétionnaire un bref de prohibition, cela ne constituant pas la façon de procéder avec la plus grande célérité possible, tel que le requiert l'art. 162 de la Loi sur la défense nationale — Le demandeur ne peut invoquer son propre défaut d'obtenir le rejet de l'accusation (pour absence de preuve) pour faire obstacle à l'exercice de la compétence concurrente du système de justice militaire — Il n'y a pas concurrence inconvenante entre les systèmes de justice civile et militaire.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire visant la décision interlocutoire par laquelle un juge militaire a rejeté la demande d'une décision portant que la cour martiale permanente n'avait pas compétence pour juger l'accusé. Par suite d'une querelle domestique, le demandeur avait été inculpé de voies de fait simples en application du *Code criminel*, mais on avait retiré l'accusation le jour de la date fixée pour le début du procès. Le demandeur savait que le seul témoin des voies de fait reprochées, son ancienne petite amie, n'était pas disponible pour témoigner. Les autorités militaires ont par la suite décidé de faire instruire l'accusation par une cour martiale permanente. Le demandeur a demandé que soit décerné un bref de prohibition interdisant au juge militaire d'instruire le procès. L'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* confère, sous réserve de l'article 28, compétence exclusive à la Section de première instance pour décerner un bref de prohibition contre tout office fédéral. L'article 18.5 prescrit que, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, celle-ci peut faire l'objet de prohibition.

Les questions en litige étaient les suivantes: 1) la Cour avait-elle compétence en l'espèce, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour décerner un bref de prohibition visant un juge militaire; 2) l'article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale* faisait-il obstacle à la demande d'un bref de prohibition; 3) la Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et décerner un bref de prohibition?

Jugement: la demande doit être rejetée.

(1) The Trial Division had exclusive jurisdiction to issue a writ of prohibition. Section 28 had no application, and it was not disputed that the Standing Court Martial was a federal board, commission or other tribunal.

(2) The Court's jurisdiction under section 18 to provide the relief requested was not ousted by section 18.5. *National Defence Act*, paragraph 230(b) gives every person subject to a Code of Service discipline a right to appeal to the Court Martial Appeal Court from a court martial in respect of the legality of any finding of guilty. The issue of the jurisdiction of the Standing Court Martial would go to the legality of any such guilty finding. Paragraph 230.1(b) permits the Minister to appeal to the Court Martial Appeal Court the legality of any finding of not guilty by a court martial (the converse of the right of appeal granted to a person charged by paragraph 230(b)). Paragraph 230.1(d) gives the Minister the right to appeal to the Court Martial Appeal Court the legality of a decision of a court martial that terminates proceedings on a charge. Such a decision would be the converse of the decision under review which upholds the jurisdiction of the Standing Court Martial in respect of the charge against the applicant. Paragraph 230.1(d) constitutes an express provision made by an Act of Parliament for an appeal that has no equivalent in favour of a person such as the applicant in section 230, or in any other provision of the *National Defence Act* or any other Act of Parliament. The right of a person such as the applicant to appeal from a decision such as that under review is merely implied.

(3) *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233 (T.D.) stated that where lack of jurisdiction is apparent on the face of the proceedings prohibition will issue but where want of jurisdiction is not so apparent then the granting of prohibition is discretionary. Despite the comment in *Rushnell v. Canada (Attorney General)* (2001), 201 F.T.R. 196 (F.C.T.D.) that *MacKay* could no longer be relied upon, it is still relevant and apt as it related to the discretionary nature of prohibition, and the "great caution and forbearance" that should be exercised before granting prohibition in cases such as this. Section 162 of the *National Defence Act* provides that charges under the Code of Service Discipline shall be dealt with as expeditiously as possible. It would have been consistent with section 162 if the applicant had allowed the Standing Court Martial to deal with the charge against him and then appealed a finding of guilt on the ground that it was not legal by reason of want of jurisdiction. Pursuit of this application for judicial review has taken substantially more time than would have been required to so proceed. It would be contrary to the best interests of justice to grant prohibition as to do so might constitute a precedent, and add complexity to the military justice system.

1) La Section de première instance avait compétence exclusive pour décerner un bref de prohibition. L'article 28 ne s'appliquait pas et nul ne contestait que la Cour martiale permanente était un office fédéral.

2) L'article 18.5 n'écartait pas la compétence conférée à la Cour, en vertu de l'article 18, d'accorder la mesure de redressement demandée. L'alinéa 230(b) de la *Loi sur la défense nationale* octroie à toute personne assujettie au code de discipline militaire un droit d'appel devant la Cour d'appel de la cour martiale en ce qui concerne la légalité de tout verdict de culpabilité d'une cour martiale. La question de la compétence de la cour martiale permanente est en rapport avec celle de la légalité d'un tel verdict. L'alinéa 230.1(b) autorise le ministre à en appeler devant la Cour d'appel de la cour martiale de la légalité de tout verdict de non culpabilité prononcé par une cour martiale (le pendant du droit d'appel conféré à l'accusé par l'alinéa 230(b)). L'alinéa 230.1(d) accorde au ministre un droit d'appel devant la Cour d'appel de la cour martiale en ce qui concerne la légalité d'une décision d'une cour martiale qui met fin aux délibérations à l'égard d'une accusation. Une telle décision constituerait le pendant de la décision sous examen qui confirme la compétence de la cour martiale permanente à l'égard de l'accusation portée contre le demandeur. Les dispositions de l'alinéa 230.1(d) sont des dispositions expresses d'une loi fédérale qui prévoient un droit d'appel et qui n'ont pas leur équivalent, en faveur d'une personne telle que le demandeur, à l'article 230 ou dans toute autre disposition de la *Loi sur la défense nationale* ou de toute autre loi fédérale. Le droit d'une personne telle que le demandeur d'en appeler d'une décision comme celle sous examen est simplement implicite.

3) La Cour a déclaré dans *MacKay c. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233 (1^{re} inst.) que, lorsque l'incompétence est évidente sur le vu des pièces procédurales, il y a lieu à prohibition, mais lorsque le vice de compétence n'est pas aussi clair, la délivrance d'un bref de prohibition est facultative. Malgré le commentaire formulé dans *Rushnell c. Canada (Procureur général)* (2001), 201 F.T.R. 196 (C.F. 1^{re} inst.), selon lequel on ne peut plus se fonder sur la décision *MacKay*, celle-ci est toujours pertinente et juste pour ce qui est du caractère facultatif du bref de prohibition, ainsi que de la «grande prudence et bienveillance» qu'il y a lieu d'exercer avant de décerner un tel bref dans une situation comme celle en l'espèce. L'article 162 de la *Loi sur la défense nationale* stipule qu'une accusation aux termes du code de discipline militaire doit être traitée avec toute la célérité possible. Il aurait été conforme aux dispositions de l'article 162 que le demandeur laisse la Cour martiale permanente traiter l'accusation portée contre lui, puis en appelle d'un éventuel verdict de culpabilité au motif qu'il n'était pas valide pour incompétence. Le temps requis pour procéder de la sorte aurait été beaucoup moins important que celui qui a été

That the applicant failed to take advantage of the opportunity to obtain dismissal of the charge against him which would have forever barred an equivalent charge being laid in the military justice system, should not bar exercise of the concurrent jurisdiction vested in the military justice system. The Crown's failure to disclose the knowledge that if the charge in the civilian justice system were withdrawn, a charge might have been laid in the military justice system, did not prejudice the applicant's opportunity to make full answer and defence to the charge against him in the civilian justice system. There was no basis on which to conclude that the concurrent jurisdiction of the military justice system, under the *National Defence Act* was ousted by the procedure followed in the civilian justice system. Further, there was no evidence that the conduct of Crown counsel and the conduct of military justice system authorities gave rise to an "unseemly competition" between the civilian and military justice systems, or caused a delay of such unreasonable duration that to permit the charge in the military justice system to proceed to trial would bring the administration of justice in Canada into disrepute.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4), 18.5 (as enacted *idem*, s. 5), 57 (as am. *idem*, s. 19).

National Defence Act, R.S.C., 1985, c. N-5, ss. 60(1)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60, Sch. I, s. 30), 66(1) (as am. by S.C. 1998, c. 35, s. 20), 71 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 46), 130(1) (as am. by S.C. 1998, c. 35, ss. 33, 92), 139(1) (as am. *idem*, s. 35), 162 (as am. *idem*, s. 42), 173 (as am. *idem*, s. 174 (as am. *idem*), 175 (as am. *idem*), 230 (as am. by S.C. 1991, c. 43, s. 21; 2000, c. 10, s. 2), 230.1 (as enacted by S.C. 1991, c. 43, s. 21; 2000, c. 10, s. 3).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Glowczeski v. Canada (Minister of National Defence), [1989] 3 F.C. 281; (1989), 41 C.R.R. 217; 27 F.T.R. 112 (T.D.); *Rushnell v. Canada (Attorney General)* (2001),

consacré à la demande de contrôle judiciaire. Il ne serait pas dans l'intérêt véritable de la justice de décerner un bref de prohibition, comme cela pourrait constituer un précédent et rendrait plus complexe encore le système de justice militaire.

Le défaut du demandeur de profiter de l'occasion d'obtenir le rejet de l'accusation, ce qui aurait empêché pour toujours qu'une accusation équivalente soit portée contre lui devant le système de justice militaire, ne devrait pas faire obstacle à l'exercice de la compétence concurrente accordée à ce système. Le fait que la Couronne n'a pas divulgué que, si l'accusation devant le système de justice civile devait être retirée, il se pouvait qu'une accusation soit portée devant le système de justice militaire, n'a empêché en rien le demandeur d'opposer une défense pleine et entière à l'accusation portée contre lui devant le système de justice civile. Il n'y avait aucun motif pour conclure que la compétence concurrente du système de justice militaire, en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, était écartée par la procédure engagée devant le système de justice civile. En outre, aucune preuve n'a été présentée quant au fait que le comportement de l'avocat de la Couronne ou celui des autorités du système de justice militaire dénotaient une «concurrency inconvenante» entre les systèmes de justice civile et militaire, ou ont entraîné un retard si déraisonnable que permettre l'instruction de l'accusation par le système de justice militaire est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2(1) «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 18 (mod., *idem*, art. 4), 18.5 (édicte, *idem*, art. 5) 57 (mod., *idem*, art. 19).

Loi sur la défense nationale, L.R.C. (1985), ch. N-5, art. 60(1)(a) (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 30), 66(1) (mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 20), 71 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 46), 130(1) (mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 33, 92), 139(1) (mod., *idem*, art. 35), 162 (mod., *idem*, art. 42), 173 (mod., *idem*), 174 (mod., *idem*), 175 (mod., *idem*), 230 (mod. par L.C. 1991, ch. 43, art. 21; 2000, ch. 10, art. 2), 230.1 (édicte par L.C. 1991, ch. 43, art. 21; 2000, ch. 10, art. 3).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Glowczeski c. Canada (Ministre de la Défense nationale), [1989] 3 C.F. 281; (1989), 41 C.R.R. 217; 27 F.T.R. 112 (1^{re} inst.); *Rushnell c. Canada (Procureur général)*

201 F.T.R. 196 (F.C.T.D.); *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 F.C. 233; (1977), 78 D.L.R. (3d) 655; 36 C.C.C. (2d) 522 (T.D.).

CONSIDERED:

R. v. Lachance, 2002 CMAC 7; [2002] C.M.A.J. No. 7 (QL); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of an interlocutory decision of a Military Judge denying an application for a determination that the Standing Court Martial had no jurisdiction to try the accused. Application dismissed.

APPEARANCES:

Major David P. McNaim for applicant.
Brian R. Evernden, Major Ken Lindstein and Alain Préfontaine for respondent Attorney General of Canada.
No one appearing for respondent Lieutenant-Colonel Alain Ménard.

SOLICITORS OF RECORD:

Office of the Judge Advocate General, Ottawa, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent Attorney General of Canada.

The following are the reasons for order rendered in English by

GIBSON J.:

INTRODUCTION

[1] These reasons arise out of an application for judicial review of an interlocutory decision of Lieutenant-Colonel Alain Ménard, the presiding Military Judge at a Standing Court Martial convened to consider a charge preferred against Private Thomas John Forsyth (the applicant) in a charge sheet dated April 28, 2000. The charge detailed in the charge sheet is in the following terms:

AN OFFENCE PUNISHABLE UNDER SECTION 130 OF THE NATIONAL DEFENCE ACT THAT IS TO SAY,

(2001), 201 F.T.R. 196 (C.F. 1^{re} inst.); *MacKay v. Rippon*, [1978] 1 C.F. 233; (1977), 78 D.L.R. (3d) 655; 36 C.C.C. (2d) 522 (1^{re} inst.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

R. c. Lachance, 2002 CACM 7; [2002] C.M.A.J. n° 7 (QL); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire visant la décision par laquelle un juge militaire a rejeté la demande d'une décision portant que la cour martiale permanente n'avait pas compétence pour juger l'accusé. Demande rejetée.

ONT COMPARU:

Major David P. McNaim pour le demandeur.
Brian R. Evernden, Major Ken Lindstein et Alain Préfontaine pour le Procureur général du Canada, défendeur.
Personne n'a comparu pour le défendeur le lieutenant colonel Alain Ménard.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Cabinet du Juge-avocat général, Ottawa, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada, pour le Procureur général du Canada, défendeur.

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

LE JUGE GIBSON:

INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire qui vise une décision interlocutoire rendue par le lieutenant-colonel Alain Ménard, le juge militaire présidant une cour martiale permanente convoquée pour instruire une accusation portée contre le soldat Thomas John Forsyth (le demandeur) au moyen d'un acte d'accusation daté du 28 avril 2000. L'inculpation est énoncée comme suit dans l'acte d'accusation:

[TRADUCTION]

UNE INFRACTION PUNISSABLE AUX TERMES DE L'ARTICLE 130 DE LA LOI SUR LA DÉFENSE

ASSAULT CAUSING BODILY HARM CONTRARY TO SECTION 267 OF THE CRIMINAL CODE

Particulars: In that he on or about 1 July 1999, at 7 Fowlers Court, at or near Combat Training Center Gagetown, Oromocto, New Brunswick did in committing an assault upon Kerri Kephart cause bodily harm to her.¹

[2] The particular decision under review² is the denial of a motion brought before Lieutenant-Colonel Alain Ménard (the Military Judge) at the commencement of the trial seeking a determination that the Standing Court Martial had no jurisdiction to try the accused. The Military Judge denied the application. The decision of the Military Judge that is under review was delivered on November 30, 2000.

BACKGROUND

[3] The factual background to the charge against the applicant and the issue before the Military Judge leading to the decision here under review are described in the reasons for decision of the Military Judge in the following terms:

The facts, as they relate to this application, can be summarized as follows: On July 1st, 1999, the accused lived at 7 Fowlers Court, Oromocto, New Brunswick, with his girlfriend Kerri Kephart. Late on 1 July 1999 the RCMP were called to a domestic dispute at their residence. The RCMP removed the accused from his residence and arrested him. He was taken to the RCMP station in Oromocto and incarcerated in the RCMP holding cells. He was released from custody approximately nine hours later when Sergeant Guillena attended at the RCMP holding cells. The accused was released on an undertaking and a promise to appear in Court. At his girlfriend's request, the undertaking was cancelled on or about 9 July 1999. The accused and his girlfriend separated and Ms Kephart moved back to the Province of Alberta. On 9 August 1999, the accused was charged with common assault under section 266 of the *Criminal Code*. On that day, he appeared in Court with his defence counsel. His case was adjourned until 23 August 1999. On 23 August 1999, a *not guilty plea* was entered and the trial was scheduled for 24 November 1999. On 24 November 1999, after consultation with the defence counsel, the provincial prosecutor asked for the charge to be withdrawn and the Court withdrew the charge.

On or about 24 January 2000, a Record of Disciplinary Proceedings was served to the accused indicating that a charge

NATIONALE, SOIT DES VOIES DE FAIT INFLIGEANT DES LÉSIONS CORPORELLES, UNE INFRACTION VISÉE À L'ARTICLE 267 DU CODE CRIMINEL.

Détails: En ce que le ou vers le 1^{er} juillet 1999, au 7, Fowlers Court, au Centre d'instruction au combat de Gagetown, à Oromocto (Nouveau-Brunswick), ou près de ce centre, il a, en se livrant à des voies de fait sur Kerri Kephart, infligé des lésions corporelles à cette dernière¹.

[2] La décision particulière faisant l'objet du présent contrôle judiciaire² est le rejet d'une requête présentée au lieutenant-colonel Alain Ménard (le juge militaire) au début du procès afin que soit rendue une décision portant que la cour martiale permanente n'avait pas compétence pour juger l'accusé. Le juge militaire a rejeté la demande. La décision du juge militaire faisant l'objet du contrôle judiciaire a été rendue le 30 novembre 2000.

CONTEXTE

[3] Le contexte entourant l'accusation portée contre le demandeur et la question soumise au juge militaire qui a donné lieu à la décision faisant l'objet du présent contrôle judiciaire sont décrits comme suit dans les motifs de la décision de ce juge:

[TRADUCTION] Voici le résumé des faits entourant la présente demande. Le 1^{er} juillet 1999, l'accusé vivait avec sa petite amie Kerri Kephart au 7, Fowlers Court, à Oromocto (Nouveau-Brunswick). Tard ce soir-là, la GRC a reçu un appel au sujet d'une querelle domestique à cette résidence. La GRC a fait sortir l'accusé de sa résidence et a procédé à son arrestation. L'accusé a été conduit au poste de la GRC à Oromocto et y a été incarcéré dans une cellule de détention provisoire. Il a été libéré environ neuf heures plus tard lorsque le sergent Guillena s'est présenté à son lieu de détention. L'accusé a été libéré après s'être engagé à comparaître. À la demande de la petite amie, l'engagement de l'accusé a été annulé le ou vers le 9 juillet 1999. L'accusé et M^{me} Kephart se sont séparés et cette dernière est retournée vivre en Alberta. Le 9 août 1999, l'accusé a été inculpé de voies de fait simples aux termes de l'article 266 du *Code criminel*. À cette date, il a comparu avec son avocat devant la cour. Sa cause a été reportée au 23 août 1999, date à laquelle un plaidoyer de non-culpabilité a été inscrit et la tenue du procès a été prévue pour le 24 novembre 1999. À cette date, le poursuivant de la province a demandé, après avoir consulté l'avocat de la défense, que l'accusation soit retirée. La cour a retiré l'accusation.

Le ou vers le 24 janvier 2000, on a signifié à l'accusé une copie du procès-verbal de procédure disciplinaire précisant

of assault causing bodily harm had been laid against him. On 17 February 2000, the referral authority recommended to the Directorate of Military Prosecutions that the charge be proceeded by Standing Court Martial. On 28 April 2000, the Directorate of Military Prosecutions preferred the charge and on 18 October 2000, the Court Martial Administrator convened this court martial.

The fact that both the civilian justice system and the military justice system had a concurrent jurisdiction to bring the accused to trial is not in dispute in this case. The matter to be determined is the following: Has the military justice system lost his *[sic]* jurisdiction over this matter by letting the civilian justice system proceed with the prosecution of the accused to the point of withdrawing the charge after the time a not guilty plea had been entered? I will answer by the negative.³

[4] Additional factual background worthy of note is as follows. On the day the civilian charge against the applicant was withdrawn, November 24, 1999, Ms. Kephart, the only witness to the alleged assault, was not in Court. She had not been subpoenaed. Despite the fact that the Crown had offered to cover her expenses to travel from her home in Alberta, to appear at the trial, she declined to voluntarily appear. The applicant and his defence counsel were aware that Ms. Kephart was not available to testify. Finally, Crown counsel was aware that, if the civilian charge against the applicant were to be withdrawn, military justice officials would consider laying a military charge against the applicant, with a view to seeking a carceral sentence if the applicant were convicted. This information was not disclosed to the applicant or his counsel by Crown counsel.

RELIEF REQUESTED

[5] The relief requested on behalf of the applicant on this application for judicial review is set out in the applicant's notice of application in the following terms:

1. A writ of prohibition or an order in lieu of a writ of prohibition directed to Lieutenant-Colonel Alain Menard, a Military Judge presiding at a Standing Court Martial at Canadian Forces Base Gagetown, New Brunswick, or any other Military Judge who may hold or sit in such Court, prohibiting the said Lieutenant-Colonel Alain Menard or any other Military Judge who may sit or hold in such Court from proceeding with the trial of the applicant upon

qu'une accusation de voies de fait infligeant des lésions corporelles avait été portée contre lui. Le 17 février 2000, l'autorité de renvoi a recommandé au directeur des poursuites militaires qu'une Cour martiale permanente instruisse l'accusation. Le 28 avril 2000, le directeur des poursuites militaires a porté l'accusation et, le 18 octobre 2000, l'administrateur de la cour martiale a convoqué la présente cour martiale.

Le fait que tant le système de justice civile que le système de justice militaire ont compétence concurrente pour traduire l'accusé en justice n'est pas contesté en l'espèce. La question à trancher est la suivante: le système de justice militaire a-t-il perdu sa compétence sur la présente affaire en laissant le système de justice civile poursuivre l'accusé jusqu'à ce qu'il y ait retrait de l'accusation après l'inscription d'un plaidoyer de non-culpabilité? Je répondrai par la négative.³

[4] D'autres faits sont également dignes de mention. Le jour où l'accusation contre le demandeur devant un tribunal civil a été retirée, soit le 24 novembre 1999, M^{me} Kephart, le seul témoin des voies de fait reprochées, n'était pas présente devant la Cour. Elle n'avait pas été assignée. Bien que la Couronne ait offert d'acquitter ses frais de déplacement entre sa demeure en Alberta et la Cour, M^{me} Kephart n'a pas accepté de comparaître volontairement. Le demandeur et son avocat savaient que M^{me} Kephart n'allait pas témoigner. Le poursuivant savait, finalement, que si l'accusation contre le demandeur devant un tribunal civil devait être retirée, les responsables de la justice militaire envisageraient de porter une accusation contre lui devant un tribunal militaire afin, en cas de condamnation, qu'une peine d'emprisonnement lui soit infligée. Le poursuivant n'a pas divulgué cette information au demandeur non plus qu'à son avocat.

MESURES DE REDRESSEMENT DEMANDÉES

[5] Les mesures de redressement demandées au nom du demandeur dans le cadre de sa demande de contrôle judiciaire sont énoncées comme suit dans son avis de demande:

[TRADUCTION]

1. Un bref de prohibition, ou une ordonnance en guise et lieu d'un bref, adressé au lieutenant-colonel Alain Ménard, juge militaire présidant une Cour martiale permanente à la Base des Forces canadiennes Gagetown, au Nouveau-Brunswick, ou à tout autre juge militaire pouvant tenir une séance de cette cour ou y siéger, et lui interdisant d'instruire le procès du demandeur fondé sur un acte d'accusation daté du 28 avril 2000 et alléguant que le ou

a Charge Sheet dated 28 April 2000 alleging that he on or about 1 July 1999, at 7 Fowlers Court, at or near Combat Training Centre Gagetown, Oromocto, New Brunswick, did in committing an assault upon Kerri Kephart cause bodily harm to her, contrary to section 130 of the *National Defence Act* and section 267 of the *Criminal Code*.

2. Such further and other relief as this Honourable Court deems just.⁴

THE ISSUES

[6] The issues on this application for judicial review, paraphrased from the applicant's memorandum of fact and law⁵ are the following:

1. Whether this Court has jurisdiction under section 18 of the *Federal Court Act*⁶ to grant a writ of prohibition directed to a Military Judge presiding at a court martial.
2. Whether this application for a writ of prohibition is barred by section 18.5 [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5] of the *Federal Court Act*.
3. Whether a writ of prohibition should issue on the basis that the military justice system has lost jurisdiction.
4. Whether a writ of prohibition should issue on the basis that the second prosecution of the applicant in the military justice system is an abuse of process.

RELEVANT STATUTORY LAW

[7] The definition "federal board, commission or other tribunal" [as am. *idem*, s. 1] in subsection 2(1) of the *Federal Court Act*, subsection 18(1) and section 18.5 of that Act are set out in Schedule I to these reasons. It was not in dispute before me that the Standing Court Martial as constituted and the decision of which is here under review is a "federal board, commission or other tribunal" within the meaning given to that expression in subsection 2(1) of the *Federal Court Act*. Further, it was not in dispute before me that section 28 of the *Federal Court Act*, as referred to in the opening words of subsection 18(1) of that Act, is not relevant for the purposes of this matter.

vers le 1^{er} juillet 1999, au 7, Fowlers Court, au Centre d'instruction au combat de Gagetown, à Oromocto (Nouveau-Brunswick), ou près de ce centre, il a, en se livrant à des voies de fait sur Kerri Kephart, infligé des lésions corporelles à cette dernière, une infraction visée à l'article 130 de la *Loi sur la défense nationale* et à l'article 267 du *Code criminel*.

2. Toute mesure de redressement autre et additionnelle que l'honorable Cour pourra juger appropriée⁴.

QUESTIONS EN LITIGE

[6] Pour paraphraser l'exposé des faits et du droit du demandeur⁵, les questions en litige dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire sont les suivantes:

1. La Cour a-t-elle compétence, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*⁶, pour décerner un bref de prohibition visant un juge militaire qui préside une cour martiale?
2. L'article 18.5 [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale* fait-il obstacle à la présente demande de bref de prohibition?
3. Faut-il décerner un bref de prohibition au motif que le système de justice militaire a perdu compétence?
4. Faut-il décerner un bref de prohibition au motif que la deuxième poursuite contre le demandeur devant le système de justice militaire constitue un abus de procédure?

DISPOSITIONS LÉGISLATIVES PERTINENTES

[7] La définition d'«office fédéral» [mod., *idem*, art. 1] au paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* ainsi que le paragraphe 18(1) et l'article 18.5 de cette Loi sont reproduits à l'annexe I des présents motifs. Il n'a pas été contesté devant moi que la cour martiale permanente telle qu'elle est constituée et dont la décision fait l'objet du présent contrôle judiciaire est un «office fédéral» au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Il n'a pas non plus été contesté que l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, mentionné au début du paragraphe 18(1) de cette Loi, n'est pas pertinent aux fins de la présente affaire.

[8] Paragraph 60(1)(a) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 60, Sch. I, s. 30], subsection 66(1) [as am. by S.C. 1998, c. 35, s. 20], section 71 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 46], paragraph 130(1)(a) [as am. by S.C. 1998, c. 35, ss. 33, 92] and the closing words of subsection 130(1), paragraphs 139(1)(c) to (l) [as am. *idem*, s. 35], and sections 162 [as am. *idem*, s. 42], 173 [as am. *idem*] to 175 [as am. *idem*], 230 [as am. by S.C. 1991, c. 43, s. 21; 2000, c. 10, s. 2] and 230.1 [as enacted by S.C. 1991, c. 43, s. 21; 2000, c. 10, s. 3] of the *National Defence Act*⁷ are set in Schedule II to these reasons.

ANALYSIS

(1) Does this Court have jurisdiction under section 18 of the *Federal Court Act* to grant a writ of prohibition directed to a Military Judge in the circumstances here before the Court?

[9] The issue as stated in the foregoing subheading is essentially a restatement of the first issue identified on behalf of the applicant. For the purposes of my analysis, I will combine it with a consideration of the second issue question stated on behalf of the applicant, that is, whether or not the relief requested on behalf of the applicant is barred by section 18.5 of the *Federal Court Act*. If, as I will conclude, this Court has jurisdiction and exercise of that jurisdiction is not barred by section 18.5, I will then turn to the question of whether or not this Court should exercise its discretion to grant a writ of prohibition, as requested on behalf of the applicant, in all of the circumstances of this matter.

[10] As earlier indicated, section 28 of the *Federal Court Act*, as referred to in the opening words of subsection 18(1) of that Act, has no application on the facts of this matter. Thus, I am satisfied that the Trial Division has exclusive original jurisdiction to issue a writ of prohibition in the circumstances now before me if the Standing Court Martial presided over by the Military Judge whose decision is here under review is a “federal board, commission or other tribunal” as defined in subsection 2(1) of the *Federal Court Act* and if this Court’s jurisdiction is not ousted by section 18.5 of that

[8] L’alinéa 60(1)a) [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 60, ann. I, art. 30], le paragraphe 66(1) [mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 20], l’article 71 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 31, art. 46], l’alinéa 130(1)a) [mod. par L.C. 1998, ch. 35, art. 33, 92] et les derniers mots du paragraphe 130(1), les alinéas 139(1)c) à l) [mod. *idem*, art. 35] et les articles 162 [mod., *idem*, art. 42], 173 [mod., *idem*] à 175 [mod., *idem*], 230 [mod. par L.C. 1991, ch. 43, art. 21; 2000, ch. 10, art. 2] et 230.1 [édicte par L.C. 1991, ch. 43, art. 21; 2000, ch. 10, art. 3] de la *Loi sur la défense nationale*⁷ sont reproduits à l’annexe II des présents motifs.

ANALYSE

1) La Cour a-t-elle compétence, en vertu de l’article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, pour décerner un bref de prohibition visant un juge militaire dans les circonstances sous étude?

[9] La question telle qu’elle est énoncée dans le sous-titre qui précède est essentiellement une reformulation de la première question en litige présentée au nom du demandeur. Aux fins de mon analyse, je l’examinerai en même temps que la deuxième question en litige formulée au nom du demandeur, soit celle de savoir si l’article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale* fait ou non obstacle à la mesure de redressement demandée au nom du demandeur. Si, tel que je le conclurai, la Cour a compétence et l’article 18.5 ne fait pas obstacle à l’exercice de cette compétence, j’examinerai alors la question de savoir si la Cour doit ou non exercer son pouvoir discrétionnaire et décerner un bref de prohibition en l’espèce, tel qu’il est demandé au nom du demandeur.

[10] Comme je l’ai déjà indiqué, l’article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, mentionné au début du paragraphe 18(1) de cette Loi, ne s’applique pas en l’espèce. Je suis par conséquent convaincu que la Section de première instance a compétence initiale exclusive pour décerner un bref de prohibition dans les circonstances sous étude, si la cour martiale permanente présidée par le juge militaire dont la décision fait l’objet du présent contrôle judiciaire est un «office fédéral» au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* et si la compétence de la présente Cour n’est pas écartée par l’article 18.5

Act. For ease of reference, section 18.5 is repeated here:

18.5 Notwithstanding sections 18 and 18.1, where provision is expressly made by an Act of Parliament for an appeal as such to the Court, to the Supreme Court of Canada, to the Court Martial Appeal Court, to the Tax Court of Canada, to the Governor in Council or to the Treasury Board from a decision or order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with that Act. [Emphasis added.]

[11] I am satisfied that, pursuant to section 230 of the *National Defence Act*, and particularly paragraph (b) of that section, the applicant would have an appeal to the Court Martial Appeal Court from the legality of a finding of guilt made against him by the Standing Court Martial. One of the issues going to the legality of any such finding of guilt would be the jurisdiction of the Standing Court Martial, such jurisdiction being the precise issue determined by the presiding Military Judge in the decision that is here under review.⁸ But the foregoing conclusion begs the question of whether section 230, and particularly paragraph (b) of that section, constitutes a provision “expressly” providing for an appeal of the decision here under review.

[12] Section 230.1 of the *National Defence Act* provides for an appeal by the Minister where he or she questions the legality of any finding of not guilty by a Standing Court Martial, precisely the converse of the right of appeal granted to a person such as the applicant by paragraph 230(b). Section 230.1 goes further: it provides a right of appeal to the Minister respecting the legality of any decision of a Standing Court Martial that “terminates proceedings on a charge or that in any manner refuses or fails to exercise jurisdiction in respect of a charge”. Such a decision would be the converse of the decision here under review which upholds the jurisdiction of the Standing Court Martial in respect of the charge against the applicant. I am satisfied that this latter provision of section 230.1 constitutes an express provision made by an Act of Parliament for an appeal to the Court Martial Appeal Court that has no equivalent in

de la Loi. Par souci de commodité, l’article 18.5 est également reproduit ci-après.

18.5 Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu’une loi fédérale prévoit expressément qu’il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d’appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l’impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d’une décision ou d’une ordonnance d’un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d’un tel appel, faire l’objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d’évocation, d’annulation ni d’aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi. [Je souligne.]

[11] Je suis convaincu qu’en vertu de l’article 230 de la *Loi sur la défense nationale* et particulièrement de son alinéa b), le demandeur pourrait en appeler devant la Cour d’appel de la cour martiale de la légalité d’un verdict de culpabilité prononcé contre lui par la cour martiale permanente. La légalité d’un tel verdict concerne notamment la compétence de la cour martiale permanente, la question de cette compétence étant précisément celle tranchée par le juge militaire ayant présidé dans la décision sous étude⁸. Mais cette conclusion oblige à se demander si l’article 230, particulièrement l’alinéa 230b), constitue une disposition prévoyant «expressément» qu’on peut interjeter appel de la décision faisant l’objet du présent contrôle judiciaire.

[12] L’article 230.1 de la *Loi sur la défense nationale* prévoit que le ministre peut interjeter appel lorsqu’il met en question la légalité de tout verdict de non-culpabilité d’une cour martiale permanente, soit un droit d’appel exactement inverse de celui conféré à une personne comme le demandeur en vertu de l’alinéa 230b). L’article 230.1 va plus loin et accorde au ministre un droit d’appel relativement à la légalité d’une décision d’une cour martiale qui «met fin aux délibérations ou qui refuse ou fait défaut d’exercer sa juridiction à l’égard d’une accusation». Ce serait là une décision inverse de celle sous étude, qui confirme la compétence de la cour martiale permanente relativement à l’accusation portée contre le demandeur. Je suis convaincu qu’on a affaire avec ces dispositions de l’article 230.1 à une loi fédérale prévoyant expressément un droit d’appel devant la Cour d’appel de la cour

section 230 of the *National Defence Act* in favour of a person such as the applicant and, indeed, in any other provision of the *National Defence Act* or any other Act of Parliament to which I was referred.

[13] Contrasting the terminology of sections 230 and 230.1 of the *National Defence Act*, I conclude that the right of a person such as the applicant to appeal from a decision such as that which is here under review to the Court Martial Appeal Court, as a component of a finding of guilt, as provided in section 230, is not express, but when contrasted with the terminology of section 230.1, is merely implied.

[14] The second question arising out of the terminology of section 18.5 of the *Federal Court Act* is, then, whether a Standing Court Martial such as that giving rise to the decision here under review is a “federal board, commission or other tribunal” within the meaning given to that expression in subsection 2(1) of the *Federal Court Act*. As earlier noted, that a Standing Court Martial is a “federal board, commission or other tribunal” was essentially not in dispute before me.

[15] In *Glowczeski v. Canada (Minister of National Defence)*,⁹ Mr. Justice Muldoon wrote at pages 284-285:

It hardly needs analytical demonstration that the *National Defence Act*, . . . and the QR & O [Queen’s Regulations and Orders for the Canadian Forces] are authentic “laws of Canada” within the meaning of section 101 [of the *Constitution Act, 1867*], for the “better administration” of which this Court is established. Also, it hardly needs analytical demonstration that, in so far as they are “exercising . . . jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament” including regulations made under the authority thereof, the respondents are each “a federal board, commission or other tribunal” within the meaning of that expression under section 2 of the *Federal Court Act*. [Citation omitted.]

[16] More recently, in *Rushnell v. Canada (Attorney General)*,¹⁰ my colleague Mr. Justice Rouleau reached a substantially similar conclusion. At paragraphs 12 to 14 of his reasons, he wrote:

Upon consideration of the question, I find it is clear that the Federal Court, Trial Division, has the jurisdiction to hear

martiale, en faveur d’une personne comme le demandeur, sans qu’existent de dispositions équivalentes à l’article 230 de la *Loi sur la défense nationale*, dans le reste de cette Loi ou dans toute autre loi fédérale à laquelle on m’ait renvoyé.

[13] Après avoir comparé le libellé des articles 230 et 230.1 de la *Loi sur la défense nationale*, je conclus que le droit d’une personne comme le demandeur d’en appeler devant la Cour d’appel de la cour martiale d’une décision telle que celle sous étude, en tant qu’élément d’un verdict de culpabilité comme le prévoit l’article 230, n’est pas exprès mais simplement implicite, par contraste avec le libellé de l’article 230.1.

[14] La deuxième question soulevée par le libellé de l’article 18.5 de la *Loi sur la Cour fédérale* est alors celle de savoir si une cour martiale permanente comme celle concernée par la décision sous étude est un «office fédéral» au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Comme je l’ai déjà mentionné, on n’a pas véritablement contesté devant moi qu’une cour martiale permanente constitue un «office fédéral».

[15] Dans *Glowczeski c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*⁹, le juge Muldoon a écrit ce qui suit, aux pages 284 et 285:

Il n’est point besoin d’analyse logique pour affirmer que la *Loi sur la défense nationale* [. . .] ainsi que les Ordonnances et règlements [Ordonnances et règlements royaux applicables aux Forces canadiennes] sont véritablement des «lois du Canada» au sens de l’article 101 [de la *Loi constitutionnelle de 1867*], pour la «meilleure administration» desquelles cette Cour est établie. De même, il n’est point besoin d’analyse logique pour affirmer que, dans la mesure où il «exer[ce] . . . une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale, y compris ses règlements d’application, chacun des intimés est un «office fédéral» au sens de ce terme à l’article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*. [Renvoi omis.]

[16] Dans *Rushnell c. Canada (Procureur général)*¹⁰, plus récemment, mon collègue le juge Rouleau en est venu à une conclusion pratiquement identique. Il a écrit ce qui suit aux paragraphes 12 à 14 de ses motifs:

Après avoir examiné la question, j’estime clair que la Section de première instance de la Cour fédérale a

an application for a writ of prohibition from an application [sic] facing charges in a Standing Court Martial procedure. Section 18 of the *Federal Court Act* clearly grants the Court this power. It is true that section 18.5 limits the scope of review to those matters for which an appeal before the Court Martial of Appeal [sic] already exists. However, it is my understanding that the *National Defence Act* does, in no way, allows [sic] for appeals before the Court Martial of Appeal [sic] of an interim decision. In fact, the grounds for appeals are quite limited, as can be ascertained by section 230 of that Act:

[Quotation of section 230 of the *National Defence Act* omitted.]

While it is true that on appeal, an accused will be free to raise the issue of reasonable apprehension of bias, section 230 in no way precludes this Court from exercising its supervisory role. In fact, the opposite conclusion would be constitutionally doubtful, as no other Court would be qualified to exercise a supervisory role on the Court Martial institution.

It is also clear from section 231 of the *National Defence Act* that the supervisory role of the Federal Court was preserved:

231. The right of any person to appeal from the finding or sentence of a court martial shall be deemed to be in addition to and not in derogation of any rights that the person has under the law of Canada.

[17] I reach a similar conclusion here. I am satisfied that this Court's jurisdiction under section 18 of the *Federal Court Act* to provide the relief that the applicant herein is seeking is not ousted by section 18.5 of that Act.

(2) Should this Court exercise its discretion to grant prohibition?

[18] In *MacKay v. Rippon*,¹¹ Mr. Justice Cattanach wrote at pages 245-246:

Prohibition, like all prerogative writs, is not granted as of right but upon judicial discretion exercised with great caution and forbearance for the furtherance of justice when other remedies are not available.

When lack of jurisdiction is apparent on the face of the proceedings prohibition will issue but where want of jurisdiction is not so apparent then the granting of prohibition is discretionary.

compétence pour connaître d'une demande de bref de prohibition présentée par un demandeur qui doit répondre d'une accusation devant une cour martiale permanente. L'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* accorde clairement ce pouvoir à la Cour. Il est vrai que l'article 18.5 limite la portée du contrôle concernant les affaires qui peuvent déjà faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de la cour martiale. Toutefois, à ce que je comprends, la *Loi sur la défense nationale* ne permet aucunement l'appel d'une décision provisoire. En fait, les motifs d'appel sont très limités, comme en témoigne l'article 230 de cette Loi:

[Citation de l'article 230 de la *Loi sur la défense nationale* omise.]

Bien qu'il soit vrai qu'un accusé peut soulever en appel la question d'une crainte raisonnable de partialité, l'article 230 n'empêche nullement la Cour d'exercer son rôle de surveillance. De fait, la conclusion contraire pourrait être mise en doute sur le plan constitutionnel, car aucun autre tribunal ne serait qualifié pour exercer un rôle de surveillance sur l'institution de la cour martiale.

Il ressort aussi clairement de l'article 231 de la *Loi sur la défense nationale* que le rôle de surveillance de la Cour fédérale est maintenu:

231. Le droit d'interjeter appel du verdict ou de la sentence de la cour martiale est réputé s'ajouter, et non déroger, aux droits personnels reconnus par le droit canadien.

[17] J'en viens à une conclusion semblable en l'espèce. Je suis convaincu que la compétence conférée à la Cour, en vertu de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, d'accorder la mesure de redressement demandée par le demandeur aux présentes n'est pas écartée par l'article 18.5 de cette Loi.

2) La Cour devrait-elle exercer son pouvoir discrétionnaire et décerner un bref de prohibition?

[18] Dans *MacKay c. Rippon*¹¹, le juge Cattanach a écrit ce qui suit aux pages 245 et 246:

Le bref de prohibition, comme tous les brefs de prérogative, n'est pas accordé de plein droit, mais en vertu du pouvoir discrétionnaire des tribunaux, exercé avec grande prudence et bienveillance pour que justice soit faite en l'absence d'autres recours.

Lorsque l'incompétence est évidente, sur le vu des pièces procédurales, il y a lieu à prohibition, mais lorsque le vice de compétence n'est pas aussi clair, la délivrance d'un bref de prohibition est facultative.

In my view such a lack of jurisdiction is not apparent in view of the plethora of decisions following the *Drybones* case.

It therefore seems to me that the question of want of jurisdiction should have been raised first as a plea in bar of trial before the Standing Court Martial as the applicants were entitled to do and did not choose to do so.

In the event of this having been done and the decision of the Standing Court Martial had been adverse to the applicants the questions of lack of jurisdiction would have been properly raised on appeal to the Court Martial Appeal Court and there is an appeal from the Court Martial Appeal Court to the Supreme Court of Canada. [Emphasis added.]

[19] The foregoing passage, together with an additional paragraph, was quoted by Mr. Justice Rouleau in his reasons in *Rushnell*.¹² My colleague took the position that it could not be relied on. At paragraph 11 of his reasons, he wrote:

I do not accept the respondents' arguments in this respect and do not believe that the above-cited case can be relied upon anymore. Both the *National Defence Act* and the *Federal Court Act* have been amended since the issuance of the *MacKay* decision. Furthermore, as is clear from the following passage, Cattanach, J.'s opinion was merely an *obiter*.

"However, as I have said, in view of the conclusion I have reached it is not incumbent upon me to consider the exercise of my discretion to grant prohibition and I do not do so in these instances. I do not do so because I do not wish my remarks to trammel any of my brother Judges who might be obliged to consider the exact question."

[20] With great respect to Mr. Justice Rouleau, I find the passage from Mr. Justice Cattanach's reasons, above quoted, to be both relevant and apt as it relates to the discretionary nature of the relief of prohibition, and also as to the "great caution and forbearance" that should be exercised before granting prohibition on the facts of a matter such as this "where want of jurisdiction is not so apparent" on the face of the decision under review.

[21] Section 162 of the *National Defence Act*, quoted in Schedule II to these reasons, makes it abundantly clear that a charge such as that now faced by the applicant is to be dealt with as expeditiously as the circumstances permit. It was open to the applicant,

À mon avis, en l'espèce l'incompétence n'est pas évidente, vu les nombreuses décisions qui ont suivi l'affaire *Drybones*.

Il me semble donc que l'exception d'incompétence aurait dû être soulevée d'abord comme fin de non-recevoir devant la Cour martiale permanente, ce que les requérants étaient en droit de faire, mais n'ont pas fait.

Si cela avait été fait et que la Cour martiale permanente ait débouté les requérants sur l'exception d'incompétence, celle-ci aurait pu faire l'objet d'un appel devant le Tribunal d'appel des cours martiales dont l'arrêt peut lui-même faire l'objet d'un pourvoi à la Cour suprême du Canada. [Non souligné dans l'original.]

[19] Le juge Rouleau a cité le passage qui précède ainsi qu'un paragraphe additionnel dans *Rushnell*.¹² Mon collègue était d'avis qu'on ne pouvait se fonder sur la décision *MacKay*. Il a écrit ce qui suit au paragraphe 11 de ses motifs:

Je ne retiens pas les arguments des intimés à cet égard et je ne crois pas qu'il soit encore possible de s'appuyer sur la décision précitée. La *Loi sur la défense nationale* et la *Loi sur la Cour fédérale* ont toutes deux été modifiées depuis le prononcé de la décision *MacKay*. De plus, comme le révèle clairement le passage suivant, l'opinion du juge Cattanach ne constituait qu'une remarque incidente:

Toutefois, comme je l'ai dit, vu la conclusion à laquelle j'arrive, il ne m'appartient pas d'examiner si je puis exercer mon pouvoir discrétionnaire pour accorder le bref de prohibition, ce que je refuse de faire en l'espèce. Je m'y refuse, car je ne veux pas que mes remarques puissent gêner mes collègues qui pourraient avoir à statuer sur ce point précis.

[20] En toute déférence pour l'opinion du juge Rouleau, je suis d'avis que le passage précité des motifs du juge Cattanach est à la fois pertinent et juste pour ce qui est du caractère facultatif du bref de prohibition, ainsi que de la «grande prudence et bienveillance» qu'il y a lieu d'exercer avant de décerner un tel bref dans une situation comme celle en l'espèce où «l'incompétence n'est pas évidente» au vu de la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire.

[21] L'article 162 de la *Loi sur la défense nationale*, reproduit à l'annexe II des présents motifs, prévoit très clairement qu'une accusation comme celle à laquelle le demandeur fait actuellement face doit être traitée avec toute la célérité que les circonstances permettent. Il était

having challenged the jurisdiction of the Standing Court Martial to deal with the charge against him, and having had his challenge rejected, to allow the Standing Court Martial to proceed and, if he were found guilty, to appeal that finding of guilt on the ground that it was not legal by reason of want of jurisdiction. There was no evidence before me that his liberty interest was at issue pending final determination by a military judge or, indeed, pending final disposition of any appeal to the Court Martial Appeal Court. I am satisfied that such a course of action, and only such a course of action rather than the course of action that was here adopted, would have been consistent with section 162 of the *National Defence Act*.

[22] In *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*,¹³ a case not cited before me, Mr. Justice Strayer, on facts and in a context very different from those before me, wrote at pages 596-597:

Thus, the direct and proper way to contest an originating notice of motion which the respondent thinks to be without merit is to appear and argue at the hearing of the motion itself. This case well illustrates the waste of resources and time in adding on to what is supposed to be a summary judicial review proceeding the process of an interlocutory motion to strike. This motion to strike has involved a hearing before a trial judge and over one half day before the Court of Appeal, the latter involving the filing of several hundred pages of material, all to no avail.

While what is at issue on this application for judicial review is not the contesting of an originating notice of motion but rather a challenge to jurisdiction with respect to a Standing Court Martial, the issue of waste of resources to which Mr. Justice Strayer refers is very similar. The time taken in pursuit of this application for judicial review has been substantial. If my decision herein is appealed, significant further time will be involved. All of this is to be contrasted with the time that would have been required to proceed with the Standing Court Martial before a military judge, a proceeding which is to be dealt with expeditiously, and then to appeal the result in the event of a finding of guilt.

loisible au demandeur, après avoir contesté la compétence de la cour martiale permanente de traiter l'accusation portée contre lui et vu rejeter sa contestation, de laisser poursuivre l'instance puis, s'il devait être trouvé coupable, d'en appeler relativement à la légalité du verdict de culpabilité pour absence de compétence. Aucune preuve ne m'a été présentée quant à toute atteinte au droit à la liberté du demandeur dans l'attente de la décision finale d'un juge militaire, ou même de la conclusion définitive de tout appel devant la Cour d'appel de la cour martiale. Je suis convaincu qu'une telle ligne de conduite, et celle-là seule plutôt que celle qui a été adoptée, aurait été conforme à l'article 162 de la *Loi sur la défense nationale*.

[22] Dans *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*¹³, un arrêt que les parties n'ont pas cité, le juge Strayer a écrit ce qui suit à la page 597 à l'égard de faits et d'un contexte fort différents de ceux en l'espèce:

Par conséquent, le moyen direct et approprié par lequel la partie intimée devrait contester un avis de requête introductive d'instance qu'elle estime sans fondement consiste à comparaître et à faire valoir ses prétentions à l'audition de la requête même. La présente cause illustre bien le gaspillage de ressources et de temps qu'entraîne l'examen additionnel d'une requête interlocutoire en radiation dans le cadre d'une procédure de contrôle judiciaire qui devrait être sommaire. La présente requête en radiation a donné lieu, inutilement, à une audience devant le juge de première instance et à plus d'une demi-journée devant la Cour d'appel, ainsi qu'au dépôt, devant cette dernière, de plusieurs centaines de pages de documents.

Bien que la présente demande de contrôle judiciaire ne concerne pas la contestation d'un avis de requête introductive d'instance, mais plutôt une contestation de la compétence d'une cour martiale permanente, le problème de gaspillage de ressources mentionné par le juge Strayer se pose de manière très semblable. Le temps consacré à la présente demande de contrôle judiciaire a été considérable. S'il devait y avoir appel de ma décision, beaucoup de temps serait encore nécessaire. Tout cela par contraste avec le temps qui aurait été requis pour qu'un juge militaire d'une cour martiale permanente traite l'accusation, avec toute la célérité possible, puis qu'un appel soit interjeté en cas de verdict de culpabilité.

[23] Against the foregoing, I am satisfied that, on all of the facts of this matter, it would be contrary to the best interests of justice to grant prohibition in favour of the applicant in contemplation that such a grant might then constitute a precedent for added complexity in the processes of the military justice system. I reach this conclusion having in mind my conclusions which follow regarding the questionable merits of this application.

[24] Counsel for the applicant served notice of a constitutional question on the Attorney General of Canada and the attorney general of each province in accordance with section 57 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 19] of the *Federal Court Act*. A copy of the notice, together with proof of service, was filed in this Court on November 15, 2001. In the notice, the constitutional question was set out in the following terms:

The constitutional issue to be addressed in this case is the interface between the concurrent criminal law jurisdiction of the civilian justice system administered by the provinces pursuant to s. 92 (14) of the *Constitution Act, 1867* and of the military justice system administered by military authorities pursuant to s. 91(7) of the *Constitution Act, 1867*. The question to be determined is whether the civilian justice system's criminal law jurisdiction has primacy over the military justice system's criminal law jurisdiction. In other words, where the civilian justice system asserts criminal law jurisdiction over a matter, is the criminal law jurisdiction of the military justice system ousted? If this is not the case, does the Canadian Constitution permit a situation where there can be an unseemly competition between the civilian and military justice systems with each trying to assert its criminal law jurisdiction over a particular matter?

[25] Counsel for the applicant urged before me that the second prosecution of the applicant, that is to say the prosecution in the military justice system, amounts to an abuse of process in that the conduct of the Crown, both provincial and federal, violated the applicant's right to receive full and complete disclosure, impaired his right to make full answer and defence, and denied him the right to a trial within a reasonable time. Counsel further urged that the institution of a second prosecution against the applicant offends the general policy that multiple proceedings over the same matter should be avoided.

[23] Je suis convaincu, compte tenu de ce qui précède et de tous les faits d'espèce, qu'il ne serait pas dans l'intérêt véritable de la justice de décerner un bref de prohibition en faveur du demandeur, comme cela pourrait constituer un précédent qui rendrait plus complexe encore le système de justice militaire. J'en viens à cette conclusion en ayant à l'esprit mes conclusions exposées ci-après quant au bien-fondé douteux de la présente demande.

[24] L'avocat du demandeur a signifié un avis de question constitutionnelle au procureur général du Canada et au procureur général de chaque province, en conformité avec l'article 57 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 19] de la *Loi sur la Cour fédérale*. Une copie de l'avis, ainsi que la preuve de la signification, ont été produits à la Cour le 15 novembre 2001. Dans l'avis, la question constitutionnelle était énoncée comme suit:

[TRADUCTION] La question constitutionnelle devant être traitée dans la présente affaire concerne la compétence concurrente en matière de droit pénal entre le système de justice civile administré par les provinces en vertu du paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et le système de justice militaire administré par les autorités militaires en vertu du paragraphe 91(7) de cette loi. La question à trancher est celle de savoir si la compétence en droit pénal du système de justice civile a ou non prépondérance sur la compétence du système de justice militaire. En d'autres termes, lorsque le système de justice civile fait valoir sa compétence de droit pénal à l'égard d'une question, la compétence de droit pénal du système de justice militaire est-elle écartée? En cas contraire, la constitution canadienne permet-elle qu'existe une situation où il puisse y avoir concurrence inconvenante entre les systèmes de justice civile et militaire, chacun faisant valoir sa compétence de droit pénal à l'égard d'une situation particulière?

[25] L'avocat du demandeur a soutenu que la seconde poursuite contre le demandeur, celle devant le système de justice militaire, équivalait à un abus de procédure comme le comportement de la Couronne, tant provinciale que fédérale, portait atteinte à son droit à une pleine communication de la preuve, à son droit de présenter une défense pleine et entière et à son droit d'être jugé dans un délai raisonnable. L'avocat a soutenu en outre qu'engager une seconde poursuite contre le demandeur contrevient au principe général selon lequel il faut éviter les déclarations de culpabilité multiples à l'égard d'un même fait.

[26] I find no merit in any of these arguments.

[27] The proceeding against the applicant in the civilian justice system proceeded beyond the point where the applicant entered a plea of not guilty and, indeed, proceeded to the point of trial. At that point, Crown counsel advised the applicant and his counsel that he would be seeking a withdrawal of the charge and the applicant and his counsel were aware that the Crown's principal witness, perhaps even the Crown's only witness, was not available to testify. There was no evidence before me that the applicant or his counsel objected to a withdrawal. In fact, the evidence is to the contrary, notwithstanding that it should have been apparent to the applicant's counsel, if not to the applicant himself, that, if the charge against the applicant were not withdrawn, the result would almost inevitably have been a dismissal of the charge for want of evidence.

[28] It was indeed unfortunate that Crown counsel did not disclose to the applicant or his counsel, Crown counsel's knowledge that, if the charge in the civilian justice system were withdrawn, a charge might have been laid in the military justice system as indeed proved to be the case. But I am satisfied that this failure of disclosure was in no sense fatal: that is to say, that the failure of disclosure in no sense prejudiced the opportunity for the applicant, through his counsel, to make full answer and defence to the charge against him in the civilian justice system. The reality is that the applicant and his counsel were faced with a golden opportunity to obtain a dismissal of the charge against the applicant which would have forever barred an equivalent charge being laid in the military justice system. That they failed to take advantage of this opportunity should not now be relied upon to bar exercise of the concurrent jurisdiction vested in the military justice system.

[29] I find no basis whatsoever, on constitutional or other grounds, to differ from the conclusion of the Military Judge reflected in the decision here under review that, in all of the circumstances of this matter, the military justice system has not lost jurisdiction to institute proceedings arising out of the alleged conduct of the applicant which gave rise to the charge currently

[26] Je ne reconnais aucune valeur à ces arguments.

[27] La poursuite contre le demandeur devant le système de justice civile a été engagée jusqu'à un stade postérieur à l'inscription d'un plaidoyer de non-culpabilité et, en fait, jusqu'à la tenue du procès. À ce stade, l'avocat de la Couronne a informé le demandeur et son avocat qu'il demanderait le retrait de l'accusation, et ces derniers savaient que le principal, peut-être même le seul, témoin de la Couronne n'était pas disponible pour témoigner. Aucune preuve ne m'a été présentée selon laquelle le demandeur ou son avocat se sont objectés au retrait de l'accusation. La preuve va en fait en sens contraire, malgré qu'il aurait dû être manifeste pour l'avocat du demandeur, sinon même pour ce dernier, qu'au cas où l'accusation contre le demandeur n'aurait pas été retirée, le résultat final aurait presque inévitablement été le rejet, faute de preuve, de l'accusation.

[28] Il est de fait dommage que l'avocat de la Couronne n'ait pas divulgué au demandeur ou à son avocat que, si l'accusation devant le système de justice civile devait être retirée, il se pouvait qu'une accusation soit portée devant le système de justice militaire, comme cela s'est effectivement produit. Je suis cependant convaincu que ce défaut de divulguer n'avait rien de fatal. Ce défaut n'a empêché en rien le demandeur, par l'entremise de son avocat, d'opposer une défense pleine et entière à l'accusation portée contre lui devant le système de justice civile. En réalité, le demandeur et son avocat ont eu une occasion rêvée d'obtenir le rejet de l'accusation contre le demandeur, ce qui aurait empêché pour toujours qu'une accusation équivalente ne soit portée contre lui devant le système de justice militaire. Le défaut de profiter de cette occasion ne peut maintenant être invoqué pour faire obstacle à l'exercice de la compétence concurrente du système de justice militaire.

[29] Je conclus qu'il n'y a aucun motif, d'ordre constitutionnel ou autre, pour être en désaccord avec la conclusion du juge militaire exprimée dans la décision sous étude et selon laquelle, eu égard à toutes les circonstances de l'affaire, le système de justice militaire n'a pas perdu sa compétence pour tenter une poursuite relativement au comportement reproché du demandeur

outstanding against him in the military justice system. Put another way, I find no basis on which to conclude that the concurrent jurisdiction of the military justice system, under the *National Defence Act* has been ousted by the procedure followed in the civilian justice system, leading ultimately to the withdrawal of the charge against the applicant in that system.

[30] Further, I find no evidence before me on which to conclude that the conduct of Crown counsel and the conduct of military justice system authorities has given rise to an “unseemly competition” between the civilian and military justice systems, with each trying to assert, in some kind of competitive fashion, its jurisdiction arising out of the alleged conduct of the applicant.

[31] Finally, I find no basis on which to conclude that the conduct of Crown counsel and of military justice system authorities has caused a delay that is of such unreasonable duration that to permit the charge in the military justice system to proceed to trial would bring the administration of justice in Canada into disrepute.

CONCLUSION

[32] Based upon the foregoing, this application for judicial review and for the grant of relief in the nature of a writ of prohibition will be dismissed.

COSTS

[33] Counsel for the respondents urged that, in the event of success on the part of the respondents, costs should go in their favour. Counsel for the applicant noted that costs awards in criminal justice matters are extremely rare and an award simply is not warranted on the facts of this matter. While this judicial review arises in the context of a prosecution of the applicant in the military justice system, it is not, in and of itself, criminal in nature. The general rule on applications for judicial review such as this is the same as in actions before this Court; that is, costs follow the event in the absence of special circumstances justifying a different result. I find nothing on the facts of this matter or in the nature of the issues raised on this application for judicial review that

qui a donné lieu à l'accusation actuellement en instance contre lui devant ce système. En d'autres termes, je juge qu'il n'y a aucun motif pour conclure que la compétence concurrente du système de justice militaire, en vertu de la *Loi sur la défense nationale*, a été écartée par la procédure engagée devant le système de justice civile et qui a abouti en un retrait de l'accusation portée contre le demandeur.

[30] En outre, aucune preuve ne m'a été présentée permettant de conclure que le comportement de l'avocat de la Couronne ou celui des autorités du système de justice militaire dénotaient une «concurrence inconvenante» entre les systèmes de justice civile et militaire, chacun d'eux essayant de faire valoir sa compétence, avec un certain esprit de concurrence, à l'égard du comportement reproché du demandeur.

[31] Finalement, je juge qu'il n'y a aucun motif pour conclure que le comportement de l'avocat de la Couronne et celui des autorités du système de justice militaire ont entraîné un retard si déraisonnable que permettre l'instruction de l'accusation portée par le système de justice militaire est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

CONCLUSION

[32] Compte tenu de ce qui précède, la présente demande de contrôle judiciaire et de délivrance d'un bref de prohibition sera rejetée.

DÉPENS

[33] L'avocat des défendeurs a soutenu que, si ceux-ci avaient gain de cause, les dépens devraient leur être adjugés. L'avocat du demandeur a souligné pour sa part que les attributions de dépens étaient extrêmement rares dans les affaires pénales et qu'en l'espèce, une telle attribution n'était tout simplement pas justifiée. Bien que le présent contrôle judiciaire se rapporte à une poursuite intentée contre le demandeur au sein du système de justice militaire, il n'est pas de nature pénale de ce seul fait. La règle générale pour les demandes de contrôle judiciaire comme celle qui nous occupe est la même que pour les actions devant la Cour, soit que les dépens suivent l'issue de la cause en l'absence de circonstances spéciales justifiant un résultat contraire. Je

would justify a variation from the general rule. In the result, my order will provide that the respondents are entitled to their costs, on the ordinary scale, if demanded.

conclus que rien dans les faits d'espèce ou dans la nature des questions soulevées dans la présente demande de contrôle judiciaire ne justifie de s'écarter de la règle générale. Par suite, mon ordonnance prévoira que les défendeurs ont droit aux dépens, s'ils le demandent, calculés de la façon ordinaire.

SCHEDULE I

[*Federal Court Act*]

2. (1) In this Act,

...

“federal board, commission or other tribunal” means any body or any person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*;

...

18. (1) Subject to section 28, the Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

...

18.5 Notwithstanding sections 18 and 18.1, where provision is expressly made by an Act of Parliament for an appeal as such to the Court, to the Supreme Court of Canada, to the Court Martial Appeal Court, to the Tax Court of Canada, to the Governor in Council or to the Treasury Board from a decision or order of a federal board, commission or other tribunal made by or in the course of proceedings before that board, commission or tribunal, that decision or order is not, to the extent that it may be so appealed, subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with, except in accordance with that Act.

ANNEXE I

[*Loi sur la Cour fédérale*]

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[. . .]

«office fédéral» Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant exercé ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d'une prérogative royale, à l'exclusion d'un organisme constitué sous le régime d'une loi provinciale ou d'une personne ou d'un groupe de personnes nommées aux termes d'une loi provinciale ou de l'article 96 de la *Loi constitution-nelle de 1867*.

[. . .]

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour:

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

[. . .]

18.5 Par dérogation aux articles 18 et 18.1, lorsqu'une loi fédérale prévoit expressément qu'il peut être interjeté appel, devant la Cour fédérale, la Cour suprême du Canada, la Cour d'appel de la cour martiale, la Cour canadienne de l'impôt, le gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor, d'une décision ou d'une ordonnance d'un office fédéral, rendue à tout stade des procédures, cette décision ou cette ordonnance ne peut, dans la mesure où elle est susceptible d'un tel appel, faire l'objet de contrôle, de restriction, de prohibition, d'évocation, d'annulation ni d'aucune autre intervention, sauf en conformité avec cette loi.

SCHEDULE II

[*National Defence Act*]

60. (1) The following persons are subject to the Code of Service Discipline:

(a) an officer or non-commissioned member of the regular force;

...

66. (1) A person may not be tried or tried again in respect of an offence or any other substantially similar offence arising out of the facts that gave rise to the offence if, while subject to the Code of Service Discipline in respect of that offence, or if, while liable to be charged, dealt with and tried under the Code in respect of that offence, the person

(a) has been found not guilty by a service tribunal, civil court or court of a foreign state on a charge of having committed that offence; or

(b) has been found guilty by a service tribunal, civil court or court of a foreign state on a charge of having committed that offence and has been punished in accordance with the sentence.

...

71. Subject to section 66, nothing in the Code of Service Discipline affects the jurisdiction of any civil court to try a person for any offence triable by that court.

...

130. (1) An act or omission

(a) that takes place in Canada and is punishable under Part VII, the *Criminal Code* or any other Act of Parliament, or

...

is an offence under this Division and every person convicted thereof is liable to suffer punishment as provided in subsection (2).

...

139. (1) The following punishments may be imposed in respect of service offences and each of those punishments is a punishment less than every punishment preceding it:

...

(c) dismissal with disgrace from Her Majesty's service;

(d) imprisonment for less than two years;

ANNEXE II

[*Loi sur la défense nationale*]

60. (1) Sont seuls justiciables du code de discipline militaire:

a) les officiers ou militaires du rang de la force régulière;

[...]

66. (1) Ne peut être jugée — ou jugée de nouveau —, pour une infraction donnée ou toute autre infraction sensiblement comparable découlant des faits qui lui ont donné lieu, la personne qui, alors qu'elle est assujettie au code de discipline militaire à l'égard de cette infraction ou susceptible d'être accusée, poursuivie et jugée pour cette infraction sous le régime de ce code, se trouve dans l'une ou l'autre des situations suivantes:

a) elle a été acquittée de cette infraction par un tribunal civil ou militaire ou par un tribunal étranger;

b) elle a été déclarée coupable de cette infraction par un tribunal civil ou militaire ou par un tribunal étranger et a été punie conformément à la sentence.

[...]

71. Sous réserve de l'article 66, le code de discipline militaire n'a pas pour effet d'empêcher un tribunal civil de juger toute infraction pour laquelle il a compétence.

[...]

130. (1) Constitue une infraction à la présente section tout acte ou omission:

a) survenu au Canada et punissable sous le régime de la partie VII de la présente loi, du *Code criminel* ou de toute autre loi fédérale;

[...]

Quiconque en est déclaré coupable encourt la peine prévue au paragraphe (2).

[...]

139. (1) Les infractions d'ordre militaire sont passibles des peines suivantes, énumérées dans l'ordre décroissant de gravité:

[...]

c) destitution ignominieuse du service de Sa Majesté;

d) emprisonnement de moins de deux ans;

- (e) dismissal from Her Majesty's service;
- (f) detention;
- (g) reduction in rank;
- (h) forfeiture of seniority;
- (i) severe reprimand;
- (j) reprimand;
- (k) fine; and
- (l) minor punishments.

...

162. Charges under the Code of Service Discipline shall be dealt with as expeditiously as the circumstances permit.

...

173. A Standing Court Martial may try any officer or non-commissioned member who is liable to be charged, dealt with and tried on a charge of having committed a service offence.

...

174. Every military judge is authorized to preside at a Standing Court Martial, and a military judge who does so constitutes the Standing Court Martial.

175. A Standing Court Martial may not pass a sentence that includes a punishment higher in the scale of punishments than dismissal with disgrace from Her Majesty's service.

...

230. Every person subject to the Code of Service Discipline has, subject to subsection 232(3), the right to appeal to the Court Martial Appeal Court from a court martial in respect of any of the following matters:

- (a) with leave of the Court or a judge thereof, the severity of the sentence, unless the sentence is one fixed by law;
- (b) the legality of any finding of guilty;
- (c) the legality of the whole or any part of the sentence;
- (d) the legality of a finding of unfit to stand trial or not responsible on account of mental disorder;
- (e) the legality of a disposition made under section 201, 202 or 202.16; or
- (f) the legality of a decision made under subsection 196.14(1) or 196.15(1).

- e) destitution du service de Sa Majesté;
- f) détention;
- g) rétrogradation;
- h) perte de l'ancienneté;
- i) blâme;
- j) réprimande;
- k) amende;
- l) peines mineures.

[. . .]

162. Une accusation aux termes du code de discipline militaire est traitée avec toute la célérité que les circonstances permettent.

[. . .]

173. La cour martiale permanente a compétence en matière d'infractions d'ordre militaire imputées aux officiers et militaires du rang justiciables du code de discipline militaire.

[. . .]

174. La cour martiale permanente est constituée par un seul juge militaire.

175. La peine maximale que la cour martiale permanente peut infliger dans sa sentence est la destitution ignominieuse du service de Sa Majesté.

[. . .]

230. Toute personne assujettie au code de discipline militaire peut, sous réserve du paragraphe 232(3), exercer un droit d'appel devant la Cour d'appel de la cour martiale en ce qui concerne les décisions suivantes d'une cour martiale:

- a) avec l'autorisation de la Cour d'appel ou de l'un de ses juges, la sévérité de la sentence, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi;
- b) la légalité de tout verdict de culpabilité;
- c) la légalité de la sentence, dans son ensemble ou tel aspect particulier;
- d) la légalité d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité pour cause de troubles mentaux;
- e) la légalité d'une décision rendue aux termes de l'article 201, 202 ou 202.16;
- f) la légalité de la décision prévue aux paragraphes 196.14(1) ou 196.15(1).

230.1 The Minister, or counsel instructed by the Minister for that purpose, has, subject to subsection 232(3), the right to appeal to the Court Martial Appeal Court from a court martial in respect of any of the following matters:

- (a) with leave of the Court or a judge thereof, the severity of the sentence, unless the sentence is one fixed by law;
- (b) the legality of any finding of not guilty;
- (c) the legality of the whole or any part of the sentence;
- (d) the legality of a decision of a court martial that terminates proceedings on a charge or that in any manner refuses or fails to exercise jurisdiction in respect of a charge;
- (e) the legality of a finding of unfit to stand trial or not responsible on account of mental disorder;
- (f) the legality of a disposition made under section 201, 202 or 202.16; or
- (g) the legality of a decision made under subsection 196.14(1) or 196.15(1).

¹ Tribunal record entitled "Application On Jurisdiction", p. B.

² Tribunal record, pp. 164-167.

³ Tribunal record, pp. 164-165.

⁴ Applicant's application record, Tab 1, p. 3.

⁵ Applicant's application record, Tab 6, pp. 9-10.

⁶ R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4)].

⁷ R.S.C., 1985, c. N-5.

⁸ The day following the hearing of this application for judicial review, the Court Martial Appeal Court of Canada issued its reasons for judgment in *R. v. Lachance*, 2002 C.M.A.C. 7; [2002] C.M.A.J. No. 7 (QL), May 14, 2002. In those reasons, Mr. Justice Létourneau, for the Court, wrote at paragraphs 6 and 7:

Paragraph 230(b) of the Act gives an accused a right to appeal "the legality of any finding of guilty". But it is still necessary that the appeal be filed against this verdict. In the present case, the notice of appeal is addressed to "the legality of one or more verdicts" but without specifying which ones The grounds of appeal contained in the notice of appeal are addressed only to the decision of the military judge dismissing the motion to stay the proceedings. And in paragraph 6 of his memorandum, the appellant writes:

230.1 Le ministre ou un avocat à qui il a donné des instructions à cette fin peut, sous réserve du paragraphe 232(3), exercer un droit d'appel devant la Cour d'appel de la cour martiale en ce qui concerne les décisions suivantes d'une cour martiale:

- a) avec l'autorisation de la Cour d'appel ou de l'un de ses juges, la sévérité de la sentence, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi;
- b) la légalité de tout verdict de non-culpabilité;
- c) la légalité de la sentence, dans son ensemble ou tel aspect particulier;
- d) la légalité d'une décision d'une cour martiale qui met fin aux délibérations ou qui refuse ou fait défaut d'exercer sa juridiction à l'égard d'une accusation;
- e) relativement à l'accusé, la légalité d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité pour cause de troubles mentaux;
- f) la légalité d'une décision rendue aux termes de l'article 201, 202 ou 202.16;
- g) la légalité de la décision prévue aux paragraphes 196.14(1) ou 196.15(1).

¹ Dossier du tribunal, [TRADUCTION] «Demande concernant la compétence», à la p. B.

² Dossier du tribunal, aux p. 164 à 167.

³ Dossier du tribunal, aux p. 164 et 165.

⁴ Dossier de la demande du demandeur, onglet 1, à la p. 3.

⁵ Dossier de la demande du demandeur, onglet 6, aux p. 9 et 10.

⁶ L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4)].

⁷ L.R.C. (1985), ch. N-5.

⁸ Le lendemain de l'audience relative à la présente demande de contrôle judiciaire, la Cour d'appel de la Cour martiale a prononcé ses motifs dans la décision *R. c. Lachance*, 2002 C.A.C.M. 7; [2002] A.C.A.C. n° 7 (QL), le 14 mai 2002. Au nom de la Cour, le juge Létourneau a écrit ce qui suit aux paragraphes 6 et 7 de ces motifs:

L'alinéa 230(b) de la Loi accorde à un accusé un droit d'appel de «la légalité de tout verdict de culpabilité». Mais encore faut-il que l'appel soit logé à l'encontre de ce verdict. Dans le cas présent, l'avis d'appel s'attaque à «la légalité d'un ou de plusieurs verdicts», mais sans préciser lesquels [. . .] Quant à eux, les motifs d'appel contenus à l'avis d'appel ne portent que sur la décision du juge militaire rejetant la requête en arrêt des procédures. D'ailleurs, au paragraphe 6 de son mémoire l'appellant écrit: «Seule la décision du juge militaire

“[TRANSLATION] This is an appeal only of the military judge’s decision to dismiss the appellant’s motion.” But that decision is not a finding within the meaning of section 230 of the Act, and it is not a finding alone that can be appealed.

However, on an appeal specifically filed against a finding of guilty, a decision refusing to order a stay of proceedings may also be reviewed and set aside if the pre-trial delay is unreasonable, if it so prejudiced the accused that the trial should have been prohibited and, accordingly, it resulted in a conviction that is unlawful because it is contrary to the Charter. [Citation omitted.]

I am satisfied that the *Lachance* decision supports my conclusion on this point. The reasons in *Lachance*, provided to the Court and counsel for the applicant by counsel for the respondent, were drawn by the Court to the attention of counsel for the applicant and he was provided an opportunity to make written submissions with respect to them. Submissions were received and have been taken into account in these reasons.

⁹ [1989] 3 F.C. 281 (T.D.).

¹⁰ (2001), 201 F.T.R. 196 (F.C.T.D.).

¹¹ [1978] 1 F.C. 233 (T.D.).

¹² *Supra*, note 10.

¹³ [1995] 1 F.C. 588 (C.A.).

de rejeter la requête de l’appelant fait l’objet du présent appel». Or, cette décision n’est pas un verdict au sens de l’article 230 de la Loi qui peut faire seule l’objet d’un appel.

Par contre, l’appel proprement logé à l’encontre d’un verdict de culpabilité permet aussi de faire réviser et casser une décision refusant d’ordonner l’arrêt des procédures dans la mesure où le délai d’attente du procès est déraisonnable, a porté préjudice à l’accusé au point de devoir en interdire la tenue et, en conséquence, débouche sur un verdict illégal de culpabilité parce que contraire à la Charte. [Renvoi omis.]

Je suis convaincu que la décision *Lachance* était ma conclusion sur ce point. Les motifs dans *Lachance*, soumis par l’avocat du défendeur à la Cour et à l’avocat du demandeur, ont été portés à l’attention de ce dernier par la Cour et il a eu l’occasion de présenter des arguments écrits à leur sujet. Ces arguments ont été reçus et pris en compte dans les présents motifs.

⁹ [1989] 3 C.F. 281 (1^{re} inst.).

¹⁰ (2001), 201 F.T.R. 196 (C.F. 1^{re} inst.).

¹¹ [1978] 1 C.F. 233 (1^{re} inst.).

¹² *Supra*, note 10.

¹³ [1995] 1 C.F. 588 (C.A.).

A-422-01
2002 FCA 216

A-422-01
2002 CAF 216

SmithKline Beecham Pharma Inc. and Beecham Group p.l.c. (Appellants) (Applicants)

SmithKline Beecham Pharma Inc. et Beecham Group p.l.c. (appelantes) (demandereses)

v.

c.

Apotex Inc. and The Minister of Health (Respondents) (Respondents)

Apotex Inc. et Le ministre de la Santé (intimés) (défendeurs)

INDEXED AS: SMITHKLINE BEECHAM PHARMA INC. v. APOTEX INC. (C.A.)

RÉPERTORIÉ: SMITHKLINE BEECHAM PHARMA INC. c. APOTEX INC. (C.A.)

Court of Appeal, Linden, Evans and Malone J.J.A.—
Toronto, May 9; Ottawa, May 28, 2002.

Cour d'appel, juges Linden, Evans et Malone, J.C.A.—
Toronto, 9 mai; Ottawa, 28 mai 2002.

Patents — Appeal from dismissal of application under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 6(1) for order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance — SmithKline obtaining patent for paroxetine hydrochloride formulated by conventional methods of admixture such as blending, filling, compressing — Subsequently discovering wet formulation causing undesirable pink hue — Obtaining second patent for paroxetine formulated into tablets by process in which water absent — Applications Judge holding SmithKline not disproving Apotex's allegation second patent invalid due to anticipation — Appeal dismissed — Legal test for anticipation whether prior publication containing sufficient information to enable person of ordinary skill, knowledge in field to understand nature of invention, carry it into practical use without aid of inventive genius but purely by mechanical skill — Whether invention anticipated question of mixed fact, law — As Applications Judge used correct legal test, C.A. would intervene only if palpable, overriding error — Applications Judge finding as fact no inventive step or skill required to arrive at second patent — Appellants not establishing Applications Judge erred in consideration of evidence as whole — Court not inclined to disturb essentially factual finding.

Brevets — Appel du rejet d'une requête présentée en vertu de l'art. 6(1) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), visant à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité — SmithKline a obtenu un brevet pour le chlorhydrate de paroxétine formulé selon les méthodes courantes de mélange consistant, par exemple, à mélanger, remplir et comprimer — Par la suite, SmithKline a découvert que le procédé de formulation par voie humide entraîne l'apparition d'une coloration rose non souhaitable — Elle a obtenu un deuxième brevet pour la paroxétine formulée au moyen d'un procédé sans eau — Le juge des requêtes a conclu que SmithKline n'avait pu démontrer que l'allégation formulée par Apotex selon laquelle le deuxième brevet était invalide pour cause d'antériorité n'était pas fondée — Appel rejeté — Le critère juridique pour l'anticipation consiste à déterminer si la publication antérieure renferme suffisamment d'information pour permettre à une personne ayant des compétences et des connaissances moyennes dans le domaine de comprendre la nature de l'invention et de la rendre utilisable en pratique, sans l'aide du génie inventif, mais uniquement grâce à une habileté d'ordre technique — La question de l'antériorité à l'égard d'une invention est une question mixte de fait et de droit — Comme le juge des requêtes a utilisé le critère juridique approprié de l'antériorité, la Cour d'appel n'interviendrait que si la conclusion du juge des requêtes constitue une erreur manifeste et dominante — Le juge des requêtes a constaté que le deuxième brevet n'avait nécessité aucune étape inventive ni aucun génie inventif — Les appelantes n'ont pas établi que le juge des requêtes a commis une erreur en prenant en considération l'ensemble de la preuve pour arriver à sa conclusion — La Cour n'est pas disposée à modifier ce qui constitue essentiellement une conclusion de fait.

This was an appeal from the dismissal of an application under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, subsection 6(1) for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the respondent, Apotex Inc., in connection with paroxetine hydrochloride tablets. Patent No. 1287060 (the '060 patent) issued to SmithKline for crystalline paroxetine hydrochloride formulated by conventional methods of admixture such as blending, filling and compressing. Subsequently SmithKline discovered that the wet formulation process caused an undesirable pink hue to the tablets. It obtained Patent No. 2178637 (the '637 patent) for paroxetine formulated by a process in which water is absent. The disclosure acknowledged that such techniques are generally known in the art of pharmaceutical science. Apotex made an abbreviated new drug submission for a notice of compliance for its own version of paroxetine hydrochloride tablets. It alleged that SmithKline's '637 patent was not valid because it was anticipated by the '060 patent. In response, SmithKline applied for the order of prohibition. The Applications Judge held that SmithKline had failed to disprove Apotex's allegation that the '637 patent was invalid due to anticipation. The issue was whether he erred in so finding.

Held, the appeal should be dismissed.

Anticipation is difficult to establish. The legal question is whether the prior publication (the '060 patent) contains sufficient information to enable a person of ordinary skill and knowledge in the field to understand the nature of the invention and carry it into practical use without the aid of inventive genius but purely by mechanical skill. Whether a claimed invention has been anticipated is a question of mixed fact and law as it requires the application of a legal standard to a set of facts. The Applications Judge used the correct legal test of anticipation. Therefore the Court of Appeal could intervene only if his finding constituted a palpable and overriding error.

The Applications Judge found as a fact that "no inventive step or skill" was required to arrive at the '637 patent. The instructions for arriving at the formulation claimed by the '637 patent are clearly and unmistakably present in the '060 patent. Mechanical skill rather than inventive genius is required to apply the '060 patent to arrive at the '637 patent.

Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre du rejet d'une requête présentée en vertu du paragraphe 6(1) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, visant à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'intimée, Apotex Inc. (Apotex), pour des comprimés de chlorhydrate de paroxétine. Le brevet n° 1287060 (le brevet '060) a été délivré à SmithKline pour le chlorhydrate de paroxétine cristallin, formulé selon les méthodes courantes de mélange consistant, par exemple, à mélanger, remplir et comprimer. Par la suite, SmithKline a découvert que le procédé de formulation par voie humide entraîne l'apparition d'une coloration rose non souhaitable sur les comprimés. Elle a obtenu le brevet n° 2178637 (le brevet '637) pour la paroxétine formulée au moyen d'un procédé sans eau. La divulgation reconnaît que ces techniques sont habituellement connues en sciences pharmaceutiques. Apotex a fait une présentation abrégée de drogue nouvelle en vue d'obtenir un avis de conformité pour sa propre formulation de comprimés de chlorhydrate de paroxétine. Elle a allégué que le brevet '637 de SmithKline est invalide en raison de l'antériorité constituée par le brevet '060. En réponse, SmithKline a demandé une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité. Le juge des requêtes a conclu que SmithKline n'avait pu démontrer que l'allégation formulée par Apotex selon laquelle le brevet '637 était invalide pour cause d'antériorité n'était pas fondée. La question en litige est de savoir si c'est à tort qu'il est arrivé à cette conclusion.

Arrêt: l'appel doit être rejeté.

L'antériorité est difficile à établir. La question qui se pose au plan juridique est de savoir si la publication antérieure (le brevet '060) renferme suffisamment d'information pour permettre à une personne ayant des compétences et des connaissances moyennes dans le domaine de comprendre la nature de l'invention et de la rendre utilisable en pratique, sans l'aide du génie inventif, mais uniquement grâce à une habileté d'ordre technique. La question de l'antériorité à l'égard d'une invention revendiquée est une question mixte de fait et de droit, car elle suppose l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits. Le juge des requêtes a utilisé le critère juridique approprié de l'antériorité. La Cour d'appel n'interviendrait que si la conclusion du juge des requêtes constitue une erreur manifeste et dominante.

Le juge des requêtes a constaté que le brevet '637 n'avait nécessité «aucune étape inventive ni aucun génie inventif». Les instructions permettant d'arriver à la formulation revendiquée dans le brevet '637 sont clairement et infailliblement présentes dans le brevet '060. Il faut une habileté d'ordre technique, plutôt que du génie inventif, pour

The appellants did not establish that the Applications Judge erred in his consideration of the evidence as a whole to arrive at this conclusion. The fact that the '060 patent contains additional information and instructions not present in the '637 patent was immaterial to whether the '060 patent contains all the information which, for practical purposes is needed to produce the '637 patent without the exercise of any inventive skill.

Patent Act, section 32 permits a person who has invented any improvement on any patented invention to obtain a patent for the improvement. But the Applications Judge determined that there was no "improvement" claimed in the '637 patent. The Court of Appeal was not inclined to disturb the essentially factual finding that there was nothing new or novel in the '637 patent.

SmithKline alluded to the ostensible inconsistency in the Applications Judge's determination that the '637 patent was anticipated yet not obvious. Given that the '637 patent was anticipated, if SmithKline was correct that an invention cannot be both anticipated and not obvious, then the only possible inference could be that it was obvious. But as SmithKline did not challenge the Applications Judge's finding that the invention was not obvious, the Court of Appeal was not required to resolve the issue, but simply noted that anticipation and obviousness are distinct concepts.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870, s. C.08.004 (as am. by SOR/95-411, s. 6).

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 28.2(1) (as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 33), 32.

Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 6(1) (as am. by SOR/98-166, s. 5).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Free World Trust v. Électro Santé Inc., [2000] 2 S.C.R. 1024; (2000), 194 D.L.R. (4th) 232; 9 C.P.R. (4th) 168; 263 N.R. 150; *Beloit Can. Ltée/Ltd. v. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289; 64 N.R. 287 (F.C.A.).

appliquer le brevet '060 et arriver au brevet '637. Les appelants n'ont pas établi que le juge des requêtes a commis une erreur en prenant en considération l'ensemble de la preuve pour arriver à sa conclusion. Le fait que le brevet '060 renferme des renseignements et des instructions supplémentaires, absents du brevet '637, est sans importance pour établir si le brevet '060 contient tous les renseignements nécessaires, en pratique, à la production du brevet '637 sans l'exercice de quelque génie inventif.

L'article 32 de la *Loi sur les brevets* permet à l'auteur d'un perfectionnement à une invention brevetée d'obtenir un brevet pour ce perfectionnement. Mais le juge des requêtes a conclu qu'il n'y a aucun «perfectionnement» revendiqué dans le brevet '637. La Cour d'appel n'est pas disposée à modifier la conclusion qu'il n'y a rien de nouveau ou de neuf dans le brevet '637, qui constitue essentiellement une conclusion de fait.

SmithKline fait également allusion à l'apparente incohérence de la décision du juge des requêtes, qui conclut que le brevet '637 est antérieur, mais n'est pas évident. Compte tenu du fait que le brevet '637 est antérieur, si SmithKline a effectivement raison d'affirmer qu'une invention ne peut à la fois être antérieure et avoir un caractère non évident, la seule déduction possible dans ce cas serait de conclure à l'évidence de l'invention. Mais comme SmithKline n'a pas contesté la décision du juge des requêtes sur le caractère non évident de l'invention, la Cour d'appel n'a pas à se prononcer sur la question, mais note simplement que les notions de l'antériorité et du caractère évident de l'invention sont distinctes.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 28.2(1) (édité par L.C. 1993, ch. 15, art. 33), 32.

Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870, art. C.08.004 (mod. par DORS/95-411, art. 6).

Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 6(1) (mod. par DORS/98-166, art. 5).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Free World Trust c. Électro Santé Inc., [2000] 2 R.C.S. 1024; (2000), 194 D.L.R. (4th) 232; 9 C.P.R. (4th) 168; 263 N.R. 150; *Beloit Can. Ltée/Ltd. c. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289; 64 N.R. 287 (C.A.F.).

DISTINGUISHED:

Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc. (1997), 77 C.P.R. (3d) 547 (F.C.T.D.); *Farbwerke Hoechst v. Halocarbon (Ontario) Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 929; (1979), 104 D.L.R. (3d) 51; 42 C.P.R. (2d) 145; 27 N.R. 582; *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457 (C.A.).

REFERRED TO:

Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp. (1991), 35 C.P.R. (3d) 350; 125 N.R. 218 (F.C.A.); *Reeves Brothers Inc. v. Toronto Quilting & Embroidery Ltd.* (1978), 43 C.P.R. (2d) 145 (F.C.T.D.); *Housen v. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 219 Sask. R. 1; 286 N.R. 1 (S.C.C.); *E. I. Du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe's) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.).

AUTHORS CITED

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.
Hughes and Woodley on Patents, looseleaf ed. Toronto: Butterworths, 1984.

APPEAL from dismissal of an application for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance (*SmithKline Beecham Pharma Inc. v. Apotex Inc.*, [2001] 4 F.C. 518; (2001), 14 C.P.R. (4th) 76 (T.D.)). Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Anthony George Creber and *James E. Mills* for appellants (applicants).
Harry B. Radomski, *Andrew R. Brodtkin* and *Ivor M. Hughes* for respondent (respondent) Apotex Inc.
 No one appearing for respondent (respondent) The Minister of Health.

SOLICITORS OF RECORD:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for appellants (applicants).
Goodmans LLP, Toronto, for respondent (respondent) Apotex, Inc.
Deputy Attorney General of Canada for respondent (respondent) The Minister of Health.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc. (1997), 77 C.P.R. (3d) 547 (C.F. 1^{re} inst.); *Farbwerke Hoechst c. Halocarbon (Ontario) Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 929; (1979), 104 D.L.R. (3d) 51; 42 C.P.R. (2d) 145; 27 N.R. 582; *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES:

Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp. (1991), 35 C.P.R. (3d) 350; 125 N.R. 218 (C.A.F.); *Reeves Brothers Inc. c. Toronto Quilting & Embroidery Ltd.* (1978), 43 C.P.R. (2d) 145 (C.F. 1^{re} inst.); *Housen c. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 219 Sask. R. 1; 286 N.R. 1 (C.S.C.); *E. I. Du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe's) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.).

DOCTRINE

Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.
Hughes and Woodley on Patents, looseleaf ed. Toronto: Butterworths, 1984.

APPEL du rejet d'une requête visant à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (*SmithKline Beecham Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, [2001] 4 C.F. 518; (2001), 14 C.P.R. (4th) 76 (1^{re} inst.)). Appel rejeté.

ONT COMPARU:

Anthony George Creber et *James E. Mills* pour les appelantes (demanderesses).
Harry B. Radomski, *Andrew R. Brodtkin* et *Ivor M. Hughes* pour l'intimée (défenderesse) Apotex Inc.
 Personne n'a comparu au nom de l'intimé (défendeur) le ministre de la Santé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, pour les appelantes (demanderesses).
Goodmans LLP, Toronto, pour l'intimée (défenderesse) Apotex Inc.
Le sous-procureur général du Canada pour l'intimé (défendeur) le ministre de la Santé.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LINDEN J.A.:

INTRODUCTION

[1] This is an appeal from an order of Gibson J. [[2001] 4 F.C. 518 (T.D.)] (the Applications Judge) in which he dismissed an application brought pursuant to subsection 6(1) [as am. by SOR/98-166, s. 5] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, (the Regulations). The appellants, SmithKline Beecham Pharma Inc. and Beecham Group p.l.c. (SmithKline), sought an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to the respondent, Apotex Inc. (Apotex), in connection with paroxetine hydrochloride tablets. The Applications Judge declined to grant the order.

[2] At the heart of this appeal is the relationship between two patents for paroxetine, a therapeutic drug commonly used to treat depression. The sole question to be resolved, according to the appellant, is whether one patent was anticipated by the other and is, therefore, invalid. In my view, the Applications Judge did not err in holding that it was.

FACTS

[3] Canadian letters patent No. 1287060 (the '060 patent), entitled "Crystalline Paroxetine HCL", was issued to SmithKline on July 30, 1991. The abstract of the '060 patent indicates that it relates to "crystalline paroxetine hydrochloride hemihydrate, processes for its preparation and compositions containing it." The disclosure of the '060 patent includes the following statements that are particularly relevant to this appeal:

In its preferred aspect the present invention provides paroxetine hydrochloride hemihydrate in pharmaceutically acceptable form.

The present invention also provides a pharmaceutical composition comprising crystalline paroxetine hydrochloride hemihydrate and a pharmaceutically acceptable carrier.

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

LE JUGE LINDEN, J.C.A.:

INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre d'une ordonnance du juge Gibson [[2001] 4 C.F. 518 (1^{re} inst.)] (le juge des requêtes) rejetant une requête présentée en vertu du paragraphe 6(1) [mod. par DORS/98-166, art. 5] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, (le Règlement). Les appelantes, SmithKline Beecham Pharma Inc. et Beecham Group p.l.c. (SmithKline), voulaient obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'intimée, Apotex Inc. (Apotex), pour des comprimés de chlorhydrate de paroxétine. Le juge des requêtes a refusé de prononcer l'ordonnance.

[2] Le présent appel porte essentiellement sur la relation entre deux brevets concernant la paroxétine, médicament courant pour le traitement de la dépression. L'unique question à trancher, selon l'appelante, porte sur le point de savoir si un brevet a été antériorisé par un autre de sorte qu'il est invalide. J'estime que le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en concluant à l'invalidité du second brevet.

LES FAITS

[3] Les lettres patentes canadiennes n° 1287060 (le brevet '060), intitulées «Crystalline Paroxetine HCL», ont été délivrées à SmithKline le 30 juillet 1991. Le résumé du brevet '060 indique qu'il concerne [TRADUCTION] «le chlorhydrate de paroxétine semi-hydraté cristallin, ses procédés de préparation et les compositions qui en contiennent». La divulgation du brevet '060 renferme les énoncés suivants, qui intéressent particulièrement le présent appel:

[TRADUCTION] Sous son aspect privilégié, la présente invention permet d'obtenir du chlorhydrate de paroxétine semi-hydraté sous forme acceptable sur le plan pharmaceutique.

La présente invention permet aussi d'obtenir une composition pharmaceutique comprenant du chlorhydrate de paroxétine semi-hydraté cristallin et un adjuvant acceptable sur le plan pharmaceutique.

The compositions of this invention are usually adapted for oral administration, but formulations for dissolution for parenteral administration are also within the scope of this invention.

The composition is usually presented as a unit dose composition containing from 1 to 200 mg, more usually from 5 to 100 mg, for example 10 to 50 mg such as 12.5, 15, 20, 25 or 30 mg. Such composition is normally taken from 1 to 6 times daily, for example 2, 3 or 4 times daily so that the total amount of active agent administered is within the range 5 to 400 mg.

Preferred unit dosage forms include tablets or capsules.

The composition of this invention may be formulated by conventional methods of admixture such as blending, filling and compressing. [Underlining added.]

[4] After the issuance of the '060 patent, some of the tablets of paroxetine produced by SmithKline had a pink hue or coloration, which was a major concern to SmithKline. This problem was remedied by using a formulation process in which water is absent, such as "direct compression" or "dry granulation". Upon discovering that such a process solved the problem, SmithKline applied for and was issued Canadian letters patent No. 2178637 (the '637 patent), which purported to disclose "novel formulations" of the drug paroxetine.

[5] The '637 patent, entitled "Paroxetine Tablets and Process to Prepare Them", was filed on December 14, 1994, and has a priority date of December 15, 1993. The abstract of the '637 patent indicates that it relates to "paroxetine which is formulated into tablets using a process in which water is absent." The disclosure of the '637 patent refers to the "pink hue which is highly undesirable" and asserts that "it has also been surprisingly found that paroxetine formulated into a tablet using a process in which water is absent, is much less likely to develop a pink hue." The disclosure acknowledges that such techniques are "generally known in the art of pharmaceutical science." None of the claims of the '637 patent refer to the pink hue problem; all build upon claim 1, which reads: "A

Les compositions de cette invention sont habituellement adaptées pour une administration par voie orale, mais les formulations destinées à une dissolution en vue d'une administration parentérale font également partie de cette invention.

La composition adopte généralement des formes posologiques unitaires contenant de 1 à 200 mg, plus souvent de 5 à 100 mg, par exemple de 10 à 50 mg, comme 12,5, 15, 20, 25 ou 30 mg. La composition se prend normalement de 1 à 6 fois par jour, par exemple 2, 3 ou 4 fois par jour, de manière que la dose totale de l'ingrédient actif administré se situe dans la fourchette de 5 à 400 mg.

Les formes posologiques unitaires privilégiées comprennent les comprimés ou les capsules.

La composition de cette invention peut être formulée suivant les méthodes courantes de mélange consistant, par exemple, à mélanger, remplir et comprimer. [Soulignement ajouté.]

[4] Après la délivrance du brevet '060, l'apparition d'une teinte ou d'une coloration rose sur certains comprimés de paroxétine produits par SmithKline a constitué un sujet de préoccupation majeur pour SmithKline. Elle a remédié au problème en utilisant un procédé de fabrication sans eau, comme la [TRADUCTION] «compression directe» ou la [TRADUCTION] «granulation par voie sèche». Après la découverte du procédé qui résolvait le problème, SmithKline a demandé et obtenu les lettres patentes canadiennes n° 2178637 (le brevet '637), qui visaient la divulgation de [TRADUCTION] «formulations nouvelles» de paroxétine.

[5] Le brevet '637, intitulé «Paroxetine Tablets and Process to Prepare Them», a été déposé le 14 décembre 1994 et il comporte une date de priorité fixée au 15 décembre 1993. Le résumé du brevet '637 indique qu'il concerne de la [TRADUCTION] «paroxétine formulée en comprimés à l'aide d'un procédé sans eau». La divulgation du brevet '637 fait mention de la [TRADUCTION] «teinte rose, [ce qui n'est] absolument pas souhaitable» et affirme: [TRADUCTION] «Nous avons également découvert à notre grande surprise que la paroxétine formulée en comprimés au moyen d'un procédé sans eau risque beaucoup moins de prendre cette teinte rose.» La divulgation reconnaît que ces techniques sont [TRADUCTION] «habituellement connues en sciences pharmaceutiques». Aucune des

paroxetine formulation which is prepared on a commercial scale into tablets using a formulation process in which water is absent.”

[6] Apotex made an abbreviated new drug submission for a notice of compliance under section C.08.004 [as am. by SOR/95-411, s. 6] of the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, for its own version of paroxetine hydrochloride tablets. On March 1, 1999, pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, *supra*, Apotex alleged, among other things not at issue in this appeal, that SmithKline’s ‘637 patent is not valid because it was anticipated by the ‘060 patent. On April 16, 1999, in response to Apotex’s allegation, SmithKline applied for an order prohibiting the Minister of Health from issuing the notice of compliance.

THE DECISION OF THE APPLICATIONS JUDGE

[7] The Applications Judge first noted that, while Apotex possessed the initial evidentiary burden of proving its allegations, once it had put the issues “in play”, SmithKline then carried the legal burden of disproving Apotex’s allegations. According to the Applications Judge, SmithKline was not required to justify the validity of the patent or establish infringement, but merely to disprove the allegations made by Apotex and, in doing so, was entitled to rely on the “presumption of validity”.

[8] The Applications Judge held that Apotex produced sufficient evidence to put the anticipation issue in play and that the appellants failed to show that the ‘637 patent was not anticipated by the ‘060 patent. Therefore, he held that SmithKline had failed to establish that Apotex’s allegation of invalidity was unjustified, stating [at paragraphs 40 and 44]:

Having determined that a wet formulation of paroxetine tablets gives rise to a ‘pink hue problem’, a problem of significant enough magnitude to cause a skilled person to seek out at least a partial solution to the problem, I am satisfied that

revendications du brevet ‘637 ne fait référence au problème de la coloration rose; les revendications se fondent toutes sur la première, qui porte: [TRADUCTION] «Une formulation de paroxétine qui est préparée en comprimés sur une base commerciale en utilisant un procédé de fabrication sans eau.»

[6] Apotex a fait une présentation abrégée de drogue nouvelle en vue d’obtenir un avis de conformité en vertu de l’article C.08.004 [mod. par DORS/95-411, art. 6] du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, pour sa propre formulation de comprimés de chlorhydrate de paroxétine. Le 1^{er} mars 1999, en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, précité, Apotex a allégué, entre autres éléments ne faisant pas l’objet du présent appel, que le brevet ‘637 de SmithKline est invalide en raison de l’antériorité constituée par le brevet ‘060. Le 16 avril 1999, en réponse à l’allégation d’Apotex, SmithKline a demandé une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité.

LA DÉCISION DU JUGE DES REQUÊTES

[7] Le juge des requêtes a fait remarquer au départ qu’Apotex avait le fardeau initial de présenter la preuve de ses allégations, mais qu’une fois les questions mises en jeu, il incombait à SmithKline de réfuter les allégations d’Apotex. Selon le juge des requêtes, SmithKline n’était pas tenue de justifier la validité du brevet ni d’établir la contrefaçon, mais devait simplement réfuter les allégations d’Apotex et, pour ce faire, pouvait s’appuyer sur la «présomption de validité» du brevet.

[8] Le juge des requêtes a conclu qu’Apotex avait produit suffisamment d’éléments de preuve pour mettre en jeu l’antériorité et que les appelantes n’étaient pas parvenues à établir que le brevet ‘637 n’avait pas été antériorisé par le brevet ‘060. Il est donc arrivé à la conclusion que SmithKline n’avait pu démontrer que l’allégation d’invalidité d’Apotex n’était pas fondée et il a déclaré [aux paragraphes 40 et 44]:

Ayant conclu que la formulation par voie humide des comprimés de paroxétine suscite un [TRADUCTION] «problème de coloration rose», dont l’importance est telle qu’elle pousse une personne au fait de l’art à chercher à le résoudre, à tout le

a logical first step for a person skilled in the art would be to turn to the alternative formulation methods disclosed by the '060 patent and to determine whether each or any of those alternative formulation methods would solve, or at least partially solve, the problem. Such an enquiry would, I am satisfied, involve no inventive step of skill. It would simply involve application of the invention taught by the '060 patent.

...

In summary then, I conclude that a person skilled in the art, on the basis of cited prior art, namely, the '060 patent, and the existing common knowledge at the relevant time, would, in every case and without possibility of error, have arrived at the formulation claimed in the '637 patent. There was no inventive step disclosed by the claims of that patent read in a generous manner. SmithKline has simply failed, on the evidence before me, to discharge the "persuasive burden" or "legal burden" borne by it to establish that the allegation of invalidity is not justified.

[9] However, the Applications Judge rejected the other grounds of invalidity contained in Apotex's notice of allegation, including obviousness and lack of utility, and the assertion that, if the '637 patent were valid, Apotex's paroxetine hydrochloride tablets did not infringe the patent.

ISSUE

[10] The sole issue raised by the appellants is whether the Applications Judge properly decided that SmithKline failed to disprove Apotex's allegation that the '637 patent was invalid due to anticipation. Because the Applications Judge decided in favour of the appellants the other issues that had been in dispute between the parties, SmithKline does not appeal from those findings.

ANALYSIS

[11] Patents are often described as a bargain in which an inventor agrees to disclose his/her invention to the public in exchange for the exclusive right to exploit it for a limited time (*Free World Trust v. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024, at paragraph 13). If the invention purported to be disclosed is not new, then the public would receive no consideration in exchange for the inventor's monopoly. This rationale underlies the

moins en partie, je suis persuadé que logiquement, la première étape de toute personne au fait de l'art serait de se tourner vers les autres procédés de formulation divulgués dans le brevet '060 pour voir si l'un ou l'autre ne résoudrait pas, en totalité ou en partie, le problème. Je suis également persuadé que cette recherche n'impliquerait aucune étape inventive ni aucun génie inventif. Elle mettrait seulement en jeu l'application de l'enseignement du brevet '060.

[...]

En résumé, j'arrive donc à la conclusion qu'une personne versée dans l'art, sur la base de l'antériorité citée, soit le brevet '060, et des connaissances courantes aux époques pertinentes, serait arrivée infailliblement à la formulation revendiquée par le brevet '637. Interprétées de manière large, les revendications divulguées dans ce brevet ne comportent aucune étape inventive. SmithKline n'est tout simplement pas parvenue, selon la preuve établie devant moi, à s'acquitter de son « fardeau de persuasion » qui consistait à démontrer que l'allégation d'invalidité n'était pas fondée.

[9] Toutefois, le juge des requêtes a rejeté les autres motifs d'invalidité invoqués dans l'avis d'allégation d'Apotex, notamment le caractère évident et l'absence d'utilité de l'invention, ainsi que l'allégation portant que, si le brevet '637 était valide, les comprimés de chlorhydrate de paroxétine d'Apotex ne constituaient pas une contrefaçon du brevet.

LA QUESTION SOULEVÉE

[10] La seule question soulevée par les appelantes est de savoir si le juge des requêtes a eu raison de décider que SmithKline n'était pas parvenue à réfuter l'allégation d'Apotex visant l'invalidité du brevet pour cause d'antériorité. Comme le juge des requêtes a tranché en faveur des appelantes les autres questions litigieuses entre les parties, SmithKline n'interjette pas appel de ces conclusions.

ANALYSE

[11] Les brevets sont souvent décrits comme un marché en vertu duquel l'inventeur accepte de divulguer son invention au public en contrepartie du droit exclusif de l'exploiter pendant un certain laps de temps (*Free World Trust c. Électro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024, au paragraphe 13). Si l'invention censée être divulguée n'est pas nouvelle, alors le public ne reçoit rien en échange du monopole de l'inventeur. C'est là le

concepts of prior knowledge, prior use, prior publication and prior sale, which are together referred to as “anticipation” (*Diversified Products Corp. v. Tye-Sil Corp.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 350 (F.C.A.) at pages 360-361). Thus, if an invention is anticipated, its inventor will not be rewarded with a monopoly for it would not be earned by disclosing an invention not previously available to the public.

[12] Anticipation is embodied in subsection 28.2(1) [as enacted by S.C. 1993, c. 15, s. 33] of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, the relevant portion of which reads as follows:

28.2 (1) The subject-matter defined by a claim in an application for a patent in Canada (the “pending application”) must not have been disclosed

(a) more than one year before the filing date by the applicant, or by a person who obtained knowledge, directly or indirectly, from the applicant, in such a manner that the subject-matter became available to the public in Canada or elsewhere;

[13] It is generally accepted that the various ways in which a claimed invention may be anticipated that have been outlined in other cases are alternative, rather than cumulative, requirements (see *Reeves Brothers Inc. v. Toronto Quilting & Embroidery Ltd.* (1978), 43 C.P.R. (2d) 145 (F.C.T.D.), at page 157; *Tye-Sil, supra, per* Décary J.A., at page 361; *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 547 (F.C.T.D.), *per* Richard J. (as he then was), at page 553; and *Hughes and Woodley on Patents*, looseleaf (Toronto: Butterworths, 1984) at page 328). It is not necessary to dwell on these various tests in detail, as the Supreme Court of Canada recently addressed the issue of anticipation in *Free World Trust, supra*.

[14] In that case, Binnie J. explained that anticipation is difficult to establish. He affirmed that the legal question is whether the prior publication, in this case the '060 patent [at paragraph 26] “contains sufficient information to enable a person of ordinary skill and knowledge in the field to understand . . . ‘the nature of the invention and carry it into practical use without the

fondement des notions de connaissance antérieure, d'utilisation antérieure, de publication antérieure et de vente antérieure, désignées collectivement comme l'«antériorité» (*Diversified Products Corp. c. Tye-Sil Corp.* (1991), 35 C.P.R. (3d) 350 (C.A.F.), aux pages 360 et 361). Par conséquent, si une invention est antériorisée, l'inventeur n'est pas rétribué par un monopole, qui ne serait pas mérité par la divulgation d'une invention qui n'était pas jusque là accessible au public.

[12] L'antériorité est traitée au paragraphe 28.2(1) [édicé par L.C. 1993, ch. 15, art. 33] de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, dont la partie pertinente prévoit:

28.2 (1) L'objet que définit la revendication d'une demande de brevet ne doit pas:

a) plus d'un an avant la date de dépôt de celle-ci, avoir fait, de la part du demandeur ou d'un tiers ayant obtenu de lui l'information à cet égard de façon directe ou autrement, l'objet d'une communication qui l'a rendu accessible au public au Canada ou ailleurs;

[13] Il est généralement accepté que les divers modes d'antériorisation d'une invention revendiquée retenus par la jurisprudence sont dissociables plutôt que cumulatifs (voir *Reeves Brothers Inc. c. Toronto Quilting & Embroidery Ltd.* (1978), 43 C.P.R. (2d) 145 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 157; *Tye-Sil, précité*, juge Décary, à la page 361; *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.* (1997), 77 C.P.R. (3d) 547 (C.F. 1^{re} inst.), juge Richard (tel était alors son titre), à la page 553; et *Hughes and Woodley on Patents*, édition à feuilles mobiles (Toronto: Butterworths, 1984), à la page 328). Il n'est pas nécessaire de s'attarder en détail sur ces divers critères, la Cour suprême du Canada ayant récemment tranché la question de l'antériorité dans l'arrêt *Free World Trust, précité*.

[14] Dans cet arrêt, le juge Binnie a expliqué que l'antériorité est difficile à établir. Il a confirmé que la question qui se pose au plan juridique est de savoir si la publication antérieure, le brevet '060 en l'espèce [au paragraphe 26] «renferme suffisamment d'information pour permettre à une personne ayant des compétences et des connaissances moyennes dans le domaine de

aid of inventive genius but purely by mechanical skill” (citing H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4th ed., Toronto: Carswell, 1969), at pages 126-127). He affirmed the touchstone test set out by Hugessen J.A. in *Beloit Canada Ltd. v. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.), at page 297, which requires that:

One must, in effect, be able to look at a prior single publication and find in it all the information which, for practical purposes, is needed to produce the claimed invention without the exercise of any inventive skill. The prior publication must contain so clear a direction that a skilled person reading and following it would in every case and without the possibility of error be led to the claimed invention.

[15] In the absence of an error in the judge’s formulation or application of the legal test of anticipation, whether a claimed invention has been anticipated is typically regarded as a question of fact (*Hughes and Woodley on Patents, supra*, at page 328). More precisely, it is a question of mixed fact and law, as it requires the application of a legal standard to a set of facts (*Housen v. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577 (S.C.C.), at paragraph 26). Because a determination of anticipation is “intertwined with the weight assigned to the evidence, the numerous policy reasons which support a deferential stance to the trial judge’s inferences of fact, also, to a certain extent, support showing deference to the trial judge’s inferences of mixed fact and law” (*ibid.*, at paragraph 32). It is not disputed that the Applications Judge used the correct legal test of anticipation as set out in *Beloit, supra*, and *Free World Trust, supra*. Since no general legal proposition of precedential value can be extricated from the Applications Judge’s conclusion regarding anticipation, this Court must afford considerable deference to his decision and intervene only if his finding constitutes a palpable and overriding error (*ibid.*, at paragraph 37).

[16] In essence, Apotex contends that the Applications Judge properly held that the invention

comprendre, [. . .] [TRADUCTION] “la nature de l’invention et de la rendre utilisable en pratique, sans l’aide du génie inventif, mais uniquement grâce à une habileté d’ordre technique”» (citant H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions* (4^e éd., Toronto: Carswell, 1969), aux pages 126 et 127). Il a confirmé la pierre de touche classique de l’invention exposée par le juge Hugessen dans l’arrêt *Beloit Canada Ltée c. Valmet Oy* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.), à la page 297, qui prescrit:

Il faut en effet pouvoir s’en remettre à une seule publication antérieure et y trouver tous les renseignements nécessaires, en pratique, à la production de l’invention revendiquée sans l’exercice de quelque génie inventif. Les instructions contenues dans la publication antérieure doivent être d’une clarté telle qu’une personne au fait de l’art qui en prend connaissance et s’y conforme arrivera infailliblement à l’invention revendiquée.

[15] Si le juge n’a pas commis d’erreur dans la formulation ou l’application du critère juridique de l’antériorité, la question de l’antériorité à l’égard d’une invention revendiquée est généralement considérée comme une question de fait (*Hughes and Woodley on Patents, précité*, à la page 328). Il s’agit plus exactement d’une question mixte de fait et de droit, qui suppose l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits (*Housen c. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577 (C.S.C.), au paragraphe 26). Comme la décision relative à l’antériorité est «tributaire du poids accordé à la preuve, les diverses considérations de principe justifiant de faire montre de retenue à l’égard des inférences de fait du juge de première instance justifient également, dans une certaine mesure, de faire de même à l’égard de ses inférences mixtes de fait et de droit» (précité, au paragraphe 32). Personne ne conteste que le juge des requêtes a utilisé le critère juridique approprié de l’antériorité, exposé dans l’arrêt *Beloit, précité*, et dans l’arrêt *Free World Trust, précité*. Comme on ne peut tirer aucune proposition juridique générale ayant une valeur de précédent de la conclusion du juge des requêtes au sujet de l’antériorité, la Cour doit faire preuve d’une grande retenue à l’égard de cette décision et n’intervenir que si elle constitue une erreur manifeste et dominante (précité, au paragraphe 37).

[16] Fondamentalement, Apotex prétend que le juge des requêtes a eu raison de conclure que l’invention

claimed in the '637 patent was disclosed in and, therefore, was anticipated by the '060 patent. Apotex takes the position that the Applications Judge did not commit palpable and overriding error in relying on "the unanimous view of the experts" as evidence to support his conclusion. The '060 patent relates to paroxetine formulated by "conventional methods of admixture such as blending, filling and compressing." The '637 patent relates to paroxetine formulated by a "process in which water is absent." According to Apotex, a "process in which water is absent" is specifically and precisely included among the "conventional methods of admixture such as blending, filling and compressing." Apotex submits that the '637 patent is, therefore, encompassed within and anticipated by the '060 patent.

[17] SmithKline's position is that the invention claimed in the '637 Patent was not "disclosed . . . in such a manner that the subject-matter became available to the public". SmithKline submits that the '060 patent teaches a wide array of formulations clearly outside the scope of the '637 patent, including solutions for parenteral administration, capsules and tablets made using a formulation process in which water is present. Therefore, according to SmithKline, the '060 patent does not inevitably teach the use of a formulation of paroxetine through a process in which water is absent. Because the instructions in the '060 patent could result in inventions other than that claimed in the '637 Patent, SmithKline argues that it is not true that a "skilled person reading and following [the '060 patent] would in every case and without possibility of error be led to the ['637 patent]" (*Beloit, supra*, at page 297).

[18] As support for this position, SmithKline refers to *Pfizer, supra, Farbwerke Hoechst v. Halocarbon (Ontario) Ltd.*, [1979] 2 S.C.R. 929, at page 942; and *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457 (C.A.). SmithKline argues that those cases stand for the proposition that a prior art does not anticipate a later invention if the instructions provided by the prior art could bring about a product that is outside the claims of the later invention. SmithKline suggests that a claim to a specific chemical

revendiquée dans le brevet '637 était divulguée dans le brevet '060, et était donc antérieure par celui-ci. Elle adopte comme position que le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en fondant sa conclusion sur «le point de vue unanime des experts». Le brevet '060 concerne la paroxétine formulée suivant les «méthodes courantes de mélange consistant, par exemple, à mélanger, remplir et comprimer». Le brevet '637 concerne la paroxétine formulée à l'aide d'un «procédé sans eau». Selon Apotex, les «méthodes courantes de mélange consistant, par exemple, à mélanger, remplir et comprimer» comprennent spécifiquement et précisément le «procédé sans eau». Apotex soutient que le brevet '637 est donc couvert par l'objet du brevet '060 et qu'il a été antérieur par le brevet '060.

[17] Selon la position adoptée par SmithKline, l'objet de l'invention revendiquée dans le brevet '637 n'a pas «fait [. . .] l'objet [. . .] d'une communication qui l'a rendu accessible au public». SmithKline fait valoir que le brevet '060 enseigne une vaste gamme de formulations qui échappent clairement à l'objet du brevet '637, notamment les formulations destinées à l'administration parentérale ainsi que les capsules et les comprimés formulés à l'aide d'un procédé sans eau. Par conséquent, SmithKline prétend que le brevet '060 n'enseigne pas infailliblement l'usage d'une formulation de paroxétine obtenue à l'aide d'un procédé sans eau. Comme les instructions du brevet '060 pourraient mener à d'autres inventions que celle qui est revendiquée par le brevet '637, SmithKline soutient au sujet du brevet '060 qu'il n'est pas vrai «qu'une personne au fait de l'art qui en prend connaissance et s'y conforme arrivera infailliblement à l'invention revendiquée» (dans le brevet '637) (*Beloit, précité*, à la page 297).

[18] À l'appui de sa position, SmithKline renvoie à la décision *Pfizer, précitée*, à l'arrêt *Farbwerke Hoechst c. Halocarbon (Ontario) Ltd.*, [1979] 2 R.C.S. 929, à la page 942; et à l'arrêt *General Tire & Rubber Co. v. Firestone Tyre & Rubber Co.*, [1972] R.P.C. 457 (C.A.). SmithKline fait valoir que, selon cette jurisprudence, une antériorité n'est pas opérante à l'égard d'une invention postérieure si les renseignements fournis dans l'antériorité pouvaient conduire à un produit non visé par les revendications de l'invention postérieure.

compound cannot be anticipated by a prior art reference that only teaches a broad genus of compounds into which the particular compound falls because the prior art reference does not give directions that inevitably result in the specific compound. According to SmithKline, this reasoning applies to the '060 patent, which teaches a broad variety of possible formulation methods, and the '637 patent, which describes only one of those possible formulation methods.

[19] I do not agree. The cases referred to by SmithKline are distinguishable from the situation before this Court. In each of the cases cited by SmithKline, the instructions of the prior art set out a general class of compounds or reactions from which one could arrive at the later invention. The later inventions were not anticipated in those cases because the particular compounds in the claimed invention were not identified in the prior art and, therefore, the identification of the particular compounds used in the claimed invention was novel and inventive. In those cases, the prior art did not "enable a person of ordinary skill and knowledge in the field to understand . . . 'the nature of the invention and carry it into practical use without the aid of inventive genius but purely by mechanical skill'" (*Free World Trust, supra*, at paragraph 26). Since the prior art in those cases did not clearly and simply describe the latter alleged invention, a further inventive step was required.

[20] However, in this case, the Applications Judge found as a fact that "no inventive step or skill" was required to arrive at the '637 patent. In other words, one could arrive at the '637 patent "without the aid of inventive genius but purely by mechanical skill." The instructions for arriving at the formulation claimed by the '637 patent are, therefore, clearly and unmistakably present in the '060 patent. The Applications Judge determined that it is not at all surprising that any person skilled in the art who was confronted by the "pink hue problem" would invariably turn to the alternative

SmithKline laisse entendre qu'une revendication portant sur un composé chimique particulier ne peut être antériorisée par antériorité qui enseigne exclusivement une catégorie large de composés comprenant le composé particulier, parce que l'antériorité invoquée ne comporte pas d'instructions qui produisent infailliblement le composé spécifique. Selon SmithKline, cet argument s'applique au brevet '060, qui enseigne un vaste éventail de procédés de formulations possibles, et au brevet '637, qui décrit un seul des procédés de formulation possibles.

[19] Je ne me range pas à cet argument. La jurisprudence mentionnée par SmithKline se distingue de la situation que la Cour doit trancher. Dans chacune des décisions citées par SmithKline, les instructions données dans l'antériorité alléguée exposaient une catégorie générale de composés ou de réactions à partir de laquelle on pouvait arriver à l'invention postérieure. Dans ces affaires, les inventions postérieures n'étaient pas antériorisées du fait que les composés particuliers de l'invention revendiquée n'étaient pas identifiés dans l'antériorité alléguée et que, par conséquent, l'identification des composés particuliers utilisés dans l'invention revendiquée était nouvelle et inventive. Dans ces affaires, l'antériorité n'était pas suffisante pour «permettre à une personne ayant des compétences et des connaissances moyennes dans le domaine de comprendre [. . .] [TRADUCTION] "la nature de l'invention et de la rendre utilisable en pratique, sans l'aide du génie inventif, mais uniquement grâce à une habileté d'ordre technique"» (*Free World Trust*, précité, au paragraphe 26). Dans ces affaires, comme l'antériorité alléguée ne décrivait pas clairement et simplement l'invention postérieure alléguée, il fallait une étape inventive supplémentaire.

[20] Par contre, en l'espèce, le juge des requêtes a constaté que le brevet '637 n'avait nécessité «aucune étape inventive ni aucun génie inventif». Autrement dit, une personne pouvait arriver au brevet '637 «sans l'aide du génie inventif, mais uniquement grâce à une habileté d'ordre technique». Les instructions permettant d'arriver à la formulation revendiquée dans le brevet '637 sont, par conséquent, clairement et infailliblement présentes dans le brevet '060. Le juge des requêtes a décidé qu'il n'y a rien d'étonnant à ce que toute personne au fait de l'art qui cherche à résoudre le «problème de coloration

formulation methods disclosed by the '060 patent to arrive at a solution without any inventive step. Mechanical skill rather than inventive genius is required in order to apply the '060 patent to arrive at the '637 patent. The appellants have not persuaded me that the Applications Judge erred in his consideration of the evidence as a whole to arrive at this conclusion. Moreover, the fact that the '060 patent contains additional information and instructions not present in the '637 patent is immaterial to whether or not one could "look at [the '060 patent] and find in it all the information which, for practical purposes, is needed to produce [the '637 patent] without the exercise of any inventive skill" (*Beloit, supra*, at page 297).

[21] SmithKline argues that the result of upholding the Applications Judge's conclusion would be to overturn a large number of cases related to selection patents, including *E. I. Du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe's) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.). I do not agree. It is clear that section 32 of the Act provides that "[a]ny person who has invented any improvement on any patented invention may obtain a patent for the improvement". However, given that the Applications Judge determined that there is nothing set out in the claims of the '637 patent which is not also set out in the '060 Patent, there is no "improvement" claimed in the '637 patent. The only "improvement" referenced in the disclosure merely verifies properties of a known substance formulated using common techniques. Even construing the '637 patent generously to bring the advantage of reduction of the "pink hue problem" within a broad interpretation of its claims, the Applications Judge found that "no inventive step or skill" was involved in selecting one process over another. Whatever may be regarded as novel in the '637 patent was disclosed in the '060 patent in a manner that enabled a reasonable uninventive person skilled in the art, after attributing the "pink hue problem" to a process in which water is present, to produce the claimed invention "in every case without the possibility of error" (*Beloit, supra*). In short, there is nothing new or novel in the '637 patent. This Court is not inclined to disturb this essentially factual finding, which turns on the particular circumstances of this case.

rose» se tourne nécessairement vers les autres procédés de formulation divulgués dans le brevet '060 pour trouver la solution, sans activité inventive. Il faut une habileté d'ordre technique, plutôt que du génie inventif, pour appliquer le brevet '060 et arriver au brevet '637. Les appelantes ne m'ont pas persuadé que le juge des requêtes a commis une erreur en prenant en considération l'ensemble de la preuve pour arriver à sa conclusion. En outre, le fait que le brevet '060 renferme des renseignements et des instructions supplémentaires, absents du brevet '637, est sans importance pour établir si une personne pouvait «s'en remettre [. . .] [au brevet '060] et y trouver tous les renseignements nécessaires, en pratique, à la production [. . .] [du brevet '637] sans l'exercice de quelque génie inventif» (*Beloit, précité*, à la page 297).

[21] SmithKline fait valoir que confirmer la conclusion du juge des requêtes aurait pour effet d'annuler un grand nombre de décisions relatives à des brevets de sélection, notamment la décision *E. I. Du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe's) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.). Je ne suis pas de cet avis. Il est clair que l'article 32 de la Loi prévoit que «Quiconque est l'auteur d'un perfectionnement à une invention brevetée peut obtenir un brevet pour ce perfectionnement.» Toutefois, étant donné que le juge des requêtes a conclu qu'il n'y a aucun enseignement exposé dans les revendications du brevet '637 qui ne l'est pas également dans le brevet '060, le brevet '637 ne revendique pas un «perfectionnement». Le seul «perfectionnement» mentionné dans la divulgation est simplement la vérification des propriétés d'une substance connue formulée à l'aide de techniques courantes. Même en donnant une interprétation libérale du brevet '637 de manière à ce que l'avantage de la réduction du «problème de coloration rose» tombe dans le champ des revendications de ce brevet, le juge des requêtes a conclu qu'il n'y avait «aucune étape inventive ni aucun génie inventif» dans la sélection d'un procédé parmi d'autres. Tout élément susceptible d'être considéré comme une nouveauté dans le brevet '637 a été divulgué dans le brevet '060 de manière telle qu'une personne au fait de l'art, mais raisonnablement non inventive, ayant attribué le «problème de coloration rose» au procédé par voie humide, puisse produire l'invention revendiquée «infailliblement» (*Beloit*,

[22] SmithKline also alludes to the ostensible inconsistency in the Applications Judge's determination that the '637 patent is anticipated yet not obvious. This result does seem curious at first glance. However, given that the '637 patent was anticipated, if SmithKline is indeed correct that an invention cannot be both anticipated and not obvious, then the only possible inference could be that it was obvious. Not surprisingly, SmithKline does not challenge the Applications Judge's finding that the invention was not obvious. Consequently, this Court need not resolve the issue. I do note, however, that anticipation and obviousness are distinct concepts (*Hughes and Woodley on Patents, supra*, at page 328). As Hugessen J.A. explained in *Beloit, supra*, [at page 293] obviousness alleges that "any fool could have done that", while anticipation alleges that "your invention, though clever, was already known."

[23] I should end by noting that, since the issue of the validity of the '637 patent has arisen only in the context of an application for an order of prohibition under subsection 6(1) of the Regulations, *supra*, the outcome of this proceeding does not necessarily determine the outcome of any future action for a declaration that the patent is invalid or any potential action for its infringement.

CONCLUSION

[24] For these reasons, I would dismiss this appeal with costs to the respondent, Apotex.

EVANS J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

précité). Bref, il n'y a rien de nouveau ou de neuf dans le brevet '637. La Cour n'est pas disposée à modifier ce qui est essentiellement une conclusion de fait, fondée sur les circonstances particulières de l'espèce.

[22] SmithKline fait également allusion à l'apparente incohérence de la décision du juge des requêtes, qui conclut que le brevet '637 est antérieurisé, mais n'est pas évident. À première vue, cette conclusion semble en effet curieuse. Cependant, compte tenu du fait que le brevet '637 est antérieurisé, si SmithKline a effectivement raison d'affirmer qu'une invention ne peut à la fois être antérieure et avoir un caractère non évident, la seule déduction possible dans ce cas serait de conclure à l'évidence de l'invention. On ne s'étonnera pas que SmithKline ne conteste pas la décision du juge des requêtes sur le caractère non évident de l'invention. La Cour n'a donc pas à se prononcer sur la question. Je note toutefois que les notions de l'antériorité et du caractère évident de l'invention sont distinctes (*Hughes and Woodley on Patents, précité*, à la page 328). Comme l'a expliqué le juge Hugessen dans l'arrêt *Beloit, précité* [à la page 293], le caractère évident implique que «n'importe qui aurait pu faire cela», l'antériorité que «votre invention est astucieuse, mais elle était déjà connue».

[23] Je conclurai en faisant observer que, comme la question de la validité du brevet '637 n'a été soulevée que dans le cadre d'une requête d'ordonnance d'interdiction en vertu du paragraphe 6(1) du Règlement, précité, l'issue du présent appel n'est pas nécessairement déterminante à l'égard de toute action ultérieure visant une déclaration d'invalidité du brevet ou de toute action éventuelle en contrefaçon du brevet.

CONCLUSION

[24] Pour ces motifs, je rejeterais l'appel et j'adjugerais les dépens à l'intimée, Apotex.

LE JUGE EVANS, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

LE JUGE MALONE, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

T-2395-00
2002 FCT 645

T-2395-00
2002 CFPI 645

Louis Quigley (*Applicant*)

Louis Quigley (*demandeur*)

v.

c.

Canada (House of Commons), Canada (Board of Internal Economy) and Canada (Attorney General) (*Respondents*)

Canada (Chambre des communes), Canada (Bureau de régie interne) et Canada (Procureur général) (*défendeurs*)

and

et

Commissioner of Official Languages for Canada (*Intervener*)

La Commissaire aux langues officielles du Canada (*intervenante*)

INDEXED AS: QUIGLEY v. CANADA (HOUSE OF COMMONS) (T.D.)

RÉPERTORIÉ: QUIGLEY c. CANADA (CHAMBRE DES COMMUNES) (1^{re} INST.)

Trial Division, O’Keefe J.—Halifax, December 5, 2001; Ottawa, June 5, 2002.

Section de première instance, juge O’Keefe—Halifax, 5 décembre 2001; Ottawa, 5 juin 2002.

Official Languages — House of Commons currently providing television broadcasts of parliamentary proceedings to public by delivering signals to Cable Public Affairs Channel (CPAC), latter, in turn, providing signals to broadcasting distribution undertakings (BDUs) for distribution to public — House of Commons in breach of linguistic obligations under Official Languages Act, s. 25: failed to ensure proceedings of House provided in both official languages through agreements with CPAC as latter, in said agreements, not undertaking to ensure distribution contracts with various BDUs guaranteeing CPAC would broadcast in both official languages.

Langues officielles — La Chambre des communes offre actuellement la télédiffusion des débats et travaux parlementaires en transmettant des signaux à la Chaîne d’affaires publiques par câble (CPAC), qui les transmet ensuite à des entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) afin qu’ils soient distribués au public — La Chambre des communes a contrevenu aux obligations linguistiques que lui impose l’art. 25 de la Loi sur les langues officielles en ne veillant pas à ce que ses débats et travaux soient offerts dans les deux langues officielles dans ses ententes avec CPAC puisque celle-ci ne s’est pas engagée, dans ces ententes, à faire en sorte que ses contrats de distribution avec les différentes EDR garantissent la diffusion dans les deux langues officielles.

Constitutional Law — Fundamental Principles — House of Commons privilege with respect to control of publication of House debates and proceedings — House of Commons currently providing television broadcasts of parliamentary proceedings to public by delivering signals to Cable Public Affairs Channel (CPAC), latter, in turn, providing signals to broadcasting distribution undertakings (BDUs) for distribution to public — House in breach of linguistic obligations under Official Languages Act, s. 25: failed to ensure proceedings of House provided in both official languages through its agreements with CPAC as latter, in said agreements, not undertaking to ensure distribution contracts with various BDUs guaranteeing that CPAC would broadcast in both official languages — House’s privilege over publication of debates not arising herein.

Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Privilège de la Chambre des communes concernant le contrôle de la publication de ses débats et travaux — La Chambre des communes offre actuellement la télédiffusion des débats et travaux parlementaires en transmettant des signaux à la Chaîne d’affaires publiques par câble (CPAC), qui les transmet ensuite à des entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) afin qu’ils soient distribués au public — La Chambre a contrevenu aux obligations linguistiques que lui impose l’art. 25 de la Loi sur les langues officielles en ne veillant pas à ce que ses débats et travaux soient offerts dans les deux langues officielles dans ses ententes avec CPAC puisque celle-ci ne s’est pas engagée, dans ces ententes, à faire en sorte que ses contrats de distribution avec les différentes EDR garantissent la diffusion dans les deux

Federal Court Jurisdiction — Trial Division — House of Commons currently providing television broadcasts of parliamentary proceedings to public by delivering signals to Cable Public Affairs Channel (CPAC), latter, in turn, providing signals to broadcasting distribution undertakings (BDUs) for distribution to public — House in breach of linguistic obligations under Official Languages Act, s. 25: failed to ensure proceedings of House provided in both official languages through agreements with CPAC as latter, in said agreements, not undertaking to ensure distribution contracts with various BDUs guaranteeing CPAC would broadcast in both official languages — House's privilege over publication of debates not arising herein — Jurisdiction in Court to apply Official Languages Act.

In 1992, the Board of Internal Economy of the House of Commons (the Board) approved a proposal whereby the Cable Public Affairs Channel (CPAC) would assume the cost of broadcasting House debates and proceedings. The agreement provided in part that the House would produce and deliver debates and proceedings and certain committee proceedings in both official languages to CPAC; that the House would deliver to CPAC a live television signal and three audio programming signals: (i) a sound originating from the floor of the House (floor sound), (ii) a sound signal in English only, (iii) a sound signal in French only; and that CPAC would transmit these four signals to all cable television distribution undertakings throughout Canada. CPAC is carried widely across Canada by a variety of broadcasting distribution undertakings (BDUs), which include cable companies. There is no contract between the House and the BDUs and the latter are free to choose which audio signal or signals they transmit. There was evidence that recent technology would allow broadcasters to transmit one video signal and two audio signals simultaneously.

The Rogers Cable Company of Moncton, New Brunswick, provided the applicant with CPAC broadcasts in floor sound only. Unable to understand those parts that are spoken in French, the applicant filed a complaint in this regard with the Commissioner of Official Languages. The Office of the Commissioner of Official Languages produced a report concluding that although the House system for the production of its debates for broadcast met the requirements of the *Official Languages Act*, the House had failed to ensure that the broadcasting and delivery system also met those requirements; that the House could not evade its official languages obligations by entering into a contract, as in this case between

langues officielles — Le privilège de la Chambre concernant la publication des débats n'est pas en cause ici.

Compétence de la Cour fédérale — Section de première instance — La Chambre des communes offre actuellement la télédiffusion des débats et travaux parlementaires en transmettant des signaux à la Chaîne d'affaires publiques par câble (CPAC), qui les transmet ensuite à des entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) afin qu'ils soient distribués au public — La Chambre a contrevenu aux obligations linguistiques que lui impose l'art. 25 de la Loi sur les langues officielles en ne veillant pas à ce que ses débats et travaux soient offerts dans les deux langues officielles dans ses ententes avec CPAC puisque celle-ci ne s'est pas engagée, dans ces ententes, à faire en sorte que ses contrats de distribution avec les différentes EDR garantissent la diffusion dans les deux langues officielles — Le privilège de la Chambre concernant la publication des débats n'est pas en cause ici — La Cour a compétence pour appliquer la Loi sur les langues officielles.

En 1992, le Bureau de régie interne de la Chambre des communes (le Bureau) a accepté que la Chaîne d'affaires publiques par câble (CPAC) assume les coûts de diffusion des débats et travaux de la Chambre. L'entente prévoyait notamment que la Chambre produirait et transmettrait à CPAC ses débats et travaux et ceux de certains comités dans les deux langues officielles; qu'elle transmettrait à CPAC en direct un signal de télévision et trois signaux de programmation audio: (i) un signal audio dans la langue parlée à ce moment-là (son original), (ii) un signal audio en anglais seulement et (iii) un signal audio en français seulement; et que CPAC distribuerait partout au Canada ces quatre signaux à l'ensemble des entreprises de câblodistribution. CPAC fait partie de bon nombre de forfaits offerts partout au Canada par diverses EDR, dont des entreprises de câblodistribution. Aucune entente n'a été conclue entre la Chambre et les EDR, et celles-ci peuvent choisir comme bon leur semble les signaux audio qu'elles transmettent. Selon certaines données, une technologie récente permettrait à une chaîne de télévision de transmettre un signal vidéo et deux signaux audio en même temps.

La Rogers Cable Company de Moncton (Nouveau-Brunswick) fournissait au demandeur l'accès aux présentations télévisées de CPAC en son original seulement. Incapable de comprendre les parties présentées en français, le demandeur a déposé une plainte à ce sujet auprès de la commissaire aux langues officielles du Canada. Dans son rapport, cette dernière a conclu que, même si le système mis en place par la Chambre pour la production de ses débats respecte intégralement les prescriptions de la *Loi sur les langues officielles*, la Chambre n'a pas veillé à ce que ces prescriptions soient respectées également en ce qui concerne le système de diffusion; que la Chambre ne pouvait pas

itself and CPAC, that separated production and initial broadcast from ultimate delivery of broadcast signals to the public; and finally, that the House was not fully complying with its linguistic obligations as set out in Part 1 of the Act. It also concluded that the decision of the House to proceed with televised broadcasting of its debates subjected the House to the linguistic obligations set out in section 22 of the Act; that CPAC was acting on behalf of the House within the meaning of section 25 of the Act; and that the House had to ensure that CPAC took the measures necessary to guarantee effective delivery of the televised debates and proceedings to members of the public in their preferred official language; and that the House had not ensured that its debates would be delivered in both official languages to all cable subscribers in Canada, thereby contravening sections 22, 25, and the spirit of the Act.

This was an application by the applicant for a declaration that the House of Commons' current method of providing television broadcasts of parliamentary proceedings to the public contravenes Part 1, sections 22, 25, and the spirit of the *Official Languages Act*; and an order that the House of Commons comply with Part 1, sections 22, 25, and the spirit of the Act, in its provision of television broadcasts of parliamentary proceedings to the public.

The issues were whether the Court had jurisdiction to apply the Act to the House or whether the House could assert its inherent constitutional privilege over publication of House proceedings; whether the House was in breach of its linguistic obligations under the Act; and, finally, what was the appropriate remedy on the facts of this case?

Held, a declaration should issue that the respondents' current method for providing television broadcasts of parliamentary proceedings contravenes section 25 of the Act. The respondents have one year to take the necessary steps to bring its practices into compliance with section 25 of the Act.

While there exists a privilege with respect to the control of publication of debates and proceedings in the House, it did not arise herein. Since the House has in the past and is continuing to provide CPAC with all three audio signals, floor sound plus English-only and French-only sound signals, the issue of parliamentary privilege relating to control of the publication of the debates did not arise in this case. CPAC has all of the above-mentioned feeds available for the BDUs and the BDUs choose which feeds they wish to distribute. The Court

échapper à ses obligations linguistiques en concluant, comme elle l'a fait en l'espèce avec CPAC, un contrat qui avait pour effet de séparer la production et la diffusion initiale des débats de la Chambre de la présentation ultime des signaux au public; et, enfin, que la Chambre ne respectait pas pleinement ses obligations linguistiques prévues à la partie I de la Loi. Elle a aussi conclu que la décision de la Chambre de procéder à la retransmission télévisée de ses débats et travaux a eu pour effet de l'assujettir aux obligations linguistiques prévues à l'article 22 de la Loi; que CPAC agissait pour le compte de la Chambre au sens de l'article 25 de la Loi; que la Chambre devait s'assurer que CPAC prenait les mesures nécessaires pour garantir la prestation efficace des services en question, soit la présentation télévisée des débats et travaux, aux membres du public dans la langue officielle de leur choix; et que la Chambre ne s'était pas assurée que ses débats seraient présentés dans les deux langues officielles à tous les abonnés du câble du Canada, contrevenant de ce fait aux articles 22 et 25 de la Loi ainsi qu'à l'esprit de la Loi.

Il s'agit d'une demande visant à obtenir une déclaration portant que la méthode utilisée actuellement par la Chambre des communes pour assurer la télédiffusion publique des débats et travaux parlementaires va à l'encontre de la partie I, des articles 22 et 25 et de l'esprit de la *Loi sur les langues officielles*, ainsi qu'une ordonnance enjoignant à la Chambre des communes de se conformer à la partie I, aux articles 22 et 25 et à l'esprit de la Loi relativement à la prestation des services de télédiffusion publique des débats et travaux parlementaires.

Il faut déterminer si la Cour a compétence pour appliquer la Loi à la Chambre ou si la Chambre peut invoquer son privilège constitutionnel inhérent concernant la publication de ses travaux; si la Chambre a manqué aux obligations linguistiques que lui impose la Loi; et quelle est la réparation convenable en l'espèce?

Jugement: Une déclaration portant que la méthode utilisée actuellement par les défendeurs pour assurer la télédiffusion publique des débats et travaux parlementaires va à l'encontre de l'article 25 de la Loi est prononcée. Les défendeurs ont un an pour prendre les mesures nécessaires pour se conformer à cette disposition.

Bien qu'il existe un privilège concernant le contrôle de la publication des débats et travaux de la Chambre, ce privilège n'est pas en cause en l'espèce. Comme la Chambre a fourni dans le passé et continue de fournir à CPAC les trois signaux audio — le son original, le signal en français seulement et le signal en anglais seulement —, la question du privilège parlementaire concernant le contrôle de la publication des débats n'est pas en cause en l'espèce. CPAC offre les trois signaux aux EDR et celles-ci choisissent ceux qu'elles

therefore had jurisdiction to apply the Act to the House.

As to whether the House was in breach of its linguistic obligations under the Act, the fact is that not all of the BDUs broadcast all three audio signals. They are currently not required to do so because they are not parties to the agreement between the Speaker of the House and CPAC. As a result, if the BDU only broadcasts the floor sound from the House and a question is asked in French and answered in English, a unilingual person could not understand the whole exchange.

CPAC is the vehicle used by the House to provide the public with the proceedings of the House. The arrangements between the Speaker of the House and CPAC are caught by section 25 of the Act. The House delivers the signals to CPAC which, in turn, provides these signals to the BDUs for distribution to the public. It is because the services are being provided by CPAC for the Speaker of the House that section 25 of the Act applies.

Section 25 of the Act requires that every federal institution (including the House), must, if it uses another person or organization to deliver services that are required to be provided in both official languages, ensure that the person or organization providing such service does so in both official languages. This did not happen herein since CPAC, in its agreement with the House, did not undertake to ensure that its distribution contracts with various BDUs would guarantee that CPAC would be broadcast in both official languages. The House was therefore in breach of its linguistic obligations under the Act as it failed to ensure that the proceedings of the House would be provided in both official languages through its agreements with CPAC. The appropriate remedy was to order that the House and the Board take the steps that are necessary to satisfy section 25 of the Act within one year from the date of this decision.

souhaitait diffuser. La Cour a donc compétence pour appliquer la Loi à la Chambre.

Quant à la question de savoir si la Chambre a manqué aux obligations linguistiques que lui impose la Loi, le fait est que ce ne sont pas toutes les EDR qui diffusent les trois signaux audio. Les EDR ne sont actuellement pas tenues de le faire puisqu'elles ne sont pas parties à l'entente intervenue entre le président de la Chambre et CPAC. En conséquence, si une EDR diffuse seulement le son original et qu'une question est posée en français et reçoit une réponse en anglais, une personne unilingue ne pourra pas comprendre tout l'échange.

CPAC est le véhicule utilisé par la Chambre pour communiquer au public ses débats. Les arrangements pris entre le président de la Chambre et CPAC sont visés à l'article 25 de la Loi. La Chambre transmet les signaux à CPAC, qui les transmet à son tour aux EDR afin qu'ils soient distribués au public. L'article 25 de la Loi s'applique parce que les services sont fournis par CPAC au président de la Chambre.

L'article 25 de la Loi prévoit qu'une institution fédérale (notamment la Chambre) doit, si elle utilise un intermédiaire (individu ou organisme) pour fournir des services qu'elle est tenue d'offrir dans les deux langues officielles, veiller à ce que cet intermédiaire se conforme à cette obligation. Cela n'a pas été fait en l'espèce puisque, dans son entente avec la Chambre, CPAC ne s'est pas engagée à veiller à ce que ses contrats de distribution avec les différentes EDR garantissent la diffusion dans les deux langues officielles. La Chambre a donc manqué aux obligations linguistiques que lui impose la Loi, parce qu'elle n'a pas veillé, dans les ententes qu'elle a conclues avec CPAC, à ce que ses débats soient offerts dans les deux langues officielles. La réparation convenable en l'espèce consiste à ordonner que la Chambre et le Bureau prennent les mesures nécessaires pour se conformer à l'article 25 de la Loi dans l'année suivant la date de la présente décision.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11.
Broadcasting Distribution Regulations, SOR/97-555.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 2(b), 16(1), 17(1), 18, 19(1), 20(1).
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. Preamble, 18 (as am. by R.S.C., 1985, Appendix II, No. 13), 133.
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44],

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. 2b), 16(1), 17(1), 18, 19(1), 20(1).
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], préambule, art. 18 (mod. par L.R.C. (1985), appendice II, n° 13), 133.
Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 44.

s. 44.

Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31, ss. Preamble, 2, 3(1) "federal institution" (as am. by S.C. 1993, c. 28, s. 78), 4, 22, 25, 76, 77, 82(1), 90.
Parliament of Canada Act, R.S.C., 1985, c. P-1, s. 4.

Loi sur la radiodiffusion, L.C. 1991, ch. 11.

Loi sur le Parlement du Canada, L.R.C. (1985), ch. P-1, art. 4.

Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31, art. préambule, 2, 3(1) «institutions fédérales» (mod. par L.C. 1993, ch. 28, art. 78), 4, 22, 25, 76, 77, 82(1), 90.

Règlement sur la distribution de radiodiffusion, DORS/97-555.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly), [1993] 1 S.C.R. 319; (1993), 118 N.S.R. (2d) 181; 100 D.L.R. (4th) 212; 13 C.R.R. (2d) 1; 146 N.R. 161.

REFERRED TO:

R. v. Beaulac, [1999] 1 S.C.R. 768; (1999), 173 D.L.R. (4th) 193; 121 B.C.A.C. 227; 134 C.C.C. (3d) 481; 238 N.R. 131; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; (1996), 178 N.B.R. (2d) 161; 137 D.L.R. (4th) 142; 454 A.P.R. 161; 37 C.R.R. (2d) 189; 201 N.R. 1; *Canada (Commissioner of Official Languages) v. Canada (Department of Justice)* (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46; 194 F.T.R. 46 (F.C.T.D.); *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) 595 (C.A.).

AUTHORS CITED

Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament, 22nd ed. by Sir D. Limon and W. R. McKay. London: Butterworths, 1997.

Fraser, A. *et al. Beauchesne's Rules & Forms of the House of Commons of Canada*, 6th ed. Toronto: Carswell, 1989.

Maingot, Joseph. *Parliamentary Privilege in Canada*, 2nd ed. Montréal: McGill-Queen's University Press, 1997.

APPLICATION for a declaration that the House of Commons' current method of providing television broadcasts of parliamentary proceedings to the public contravenes Part 1, sections 22, 25, and the spirit of the *Official Languages Act*; and an order that the House of Commons comply with Part 1, sections 22, 25, and the spirit of the Act, in its provision of television broadcasts

JURISPRUDENCE

DÉCISION APPLIQUÉE:

New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative), [1993] 1 R.C.S. 319; (1993), 118 N.S.R. (2d) 181; 100 D.L.R. (4th) 212; 13 C.R.R. (2d) 1; 146 N.R. 161.

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Beaulac, [1999] 1 R.C.S. 768; (1999), 173 D.L.R. (4th) 193; 121 B.C.A.C. 227; 134 C.C.C. (3d) 481; 238 N.R. 131; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; (1996), 178 N.B.R. (2d) 161; 137 D.L.R. (4th) 142; 454 A.P.R. 161; 37 C.R.R. (2d) 189; 201 N.R. 1; *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Ministère de la Justice)* (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46; 194 F.T.R. 46 (C.F. 1^{er} inst.); *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) 595 (C.A.).

DOCTRINE

Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament, 22nd ed., by Sir D. Limon and W. R. McKay. London: Butterworths, 1997.

Fraser, A. *et al. Jurisprudence parlementaire de Beauchesne: Règlement annoté et formulaire de la Chambre des communes du Canada*, 6^e éd., Toronto: Carswell, 1989.

Maingot, Joseph. *Le privilège parlementaire au Canada*, 2^e éd., Montréal: McGill-Queen's University Press, 1997.

DEMANDE visant à obtenir une déclaration portant que la méthode utilisée actuellement par la Chambre des communes pour assurer la télédiffusion publique des débats et travaux parlementaires va à l'encontre de la partie I, des articles 22 et 25 et de l'esprit de la *Loi sur les langues officielles*, ainsi qu'une ordonnance enjoignant à la Chambre des communes de se conformer

of parliamentary proceedings to the public. A declaration will issue that the respondents' current method for providing television broadcasts of parliamentary proceedings contravenes section 25 of the Act. The respondents have one year to take the necessary steps to bring its practices into compliance with section 25 of the Act.

APPEARANCES:

Kevin Quigley and Brian C. Curry for applicant.

Joel E. Fichaud, Q.C. for respondents House of Commons and Board of Internal Economy.

Michael F. Donovan for respondent Attorney General.

Laura C. Snowball for intervener.

SOLICITORS OF RECORD:

Burchell Green Hayman Parish, Halifax, Nova Scotia, for applicant.

Patterson, Palmer, Halifax, Nova Scotia, for respondents House of Commons and Board of Internal Economy.

Office of Commissioner of Official Languages, Ottawa, for intervener.

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

[1] O'KEEFE J.: This is an application by Louis Quigley, the applicant, made pursuant to subsection 77(1) of the *Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31 (the Act) for:

1. A declaration that the House of Commons' current method of providing television broadcasts of parliamentary proceedings to the public contravenes Part I, section 22, section 25 and the spirit of the Act; and

2. An order that the House of Commons comply with Part I, section 22, section 25 and the spirit of the Act, in its provision of television broadcasts of

à la partie I, aux articles 22 et 25 et à l'esprit de la Loi relativement à la prestation des services de télédiffusion publique des débats et travaux parlementaires. Une déclaration portant que la méthode utilisée actuellement par les défendeurs pour assurer la télédiffusion publique des débats parlementaires va à l'encontre de l'article 25 de la Loi est prononcée. Les défendeurs ont un an pour prendre les mesures nécessaires pour se conformer à l'article 25 de la Loi.

ONT COMPARU:

Kevin Quigley et Brian C. Curry pour le demandeur.

Joel E. Fichaud, c.r. pour les défendeurs la Chambre des communes et le Bureau de régie interne.

Michael F. Donovan pour le défendeur le Procureur général.

Laura C. Snowball pour l'intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Burchell Green Hayman Parish, Halifax (Nouvelle-Écosse), pour le demandeur.

Patterson, Palmer, Halifax (Nouvelle-Écosse), pour les défendeurs la Chambre des communes et le Bureau de régie interne.

Commissariat aux langues officielles, Ottawa, pour l'intervenante.

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

[1] LE JUGE O'KEEFE: Dans la présente demande fondée sur le paragraphe 77(1) de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31 (la Loi), le demandeur Louis Quigley cherche à obtenir:

1. une déclaration portant que la méthode qu'utilise actuellement la Chambre des communes pour assurer la télédiffusion publique des débats et travaux parlementaires va à l'encontre de la partie I, des articles 22 et 25 et de l'esprit de la Loi;

2. une ordonnance enjoignant à la Chambre des communes de se conformer à la partie I, aux articles 22 et 25 et à l'esprit de la Loi relativement à la

parliamentary proceedings to the public.

prestation des services de télédiffusion publique des débats et travaux parlementaires.

History of Broadcasting Parliamentary Proceedings

[2] As early as 1977, the House of Commons (the House) approved the radio and television broadcasting of debates and proceedings on the floor of the House and in parliamentary committees on the basis of principles similar to those governing the publication of Hansard (see A. Fraser, *et al.*, *Beauchesne's Rules & Forms of the House of Commons of Canada*, 6th ed. (Toronto: Carswell, 1989) at § 1121).

[3] The House of Commons Broadcasting Service (HCBS) is responsible for the televised recording of proceedings in the House and its committees. Initially, live coverage of House proceedings was only available in the National Capital Region via a microwave system. During the second year of operation, until October 1979, debates were rebroadcast throughout the country using video cassettes that were distributed to various cable services. The cable services decided whether or not to broadcast the proceedings. From 1979 until 1991, the proceedings of the House were broadcast by the English and French language Canadian Broadcasting Corporation, in both official languages, via two parliamentary channels established for that purpose.

[4] In 1992, the Board of Internal Economy of the House (the Board) approved a proposal whereby the Cable Public Affairs Channel (CPAC) would assume the cost of broadcasting House debates and proceedings for a two-year period. A new agreement was signed between the House and CPAC in August 1994 for the period from September 1, 1994 to August 31, 2001. The agreement provides in part that:

1. The House produces and delivers its debates and proceedings and certain committee proceedings in both official languages to CPAC;

Historique de la télédiffusion des débats et travaux parlementaires

[2] Dès 1977, la Chambre des communes (la Chambre) a approuvé la radiodiffusion et la télédiffusion des débats et travaux de la Chambre et des comités parlementaires en se fondant sur des principes semblables à ceux qui régissent la publication des rapports écrits officiels des débats (voir A. Fraser, *et al.* *Jurisprudence parlementaire de Beauchesne: Règlement annoté et formulaire de la Chambre des communes du Canada*, 6^e édition (Toronto: Carswell, 1991), au paragraphe 1121).

[3] Le Service de radiodiffusion de la Chambre des communes (SRCC) est chargé d'assurer l'enregistrement télévisé des débats et travaux de la Chambre et des comités de celle-ci. À l'origine, la présentation en direct des débats et travaux de la Chambre n'était offerte que dans la région de la capitale nationale, au moyen d'un réseau de transmission par micro-ondes. Au cours de la deuxième année de fonctionnement du réseau et jusqu'en octobre 1979, les débats ont été retransmis dans l'ensemble du pays à l'aide de vidéocassettes qui étaient distribuées aux différents services de câblodistribution. Ces services décidaient s'il y avait lieu ou non de diffuser les débats et travaux. De 1979 jusqu'en 1991, la Société Radio-Canada a diffusé les travaux de la Chambre dans les deux langues officielles sur les deux canaux parlementaires établis à cette fin.

[4] En 1992, le Bureau de régie interne de la Chambre (le Bureau) a accepté que la Chaîne d'affaires publiques par câble (CPAC) assume les coûts de diffusion des débats et travaux de la Chambre pour une période de deux ans. En août 1994, une nouvelle entente a été signée entre la Chambre et CPAC pour la période allant du 1^{er} septembre 1994 au 31 août 2001. L'entente prévoit notamment ce qui suit:

1. la Chambre produit et transmet à CPAC ses débats et travaux et ceux de certains comités dans les deux langues officielles;

2. The House will deliver to CPAC a live television (video) signal and three audio programming signals: (i) a sound signal originating from the floor of the House (floor sound); (ii) a sound signal in English only; and (iii) a sound signal in French only;

3. CPAC will transmit these four signals to all cable television distribution undertakings throughout Canada.

[5] CPAC is a non-profit corporation that is funded by a consortium of Canadian cable companies. In addition to the debates and proceedings of the House, CPAC also offers 30 hours per week of original programming and 46 hours each week of long-format coverage of committees, conferences, hearings and special events.

[6] Broadcasting distribution undertakings (BDUs) are organized among three different classes based on how many subscribers they have. Generally, Class 1 BDUs have 6,000 subscribers or more, Class 2 BDUs have more than 2,000 but less than 6,000 subscribers, and Class 3 BDUs have less than 2,000 subscribers. Under the current regulations, CPAC is not a mandatory signal that BDUs must distribute but if Class 1 or 2 BDUs elect to distribute CPAC, then they must carry it as part of the basic service. Class 3 BDUs are not subject to any requirement to carry CPAC. Nevertheless, CPAC is carried widely across Canada by a variety of BDUs. For clarity, cable companies are BDUs. There is no contract between the House and the BDUs and the latter is free to choose which audio signal or signals it transmits.

[7] There is evidence, however, that recent technology would allow broadcasters to transmit one video signal and two audio signals simultaneously. This technology is known as second or secondary audio programming (SAP) and these signals are receivable in the home using television sets or VCR units that are equipped with the appropriate decoder. Stand-alone SAP decoders are also available. In other words, a person who tunes in to

2. la Chambre transmet à CPAC en direct un signal de télévision (vidéo) et trois signaux de programmation audio: (i) un signal audio dans la langue parlée à ce moment-là (son original), (ii) un signal audio en anglais seulement et (iii) un signal audio en français seulement;

3. CPAC distribue partout au Canada ces quatre signaux à l'ensemble des entreprises de câblodistribution.

[5] CPAC est un organisme à but non lucratif financé par un consortium d'entreprises de câblodistribution canadiennes. En plus des débats et travaux de la Chambre, CPAC offre également 30 heures par semaine d'émissions originales et 46 heures par semaine d'émissions de longue durée pour couvrir différents comités, conférences, audiences et événements spéciaux.

[6] Les entreprises de distribution de radiodiffusion (EDR) sont classées en trois catégories différentes selon le nombre d'abonnés qu'elles comptent. Généralement, les EDR de la catégorie 1 comptent au moins 6 000 abonnés, les EDR de la catégorie 2 comptent plus de 2 000 abonnés, mais moins de 6 000 et celles de la catégorie 3 comptent moins de 2 000 abonnés. Selon la réglementation actuelle, la distribution du signal de CPAC ne constitue pas une obligation. Cependant, si une EDR de la catégorie 1 ou 2 choisit de distribuer ce signal, elle doit l'intégrer dans son service de base. Cette exigence ne s'applique pas aux EDR de la catégorie 3. Néanmoins, ce service fait partie de bon nombre de forfaits offerts partout au Canada par diverses EDR. Il convient de préciser que les entreprises de câblodistribution sont des EDR. Aucune entente n'a été conclue entre la Chambre et les EDR et celles-ci peuvent choisir comme bon leur semble les signaux audio qu'elles transmettent.

[7] Cependant, certaines données indiquent qu'une technologie récente permettrait à une chaîne de télévision de transmettre un signal vidéo et deux signaux audio en même temps. Cette technologie est connue sous le nom de second canal d'émissions sonores (SCES) et ces signaux atteignent les foyers dont le téléviseur ou le magnétoscope est équipé du décodeur approprié. Il existe aussi des décodeurs de SCES

CPAC could choose which of two audio signals he or she wants to listen to. There is also evidence that, while television manufacturers are not obliged to equip sets with SAP decoders, they have been doing so on most sets since the early 1990s and approximately 50% of Canadian homes have the necessary equipment. Furthermore, BDUs that choose to distribute a SAP signal on a single channel might incur upgrade costs of \$500 to \$5,000, depending on the equipment that they currently have (see Public Notice CRTC 2001-46).

[8] Finally, Canadians can access the audiovisual signals supplied by the House using a satellite dish or the Internet.

The Applicant's Complaint and the Commissioner's Investigation

[9] The applicant resides in Riverview, New Brunswick and subscribes to Rogers Cable Company of Moncton, New Brunswick (Rogers Cable). At the time of application, Rogers Cable provided the applicant with CPAC broadcasts in floor sound only. As he only speaks English, he was unable to understand those parts that are spoken in French.

[10] The applicant filed a complaint in this regard with the Commissioner of Official Languages for Canada (Commissioner) who, in turn, conducted an investigation. Consistent with the procedure set out in the Act, a preliminary copy of the Commissioner's report was provided to the federal institution under investigation for its comments. The final report was released in October, 2000: Office of the Commissioner of Official Languages, Enhanced Investigation Report. *Investigation Report Concerning the Broadcasts and Availability of the Proceedings of the House of Commons in Both Official Languages*, October 2000 (the Report).

[11] With respect to the application of Part I of the Act, the Report concluded at pages 6 to 9 that:

autonomes. En d'autres termes, un abonné équipé en conséquence qui regarde une émission de CPAC pourrait choisir lequel des deux signaux audio il désire écouter. Il appert également de certaines données que, même si les fabricants ne sont pas tenus d'équiper les téléviseurs d'un décodeur, cela se fait assez couramment depuis le début des années 1990, si bien qu'environ 50 p. 100 des foyers canadiens possèdent l'équipement nécessaire. De plus, les EDR qui décident de distribuer un signal SCES sur une seule chaîne pourraient engager des frais de mise à niveau de 500 \$ à 5 000 \$, selon l'équipement qu'elles possèdent actuellement (voir Avis public CRTC 2001-46).

[8] Enfin, les Canadiens peuvent avoir accès par satellite ou Internet aux signaux audiovisuels que transmet la Chambre.

La plainte du demandeur et l'enquête de la commissaire

[9] Le demandeur habite à Riverview, au Nouveau-Brunswick, et est un abonné de Rogers Cable Company de Moncton, également au Nouveau-Brunswick (Rogers Cable). À la date de la demande, Rogers Cable fournissait au demandeur l'accès aux présentations télévisées de CPAC en son original seulement. Comme le demandeur ne parle que l'anglais, il ne pouvait comprendre les parties présentées en français.

[10] Le demandeur a déposé une plainte à ce sujet auprès de la commissaire aux langues officielles du Canada (la commissaire) qui, à son tour, a mené une enquête. Conformément à la procédure énoncée dans la Loi, une copie préliminaire du rapport de la commissaire a été remise à l'institution fédérale visée par l'enquête afin que celle-ci commente le document en question. Le rapport final a été déposé en octobre 2000: *Rapport d'enquête approfondie. Rapport d'enquête concernant la diffusion et la disponibilité des débats et travaux de la Chambre des communes dans les deux langues officielles*, octobre 2000 (le Rapport).

[11] En ce qui a trait à l'application de la partie I de la Loi, le Rapport comporte les conclusions suivantes aux pages 6 à 9:

1. Section 4 of the Act must be interpreted and applied in light of the spirit of the Act as a whole and its interpretation must respect the purpose of the language right at issue, the principle of equality of status and privileges of English and French, and the preservation and vitality of the official language communities (*R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768);

2. Whatever the method chosen by the House for dissemination of its debates and proceedings, the House must respect the principle of equal access to parliamentary debates and proceedings and the requirements of bilingualism that flows from the equal access principle;

3. Although the House system for the production of its debates for broadcast meets the requirements of the Act, the House has failed to ensure that the broadcasting and delivery system also meets those requirements;

4. In order to meet the requirements of the Act, the House should have taken steps to ensure that the ultimate delivery of the video and audio signals met the official language needs of all members of the Canadian public;

5. The House cannot evade its official languages obligations by entering into a contract, as in this case between itself and CPAC, that separates the production and initial broadcast of House debates and proceedings from the ultimate delivery of broadcast signals to the public, and does not address that ultimate delivery; and,

6. The House is not fully complying with its linguistic obligations as set out in Part I of the Act or with the spirit of the Act as regards the televising of its debates.

[12] With respect to Part IV of the Act, the Report concluded at pages 9 and 10 that:

1. The televising or audio-visual publication of parliamentary debates is a service provided to the public within the meaning of Part IV of the Act;

1. l'article 4 de la Loi doit être interprété et appliqué à la lumière de l'esprit de l'ensemble de celle-ci et cette interprétation doit tenir compte de l'objet du droit linguistique en litige, du principe d'égalité de statut et de privilège du français et de l'anglais ainsi que de la nécessité d'assurer le maintien et l'épanouissement des communautés de langue officielle (*R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768);

2. quelle que soit la méthode qu'elle choisit pour la diffusion de ses débats, la Chambre doit se conformer au principe d'accès égalitaire aux travaux du Parlement et à la prescription de bilinguisme qui en découle;

3. même si le système qu'elle a mis en place pour la production de ses débats respecte intégralement les prescriptions de la Loi, la Chambre ne respecte pas ces prescriptions en ce qui concerne le système de diffusion;

4. pour respecter les prescriptions de la Loi, la Chambre aurait dû prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que la télédiffusion des signaux vidéo et audio respecte les besoins de tous les membres du public canadien en matière de langues officielles;

5. la Chambre ne peut échapper à ses obligations linguistiques en concluant, comme elle l'a fait en l'espèce avec CPAC, un contrat qui a pour effet de séparer la production et la diffusion initiale des débats de la Chambre de la présentation ultime des signaux au public et qui n'assure pas cette diffusion ultime;

6. la Chambre ne respecte pas pleinement ses obligations linguistiques prévues à la partie I de la Loi et l'esprit de celle-ci en ce qui concerne la télédiffusion de ses débats.

[12] Le Rapport comporte également les conclusions suivantes, aux pages 9 et 10, au sujet de la partie IV de la Loi:

1. la télédiffusion ou la publication audiovisuelle des débats parlementaires constitue un service offert au public au sens de la partie IV de la Loi;

2. The decision of the House to proceed with televised rebroadcasting of its debates subjects the House to the linguistic obligations set out in section 22 of the Act;

3. The agreement between the House and CPAC, and the facts in general, show that CPAC is acting on behalf of the House within the meaning of section 25 of the Act;

4. The House must therefore ensure that CPAC takes the measures necessary to guarantee effective delivery of the services in question, i.e. televised debates and proceedings, to members of the public in their preferred official language; and,

5. The House has not ensured that its debates would be delivered in both official languages to all cable subscribers in Canada, thereby contravening sections 22 and 25 of the Act, and the spirit of the Act.

[13] Finally, at pages 15-16 of the Report, the Commissioner recommended that the House:

1. immediately take, with all interested parties, all the measures and steps required to ensure the implementation of the right of members of the public to access televised debates in their preferred official language, pending the advent of more effective technologies; and,

2. take into account its linguistic obligations under Part I and Part IV of the *Official Languages Act* when it renews or concludes a new agreement with a third party to ensure that the latter takes all the measures required to ensure that parliamentary debates are ultimately televised in both official languages, so as to guarantee the effective implementation of the right of members of the public to access these debates in their preferred official language.

Applicant's Submissions

[14] The applicant submits that the Act should be given a broad and purposive interpretation. He notes in particular that many of the sections of the Act resonate

2. lorsque la Chambre a décidé de procéder à la retransmission télévisée de ses débats, elle est devenue assujettie aux prescriptions linguistiques édictées par l'article 22 de la Loi;

3. il appert de l'entente entre la Chambre et CPAC ainsi que de l'ensemble des faits que CPAC agit pour le compte de la Chambre au sens de l'article 25 de la Loi;

4. La Chambre devait donc s'assurer que CPAC prendrait les mesures nécessaires pour garantir la prestation efficace des services en question, soit la présentation télévisée des débats et travaux, aux membres du public dans la langue officielle de leur choix;

5. la Chambre ne s'est pas assurée que ses débats seraient ultimement présentés dans les deux langues officielles à tous les abonnés du câble du Canada, contrevenant de ce fait aux articles 22 et 25 de la Loi ainsi qu'à l'esprit de la Loi.

[13] Finalement, à la page 16 de son Rapport, la commissaire a formellement recommandé ce qui suit à la Chambre:

1. de mettre immédiatement en place, avec toutes les parties intéressées, toutes les mesures et d'entreprendre les démarches nécessaires permettant la mise en œuvre du droit d'accès du public aux débats télédiffusés dans la langue officielle de son choix, en attendant l'avènement de moyens technologiques plus efficaces; et

2. de tenir compte des obligations linguistiques qui lui incombent en vertu de la Partie I et de la Partie IV de la *Loi sur les langues officielles* lorsqu'elle renouvellera ou conclura une nouvelle entente avec un tiers afin de s'assurer que ce dernier prenne tous les moyens nécessaires pour que les services de télédiffusion des débats parlementaires soient ultimement fournis dans les deux langues officielles de façon à assurer la mise en œuvre efficace du droit d'accès du public à ces débats dans la langue officielle de son choix.

Arguments du demandeur

[14] Le demandeur soutient que la Loi devrait recevoir une interprétation large et fondée sur son objet. Plus précisément, il souligne que bon nombre des

in both the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (U.K.) [(as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, appendix II, No. 5]] (the Constitution) and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, appendix II No. 44] (the Charter). The spirit of the Act, he says, is designed to protect the language rights that are enshrined in various constitutional documents and to allow meaningful participation in all branches of government, whether in English or in French. The applicant submits that the Act ensures the equality of both official languages so that all Canadians will have equal access to and service from federal institutions (see the preamble and section 2 of the Act; section 133 of the Constitution, subsections 16(1), 17(1), 18(1), 19(1) and 20(1) of the Charter).

[15] In the applicant's view, section 4 of the Act protects the language rights of participants in parliamentary proceedings as well as the language rights of non-participants who rely on official reports of those proceedings. While the applicant concedes that the House need not always report on its proceedings, he asserts that when the House elects to do so, a translation is required. Such an interpretation, he says, is consistent with the Supreme Court of Canada's decision in *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768. The applicant argues that the respondents cannot satisfy their responsibility under Part I of the Act by transmitting three audio signals to CPAC because this would allow the House to absolve itself of its statutory responsibilities by simply contracting with outside parties.

[16] The applicant submits that members of the public must be able to obtain services from every federal institution in either official language. Moreover, federal institutions are subject to this same obligation even when those services are provided to the public on their behalf by other persons or organizations pursuant to

articles de la Loi trouvent écho tant dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) [(mod. Par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]] (la Constitution), que dans 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). Selon le demandeur, la Loi vise à protéger les droits linguistiques qui sont inscrits dans différents documents constitutionnels et à permettre une participation significative dans tous les secteurs du gouvernement, que ce soit en français ou en anglais. Le demandeur ajoute que la Loi assure l'égalité des deux langues officielles de façon que tous les Canadiens bénéficient d'un accès égal aux institutions fédérales et aient droit à des services égaux de celles-ci (voir le préambule et l'article 2 de la Loi, l'article 133 de la Constitution et les paragraphes 16(1), 17(1), 18(1), 19(1) et 20(1) de la Charte).

[15] De l'avis du demandeur, l'article 4 de la Loi protège les droits linguistiques des personnes qui participent aux travaux parlementaires et de celles qui, sans participer aux travaux en question, se fondent sur les comptes rendus officiels de ceux-ci. Tout en admettant que la Chambre n'est pas toujours tenue de présenter un compte rendu de ses travaux et débats, il fait valoir que lorsqu'elle choisit de le faire, une traduction est nécessaire. Selon le demandeur, cette interprétation est compatible avec l'arrêt *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, jugement de la Cour suprême du Canada. Le demandeur allègue que les défendeurs ne peuvent se conformer aux prescriptions découlant de la partie I de la Loi en transmettant trois signaux audio à CPAC, parce que cette façon de procéder permettrait à la Chambre, simplement en concluant une entente avec des tierces parties, d'échapper aux responsabilités qui lui incombent en vertu de la Loi.

[16] Le demandeur estime que les membres du public doivent pouvoir obtenir des services de toute institution fédérale dans l'une ou l'autre des langues officielles. De plus, les institutions fédérales sont assujetties à cette obligation, même lorsque ces services sont offerts au public pour leur compte par d'autres personnes ou

sections 22 and 25 of the Act. The applicant submits that the House is clearly a “federal institution” under subsection 3(1) of the Act [as am. by S.C. 1993, c. 28, s. 78]. In the applicant’s view, the House has a duty to ensure that the organization with whom it contracts regarding the broadcast of televised debates (CPAC) takes steps to guarantee that those debates are ultimately broadcast in both official languages.

[17] In particular, the applicant relies on the notion that parliamentary privilege can only be claimed where it is necessary such that without that privilege, the House could not discharge its functions (see J. P. J. Maingot, *Parliamentary Privilege in Canada*, 2nd ed. (McGill-Queen’s University Press, 1997); Sir D. Limon and W. R. McKay, eds., *Erskine May’s Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 22nd ed. (London: Butterworths, 1997)). Privilege is extended because the particular issue is seen as being critical to the very existence of the legislative body. While Madam Justice McLachlin recognized a category of privilege which she described as “control of publication of debates and proceedings in the House” at page 385 of her reasons in *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319 (*New Brunswick Broadcasting*) apparently this privilege in particular has never been considered before. Nevertheless, the applicant asserts, and in this he says that he is supported by Maingot and May, that the privilege over the publication of debates or proceedings is closely connected with the right to exclude strangers from proceedings. The applicant submits that both are concerned with free speech and fair and accurate reporting, but not with dissemination after publication. The applicant argues that the House is free to close its doors to the public but once the doors are open, the House may not legally proceed to violate the provisions of the Act.

[18] The applicant also submits that in order to claim privilege, the respondents must show that the activity over which the privilege is sought must be integral to the functioning of the Parliament House legislator (see *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2

organisations conformément aux articles 22 et 25 de la Loi. Le demandeur allègue que la Chambre est manifestement une «institution fédérale» visée par le paragraphe 3(1) de la Loi [mod. par L.C. 1993, ch. 28, art. 78] et qu’elle est tenue de veiller à ce que l’organisation à laquelle elle confie par contrat la diffusion des débats télévisés (CPAC) prenne des mesures pour garantir que ces débats soient finalement présentés dans les deux langues officielles.

[17] Plus précisément, le demandeur invoque le principe selon lequel le privilège parlementaire ne peut être invoqué que dans les cas de nécessité, au sens où la Chambre ne pourrait exercer ses fonctions en l’absence de ce privilège (voir J. P. J. Maingot, *Le privilège parlementaire au Canada*, 2^e édition (McGill-Queen’s University Press, 1997); Sir D. Limon et W. R. McKay, eds., *Erskine May’s Treatise on The Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, 22^e édition (Londres: Butterworths, 1997)). Le privilège est accordé parce que la question particulière est perçue comme une question ayant une importance vitale pour l’existence même de l’organisme législatif. Bien que M^{me} le juge McLachlin ait reconnu l’existence d’une catégorie de privilège qu’elle a appelé le «contrôle de la publication des débats de l’assemblée» à la page 385 de ses motifs dans l’arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l’Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319 (*New Brunswick Broadcasting*), ce privilège particulier n’a apparemment jamais été examiné auparavant. Néanmoins, le demandeur allègue, en invoquant les ouvrages de Maingot et May, que le privilège de la publication des débats et travaux est lié de près à celui d’expulser des étrangers des débats. Selon le demandeur, les deux privilèges concernent la liberté de parole et la présentation d’un compte rendu exact et fidèle, mais non la diffusion après la publication. À son avis, la Chambre peut fermer ses portes au public, mais lorsqu’elle les ouvre, elle ne peut légalement agir de façon à enfreindre les dispositions de la Loi.

[18] Le demandeur ajoute que, pour revendiquer un privilège, les défendeurs doivent prouver que l’activité à l’égard de laquelle le privilège est demandé est nécessaire au fonctionnement de la Chambre (voir *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*,

S.C.R. 876 (*Harvey*)). McLachlin J. (as she then was), with whom L'Heureux-Dubé J. concurred, wrote the following about necessity at pages 918 and 919:

To prevent abuses cloaked in the guise of privilege from trumping legitimate *Charter* interests, the courts must inquire into the legitimacy of a claim of parliamentary privilege. As this Court made clear in *New Brunswick Broadcasting*, the courts may properly question whether a claimed privilege exists. This screening role means that where it is alleged that a person has been expelled or disqualified on invalid grounds, the courts must determine whether the act falls within the scope of parliamentary privilege. If the court concludes that it does, no further review lies.

British jurisprudence distinguishes between privileges asserted by resolution and privileges effected automatically by statute. In respect of privileges asserted by resolution, British courts have developed a doctrine of necessity, enabling them to inquire whether the action taken by resolution is necessary to the proper functioning of the House. The necessity inquiry does not ask whether the particular action at issue was necessary, and hence does not involve substantive judicial review. Rather, it asks whether the dignity, integrity and efficiency of the legislative body could be maintained if it were not permitted to carry out the type of action sought to be done, for example to expel a person from the legislature or disqualify a person from seeking office on grounds of corruption. Following this rule, this Court in *New Brunswick Broadcasting* inquired whether the resolution there in issue was necessary to the proper functioning of the legislature and the maintenance of its integrity. The question was left open whether a similar inquiry should be conducted where a legislated privilege, like the one asserted in the case at bar, is in question.

[19] Here, the applicant argues that the respondents cannot meet the test of necessity as the dignity, integrity and efficiency of the House is not threatened by the Commissioner's order. Rather, the applicant submits that the opposite would be true as it would ensure that all Canadians have equal rights in accessing the proceedings of their elected representatives. In the applicant's view, a successful claim for privilege involves balancing certain interests, including the degree

[1996] 2 R.C.S. 876 (*Harvey*)). Dans l'arrêt *Harvey*, M^{me} le juge McLachlin (maintenant juge en chef de la Cour suprême du Canada), avec qui M^{me} le juge L'Heureux-Dubé était d'accord, a formulé les commentaires suivants au sujet de la nécessité, aux pages 918 et 919:

Pour éviter que des abus sous le couvert d'un privilège éclipse des droits légitimes garantis par la *Charte*, les tribunaux doivent examiner la légitimité d'une revendication de privilège parlementaire. Comme notre Cour l'a précisé dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, les tribunaux peuvent, à juste titre, se demander si le privilège revendiqué existe vraiment. Ce rôle de tamisage signifie que, lorsqu'on soutient qu'une personne a été expulsée ou déclarée inéligible pour des motifs non valides, les tribunaux doivent déterminer si la mesure prise est visée par le privilège parlementaire. Si la cour conclut par l'affirmative, aucun autre examen n'est nécessaire.

La jurisprudence britannique distingue les privilèges invoqués par voie de résolution d'avec les privilèges conférés automatiquement par la loi. Dans le cas des privilèges invoqués par voie de résolution, les tribunaux britanniques ont établi un principe de la nécessité, qui leur permet d'examiner si la mesure prise par voie de résolution est nécessaire au bon fonctionnement de la Chambre. L'examen relatif à la nécessité ne porte pas sur la question de savoir si la mesure en cause était nécessaire, et il n'implique donc pas un contrôle judiciaire de fond. On se demande plutôt si la dignité, l'intégrité et l'efficacité du corps législatif pourraient être préservées s'il n'était pas permis d'accomplir le genre d'acte que l'on cherche à accomplir, comme par exemple, expulser une personne de la législature ou déclarer une personne inhabile à solliciter une charge pour des motifs de corruption. Suivant cette règle dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, notre Cour s'est demandé si la résolution en cause dans cette affaire était nécessaire au bon fonctionnement de la législature et à la préservation de son intégrité. On n'a pas répondu à la question de savoir s'il y aurait lieu de se poser une question semblable lorsqu'il s'agit d'un privilège créé par voie législative, comme celui invoqué en l'espèce.

[19] Dans la présente affaire, le demandeur estime que les défendeurs ne peuvent satisfaire au critère de la nécessité, parce que l'ordonnance de la commissaire ne menace pas la dignité, l'intégrité et l'efficacité de la Chambre. Ce serait plutôt le contraire, puisque cette ordonnance garantirait à tous les Canadiens un même droit d'accès aux débats et travaux de leurs représentants élus. De l'avis du demandeur, l'examen d'une revendication de privilège fait appel à la

to which persons outside the legislative body are affected, the need for Parliament to regulate, and the rights of citizens to take issues to court. In this case, the applicant submits that the issue is not one which is confined to the House, its internal proceedings and functions, but rather is one which affects a broad number of Canadians as well as their ability to participate meaningfully and knowledgeably in Canada's democratic institutions.

[20] The applicant submits that the respondents' claim of parliamentary privilege is merely a technical argument used to circumvent their obligations and responsibilities under the Act. This "defence" was not raised at any point before the commencement of these proceedings. First, the applicant argues that section 18 of the Constitution [as am. by R.S.C., 1985, Appendix II, No. 13] requires that the privileges and immunities enjoyed by the House be defined by an Act of Parliament. Those privileges, he says, are set out in section 4 of the *Parliament of Canada Act*, R.S.C., 1985, c. P-1. However, to the extent that the *Parliament of Canada Act*, *supra* is inconsistent with the Act, then the Act should predominate and defeat the assertion of privilege.

Intervener's (Commissioner's) Submissions

[21] The Commissioner submits that subsection 4(3) must be given a broad and purposive interpretation so that the goal of full and equal access to parliamentary debates and proceedings in both official languages is fulfilled. The intervener argues that for many Canadians, watching parliamentary debates is a practical and convenient alternative to obtaining printed copies of Hansard.

[22] For its part, the Commissioner argues that, by virtue of its contract with CPAC for the distribution and delivery of broadcast signals originating from the House, the House has engaged CPAC to deliver those signals to Canadians on its behalf. Furthermore, it is asserted that, as the exclusive source of such broadcast

conciliation de certains intérêts, notamment la mesure dans laquelle les personnes qui ne font pas partie d'un organisme législatif sont touchées, la nécessité pour le Parlement de réglementer ses propres travaux et le droit des citoyens de saisir les tribunaux de questions litigieuses. Dans la présente affaire, le demandeur allègue que la question ne concerne pas seulement la Chambre et ses travaux et fonctions internes, mais touche également un grand nombre de Canadiens et leur capacité de participer de façon significative et avertie aux institutions démocratiques du Canada.

[20] De l'avis du demandeur, la revendication de privilège parlementaire des défendeurs n'est qu'un argument technique que ceux-ci invoquent pour contourner leurs obligations et responsabilités découlant de la Loi. Ce «moyen de défense» n'a nullement été soulevé avant l'introduction de la présente demande. Le demandeur précise que, selon l'article 18 de la Constitution [mod. par L.R.C. (1985), appendice II, n° 13], les privilèges et immunités dont la Chambre jouit doivent être prescrits par une loi du Parlement. Ces privilèges sont énoncés à l'article 4 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, L.R.C. (1985), ch. P-1. Toutefois, dans la mesure où cette dernière loi est incompatible avec la *Loi sur les langues officielles*, celle-ci devrait l'emporter et donner lieu au rejet de la revendication de privilège.

Arguments de l'intervenante (la commissaire)

[21] La commissaire allègue que le paragraphe 4(3) doit recevoir une interprétation large et fondée sur son objet de façon que l'accès entier et égal aux débats et travaux du Parlement dans les deux langues officielles soit assuré. Selon l'intervenante, pour de nombreux Canadiens, la possibilité de regarder les débats et travaux parlementaires à la télévision représente une solution de rechange pratique et utile à l'obtention de copies imprimées du hansard.

[22] Selon la commissaire, en vertu du contrat qu'elle a conclu avec CPAC au sujet de la distribution et de la transmission de signaux de radiodiffusion de ses travaux et débats, la Chambre a retenu les services de CPAC pour que celle-ci transmette ces signaux pour son compte aux Canadiens. De plus, à titre de seule source

signals, the House is well positioned to set contractual pre-conditions on its delivery of broadcast signals to CPAC and on CPAC's dealings with BDUs. The intervener also submits that a federal institution may not limit constitutional language rights by transferring the performance of certain of its functions where, if that federal institution had performed that function itself, it would have been obliged to comply with the Act (see *Canada (Commissioner of Official Languages) v. Canada (Department of Justice)* (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46 (F.C.T.D.)). It is also argued that the House's obligations cannot be satisfied by its "best efforts".

[23] The Commissioner submits that this Court is entitled to determine whether the respondents' claim of parliamentary privilege is valid. The Commissioner submits that this involves a two-stage inquiry. First, is the general activity claimed to be a constitutional parliamentary privilege actually a recognized constitutional parliamentary privilege? Second, is the particular activity in respect of which privilege is claimed actually part of that general constitutional parliamentary privilege? *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) 595 (C.A.), is a case where a non-elected person complained that the use of the Lord's Prayer as part of the Legislature's daily opening exercise pursuant to a standing order violated his right to equal treatment without discrimination. In that case, Mr. Justice Finlayson wrote the following at paragraph 25:

Therefore, while it is true to say in the abstract that parliamentary privilege covers those matters which are necessary to the functioning of the House, "necessity" in this context applies to categories of matters, and each particular exercise of privilege within a category is not scrutinized against a standard of necessity. As noted by McLachlin J., once a court has decided that a category of matters is necessary to the independent functioning of the House, it does not then go on to decide whether each individual exercise of privilege is necessary, but, rather, only has to ask whether the particular exercise in question falls within the recognized category of privilege. If it does, it is not subject to outside

de ces signaux, la Chambre est particulièrement bien placée pour fixer des exigences contractuelles préalables à la transmission de sa part des signaux en question à CPAC ainsi qu'aux accords de celle-ci avec les EDR. L'intervenante ajoute qu'une institution fédérale ne peut restreindre les droits linguistiques constitutionnels en transférant l'accomplissement de certaines de ses fonctions, dans les cas où cette institution aurait été tenue de se conformer à la Loi si elle avait accompli ces fonctions elle-même (voir *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Ministère de la Justice)* (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46 (C.F. 1^{re} inst.)). Qui plus est, souligne-t-elle, la Chambre ne peut remplir ses obligations simplement en déployant «tous les efforts voulus».

[23] La commissaire allègue que la Cour a le droit de décider si la revendication de privilège parlementaire des défendeurs est fondée. Selon la commissaire, l'examen de cette question comporte deux étapes. D'abord, la Cour doit se demander si l'activité générale qui serait apparemment un privilège parlementaire constitutionnel est effectivement reconnue à ce titre. En second lieu, elle doit chercher à savoir si l'activité à l'égard de laquelle le privilège est revendiqué fait effectivement partie des activités visées par ce privilège parlementaire constitutionnel général. Dans l'arrêt *Ontario (Speaker of the Legislative Assembly) v. Ontario (Human Rights Commission)* (2001), 54 O.R. (3d) 595 (C.A.), où une personne non élue avait soutenu que le fait de réciter la prière du Seigneur tous les jours au début des travaux de l'assemblée conformément à un ordre permanent allait à l'encontre de son droit d'être traitée de façon égale et sans discrimination, le juge Finlayson a formulé les commentaires suivants au paragraphe 25:

[TRADUCTION] En conséquence, même s'il convient de dire, dans l'abstrait, que le privilège parlementaire couvre les activités qui sont nécessaires au fonctionnement de la Chambre, la «nécessité» dans ce contexte s'applique aux catégories d'activités et l'exercice particulier d'un privilège n'est pas examiné à la loupe au regard d'une norme de nécessité. Comme l'a dit M^{me} le juge McLachlin, une fois qu'un tribunal a décidé qu'une catégorie d'activités est nécessaire au fonctionnement indépendant de la Chambre, il ne décide pas ensuite si chaque exercice particulier du privilège est nécessaire, mais se demande simplement si l'exercice en question est visé par la catégorie de privilège

review.

[24] The Commissioner agrees that control of publication of debates and proceedings is an inherent, and therefore constitutional, parliamentary privilege of the House yet contests that the House can control the language of publication as part of its privilege.

[25] The Commissioner submits that the purpose of the privilege is to prevent false and perverted reports of its proceedings. Therefore, the House should be able to exert its privilege over the decision to publish or to control the extent of what is published but not the language in which something is published.

[26] The Commissioner submits that if the choice of language is part of the House's privilege as defined historically or generically, it must be read with other parts of the Constitution; namely, section 133 of the Constitution and section 18 of the Charter. Since no part of the Constitution may abrogate or diminish any other part of the Constitution, potentially conflicting constitutional provisions must be read together and reconciled so that each may have the fullest meaning possible (see *New Brunswick Broadcasting* and *Harvey*). The Commissioner argues that the wording in this case is stronger than in *Harvey* and specifically that, in the face of section 133 of the Constitution, the privilege of control of publication that is recognized by the preamble to the Constitution could not have included the language of publication. Of course, section 133 of the Constitution was later supported by various provisions in the Charter.

[27] If the Court rejects the arguments above, the Commissioner submits that sections 3 and 4 of the Act amended the Canadian constitutional privilege of control of publication to exclude the two official languages from the privilege pursuant to section 44 of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.)] [R.S.C., 1985, Appendix II,

reconnue. Dans l'affirmative, l'exercice n'est pas susceptible de révision par un organe externe.

[24] La commissaire convient que le contrôle de la publication des débats et travaux constitue un privilège parlementaire inhérent, et donc constitutionnel, de la Chambre, mais refuse d'admettre que celle-ci puisse contrôler la langue de publication dans le cadre de son privilège.

[25] Selon la commissaire, le privilège vise à empêcher la présentation de comptes rendus «faux et pervers» sur les débats et délibérations. Par conséquent, la Chambre doit être en mesure d'exercer son privilège à l'égard de la décision de publier ou de contrôler le contenu de la publication, mais non à l'égard de la langue dans laquelle ce contenu est publié.

[26] La commissaire ajoute que, si le privilège de la Chambre au sens historique ou générique couvre le choix de la langue, il doit être interprété de concert avec d'autres parties de la Constitution, notamment l'article 133 de celle-ci et l'article 18 de la Charte. Étant donné qu'aucune partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de celle-ci, il est nécessaire de mettre ensemble et de concilier les dispositions qui pourraient être contradictoires de manière à ce que chacune reçoive le sens le plus complet qui soit (voir les arrêts *New Brunswick Broadcasting* et *Harvey*). Selon la commissaire, le libellé examiné en l'espèce est plus clair que celui qui était à l'étude dans l'arrêt *Harvey*; plus précisément, compte tenu de l'article 133 de la Constitution, le privilège du contrôle de la publication qui est reconnu au préambule de celle-ci ne peut couvrir la langue de publication. Bien entendu, l'article 133 de la Constitution a été renforcé plus tard par différentes dispositions de la Charte.

[27] Si la Cour rejette les arguments qui précèdent, la commissaire soutient que les articles 3 et 4 de la Loi ont eu pour effet de modifier le privilège constitutionnel canadien du contrôle de la publication de manière à exclure de ce privilège les deux langues officielles conformément à l'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982,*

No. 44]]. It is noted that the Act specifically preserves parliamentary privilege with respect to the personal offices and staff of its Members and Senators pursuant to section 90 of the Act. The Commissioner submits that this is confirmation that the Act intended to amend Constitutional provisions with respect to parliamentary privilege, save certain narrow exceptions.

Respondents' Submissions

[28] The respondents submit that the publication of House proceedings is one of the inherent privileges of the House and that this privilege enjoys constitutional protection. For these propositions, the respondents rely heavily on the Supreme Court of Canada's decision in *New Brunswick Broadcasting*, per McLachlin J. (as she then was). In that case, the Speaker of the Nova Scotia Legislature excluded independent television cameras from the House. Therefore, an application was brought before the courts for an order that that decision violated paragraph 2(b) of the Charter. In the respondents' submissions, the Court held that inherent privileges are protected by the Preamble of the Constitution, that the Speaker's decision fell within the Legislature's inherent privilege to exclude strangers, and that the judiciary had no power to review the exercise of such a privilege.

[29] The respondents rely on the categories of privilege which arose in the United Kingdom and that McLachlin J. (as she then was) enumerated in the *New Brunswick Broadcasting* case at pages 385 to 386, including control of publication of debates and proceedings in the House. The respondents submit that those privileges are preserved by section 4 of the *Parliament of Canada Act*, supra. The respondents rely on *New Brunswick Broadcasting* for the proposition that Constitutional rights cannot be diminished because one part of the Constitution cannot abrogate another.

[30] The respondents submit that this is really a division of powers issue and such that when a legislative body exercises one of its inherent privileges, the Court has no business reviewing that decision. In any event,

ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Selon la commissaire, la Loi préserve de manière précise à l'article 90 le privilège parlementaire en ce qui a trait au bureau privé et au personnel des parlementaires et des sénateurs, ce qui confirme que la Loi visait à modifier les dispositions constitutionnelles concernant le privilège parlementaire, sous réserve de certaines exceptions restreintes.

Arguments des défendeurs

[28] Les défendeurs allèguent que la publication des débats et travaux de la Chambre constitue l'un des privilèges inhérents de celle-ci et que, de ce fait, ce privilège bénéficie de la protection constitutionnelle. Au soutien de cette proposition, les défendeurs se fondent en grande partie sur le jugement qu'a rendu le juge McLachlin dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*. Dans cette affaire, le président de l'assemblée législative de la Nouvelle-Écosse avait exclu les caméras de télévision indépendantes de la Chambre et les tribunaux avaient subséquemment été saisis d'une demande d'ordonnance portant que cette décision allait à l'encontre de l'alinéa 2b) de la Charte. De l'avis des défendeurs, la Cour a statué que les privilèges inhérents sont protégés par le préambule de la Constitution, que la décision du président de l'assemblée législative relevait du privilège inhérent de celle-ci d'exclure des étrangers de son enceinte et que les tribunaux n'avaient pas le pouvoir de réviser l'exercice de ce privilège.

[29] Les défendeurs se fondent sur les catégories de privilèges qui ont pris naissance au Royaume-Uni et que le juge McLachlin a énumérées dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, aux pages 385 et 386, notamment le contrôle de la publication des débats et travaux de la Chambre. Selon les défendeurs, ces privilèges sont préservés par l'article 4 de la *Loi sur le Parlement du Canada*. Invoquant l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, les défendeurs ajoutent qu'il ne peut être porté atteinte aux droits constitutionnels, parce qu'aucune partie de la Constitution ne peut être abrogée par une autre.

[30] Les défendeurs allèguent qu'il s'agit en réalité d'un problème de répartition des pouvoirs et que, dans ce contexte, lorsqu'un organisme législatif exerce l'un de ses privilèges inhérents, la Cour ne saurait intervenir

the respondents argue that the House is attempting to deal with the issue.

[31] If the Court does not agree that the House's decision falls within its inherent privileges, then the respondents submit that they have not violated the Act in any way. First, with respect to section 25 of the Act, the respondents submit that Rogers Cable is not providing a service on behalf of the House. The respondents submit that a person who acts "on behalf" of a federal institution under section 25 is a person over whom the federal institution exercises sufficient control so that the institution may "ensure" that this person provides bilingual services. The respondents submit that a private retailer that is free to contract or not to contract is not subject to that degree of control. Although the respondents concede that Rogers Cable could be forced to transmit two audio signals by enacting the appropriate regulations under the *Broadcasting Act*, S.C. 1991, c. 11, the respondents submit that the House and the Board do not have such power. The respondents submit that if the House was ordered to seek an undertaking from CPAC that in its contracts with cable distributors, CPAC would ensure that French and English audio signals were transmitted, then many distributors would simply refuse to carry CPAC at all. The respondents submit that this would lead to a negative result since the number of people who have access to CPAC would be reduced and the funding arrangement that CPAC currently enjoys would be put into jeopardy.

[32] The respondents submit that if the interpretation suggested by the applicant was to apply, then the House would also have an obligation to ensure that Rogers Cable had bilingual employees to answer its customer's concerns. If a private bookstore sells federal publications, the respondents question whether section 25 would create a duty to ensure that the sales clerk speaks both official languages.

[33] The respondents submit that the spirit, along with Part I of the Act, are not triggered by the applicant's complaint. The respondents submit that the use of both languages in Parliament is protected and that all records or communications are made available in both official

et réviser cette décision. En tout état de cause, les défendeurs ajoutent que la Chambre cherche actuellement une solution au problème.

[31] Si la Cour n'admet pas que la décision de la Chambre relève des privilèges inhérents de celle-ci, les défendeurs font valoir qu'ils n'ont d'aucune façon violé la Loi. D'abord, en ce qui concerne l'article 25 de la Loi, les défendeurs soutiennent que Rogers Cable ne fournit pas un service pour le compte de la Chambre. Selon les défendeurs, une personne qui agit «pour le compte» d'une institution fédérale au sens de l'article 25 est une personne sur laquelle l'institution exerce un contrôle suffisant pour pouvoir s'assurer que cette personne fournit des services bilingues. De l'avis des défendeurs, un détaillant privé qui est libre de contracter ou de ne pas contracter n'est pas assujéti à ce degré de contrôle. Même s'ils admettent que Rogers Cable pourrait être contrainte de transmettre deux signaux audio par suite de l'adoption du règlement nécessaire en application de la *Loi sur la radiodiffusion*, L.C. 1991, ch. 11, les défendeurs allèguent que la Chambre et le Bureau n'ont pas ce pouvoir. Les défendeurs ajoutent que, si la Chambre était sommée d'exiger de CPAC qu'elle s'engage, dans les contrats qu'elle signe avec les entreprises de câblodistribution, à assurer la transmission de signaux audio français et anglais, de nombreux distributeurs refuseraient tout simplement de s'entendre avec CPAC, ce qui mènerait à un résultat négatif, puisque le nombre de personnes ayant accès à CPAC diminuerait et que l'accord de financement dont celle-ci bénéficie à l'heure actuelle serait en péril.

[32] Les défendeurs allèguent que, si l'interprétation que propose le demandeur devait être retenue, la Chambre serait également tenue de veiller à ce que Rogers Cable ait des employés bilingues pour répondre aux demandes de ses clients. Or, les défendeurs doutent que le commis aux ventes d'une librairie privée qui vend des publications fédérales soit tenu de s'exprimer dans les deux langues officielles en vertu de l'article 25.

[33] Selon les défendeurs, la plainte du demandeur ne met pas en cause l'esprit de la Loi ni la partie I de celle-ci. À leur avis, l'utilisation des deux langues au Parlement est protégée et tous les documents ou communications sont mis à la disposition du public dans

languages. In other words, the respondents contend that they have discharged their obligations under the Act and they should not be held responsible if the applicant is not able to access what is provided (i.e. via satellite or Internet).

[34] With respect to an appropriate remedy, the respondents submit that the House has no power to force CPAC into agreeing with any specific terms nor can it force any agreement between CPAC and private BDUs. The respondents submit that the best remedy would be an amendment to the *Broadcasting Distribution Regulations*, SOR/97-555, which the respondents submit is not in the power of the House or the Board. The respondent, the Attorney General of Canada, submits that the Court should not go beyond issuing a declaration. In the alternative, the implementation of any order should be left to the CRTC which is a specialized and independent agency and is best positioned to consider complex technological, economic and cultural policy issues.

[35] Issues

1. Does this Court have jurisdiction to apply the Act to the House or can the House assert its inherent constitutional privilege?
2. Is the House in breach of its linguistic obligations under the Act?
3. What is the appropriate remedy on the facts of this case?

[36] Applicable Legislation

The relevant portions of the Constitution are:

Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom:

les deux langues officielles. En d'autres termes, les défendeurs estiment qu'ils se sont conformés à leurs obligations découlant de la Loi et qu'ils ne devraient pas être tenus responsables si le demandeur ne peut avoir accès aux signaux qui sont fournis (c'est-à-dire par satellite ou Internet).

[34] En ce qui concerne les réparations demandées, les défendeurs soutiennent que la Chambre n'a pas le pouvoir de contraindre CPAC à accepter des conditions précises ni d'exiger quelque forme d'entente que ce soit entre CPAC et les EDR privées. Selon les défendeurs, la réparation qui conviendrait le mieux serait une modification du *Règlement sur la distribution de radiodiffusion*, DORS/97-555, ce qui ne relève pas du pouvoir de la Chambre ou du Bureau. Le procureur général du Canada fait valoir que la Cour devrait se limiter à prononcer une déclaration. Subsidiairement, la mise en œuvre de toute ordonnance devrait être confiée au CRTC, qui est un organisme spécialisé et indépendant et est le mieux placé pour examiner des questions complexes en matière de technologie, d'économie et de politique culturelle.

[35] Questions en litige

1. La Cour a-t-elle compétence pour appliquer la Loi à la Chambre ou la Chambre peut-elle invoquer son privilège constitutionnel inhérent?
2. La Chambre manque-t-elle aux obligations linguistiques que lui impose la Loi?
3. Quelle est la réparation convenable en l'espèce?

[36] Dispositions légales et constitutionnelles applicables

Les passages suivants de la Constitution sont pertinents en l'espèce:

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (*Dominion*) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni:

...

18. The privileges, immunities, and powers to be held, enjoyed, and exercised by the Senate and by the House of Commons, and by the members thereof respectively, shall be such as are from time to time defined by Act of the Parliament of Canada, but so that any Act of the Parliament of Canada defining such privileges, immunities, and powers shall not confer any privileges, immunities, or powers exceeding those at the passing of such Act held, enjoyed, and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and by the members thereof.

...

133. Either the English or the French Language may be used by any Person in the Debates of the Houses of the Parliament of Canada and of the Houses of the Legislature of Quebec; and both those Languages shall be used in the respective Records and Journals of those Houses; and either of those Languages may be used by any Person or in any Pleading or Process in or issuing from any Court of Canada established under this Act, and in or from all or any of the Courts of Quebec.

The Acts of the Parliament of Canada and of the Legislature of Quebec shall be printed and published in both those Languages.

[37] The relevant portions of the Charter are:

16. (1) English and French are the official languages of Canada and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada.

...

17. (1) Everyone has the right to use English or French in any debates and other proceedings of Parliament.

...

18. (1) The statutes, records and journals of Parliament shall be printed and published in English and French and both language versions are equally authoritative.

...

20. (1) Any member of the public in Canada has the right to communicate with, and to receive available services from,

[. . .]

18. Les privilèges, immunités et pouvoirs que posséderont et exerceront le Sénat et la Chambre des Communes et les membres de ces corps respectifs, seront ceux prescrits de temps à autre par loi du Parlement du Canada; mais de manière à ce qu'aucune loi du Parlement du Canada définissant tels privilèges, immunités et pouvoirs ne donnera aucuns privilèges, immunités ou pouvoirs excédant ceux qui, lors de la passation de la présente loi, sont possédés et exercés par la Chambre des Communes du Parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et par les membres de cette Chambre.

[. . .]

133. Dans les chambres du parlement du Canada et les chambres de la législature de Québec, l'usage de la langue française ou de la langue anglaise, dans les débats, sera facultatif; mais dans la rédaction des archives, procès-verbaux et journaux respectifs de ces chambres, l'usage de ces deux langues sera obligatoire; et dans toute plaidoirie ou pièce de procédure par-devant les tribunaux ou émanant des tribunaux du Canada qui seront établis sous l'autorité de la présente loi, et par-devant tous les tribunaux ou émanant des tribunaux de Québec, il pourra être fait également usage, à faculté, de l'une ou de l'autre de ces langues.

Les lois du parlement du Canada et de la législature de Québec devront être imprimées et publiées dans ces deux langues.

[37] Les dispositions suivantes de la Charte sont pertinentes:

16. (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

[. . .]

17. (1) Chacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans les débats et travaux du Parlement.

[. . .]

18. (1) Les lois, les archives, les comptes rendus et les procès-verbaux du Parlement sont imprimés et publiés en français et en anglais, les deux versions des lois ayant également force de loi et celles des autres documents ayant même valeur.

[. . .]

20. (1) Le public a, au Canada, droit à l'emploi du français ou de l'anglais pour communiquer avec le siège ou

any head or central office of an institution of the Parliament or government of Canada in English or French, and has the same right with respect to any other office of any such institution where

- (a) there is a significant demand for communications with and services from that office in such language; or
- (b) due to the nature of the office, it is reasonable that communications with and services from that office be available in both English and French.

[38] Section 44 of the *Constitution Act, 1982* states:

44. Subject to sections 41 and 42, Parliament may exclusively make laws amending the Constitution of Canada in relation to the executive government of Canada or the Senate and House of Commons.

[39] Portions of the *Official Languages Act, supra* state:

Whereas the Constitution of Canada provides that English and French are the official languages of Canada and have equality of status and equal rights and privileges as to their use in all institutions of the Parliament and government of Canada;

And whereas the Constitution of Canada provides for full and equal access to Parliament, to the laws of Canada and to courts established by Parliament in both official languages;

And whereas the Constitution of Canada also provides for guarantees relating to the right of any member of the public to communicate with, and to receive available services from, any institution of the Parliament or government of Canada in either official language;

...

2. The purpose of this Act is to

(a) ensure respect for English and French as the official languages of Canada and ensure equality of status and equal rights and privileges as to their use in all federal institutions, in particular with respect to their use in parliamentary proceedings, in legislative and other instruments, in the administration of justice, in communicating with or providing services to the public and in carrying out the work of federal institutions;

...

76. In this Part, "Court" means the Federal Court—Trial Division.

l'administration centrale des institutions du Parlement ou du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services; il a le même droit à l'égard de tout autre bureau de ces institutions là où, selon le cas:

- a) l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante;
- b) l'emploi du français et de l'anglais se justifie par la vocation du bureau.

[38] L'article 44 de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit:

44. Sous réserve des articles 41 et 42, le Parlement a compétence exclusive pour modifier les dispositions de la Constitution du Canada relatives au pouvoir exécutif fédéral, au Sénat ou à la Chambre des communes.

[39] La *Loi sur les langues officielles, précitée*, prévoit notamment ce qui suit:

Attendu:

que la Constitution dispose que le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada et qu'ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada;

qu'elle prévoit l'universalité d'accès dans ces deux langues en ce qui a trait au Parlement et à ses lois ainsi qu'aux tribunaux établis par celui-ci;

qu'elle prévoit en outre des garanties quant au droit du public à l'emploi de l'une ou l'autre de ces langues pour communiquer avec les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada ou pour en recevoir les services;

[...]

2. La présente loi a pour objet:

a) d'assurer le respect du français et de l'anglais à titre de langues officielles du Canada, leur égalité de statut et l'égalité de droits et privilèges quant à leur usage dans les institutions fédérales, notamment en ce qui touche les débats et travaux du Parlement, les actes législatifs et autres, l'administration de la justice, les communications avec le public et la prestation des services, ainsi que la mise en œuvre des objectifs de ces institutions;

[...]

76. Le tribunal visé à la présente partie est la Section de première instance de la Cour fédérale.

77. (1) Any person who has made a complaint to the Commissioner in respect of a right or duty under sections 4 to 7, sections 10 to 13 or Part IV or V, or in respect of section 91, may apply to the Court for a remedy under this Part.

(2) An application may be made under subsection (1) within sixty days after

(a) the results of an investigation of the complaint by the Commissioner are reported to the complainant under subsection 64(1),

(b) the complainant is informed of the recommendations of the Commissioner under subsection 64(2), or

(c) the complainant is informed of the Commissioner's decision to refuse or cease to investigate the complaint under subsection 58(5),

or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those sixty days, fix or allow.

(3) Where a complaint is made to the Commissioner under this Act but the complainant is not informed of the results of the investigation of the complaint under subsection 64(1), of the recommendations of the Commissioner under subsection 64(2) or of a decision under subsection 58(5) within six months after the complaint is made, the complainant may make an application under subsection (1) at any time thereafter.

(4) Where, in proceedings under subsection (1), the Court concludes that a federal institution has failed to comply with this Act, the Court may grant such remedy as it considers appropriate and just in the circumstances.

(5) Nothing in this section abrogates or derogates from any right of action a person might have other than the right of action set out in this section.

...

82. (1) In the event of any inconsistency between the following Parts and any other Act of Parliament or regulation thereunder, the following Parts prevail to the extent of the inconsistency:

- (a) Part I (Proceedings of Parliament);
- (b) Part II (Legislative and other Instruments);
- (c) Part III (Administration of Justice);
- (d) Part IV (Communications with and Services to the Public); and
- (e) Part V (Language of Work).

77. (1) Quiconque a saisi le commissaire d'une plainte visant une obligation ou un droit prévus aux articles 4 à 7 et 10 à 13 ou aux parties IV ou V, ou fondée sur l'article 91 peut former un recours devant le tribunal sous le régime de la présente partie.

(2) Sauf délai supérieur accordé par le tribunal sur demande présentée ou non avant l'expiration du délai normal, le recours est formé dans les soixante jours qui suivent la communication au plaignant des conclusions de l'enquête, des recommandations visées au paragraphe 64(2) ou de l'avis de refus d'ouverture ou de poursuite d'une enquête donné au titre du paragraphe 58(5).

(3) Si, dans les six mois suivant le dépôt d'une plainte, il n'est pas avisé des conclusions de l'enquête, des recommandations visées au paragraphe 64(2) ou du refus opposé au titre du paragraphe 58(5), le plaignant peut former le recours à l'expiration de ces six mois.

(4) Le tribunal peut, s'il estime qu'une institution fédérale ne s'est pas conformée à la présente loi, accorder la réparation qu'il estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(5) Le présent article ne porte atteinte à aucun autre droit d'action.

[. . .]

82. (1) Les dispositions des parties qui suivent l'emportent sur les dispositions incompatibles de toute autre loi ou de tout règlement fédéraux:

- a) partie I (Débats et travaux parlementaires);
- b) partie II (Actes législatifs et autres);
- c) partie III (Administration de la justice);
- d) partie IV (Communications avec le public et prestation des services);
- e) partie V (Langue de travail).

...

[...]

90. Nothing in this Act abrogates or derogates from any powers, privileges or immunities of members of the Senate or the House of Commons in respect of their personal offices and staff or of judges of any Court.

90. La présente loi n'a pas pour effet de porter atteinte aux pouvoirs, privilèges et immunités dont jouissent les parlementaires en ce qui touche leur bureau privé et leur propre personnel ou les juges.

[40] The *Parliament of Canada Act, supra*, states:

[40] La *Loi sur le Parlement du Canada*, précitée, prévoit:

4. The Senate and the House of Commons, respectively, and the members thereof hold, enjoy and exercise

4. Les privilèges, immunités et pouvoirs du Sénat et de la Chambre des communes, ainsi que de leurs membres, sont les suivants:

(a) such and the like privileges, immunities and powers as, at the time of the passing of the *Constitution Act, 1867*, were held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom and by the members thereof, in so far as is consistent with that Act; and

a) d'une part, ceux que possédaient, à l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1867*, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni ainsi que ses membres, dans la mesure de leur compatibilité avec cette loi;

(b) such privileges, immunities and powers as are defined by Act of the Parliament of Canada, not exceeding those, at the time of the passing of the Act, held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom and by the members thereof.

b) d'autre part, ceux que définissent les lois du Parlement du Canada, sous réserve qu'ils n'excèdent pas ceux que possédaient, à l'adoption de ces lois, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni et ses membres.

Analysis and Decision

Analyse et décision

[41] There is no doubt that the House and the Members thereof enjoy certain parliamentary privileges. Section 4 of the *Parliament of Canada Act, supra* outlines those privileges. Basically, the privileges are immunities and powers which were held, enjoyed and exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom and Ireland and its members at the time of the Constitution. When section 18 of the Constitution was amended in 1875 [as am. by *Parliament of Canada Act, 1875*, 38-39 Vict., c. 38 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 13]], the Canadian Parliament was given authority to define its privileges, but those privileges could not exceed what was being exercised by the Commons House of Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland and its members.

[41] Il ne fait aucun doute que la Chambre et ses membres jouissent de certains privilèges parlementaires. L'article 4 de la *Loi sur le Parlement du Canada*, précitée, décrit ces privilèges. Il s'agit essentiellement des immunités et des pouvoirs que possédaient, au moment de l'adoption de la Constitution, la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni et d'Irlande et ses membres. Lorsque l'article 18 de la Constitution a été modifié en 1875 [mod. par *Acte du Parlement du Canada, 1875*, 38-39 Vict., ch. 38 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 13]], le Parlement canadien s'est vu conférer le pouvoir de prescrire ses privilèges, mais ceux-ci ne pouvaient pas excéder ceux qui étaient exercés par la Chambre des communes du Parlement du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande et ses membres de cette chambre.

[42] In *New Brunswick Broadcasting* McLachlin J. (as she then was) stated at page 385:

[42] Le juge McLachlin a indiqué ce qui suit dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, à la page 385:

The Pragmatic Argument: Necessity

L'argument pragmatique: la nécessité

I earlier alluded to scholarly and judicial opinion supporting the conclusion that Canadian legislative bodies possess such historically recognized constitutional privileges

J'ai déjà fait allusion à la doctrine et à la jurisprudence qui appuient la conclusion que les organismes législatifs canadiens possèdent les privilèges constitutionnels

as may be necessary to their efficient functioning. Implicit in this conclusion is the assertion that, from a practical point of view, legislative bodies must possess certain inherent powers in order to properly discharge their functions.

As a general proposition, can unwritten constitutional privileges inherent to our legislative bodies be justified on the ground of necessity? Putting the matter differently, can our legislative bodies function properly, clothed only with those powers expressly conferred by our written constitutional documents? The answer to this question must, in my view, be negative. The importance of the unwritten constitutional right, for example, to speak freely in the House without fear of civil reprisal, is clear.

Among the specific privileges which arose in the United Kingdom are the following:

- (a) freedom of speech, including immunity from civil proceedings with respect to any matter arising from the carrying out of the duties of a member of the House;
- (b) exclusive control over the House's own proceedings;
- (c) ejection of strangers from the House and its precincts; and
- (d) control of publication of debates and proceedings in the House.

[43] With respect to the privilege in issue in this case, the control of publication of debates and proceedings in the House, McLachlin J. (as she then was) stated at page 386:

Finally, on the right to control publication of debates and proceedings, Erskine May states (at p. 85):

Closely connected with [the] power [to exclude strangers] is the right of either House to prohibit the publication of debates or proceedings. The publication of the debates of either House has in the past repeatedly been declared to be a breach of privilege, and especially false and perverted reports of them . . .

Clearly there exists a privilege with respect to the control of publication of debates and proceedings in the House.

[44] The nature of privilege is discussed by McLachlin J. (as she then was) of the Supreme Court of Canada in *New Brunswick Broadcasting*, at pages 379 to 385:

historiquement reconnus qui peuvent être nécessaires à leur bon fonctionnement. Cette conclusion sous-entend qu'en pratique les organismes législatifs doivent posséder certains pouvoirs inhérents pour bien s'acquitter de leurs fonctions.

Les privilèges constitutionnels non écrits inhérents à nos organismes législatifs peuvent-ils, en général, se justifier par la nécessité? En d'autres termes, nos organismes législatifs peuvent-ils bien fonctionner s'ils possèdent seulement les pouvoirs que leur confèrent expressément nos documents constitutionnels écrits? À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative. Par exemple, le droit constitutionnel non écrit de s'exprimer librement à l'Assemblée sans crainte de poursuites civiles est nettement important.

Parmi les privilèges spécifiques qui ont pris naissance au Royaume-Uni, il y a les suivants:

- a) la liberté de parole, y compris l'immunité contre les poursuites civiles relativement à toute affaire découlant de l'exercice des fonctions de membre de l'Assemblée;
- b) le contrôle exclusif par l'Assemblée de ses propres débats;
- c) l'expulsion des étrangers de l'Assemblée et de ses environs;
- d) le contrôle de la publication des débats et travaux de l'Assemblée.

[43] Le juge McLachlin a indiqué ce qui suit, à la page 386, au sujet du privilège en cause en l'espèce, le contrôle de la publication des débats et travaux de la Chambre:

Enfin, en ce qui concerne le droit de contrôler la publication des débats, Erskine May affirme (à la p. 85):

[TRADUCTION] Le droit d'une chambre ou de l'autre d'interdire la publication de ses débats est étroitement lié [au] pouvoir [d'exclure des étrangers]. La publication des débats d'une chambre ou de l'autre a, à maintes reprises, dans le passé, été déclarée constituer une violation de privilège, tout particulièrement des rapports faux et déformés à ce sujet . . .

Il existe donc clairement un privilège concernant le contrôle de la publication des débats et travaux de la Chambre.

[44] La nature du privilège est analysée par le juge McLachlin dans l'arrêt *New Brunswick Broadcasting*, aux pages 379 à 385:

The privileges attaching to colonial legislatures arose from common law. Modelled on the British Parliament, they were deemed to possess such powers and authority as are necessarily incidental to their proper functioning. These privileges were governed by the principle of necessity rather than by historical incident, and thus may not exactly replicate the powers and privileges found in the United Kingdom.

In *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (21st ed. 1989), privilege is described in the following manner (at pp. 69 and 82):

Parliamentary privilege is the sum of the peculiar rights enjoyed by each House collectively as a constituent part of the High Court of Parliament, and by Members of each House individually, without which they could not discharge their functions, and which exceed those possessed by other bodies or individuals. Thus privilege, though part of the law of the land, is to a certain extent an exemption from the general law.

...

... the privileges of Parliament are rights which are "absolutely necessary for the due execution of its powers" ...

The basic character of privilege in Canada is well set out in Professor Dawson's *The Government of Canada, supra*, at pp. 337-38:

Privileges formed in themselves a special body of law and became known collectively as the *lex et consuetudo Parliamenti*. It had no statutory basis whatever; indeed, it sprang originally from the authority of Parliament as a court; and not as a legislative body ...

...

The *lex et consuetudo Parliamenti*, as known in England, unlike the major part of the common law, has not been transplanted to Canada. The creation of legislative bodies overseas did not endow those bodies with privileges and powers of the English Parliament, which, as stated above, were primarily judicial in origin. Such creation did imply, however, that these legislatures would need to exercise certain very moderate privileges which were necessary for the maintenance of order and discipline during the performance of their duties. But these were to be protective and not punitive powers, for the latter were again considered to be characteristic of a court rather than of a legislative body.

Les privilèges des législatures coloniales émanaient de la common law. Ces institutions modelées sur le Parlement britannique étaient réputées posséder les pouvoirs et la compétence dont dépend nécessairement leur bon fonctionnement. Ces privilèges étaient régis par le principe de la nécessité plutôt que par un événement historique et pourraient bien de ce fait ne pas reproduire exactement les pouvoirs et privilèges existants au Royaume-Uni.

Dans *Erskine May's Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament* (21^e éd. 1989), le privilège est décrit de la façon suivante (aux pp. 69 et 82):

[TRADUCTION] Le privilège parlementaire est la somme des droits particuliers dont jouissent chaque chambre collectivement en tant que composante de la Haute Cour du Parlement, et les membres de chacune des chambres, pris individuellement, sans lesquels ils ne pourraient s'acquitter de leurs fonctions, et qui excèdent ceux que possèdent d'autres organismes ou particuliers. Ainsi, le privilège, bien qu'il fasse partie de la loi du pays, constitue dans une certaine mesure une exemption de l'application des lois générales.

...

... les privilèges du Parlement sont des droits «absolument nécessaires à l'exercice régulier de ses pouvoirs» ...

Le caractère fondamental du privilège au Canada est bien énoncé par le professeur Dawson dans son ouvrage intitulé *Government of Canada, op. cit.*, aux pp. 337 et 338:

[TRADUCTION] Les privilèges formaient en soi un ensemble spécial de règles de droit et sont devenus collectivement connus sous le nom de *lex et consuetudo Parliamenti*. Ils n'avaient aucun fondement juridique; en fait, ils découlaient initialement de la compétence du Parlement en tant que tribunal, et non en tant qu'organisme législatif. . .

...

La *lex et consuetudo Parliamenti*, connue en Angleterre, n'a pas été, comme la majeure partie de la common law, transplantée au Canada. Les organismes législatifs créés à l'étranger n'étaient pas investis des privilèges et des pouvoirs du Parlement britannique, qui, comme nous l'avons déjà mentionné, étaient principalement d'origine judiciaire. Cette création impliquait toutefois que ces législatures devaient exercer certains privilèges très restreints qui étaient nécessaires au maintien de l'ordre et de la discipline dans l'exercice de leurs fonctions. Toutefois, il devait s'agir de pouvoirs de protéger et non de punir, car ces derniers étaient encore considérés comme l'apanage d'un tribunal plutôt que d'un organisme législatif.

The most recent treatment of these issues in the Canadian setting echoes this thinking. Thus, Joseph Maingot in his *Parliamentary Privilege in Canada* (1982) also recognizes that Canadian legislative bodies had, from their inception, those privileges which were necessary for the maintenance of order and discipline during the performance of their duties (at pp. 2-3):

From the time that a legislative assembly was first established in Canada in 1758 in Nova Scotia, the law accorded to it and to those taking part in its deliberations all the power considered necessary for a legislature and its members to perform their legislative work. In this way, the members had freedom of speech in debate; they were protected from being arrested in connection with civil cases because the legislature had first call on their services and attendance. It was said in an early opinion that they had the power to imprison for such acts of contempt in the face of the assembly as produced disturbance and interruption of their proceedings. While such custom and practice developed in Upper and Lower Canada and continued in the Province of Canada, it was held in 1842 that colonial legislatures had no power to commit for contempt committed outside the assembly, and in 1866 it was held that they had no power to commit for contempt even when committed in the assembly. In other words, "protective and self-defensive powers only, and not punitive powers, are necessary."

The early legislatures had to rely on their inherent power because they were the assemblies of colonies: the legal instrument creating them, a royal proclamation or an act of the U.K. Parliament, would not normally provide for the same immunity or power as the U.K. House of Commons because that would not be compatible with their dependent status. It was not until 1896 that the legislatures of the provinces received judicial confirmation of the authority to take on much the same privileges as the U.K. or Canadian House of Commons. That same court (*Fielding v. Thomas*, [[1896] A.C. 600] pointed out that from 1865, the early elected legislatures in Canada (such as that of Nova Scotia) had by virtue of section 5 of the *Colonial Laws Validity Act, 1865* the authority to legislate their privileges.

The forgoing remarks indicate that Canadian legislative bodies properly claim as inherent privileges those rights which are necessary to their capacity to function as legislative bodies. There is no dispute in the case law that necessity is the

Les analyses les plus récentes de ces questions dans le contexte canadien reprennent cette ligne de pensée. Dans son ouvrage intitulé *Le privilège parlementaire au Canada* (1987), Joseph Maingot reconnaît également que les organismes législatifs canadiens bénéficiaient, dès leur création, des privilèges nécessaires au maintien de l'ordre et de la discipline dans l'exercice de leurs fonctions (aux pp. 3 et 4):

Dès l'établissement au Canada de la première assemblée législative en Nouvelle-Écosse en 1758, la loi accorda à l'assemblée et à ceux qui prenaient part à ses délibérations, tous les pouvoirs jugés nécessaires pour permettre à l'assemblée et à ses membres de s'acquitter de leur mission législative. À ce titre, les députés jouissaient de la liberté de parole dans les débats. Ils étaient protégés contre toute arrestation occasionnée par un litige au civil car l'assemblée avait droit en priorité à leur présence et à leur participation. Selon une opinion ancienne, les assemblées avaient le pouvoir d'emprisonner l'auteur d'un outrage commis en séance et qui avait perturbé ou interrompu leurs travaux. Cet usage s'est développé dans le Bas et le Haut-Canada et s'est maintenu dans la Province du Canada, mais en 1842, on estimait que les assemblées de la colonie n'avaient pas le pouvoir d'emprisonner l'auteur d'un outrage commis en dehors de l'assemblée et, en 1866, on considérait qu'elles n'avaient même pas le pouvoir d'emprisonner l'auteur d'un outrage commis en présence de l'assemblée. En d'autres termes, l'assemblée devait disposer de pouvoirs de protection et de défense, et non pas du pouvoir de punir.

Au début, les assemblées n'ont pu miser que sur leurs pouvoirs intrinsèques parce qu'elles étaient des assemblées coloniales: l'instrument juridique de leur création, une proclamation royale ou un acte du Parlement du Royaume-Uni, ne leur octroyait pas ordinairement la même immunité ou les mêmes pouvoirs que ceux de la Chambre des communes du Royaume-Uni, jugés incompatibles avec leur état de dépendance. Ce n'est qu'en 1896 qu'un tribunal a confirmé le pouvoir des assemblées provinciales de s'octroyer des privilèges à peu près identiques à ceux de la Chambre des communes du Royaume-Uni ou du Canada. Ce tribunal a précisé dans l'arrêt *Fielding c. Thomas* [[1896] A.C. 600] que depuis 1865, les anciennes assemblées du Canada (comme celle de la Nouvelle-Écosse) possédaient en vertu de l'art. 5 de la *Colonial Laws Validity Act* de 1865 le pouvoir de légiférer sur leurs privilèges.

Les remarques qui précèdent indiquent que les organismes législatifs canadiens peuvent revendiquer en tant que privilèges inhérents les droits nécessaires à leur fonctionnement. On ne conteste pas, dans la jurisprudence,

test. . . . But the Privy Council did not dispute that such powers “as are necessary to the existence of such a body, and the proper exercise of the functions which it is intended to execute” were bestowed with the very establishment of the Newfoundland Assembly. Baron Parke stated (at pp. 234-35 E.R.):

In conformity to this principle we feel no doubt that such an Assembly has the right of protecting itself from all impediments to the due course of its proceeding. To the full extent of every measure which it may be really necessary to adopt, to secure the free exercise of their Legislative functions, they are justified in acting by the principle of Common Law.

. . .

It is for the courts to determine whether necessity sufficient to support a privilege is made out. Lord Denman C.J. in *Stockdale v. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1 (Q.B.), 112 E.R. 1112, stated at p. 1169 E.R.: “If the necessity can be made out, no more need be said: it is the foundation of every privilege of Parliament, and justifies all that it requires.” He noted, however, that it is up to the courts to determine whether necessity supports the privilege claimed; if it does, and only if it does, the courts will not inquire into its exercise (at p. 1168 E.R.):

Where the subject matter falls within [the House of Commons] jurisdiction, no doubt we cannot question their judgment; but we are now enquiring whether the subject matter does fall within the jurisdiction of the House of Commons. It is contended that they can bring it within their jurisdiction by declaring it so. To this claim, as arising from their privileges, I have already stated my answer: it is perfectly clear that none of these Courts could give themselves jurisdiction by adjudging that they enjoy it.

The test of necessity is not applied as a standard for judging the content of a claimed privilege, but for the purpose of determining the necessary sphere of exclusive or absolute

que le critère applicable est celui de la nécessité. Ainsi, dans l’arrêt *Kielley c. Carson* (1842), 4 Moore 63, 13 E.R. 225, le Conseil privé était appelé à examiner si le pouvoir d’incarcération pour outrage, commis en dehors de l’Assemblée, constituait une particularité juridique nécessaire à chaque législature locale canadienne. Le Conseil privé a conclu que nos organismes législatifs ne pouvaient revendiquer ce privilège et que les assemblées coloniales ne possédaient pas les droits et les privilèges dont jouissait la Chambre des communes du Royaume-Uni en vertu d’une prescription et d’un usage anciens. Toutefois, le Conseil privé n’a pas contesté que l’Assemblée législative de Terre-Neuve s’est vu conférer, dès son établissement, les pouvoirs [TRADUCTION] «nécessaires à l’existence d’un tel organisme et à l’exercice adéquat des fonctions qu’il est censé remplir». Le baron Parke affirme (aux pp. 234 et 235 E.R.):

[TRADUCTION] Conformément à ce principe, il ne fait aucun doute pour nous qu’une telle assemblée a le droit de se protéger de tous les obstacles au bon déroulement de ses travaux. Dans la pleine mesure de toute disposition qu’il peut être vraiment nécessaire d’adopter pour garantir le libre exercice de ses fonctions législatives, elle est justifiée d’agir selon le principe de la common law.

[. . .]

Il appartient aux tribunaux de déterminer si l’on a prouvé l’existence d’une nécessité suffisante pour justifier un privilège. Le lord juge en chef Denman, dans l’arrêt *Stockdale c. Hansard* (1839), 9 Ad. & E. 1 (Q.B.), 112 E.R. 1112, affirme à la p. 1169 E.R.: [TRADUCTION] «Si la nécessité peut être prouvée, point n’est besoin d’ajouter autre chose: c’est le fondement de tout privilège du Parlement, et c’est tout ce qui est exigé.» Toutefois, il souligne qu’il appartient aux tribunaux de déterminer si la nécessité justifie l’existence du privilège revendiqué; dans l’affirmative et seulement à cette condition, les tribunaux n’en examineront pas l’exercice (à la p. 1168 E.R.):

[TRADUCTION] Dans le cas où la question relève de la compétence [de la Chambre des communes], nous ne pouvons certainement pas contester l’exercice de son jugement; toutefois, nous nous demandons maintenant si la question relève bien de la compétence de la Chambre des communes. On soutient que la Chambre peut en faire une question relevant de sa compétence en se déclarant compétente. J’ai déjà formulé ma réponse sur ce point: il est tout à fait clair qu’aucun de ces tribunaux ne pourrait s’attribuer une compétence en décidant qu’il la possède.

Le critère de nécessité est appliqué non pas comme une norme pour juger le contenu du privilège revendiqué, mais pour déterminer le domaine nécessaire de compétence

“parliamentary” or “legislative” jurisdiction. If a matter falls within this necessary sphere of matters without which the dignity and efficiency of the House cannot be upheld, courts will not inquire into questions concerning such privilege. All such questions will instead fall to the exclusive jurisdiction of the legislative body.

Thus, the test of necessity for privilege is a jurisdictional test.

...

In summary, it seems clear that, from an historical perspective, Canadian legislative bodies possess such inherent privileges as may be necessary to their proper functioning. These privileges are part of the fundamental law of our land, and hence are constitutional. The courts may determine if the privilege claimed is necessary to the capacity of the legislature to function, but have no power to review the rightness or wrongness of a particular decision made pursuant to the privilege.

It is against this background of jurisprudence that the present application must be assessed.

[45] Issue 1

Does this Court have jurisdiction to apply the Act to the House or can the House assert its inherent constitutional privilege?

It is most important for the resolution of this issue to set out precisely what the factual situation is in this case. There is no dispute that the House proceedings have been broadcast since January 25, 1977. The history of the broadcasting of these proceedings and the mode of broadcasting is summarized in the Investigation Report of the Office of the Commissioner of Official Languages dated October, 2000 at pages 4 to 6:

a) History of Television Broadcasting of House of Commons Proceedings

Our investigators learned that on January 25, 1977, the House of Commons approved the radio and television broadcasting of its proceedings and of those of its committees on the basis of principles similar to those that govern the publication of the printed official reports of debates. From 1979 to April 1991, by virtue of either a temporary licence or a network licence from the CRTC, the Canadian Broadcasting Corporation (CBC)/Radio-Canada (SRC) broadcasted House proceedings in the two official languages via the two Parliamentary channels set up for this purpose. However, as of April 1991,

«parlementaire» ou «législative» absolue et exclusive. Si une question relève de cette catégorie nécessaire de sujets sans lesquels la dignité et l'efficacité de l'Assemblée ne sauraient être maintenues, les tribunaux n'examineront pas les questions relatives à ce privilège. Toutes ces questions relèveraient plutôt de la compétence exclusive de l'organisme législatif.

Ainsi, le critère de nécessité applicable au privilège est un critère qui a trait à la compétence.

[. . .]

En résumé, il semble évident que, du point de vue historique, les organismes législatifs canadiens possèdent les privilèges inhérents qui peuvent être nécessaires à leur bon fonctionnement. Ces privilèges font partie de notre droit fondamental et sont donc constitutionnels. Les tribunaux peuvent déterminer si le privilège revendiqué est nécessaire pour que la législature soit capable de fonctionner, mais ne sont pas habilités à examiner si une décision particulière prise conformément au privilège est bonne ou mauvaise.

La présente demande doit être examinée à la lumière de cette jurisprudence.

[45] Question n° 1

La Cour a-t-elle compétence pour appliquer la Loi à la Chambre ou la Chambre peut-elle invoquer son privilège constitutionnel inhérent?

Il est très important, pour répondre à cette question, d'exposer avec précision les faits en cause en l'espèce. Le fait que les débats de la Chambre soient télédiffusés depuis le 25 janvier 1977 n'est pas contesté. L'historique de cette diffusion et le mode de diffusion sont résumés dans le Rapport d'enquête du Commissariat aux langues officielles d'octobre 2000, aux pages 4 à 6:

a) Historique de la télédiffusion des délibérations de la Chambre des communes

Nos enquêteurs ont appris que la Chambre des communes a approuvé, le 25 janvier 1977, la radiodiffusion et la télédiffusion de ses délibérations et de celles de ses comités en se fondant sur des principes similaires à ceux qui gouvernent la publication des rapports écrits officiels des débats. De 1979 à avril 1991, la Société Radio-Canada (SRC)/Canadian Broadcasting Corporation (CBC) a diffusé les travaux de la Chambre dans les deux langues officielles sur les canaux parlementaires établis à cette fin, grâce à une licence temporaire et à une licence d'utilisation en réseau accordée

due to budget restrictions, the CBC was unable to continue funding of its Parliamentary Channel. In 1992, the House of Commons Board of Internal Economy approved a CPAC proposal to assume the cost of the Parliamentary Channel for a period of two years. In 1994, the House of Commons and CPAC signed the above-mentioned agreement whereby CPAC assumed responsibility for the national distribution by satellite of the signal of the televised House Chamber and Committee proceedings.

b) Description of CPAC

CPAC is a non-profit corporation, which is operated as a non-commercial programming service and is fully funded by a consortium of over 100 Canadian cable companies. It is a national service that broadcasts two main types of programming, the proceedings of the House Chamber and of certain House Committees and public affairs activities happening across the country. However, the broadcast of House debates takes precedence over public affairs programming. CPAC has a seven-year operating licence from the CRTC which ends on August 31, 2002.

c) Current Situation

The 1994 agreement between the House of Commons and CPAC on the broadcasting of debates specifies the obligations of each party. Essentially, clauses 2 and 3 provide for the production of the debates in both official languages by the House of Commons and the distribution to cable broadcasting companies via satellite (preferably by Telesat Canada) of the television signal of the debates in three audio formats (English, French and floor sound) and one video format by CPAC. The purpose of this agreement, according to its own wording, is to provide all Canadians with the widest possible distribution of signals transmitted by its broadcasting service.

In fact and pursuant to the agreement, the House of Commons Broadcasting Service (HCBS) transmits the proceedings of the House Chamber and of certain Committees in both official languages to CPAC. The Operations Centre of the HCBS transmits one live video signal and three audio signals (English, French and floor sound) to CPAC, which then broadcasts these signals by satellite to cable companies, the two satellite Direct to Home (DTH) broadcast distributors, and Look TV, throughout Canada. It should be noted, however, that these cable companies are not parties to the agreement and that, when they receive the signals transmitted by CPAC, they choose the language of the audio signal they offer free of charge to their viewers. Consequently, depending on the cable broadcasting company and the location where the debates of

par le CRTC. Toutefois, en avril 1991, des compressions budgétaires n'ont plus permis à la SRC de financer ses chaînes parlementaires. En 1992, le Bureau de régie interne de la Chambre des communes a accepté que CPAC assume les coûts de la chaîne parlementaire pour une période de deux ans. En 1994, la Chambre des communes et CPAC ont signé l'entente mentionnée ci-dessus dans laquelle CPAC s'engage à distribuer par satellite le signal des travaux télévisés de la Chambre des communes et des comités.

b) Description de CPAC

CPAC est un organisme à but non lucratif qui offre des services de programmation non commerciaux entièrement financés par un consortium de plus de 100 entreprises de câblodistribution canadiennes. Il s'agit d'un service national de distribution qui comporte deux grandes catégories de programmes, les délibérations de la Chambre des communes et de certains de ses comités, ainsi que les activités liées aux affaires publiques qui se déroulent partout au pays. La diffusion des débats de la Chambre a toutefois préséance sur celle des affaires publiques. Le CRTC a accordé à CPAC une licence d'exploitation pour sept ans, qui prend fin le 31 août 2002.

c) Situation actuelle

L'entente intervenue entre la Chambre des communes et CPAC en 1994 concernant la diffusion des débats précise les obligations de chacune des parties. Essentiellement, les clauses deux et trois prévoient la production des débats dans les deux langues officielles par la Chambre des communes et la distribution aux compagnies de câblodistribution via satellite (préférentiellement sur TéléSAT Canada) du signal de télévision des débats sous trois formats audio (français, anglais et son original) et un format vidéo par CPAC. Cette entente vise, selon son libellé même, à assurer à tous les Canadiens la diffusion la plus vaste possible des signaux transmis par son service de télédiffusion.

Dans les faits et conformément à l'entente, le Service de télédiffusion de la Chambre des communes transmet à CPAC les délibérations de la Chambre des communes et de certains comités dans les deux langues officielles. Le Centre opérationnel du Service de télédiffusion transmet à CPAC en direct un signal vidéo et trois signaux audio (anglais, français et son original), et CPAC distribue ces signaux par satellite aux entreprises de câblodistribution, aux deux entreprises de distribution par satellite de radiodiffusion directe (SRD) et à Look TV, partout au Canada. Il importe de préciser toutefois que ces entreprises de câblodistribution ne sont pas parties à l'entente et que, lorsqu'elles reçoivent les signaux transmis par CPAC, elles choisissent la langue du signal audio qu'elles désirent offrir gratuitement à leurs téléspectateurs. En

the House of Commons are being broadcast, the result is that the public does not always have access, in both official languages, to these televised debates. It should also be noted that distribution of CPAC is optional for cable companies.

It is also important to note that during the period 1979 to 1991 when CBC/SRC was broadcasting House proceedings in both official languages on its Parliamentary channels, the CRTC played an important role because it issued a decision facilitating cable companies' broadcasts of House debates. As a result, these proceedings were potentially available to about 50% of Canadian households in both official languages. In 2000, about 80% of Canadian households have cable, which means that broadcasts of House proceedings now reach approximately seven million households.

Broadcasts of House proceedings are equivalent to a video version of "Hansard". Because of current technological limitations and public demands for increased channel capacity, a very few cable companies choose the floor sound audio signal as their primary audio feed to broadcast to their audiences rather than the two separate English and French signals. The vast majority of cable companies choose a combination of two of the three audio feeds to make available to their viewers. Because the floor sound does not include simultaneous interpretation, unilingual viewers are now unable to comprehend a significant part of the broadcasts of House proceedings.

Also, it is worth noting that a new technology, the Multi-Channel TV Sound (MTS) and the Second Audio Program (SAP), by which a single television channel can carry one video signal and two audio signals at the same time, has been available for a few years. It means that the viewer can now choose between two of the three audio signals provided by CPAC to the cable or satellite distribution companies. However, this technology is not widely known and not readily accessible to everyone, since it depends on the type and the age of the television set.

[46] From a review of the facts, it is obvious that the respondents are already providing floor sound plus English-only and French-only sound tracks to CPAC. As already indicated, CPAC is a non-profit corporation that is funded by a consortium of Canadian BDUs. CPAC is the body that offers the proceedings of the House to individual BDUs and it is the individual BDUs that decide which if any of the feeds (English, French or floor sound) it will offer to its subscribers.

conséquence, selon la compagnie de câblodistribution et l'endroit où sont télédiffusés les débats de la Chambre des communes, le résultat est que le public n'a pas toujours accès, dans les deux langues officielles, à ces débats télédiffusés. Précisons par ailleurs que les entreprises de câblodistribution ne sont pas obligées de distribuer la programmation de CPAC.

Il est important également de noter qu'à l'époque (1979 à 1991) où la SRC/CBC diffusait les travaux de la Chambre dans les deux langues officielles sur ses canaux parlementaires, le CRTC a joué un rôle important parce qu'il a émis une décision facilitant aux câblodistributeurs la diffusion de ces débats. Ceci a eu pour résultat qu'environ 50 p. cent des foyers canadiens avaient accès à ces travaux dans les deux langues officielles. En 2000, environ 80 p. cent des foyers canadiens sont branchés sur le câble, ce qui signifie que la télédiffusion des travaux de la Chambre peut atteindre approximativement sept millions de foyers.

La télédiffusion des travaux de la Chambre est la version vidéo du *Hansard*. En raison des contraintes technologiques actuelles et du fait que le public demande davantage de canaux, un très petit nombre d'entreprises de câblodistribution choisissent de diffuser à leurs abonnés le signal audio du son original comme signal principal plutôt que les deux signaux anglais et français séparément. La grande majorité des câblodistributeurs choisissent d'offrir à leurs abonnés une combinaison de deux des trois canaux audio. Étant donné que le son original n'est pas interprété simultanément, les téléspectateurs unilingues ne peuvent donc pas comprendre une partie importante des travaux de la Chambre.

Par ailleurs, il convient de noter qu'il existe depuis quelques années une nouvelle technologie, le système multi-audio de télévision (MTS) et le second canal d'émissions sonores (SAP), qui permet à une chaîne télévisée de transmettre un signal vidéo et deux signaux audio en même temps. Ainsi, le téléspectateur peut choisir entre deux des trois signaux audio transmis par CPAC aux entreprises de distribution par câble et par satellite. Toutefois, cette technologie n'est pas bien connue et elle n'est pas facilement accessible à tous, car elle dépend du type de téléviseur et de son âge.

[46] Il ressort clairement de l'examen des faits que les défendeurs fournissent déjà à CPAC les pistes audio du son original, du français seulement et de l'anglais seulement. Il est mentionné ci-dessus que CPAC est un organisme à but non lucratif financé par un consortium de plus de 100 EDR canadiennes. CPAC est l'entité qui offre les débats de la Chambre à chaque EDR, et c'est l'EDR qui décide quel signal (français, anglais ou son original), le cas échéant, elle offrira à ses abonnés.

[47] I do not see the House's privilege over the publication of its debates arising in this case. The decision to make the proceedings of the House available to CPAC in English, French and floor sound has already been made by the House. The House did not say that it was exercising its privilege to control the publication of the debates by not providing an audio signal in one language or the other.

[48] This is confirmed by paragraph 19 of the affidavit of Louis Bard sworn to February 21, 2001 and proffered by the respondents. Clause 19 reads:

The House of Commons also ensures that CPAC is sent a video signal and the following three audio signals: a sound signal originating from the floor of the House, a sound signal in English only, and a sound signal in French only.

[49] Based on the above evidence, it seems to me that since the House has in the past and is continuing to provide CPAC with all three audio signals, floor sound plus English-only and French-only sound signals, the issue of parliamentary privilege relating to the control of the publication of the debates does not arise in this case. CPAC has all of the above-mentioned feeds available for the BDUs and the BDUs choose which feeds they wish to distribute. The respondents have already chosen the manner in which they wish to publish the proceedings of the House. This is a deliberate decision made by the respondents.

[50] Issue 2

Is the House in breach of its linguistic obligations under the Act?

The fact that privilege does not arise on the facts of this case does not, however, end the matter. As a result of the decision of a BDU, the applicant, Mr. Quigley, was unable to receive in English the sound of the House (at least as of the date of his application).

[51] Since I have found that the factual situation of the present case does not involve the application of the parliamentary privilege in question, it is now necessary that I make a determination with respect to the requirements of the Act. For ease of reference, I will reproduce subsections 3(1) and sections 4, 22 and 25 of the Act:

[47] À mon avis, le privilège de la Chambre sur la publication de ses débats n'est pas en cause en l'espèce. La décision de mettre ses débats à la disposition de CPAC en français, en anglais et en version originale a déjà été prise par la Chambre. Celle-ci n'a pas dit qu'elle exerçait son privilège pour contrôler la publication des débats en ne fournissant pas le signal audio dans l'une ou l'autre des langues.

[48] Cela est confirmé par le paragraphe 19 de l'affidavit signé par Louis Bard le 21 février 2001 et produit en preuve par les défendeurs:

[TRADUCTION] La Chambre des communes veille aussi à ce que CPAC reçoive un signal vidéo et les trois signaux audio suivants: le son original provenant de la Chambre, un signal en français seulement et un signal en anglais seulement.

[49] Compte tenu de tous ces éléments de preuve, il me semble que, comme la Chambre a fourni dans le passé et continue de fournir à CPAC les trois signaux audio — le son original, le signal en français seulement et le signal en anglais seulement —, la question du privilège parlementaire concernant le contrôle de la publication des débats n'est pas en cause en l'espèce. CPAC offre les trois signaux aux EDR et celles-ci choisissent ceux qu'elles souhaitent diffuser. Les défendeurs ont déjà décidé de quelle manière ils veulent offrir les débats de la Chambre au public. Il s'agit là d'une décision mûrement réfléchie de leur part.

[50] Question n°2

La Chambre manque-t-elle aux obligations linguistiques que lui impose la Loi?

Le fait que le privilège ne soit pas en cause en l'espèce ne règle pas l'affaire cependant. Par suite de la décision d'une EDR, le demandeur, M. Quigley, ne pouvait pas recevoir en anglais le son de la Chambre (à tout le moins à la date de sa demande).

[51] Comme j'ai conclu que le privilège parlementaire en question ne s'applique pas dans les faits de l'espèce, il faut maintenant que je statue sur les exigences de la Loi. Le paragraphe 3(1) et les articles 4, 22 et 25 de la Loi sont reproduits ci-dessous par souci de commodité:

3. (1) In this Act,

...

“federal institution” includes any of the following institutions of the Parliament or government of Canada:

- (a) the Senate,
- (b) the House of Commons,
- (c) the Library of Parliament,
- (d) any federal court,
- (e) any board, commission or council, or other body or office, established to perform a governmental function by or pursuant to an Act of Parliament or by or under the authority of the Governor in Council,
- (f) a department of the Government of Canada,
- (g) A Crown corporation established by or pursuant to an Act of Parliament, and
- (h) any other body that is specified by an Act of Parliament to be an agent of Her Majesty in right of Canada or to be subject to the direction of the Governor in Council or a minister of the Crown,

...

but does not include

- (i) any institution of the Council or government of the Northwest Territories or the Yukon Territory or of the Legislative Assembly or government of Nunavut, or
- (j) any Indian band, band council or other body established to perform a governmental function in relation to an Indian band or other group of aboriginal people;

...

4. (1) English and French are the official languages of Parliament, and everyone has the right to use either of those languages in any debates and other proceedings of Parliament.

(2) Facilities shall be made available for the simultaneous interpretation of the debates and other proceedings of Parliament from one official language into the other.

(3) Everything reported in official reports of debates or other proceedings of Parliament shall be reported in the official language in which it was said and a translation thereof into the other official language shall be included therewith.

...

3. (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

[. . .]

« institutions fédérales » Les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada, dont le Sénat, la Chambre des communes et la bibliothèque du Parlement, les tribunaux fédéraux, tout organisme—bureau, commission, conseil, office ou autre—chargé de fonctions administratives sous le régime d’une loi fédérale ou en vertu des attributions du gouverneur en conseil, les ministères fédéraux, les sociétés d’État créées sous le régime d’une loi fédérale et tout autre organisme désigné par la loi à titre de mandataire de Sa Majesté du chef du Canada ou placé sous la tutelle du gouverneur en conseil ou d’un ministre fédéral. Ne sont pas visés les institutions du conseil ou de l’administration du Yukon et des Territoires du Nord-Ouest, celles de l’assemblée législative ou de l’administration du Nunavut, ni les organismes—bande indienne, conseil de bande ou autres—chargés de l’administration d’une bande indienne ou d’autres groupes de peuples autochtones.

[. . .]

4. (1) Le français et l’anglais sont les langues officielles du Parlement; chacun a le droit d’employer l’une ou l’autre dans les débats et travaux du Parlement.

(2) Il doit être pourvu à l’interprétation simultanée des débats et autres travaux du Parlement.

(3) Les comptes rendus des débats et d’autres comptes rendus des travaux du Parlement comportent la transcription des propos tenus dans une langue officielle et leur traduction dans l’autre langue officielle.

[. . .]

22. Every federal institution has the duty to ensure that any member of the public can communicate with and obtain available services from its head or central office in either official language, and has the same duty with respect to any of its other offices or facilities

(a) within the National Capital Region; or

(b) in Canada or elsewhere, where there is significant demand for communications with and services from that office or facility in that language.

...

25. Every federal institution has the duty to ensure that, where services are provided or made available by another person or organization on its behalf, any member of the public in Canada or elsewhere can communicate with and obtain those services from that person or organization in either official language in any case where those services, if provided by the institution, would be required under this Part to be provided in either official language.

[52] There is no doubt from the record of this case that the House makes its debates available to CPAC in English, French and floor sound. By its agreement with the House, CPAC makes all of these signals available to the various BDUs. Not all of the BDUs broadcast all three audio signals. They are currently not required to because they are not a party to the agreement between the Speaker of the House and CPAC. As a result, if the BDU only broadcasts the floor sound from the House and a question is asked in French and answered in English, a unilingual person could not understand the whole exchange.

[53] CPAC is a company incorporated under the laws of Canada and its shareholders all hold licences from the Canadian Radio-television and Telecommunications Commission to operate cable television undertakings. CPAC is the vehicle used by the House to provide the public with the proceedings of, in particular, the House. CPAC is a separate entity from the House, it is responsible for programming and provides signals to the BDUs.

[54] I am of the view that the arrangements between the Speaker of the House and CPAC are caught by section 25 of the Act. The House delivers its signals to CPAC which, in turn, provides these signals to the BDUs for distribution to the public. It is because the services are being provided by CPAC for the Speaker of the House that section 25 of the Act applies.

22. Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que le public puisse communiquer avec leur siège ou leur administration centrale, et en recevoir les services, dans l'une ou l'autre des langues officielles. Cette obligation vaut également pour leurs bureaux—auxquels sont assimilés, pour l'application de la présente partie, tous autres lieux où ces institutions offrent des services—situés soit dans la région de la capitale nationale, soit là où, au Canada comme à l'étranger, l'emploi de cette langue fait l'objet d'une demande importante.

[...]

25. Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que, tant au Canada qu'à l'étranger, les services offerts au public par des tiers pour leur compte le soient, et à ce qu'il puisse communiquer avec ceux-ci, dans l'une ou l'autre des langues officielles dans le cas où, offrant elles-mêmes les services, elles seraient tenues, au titre de la présente partie, à une telle obligation.

[52] Il ressort clairement du dossier en l'espèce que la Chambre met ses débats à la disposition de CPAC en français, en anglais et en version originale. En vertu de son entente avec la Chambre, CPAC offre tous ces signaux aux différentes EDR. Ce ne sont pas toutes les EDR qui diffusent les trois signaux audio. Elles ne sont actuellement pas tenues de le faire puisqu'elles ne sont pas parties à l'entente intervenue entre le président de la Chambre et CPAC. En conséquence, si une EDR diffuse seulement le son original et qu'une question est posée en français et reçoit une réponse en anglais, une personne unilingue ne pourra pas comprendre tout l'échange.

[53] CPAC est une société constituée en vertu des lois du Canada, et ses actionnaires détiennent tous des licences du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes les autorisant à exploiter des entreprises de câblodistribution. CPAC est le véhicule utilisé par la Chambre pour communiquer au public en particulier ses débats. CPAC est une entité séparée de la Chambre. C'est elle qui est responsable de la programmation et qui fournit les signaux aux EDR.

[54] À mon avis, les arrangements pris entre le président de la Chambre et CPAC sont visés à l'article 25 de la Loi. La Chambre transmet ses signaux à CPAC, qui les transmet à son tour aux EDR afin qu'ils soient distribués au public. L'article 25 de la Loi s'applique parce que les services sont fournis par CPAC au président de la Chambre.

[55] Section 25 of the Act requires that every federal institution, and the House is defined as a federal institution by the Act, must, if it uses another person or organization to deliver services that are required to be provided in both official languages, ensure that the person or organization providing such service does so in both official languages. That has not happened in this case since CPAC, in its agreement with the House, did not undertake to ensure that its distribution contracts with various BDUs would guarantee that CPAC would broadcast in both official languages.

[56] In my opinion, section 25 of the Act requires that any agreement between the House and CPAC, based on the facts of this case, must “ensure” that the eventual broadcasting of the proceedings already provided by the House be in both official languages. By way of example, in the contract between the Speaker of the House and CPAC, if CPAC undertook to negotiate in its agreements with BDUs that the latter would broadcast CPAC programming in both official languages, then the problem facing the applicant would be avoided.

[57] The respondent House argues that BDUs would refuse to broadcast CPAC if such a clause were inserted. There is no evidence before me to establish this statement. In any event, if section 25 of the Act applies and I have found that it does, the mere fact that BDUs may refuse to air any proceedings of the House does not justify ignoring of section 25 of the Act.

[58] I am therefore of the view that the House is in breach of its linguistic obligations under the Act as it has failed to ensure that the proceedings of the House would be provided in both official languages through its agreements with CPAC.

[59] Issue 3

What is the appropriate remedy on the facts of this case?

I am of the opinion that the appropriate remedy in this case is to order that the House and the Board take the steps that are necessary to satisfy section 25 of the Act within one year from the date of this decision. Because

[55] L'article 25 de la Loi prévoit qu'une institution fédérale — et la Chambre en est une aux termes de la Loi — doit, si elle utilise un intermédiaire (individu ou organisme) pour fournir des services qu'elle est tenue d'offrir dans les deux langues officielles, veiller à ce que cet intermédiaire se conforme à cette obligation. Cela n'a pas été fait en l'espèce puisque, dans son entente avec la Chambre, CPAC ne s'est pas engagée à veiller à ce que ses contrats de distribution avec les différentes EDR garantissent la diffusion dans les deux langues officielles.

[56] À mon avis, l'article 25 de la Loi exige que, dans toute entente conclue entre la Chambre et CPAC, comme en l'espèce, on «veille» à ce que les débats déjà fournis par la Chambre soient éventuellement diffusés dans les deux langues officielles. Par exemple, si CPAC s'était engagée, dans l'entente qu'elle a conclue avec le président de la Chambre, à négocier avec les EDR la diffusion de ses programmes dans les deux langues officielles, le problème auquel le demandeur était confronté aurait été évité.

[57] Selon la Chambre défenderesse, les EDR refuseraient de diffuser CPAC si une telle clause figurait dans les ententes. Rien dans la preuve dont je dispose n'était cette affirmation cependant. Quoi qu'il en soit, si l'article 25 de la Loi s'applique, comme je le pense, le simple fait que des EDR puissent refuser de diffuser les débats de la Chambre ne justifie pas que l'on ne tienne pas compte de cette disposition.

[58] Je conclus donc que la Chambre manque aux obligations linguistiques que lui impose la Loi, parce qu'elle n'a pas veillé, dans les ententes qu'elle a conclues avec CPAC, à ce que ses débats soient offerts dans les deux langues officielles.

[59] Question n° 3

Quelle est la réparation convenable en l'espèce?

La réparation convenable en l'espèce consiste, à mon avis, à ordonner que la Chambre et le Bureau prennent les mesures nécessaires pour se conformer à l'article 25 de la Loi dans l'année qui suit la date de la présente

of the complexity of the matter, I do not propose to spell out the complete nature of the steps to be taken.

ORDER

[60] IT IS ORDERED that:

1. A declaration will issue that the current method of the respondents, Canada (House of Commons) and Canada (Board of Internal Economy) for providing television broadcasts of parliamentary proceedings contravenes section 25 of the Act.
2. The above-named respondents shall, within one year of the date of this decision, take the necessary steps to bring its practices into compliance with section 25 of the Act.
3. The parties may make written submissions to me as to costs.

décision. Compte tenu de la complexité de l'affaire, je ne me propose pas de décrire en détail les mesures devant être prises.

ORDONNANCE

[60] LA COUR ORDONNE:

1. Une déclaration portant que la méthode qu'utilisent actuellement les défendeurs, Canada (Chambre des communes) et Canada (Bureau de régie interne), pour assurer la télédiffusion publique des débats parlementaires va à l'encontre de l'article 25 de la Loi est prononcée.
2. Les défendeurs indiqués ci-dessus doivent, dans l'année qui suit la date de la présente décision, prendre les mesures nécessaires pour se conformer à l'article 25 de la Loi.
3. Les parties peuvent me soumettre des observations par écrit concernant les dépens.

T-1184-00
2002 FCT 569

T-1184-00
2002 CFPI 569

Her Majesty the Queen (*Plaintiff*)

Sa Majesté la Reine (*demanderesse*)

v.

c.

Mid-Atlantic Minerals Inc. (*Defendant*)

Mid-Atlantic Minerals Inc. (*défenderesse*)

INDEXED AS: CANADA v. MID-ATLANTIC MINERALS INC. (T.D.)

RÉPERTORIÉ: CANADA c. MID-ATLANTIC MINERALS INC. (1^{re} INST.)

Trial Division, Rouleau J.—Montréal, April 10; Ottawa, May 16, 2002.

Section de première instance, juge Rouleau—Montréal, 10 avril; Ottawa, 16 mai 2002.

Maritime Law—Defendant refusing to pay fees for marine navigation services provided by Canadian Coast Guard (CCG) — Challenging plaintiff's action for recovery of fees on ground Fee Schedule for Marine Navigation Services on which claim based invalid, unlawful — Entitled to challenge legality of Fee Schedule by application for judicial review only, not by defence in action — Whether defendant discriminated against for using non-Canadian ship—Oceans Act, s. 47 giving Minister broad discretion to set fees for various services provided by federal departments, agencies under jurisdiction — General power to set fees, dues for services provided by federal departments, agencies allowing government to set fees by class of user — Minister having power under s. 47 to provide different rate for marine navigation services rendered to Canadian, non-Canadian ships — Fee Schedule intra vires Minister's power.

Droit maritime — La défenderesse a refusé de payer les droits des services à la navigation maritime rendus par la Garde côtière canadienne (GCC) — Elle a contesté l'action en recouvrement des droits de la demanderesse est contestée au motif que le Barème des droits des services à la navigation maritime sur lequel la réclamation est fondée serait nul et illégal — Elle avait le droit de contester la légalité du Barème par voie de demande de contrôle judiciaire uniquement et non pas par voie de défense à une action — La défenderesse a-t-elle été victime de discrimination parce qu'elle a utilisé un navire non canadien? — L'art. 47 de la Loi sur les océans accorde au ministre un large pouvoir discrétionnaire pour fixer les prix des différents services fournis par les ministères ou organismes fédéraux qui relèvent de sa compétence — Le pouvoir général de fixer des prix ou des droits pour services rendus par des ministères ou organismes fédéraux permet à l'administration fédérale de fixer des prix par catégorie d'usagers—Le ministre a le pouvoir, en vertu de l'art. 47, de prévoir une tarification différente pour services à la navigation maritime fournis à des navires canadiens ou non canadiens — Le Barème relève des pouvoirs du ministre.

Practice—Pleadings—Appeal from Prothonotary's order allowing action for recovery of navigation service fees — Prothonotary erred in holding defendant could not challenge legality of Fee Schedule for Marine Navigation Services in defence to action — Clear from Federal Court Rules, 1998, rr. 175, 178, 183(c) that once action brought against person, latter may raise any point of law which might defeat claim in defence.

Pratique — Actes de procédure — Appel d'une ordonnance du protonotaire qui a accueilli une action en recouvrement de droits des services à la navigation — Le protonotaire a erré en droit lorsqu'il a décidé que la défenderesse ne pouvait pas contester la légalité du Barème par voie de défense à une action — Les art. 175, 178 et 183c) des Règles de la Cour fédérale (1998) indiquent clairement que lorsqu'une action a été intentée contre une personne, cette dernière peut soulever dans sa défense tout point de droit qui pourrait entraîner le rejet de la cause d'action.

This was an appeal by the defendant from an order of the Prothonotary allowing the simplified action brought by the plaintiff to recover navigation service fees payable under the Fee Schedule for Marine Navigation Services. At issue was the validity of section 10 of the Fee Schedule adopted pursuant to section 47 *et seq.* of the *Oceans Act*. In 1989, the

Il s'agit d'un appel de la défenderesse à l'encontre d'une ordonnance du protonotaire qui a accueilli l'action simplifiée intentée par la demanderesse en recouvrement des droits des services à la navigation dus en vertu du Barème des droits des services à la navigation maritime. L'appel porte sur la validité de l'article 10 du Barème, adopté en vertu de l'article 47 et

federal government established a policy of recovering the costs entailed in supplying a number of marine navigation services in Canadian waters provided by it and by agencies under its control, including the Canadian Coast Guard (CCG). As ships registered in Canada were not available, the defendant operated in Canadian waters a non-Canadian vessel, the M/V *Bjorn*, in accordance with a temporary entry permit, valid from February 9 to March 9, 1998. Pursuant to section 10 of the Fee Schedule, the defendant received an invoice from the plaintiff dated March 3, 1998, claiming the sum of \$8,420.68 for navigation services rendered to the defendant's ship while its permit was in effect. It only paid the sum of \$1,368.62 and refused to pay the balance. This action was challenged on the ground that the Fee Schedule on which the plaintiff's claim was based is invalid and unlawful. According to the defendant, the Fee Schedule makes a distinction between Canadian and non-Canadian ships and the Minister of Fisheries and Oceans does not have the power to make a fee schedule with ship categories based on nationality. None of the facts alleged by the defendant in its defence were proven before the Prothonotary. Two issues were raised herein: (1) whether the Prothonotary erred in law in deciding that the defendant could not challenge the legality of the Fee Schedule in a defence to an action brought by the plaintiff, and (2) whether the Fee Schedule on which the plaintiff based her claim was *ultra vires* the Minister's power.

Held, the appeal should be allowed with respect to the first issue and dismissed with respect to the second issue.

(1) The decision of the Prothonotary was vitiated by an error of law and raised a question vital to the final issue of the case, so that the Court was required to exercise its own discretion *de novo*. Under sections 18 and 18.1 of the *Federal Court Act*, remedies brought against a federal board, commission or other tribunal for declaratory relief against a "decision, order, act or proceeding" of that tribunal must be brought by judicial review, not otherwise. Contrary to what the Prothonotary concluded, these provisions do not set out any other statutory requirements which the defendant might have "avoided" by filing a defence to an action brought by the plaintiff. There was nothing requiring the defendant to launch a preventive challenge to the plaintiff's "decision" to claim a sum of money from it for services provided, once the bill of March 3, 1998 had been sent to it, even though no specific action had yet been taken against it. It is also clear from rules 175, 178 and paragraph 183(c) of the *Federal Court Rules, 1998* that once an action is brought against a person the latter may, and even must, raise and argue in his defence any point of law which might defeat a claim.

suyant de la *Loi sur les océans*. En 1989, le gouvernement fédéral a mis sur pied une politique visant à recouvrer les coûts d'un certain nombre de services fournis à la navigation maritime dans les eaux canadiennes par lui-même et des organismes qui sont sous son contrôle, notamment la Garde côtière canadienne (GCC). Étant donné qu'aucun navire immatriculé au Canada n'était disponible, la défenderesse a utilisé, en eaux canadiennes, un navire non canadien, le MS *Bjorn*, en vertu d'un permis d'entrée temporaire, lequel était valide du 9 février au 9 mars 1998. En application de l'article 10 du Barème, la défenderesse a reçu une facture de la part de la demanderesse, laquelle était datée du 3 mars 1998, qui lui réclamait la somme de 8 420,68 \$ pour les services à la navigation rendus au navire de la défenderesse pendant la durée de validité de son permis. La défenderesse n'a acquitté qu'un montant de 1 368,62 \$ et a refusé de payer le solde. La présente action a été contestée pour le motif que le Barème sur lequel est fondée la réclamation de la demanderesse serait nul et illégal. Selon la défenderesse, le Barème fait une distinction entre navires canadiens et non canadiens et le ministre des Pêches et des Océans n'a pas le pouvoir de prévoir ainsi une tarification par catégorie de navires fondée sur la nationalité. Aucun des faits allégués par la défenderesse dans sa défense n'a été prouvé devant le protonotaire. Le présent appel soulève les deux questions suivantes: 1) le protonotaire a-t-il erré en droit lorsqu'il a décidé que la défenderesse ne pouvait pas contester la légalité du Barème dans le cadre d'une défense à l'action intentée par la demanderesse? 2) le Barème sur lequel la demanderesse a fondé sa réclamation excédait-il la compétence du ministre?

Jugement: l'appel est accueilli quant à la première question et rejeté quant à la deuxième.

1) La décision du protonotaire était entachée d'une erreur en droit et portait sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, de telle sorte que la Cour devait exercer son propre pouvoir discrétionnaire par instruction *de novo*. Les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoient que le recours intentés contre un office fédéral pour jugement déclaratoire contre une «décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte» de cet office doivent l'être par voie de contrôle judiciaire et pas autrement. Contrairement à la conclusion du protonotaire, ces dispositions ne prévoient pas d'autres exigences prescrites par la loi auxquelles la défenderesse aurait pu «échapper» en déposant une défense à une action intentée par la demanderesse. Rien n'obligeait la défenderesse à contester de façon préventive la «décision» de la demanderesse de lui réclamer une somme d'argent pour services rendus, et ce, dès l'instant où la facture du 3 mars 1998 lui a été envoyée, alors même qu'aucune mesure concrète n'avait encore été prise contre elle. Les articles 175, 178 et l'alinéa 183c) des *Règles de la Cour fédérale (1998)* sont également très clairs: une fois

(2) The defendant claimed there had been discrimination on the ground that it would have been charged a lower rate under subsection 8(2) of the Fee Schedule applicable to Canadian container ships and bulk carriers if it had been operating a Canadian ship, than under section 10 which applied to non-Canadian ships. There was no evidence in the record to suggest that the defendant's ship would have been charged under subsection 8(2) if it was a Canadian ship, or that the *M/V Bjorn* qualified either as a container ship or a bulk carrier. Without such evidence, it had to be assumed that if the latter was a Canadian ship it would have been charged the rate applicable to ordinary Canadian ships, which is set out in subsection 8(1) of the Fee Schedule. The rate charged ordinary Canadian ships (those which are not container ships or bulk carriers) under that provision is the same as that charged a non-Canadian ship operated under a coasting trade permit and covered by section 10. There was no evidence that the defendant would have been subject to a lower rate if it had operated a Canadian ship. Therefore, the defendant could not challenge the legality of the Fee Schedule on that ground.

In order to determine the validity of section 10 of the Fee Schedule, the Court looked at the *Oceans Act* to determine whether it authorizes the Governor in Council to set fees payable by users of marine navigation services which distinguish between Canadian and foreign ships. Section 47 of the Act gives the Minister a broad discretion to set fees for various services provided by federal departments or agencies under his jurisdiction, including marine navigation services supplied by the CCG. The only limits on the Minister's power are fixed by subsections 47(1), (2) and section 50 and those conditions were all met. The enabling provision does not set any other limits on the Minister's authority, and it permits the creation of classes of user based on a ship's nationality. As the Minister is empowered to fix "the fees to be paid for a service", he may fix various fees, using different criteria, for various classes of ships covered by the Fee Schedule, and may even refrain from fixing fees for certain classes of ship. Although section 47 of the Act does not expressly authorize the Governor in Council to enact regulations imposing a rate by class of ship based on nationality, administration of the Act by implication requires, for good reasons, that the Fee Schedule be able to distinguish between certain classes of ship. In view of the purpose of Parliament and the circumstances surrounding commercial marine navigation, it is possible to give a special status, for example, to bulk

qu'une action a été intentée contre une personne, cette dernière peut et même doit soulever et plaider dans sa défense tout point de droit qui pourrait entraîner le rejet de la cause d'action.

2) La défenderesse a prétendu qu'il y a eu discrimination en disant qu'un tarif moins élevé lui aurait été imposé si elle avait utilisé un navire canadien puisqu'elle aurait été facturée en vertu du paragraphe 8(2) du Barème, lequel s'applique aux porte-conteneurs et aux transporteurs de vrac canadiens, et non en vertu de l'article 10 qui s'applique aux navires non canadiens. Il n'y a aucune preuve au dossier permettant de conclure que le navire de la défenderesse aurait été facturé en vertu du paragraphe 8(2) s'il avait été un navire canadien ou que le *MS Bjorn* se qualifiait comme porte-conteneur ou transporteur de vrac. À défaut d'une telle preuve, il faut présumer que si celui-ci avait été un navire canadien, il aurait été assujéti au tarif applicable aux navires canadiens ordinaires, lequel est prévu au paragraphe 8(1) du Barème. Le tarif imposé aux navires canadiens ordinaires (c'est-à-dire les navires qui ne sont ni des porte-conteneurs ni des transporteurs de vrac) en vertu de cette disposition est le même que celui imposé à un navire non canadien exploité en vertu d'un permis de cabotage et visé par l'article 10. Il n'y a aucune preuve au dossier permettant de conclure que la défenderesse aurait été assujéti à un tarif moins élevé si elle avait utilisé un navire canadien. Par conséquent, elle ne peut pas contester la légalité du Barème pour ce motif.

Pour établir la validité de l'article 10 du Barème, la Cour a examiné la *Loi sur les océans* pour déterminer si elle permet au gouverneur en conseil de faire une distinction entre navires canadiens et navires étrangers lorsqu'il fixe les prix payables par les usagers des services à la navigation maritime. L'article 47 de la Loi accorde au ministre un large pouvoir discrétionnaire pour fixer les prix des différents services fournis par les ministères ou organismes fédéraux qui relèvent de sa compétence, notamment les services à la navigation maritime fournis par la GCC. Les seules limites au pouvoir du ministre sont celles fixées par les paragraphes 47(1), (2) ainsi que par l'article 50. Les conditions mentionnées dans ces dispositions ont toutes été respectées. La disposition habilitante n'impose pas d'autres limites au pouvoir du ministre et permet la création de catégories d'usagers fondées sur la nationalité des navires. Comme le ministre est habilité à fixer «les prix pour la fourniture de services», il peut fixer divers prix, selon différents critères, pour différentes catégories de navires visées par le Barème, et il peut même s'abstenir de fixer des prix pour certaines catégories de navires. Bien que l'article 47 de la Loi n'autorise pas expressément le gouverneur en conseil à édicter des règlements imposant une tarification par catégorie de navires fondée sur la nationalité, l'administration de la Loi exige implicitement, pour de bonnes raisons, que le Barème puisse

carriers and container ships, and also to consider non-Canadian ships in a separate class for purposes of imposition of fees. The rule that a general power to set fees or dues for services provided by federal departments or agencies allows the government to set fees by class of user was well established in earlier decisions. According to these precedents, the Minister has the power under section 47 to provide a different rate for marine navigation services rendered to Canadian or non-Canadian ships. The Fee Schedule at issue was accordingly *intra vires* the Minister's powers, as the latter had the power to create classes of user based on the nationality of ships in setting fees for his services. The discriminatory nature of regulations enacted by the executive, and setting user fees for services rendered, under general legislative authority has little or no effect on their validity. The power conferred on the Minister under section 47 of the Act must be construed as authorizing him to create different classes of user, including a class based on ship nationality (Canadian and non-Canadian) when setting fees for services rendered.

faire une distinction entre certaines catégories de navires. L'objectif du législateur et la réalité entourant la navigation maritime commerciale permettent de conférer un statut spécial, par exemple, aux transporteurs de vrac et aux porte-conteneurs et permettent aussi de considérer dans une catégorie à part les navires non canadiens pour fins d'imposition de droits. Le principe selon lequel une habilitation générale à fixer des prix ou des droits pour services rendus par des ministères ou organismes fédéraux permet à l'administration fédérale de fixer des prix par catégorie d'utilisateurs est bien établi en jurisprudence. Selon celle-ci, le ministre a le pouvoir, en vertu de l'article 47, de prévoir une tarification différente pour les services à la navigation maritime fournis aux navires canadiens et non canadiens. Le Barème contesté en l'espèce relevait donc de la compétence du Ministre, étant donné que celui-ci avait le pouvoir de créer des catégories d'utilisateurs fondées sur la nationalité des navires aux fins de la tarification de ses services. Le caractère discriminatoire d'un règlement édicté par l'exécutif qui fixe des droits d'usage pour services rendus, en vertu d'une habilitation législative générale, n'a que peu ou pas d'effet sur sa validité. Le pouvoir conféré au ministre en vertu de l'article 47 de la Loi doit être interprété comme l'autorisant à créer différentes catégories d'utilisateurs, y compris une catégorie fondée sur la nationalité des navires (canadiens et non canadiens), aux fins de la fixation des droits pour services rendus.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Aeronautics Act*, R.S.C. 1970, c. A-3, s. 5.
Air Services Fees Regulations, C.R.C., c. 5.
Canadian Wheat Board Act, R.S.C., 1985, c. C-24.
Coasting Trade Act, S.C. 1992, c. 31.
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 enacted *idem*, s. 5), 22 (as am. by S.C. 1996, c. 31, s. 82; 2002, c. 8, s. 31).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 60, 175, 178, 183(c)(i), 299.
Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 19(1)(a) (as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6).
Interest and Administrative Charges Regulations, SOR/96-188.
Marine Navigation Services Fees Regulations, SOR/96-282.
Oceans Act, S.C. 1996, c. 31, ss. 41, 47, 50.
Public Harbours and Port Facilities Act, R.S.C., 1985, c. P-29.
Radio Act, R.S.C. 1952, c. 233, s. 3(1).
1997-98 Marine Services Fee Schedule: Fees to be Paid for Marine Navigation Services Provided by the Canadian Coast Guard, ss. 1, 2, 6, 8, 9, 10.

LOIS ET RÈGLEMENTS

- Barème des droits 1997-98: prix des services à la navigation maritime fournis par la Garde côtière canadienne*, art. 1, 2, 6, 8, 9, 10.
Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. (1985), ch. C-24.
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 (édicte, *idem*, art. 5), 22 (mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 69; 1996, ch. 31, art. 82; 2002, ch. 8, art. 31).
Loi sur l'aéronautique, S.R.C. 1970, ch. A-3, art. 5.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 19(1)(a) (mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6).
Loi sur la radio, S.R.C. 1952, ch. 233, art. 3(1).
Loi sur le cabotage, L.C. 1992, ch. 31.
Loi sur les océans, L.C. 1996, ch. 31, art. 41 (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 170), 47, 50.
Loi sur les ports et installations portuaires publics, L.R.C. (1985), ch. P-29.
Règlement sur les intérêts et les frais administratifs, DORS/96-188.
Règlement sur les prix des services à la navigation maritime, DORS/96-282.

Règlement sur les taxes des services aéronautiques, C.R.C., ch. 5.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 60, 175, 178, 183c(i), 299.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 F.C. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.); *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada*, [1987] 3 F.C. 383; (1987), 9 F.T.R. 29 (T.D.); affd (1990), 68 D.L.R. (4th) 220; 107 N.R. 129 (F.C.A.); *Procureur général du Canada v. La Compagnie de Publication La Presse, Ltée*, [1967] S.C.R. 60; (1966), 63 D.L.R. (2d) 396; 66 DTC 5492.

DISTINGUISHED

Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney-General) (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (F.C.T.D.); *Canada v. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 F.C. 899; (1997), 148 D.L.R. (4th) 480; 215 N.R. 278 (C.A.).

CONSIDERED:

Canadian Shipowners Assn. v. Canada (1997), 3 Admin. L.R. (3d) 36; 137 F.T.R. 216 (F.C.T.D.); affd (1998), 233 N.R. 162 (F.C.A.); *Forget v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90; (1988), 53 D.L.R. (4th) 432; 32 Admin. L.R. 211; 87 N.R. 37; 17 Q.A.C. 241.

REFERRED TO:

James River Corp. of Virginia v. Hallmark Cards, Inc. (1997), 72 C.P.R. (3d) 157; 126 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Frank Brunckhorst Co. v. Gainers Inc.*, [1993] F.C.J. No. 874 (C.A.) (QL); *Symbol Yachts Ltd. v. Pearson*, [1996] 2 F.C. 391; (1996), 107 F.T.R. 295 (T.D.).

AUTHORS CITED

Keyes, J. M. *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from an order of the Prothonotary allowing the plaintiff's action brought by the plaintiff to recover navigation service fees payable by the defendant under the Fee Schedule for Marine Navigation Services. Appeal allowed with respect to the Prothonotary's decision on the right to challenge the legality of federal

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd., [1993] 2 C.F. 425; [1993] 1 C.T.C. 186; (1993), 93 DTC 5080; 149 N.R. 273 (C.A.). *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada*, [1987] 3 C.F. 383; (1987), 9 F.T.R. 29 (1^{re} inst.); conf. par (1990), 68 D.L.R. (4th) 220; 107 N.R. 129 (C.A.F.); *Procureur général du Canada v. La Compagnie de Publication La Presse, Ltée*, [1967] R.C.S. 60; (1966), 63 D.L.R. (2d) 396; 66 DTC 5492.

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général) (1993), 107 D.L.R. (4th) 190; 17 Admin. L.R. (2d) 243; 67 F.T.R. 98 (C.F. 1^{re} inst.); *Canada c. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 C.F. 899; (1997), 148 D.L.R. (4th) 480; 215 N.R. 278 (C.A.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

Assoc. des armateurs canadiens. c. Canada (1997), 3 Admin. L.R. (3d) 36; 137 F.T.R. 216 (C.F. 1^{re} inst.); conf. par (1998), 233 N.R. 162 (C.A.F.); *Forget c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 90; (1988), 53 D.L.R. (4th) 432; 32 Admin. L.R. 211; 87 N.R. 37; 17 Q.A.C. 241.

DÉCISIONS CITÉES:

James River Corp. of Virginia c. Hallmark Cards, Inc. (1997), 72 C.P.R. (3d) 157; 126 F.T.R. 1 (C.F. 1^{re} inst.); *Frank Brunckhorst Co. c. Gainers Inc.*, [1993] A.C.F. n^o 874 (C.A.) (QL); *Symbol Yachts Ltd. c. Pearson*, [1996] 2 C.F. 391; (1996), 107 F.T.R. 295 (1^{re} inst.).

DOCTRINE

Keyes, J. M. *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEL d'une ordonnance du protonotaire qui a accueilli l'action de la demanderesse visant à recouvrer les droits des services à la navigation maritime dus par la défenderesse en vertu du Barème des droits des services à la navigation maritime. Appel accueilli en ce qui concerne la décision du protonotaire relative au droit

regulations other than by an application for judicial review, but dismissed as to the decision on the merits.

APPEARANCES:

Bernard Letarte for plaintiff.
André Braën for defendant.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for plaintiff.
Marler & Associés, Montréal, for defendant.

The following is the English version of the reasons for order rendered by

[1] ROULEAU J.: This appeal by the defendant from an order made by the Prothonotary Richard Morneau on March 8, 2001 [2001 FCT 170; [2001] F.C.J. No. 327 (T.D.) (QL)] deals with the validity of section 10 of the Fee Schedule for Marine Navigation Services [1997-98 *Marine Services Fee Schedule: Fees to be Paid for Marine Navigation Services Provided by the Canadian Coast Guard*] (the Fee Schedule), adopted pursuant to section 47 *et seq.* of the *Oceans Act*, S.C. 1996, c. 31 (the Act). Specifically, the Court is required to decide whether the Minister of Fisheries and Oceans (the Minister) was empowered to set the fees payable by users of marine navigation services by distinguishing between Canadian and foreign ships, and if he was, whether these fees were discriminatory.

[2] The dispute arose following the defendant company's refusal to pay the fees in question, which led the Crown to claim payment of the fees in the Federal Court.¹ The Prothonotary allowed the simplified action brought by the plaintiff to recover navigation service fees payable by the defendant under the Fee Schedule, and ordered the defendant to pay her the sum of \$7,052.36 with interest at the rate specified in the *Interest and Administrative Charges Regulations* [SOR/96-188] as of April 2, 1998. The defendant sought an order allowing the appeal at bar and reversing the Prothonotary's order, as well as an order dismissing the plaintiff's action with interest and costs.

de contester la légalité des règlements fédéraux autrement que par une demande de contrôle judiciaire, mais rejeté en ce qui concerne la décision quant au fond.

ONT COMPARU:

Bernard Letarte pour la demanderesse.
André Braën pour la défenderesse.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Le sous-procureur général du Canada pour la demanderesse.
Marler & Associés, Montréal, pour la défenderesse.

Voici les motifs de l'ordonnance rendus en français par

[1] LE JUGE ROULEAU: Cet appel de la défenderesse d'une ordonnance datée du 8 mars 2001 rendue par le protonotaire M^e Richard Morneau [2001 CFPI 170; [2001] A.C.F. n^o 327 (1^{re} inst.) (QL)] porte sur la validité de l'article 10 du Barème des droits des services à la navigation maritime [*Barème des droits 1997-98: prix des services à la navigation maritime fournis par la Garde côtière canadienne*] (le Barème) adopté en vertu de l'article 47 et suivant de la *Loi sur les océans*, L.C. 1996, ch. 31 (la Loi). La Cour est appelée, plus précisément, à décider si le ministre des Pêches et des Océans (le ministre) était habilité à fixer les droits payables par les utilisateurs des services à la navigation maritime en distinguant entre navires canadiens et navires étrangers et, dans l'hypothèse d'une telle habilitation, si cette imposition était discriminatoire.

[2] Le débat est né du refus de la société défenderesse de payer les frais en question, ce qui a amené la Couronne à réclamer devant la Cour fédérale le paiement de ces droits¹. Le protonotaire a accueilli l'action simplifiée intentée par la demanderesse en recouvrement des droits de services à la navigation payables par la défenderesse aux termes du Barème, et condamné la défenderesse à lui payer la somme de 7 052,36 \$ avec intérêts au taux prescrit au *Règlement sur les intérêts et les frais administratifs* [DORS/96-188], et ce à compter du 2 avril 1998. La défenderesse cherche à obtenir une ordonnance accueillant le présent appel et infirmant l'ordonnance du protonotaire ainsi

Legislative background

[3] For a proper understanding of the substance of the questions raised by the parties, it is necessary to look at the legislative background to the case at bar.

[4] The Canadian Coast Guard (CCG) provides a number of marine navigation services in Canadian waters. In particular, those services involve the setting up in Canadian waters and in ports located in Canadian waters, for the use of boats navigating there, visual aids such as buoys, beacons, lighthouses, lights, radar assistance systems and auditory assistance systems such as foghorns, whistling buoys and so on. The marine navigation services supplied by the plaintiff also involve marine traffic services and distribution of information through the Marine Communication and Traffic Services Centres of the CCG.

[5] Accordingly, in 1989 the federal government established a policy on recovering the costs entailed in supplying the services provided by it and by agencies under its control, including the CCG.

[6] On June 1, 1996, the predecessor of the disputed Fee Schedule, the *Marine Navigation Services Fees Regulations* [SOR/96-282] (the Regulations) came into effect. These Regulations were enacted pursuant to paragraph 19(1)(a) of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 [as am. by S.C. 1991, c. 24, s. 6]. After the Regulations came into effect, the Minister continued consultations with the shipping industry so as to improve the cost recovery system. Those consultations have since continued and are still continuing. The system of charges contained in the Fee Schedule was accordingly established after extensive consultation with representatives of the shipping industry.

[7] In 1997 the validity of the Regulations was challenged in this Court by the Canadian Shipowners Association, but the Court dismissed the challenge and

qu'une ordonnance rejetant l'action de la demanderesse avec intérêts et dépens.

Le contexte législatif

[3] Afin d'être à même de bien comprendre la teneur des questions soulevées par les parties, un examen du contexte législatif dans lequel s'inscrit le présent litige s'impose.

[4] La Garde côtière canadienne (GCC) fournit de nombreux services à la navigation maritime dans les eaux canadiennes. Ces services consistent, notamment, à la mise en place, dans les eaux canadiennes et dans les ports situés dans les eaux canadiennes, au bénéfice des bateaux qui y naviguent, de systèmes d'assistance visuelle tels des bouées, balises, phares, lumières, de systèmes d'assistance radar et de systèmes d'assistance auditive tels des cors à brume, bouées sifflantes, etc. Les services à la navigation maritime fournis par la demanderesse consistent aussi en des services de trafic maritime et de diffusion d'informations par les centres des Services des communications et du trafic maritime de la GCC.

[5] Ainsi, en 1989, le gouvernement fédéral a mis sur pied une politique visant à recouvrer les coûts nécessaires à la fourniture de services rendus par lui et les organismes sous son contrôle, dont la GCC.

[6] Le 1^{er} juin 1996, entra en vigueur le *Règlement sur les prix des services à la navigation maritime* [DORS/96-282] (le Règlement), le prédécesseur du Barème contesté en l'espèce. Ce règlement était édicté en vertu de l'article 19(1)(a) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 [mod. par L.C. 1991, ch. 24, art. 6]. Après l'entrée en vigueur du Règlement, le Ministre continua les consultations avec l'industrie maritime afin d'améliorer le système de recouvrement des coûts. Ces consultations se sont poursuivies depuis et se poursuivent encore aujourd'hui. Le système de tarification que constitue le Barème fut donc mis en place après avoir abondamment consulté les représentants de l'industrie maritime.

[7] En 1997, la validité du Règlement fut contestée en cette Cour par l'Association des armateurs canadiens, mais celle-ci rejeta la contestation et son jugement fut

its judgment was upheld by the Federal Court of Appeal in 1998. Those judgments are reported at *Canadian Shipowners Assn. v. Canada* (1997), 3 Admin. L.R. (3d) 36 (F.C.T.D.); (1998), 233 N.R. 162 (F.C.A.).

[8] On July 1, 1997, the Regulations were repealed [SOR/97-295] and the Fee Schedule at issue in the case at bar came into effect.

Facts

[9] The defendant Mid-Atlantic Minerals Ltd. is a Canadian company involved in marine transport, including shipping on the St. Lawrence River. For this purpose, as ships registered in Canada were not available, the defendant operated in Canadian waters a non-Canadian vessel with a gross tonnage of 17,594 tonnes, the *M/V Bjorn*, in accordance with a temporary entry permit issued under the *Coasting Trade Act*, S.C. 1992, c. 31, valid for a month, from February 9 to March 9, 1998.

[10] Pursuant to section 10 of the Fee Schedule, the defendant received an invoice from the plaintiff dated March 3, 1998, claiming the sum of \$8,420.68 within 30 days for navigation services rendered by the plaintiff to the defendant's ship while its permit was in effect.

[11] To date, although duly notified on June 19, 2000, the defendant has only paid the sum of \$1,368.62, the only amount which it considered it owed under the Fee Schedule, and is refusing to pay the unpaid balance of the bill of March 3, 1998, namely \$7,052.36: hence the action at bar.

[12] This action was challenged by the defendant on the sole ground that the Fee Schedule on which the plaintiff's claim is based is invalid and unlawful. The Regulations make a distinction between Canadian and non-Canadian ships and as regards bulk carriers and container ships, they impose different rates and clearly favour Canadian ships. In the defendant's submission, the Minister does not have the power to make a fee schedule with ship categories based on nationality. That distinction is discriminatory, in conflict with the enabling legislation and hence unlawful.

maintenu par la Cour d'appel fédérale en 1998. Ces jugements sont rapportés à *Assoc. des armateurs canadiens c. Canada* (1997), 3 Admin. L.R. (3d) 36, (C.F. 1^{re} inst.); (1998), 233 N.R. 162 (C.A.F.).

[8] Le 1^{er} juillet 1997, le Règlement fut abrogé [DORS/97-295] et le Barème contesté en l'espèce entra en vigueur.

Les faits

[9] La défenderesse Mid-Atlantic Minerals Ltd. est une compagnie canadienne qui s'emploie au transport maritime, incluant sur le fleuve Saint-Laurent. À cette fin, et compte tenu de la non-disponibilité de navires immatriculés au Canada, la défenderesse a exploité dans les eaux canadiennes un navire non-canadien d'une jauge brute de 17,594 tonneaux, le *MS Bjorn*, en vertu d'un permis d'entrée temporaire délivré sous la *Loi sur le cabotage*, L.C. 1992, ch. 31, et valide pour un mois, soit du 9 février au 9 mars 1998.

[10] En application de l'article 10 du Barème, la défenderesse reçut une facture de la demanderesse datée du 3 mars 1998 lui réclamant, dans les trente jours, la somme de 8 420,68 \$ pour les services à la navigation rendus par la demanderesse au navire de la défenderesse pendant la durée de validité de son permis.

[11] À ce jour, bien que dûment mise en demeure le 19 juin 2000, la défenderesse n'acquitta qu'un montant de 1 368,62 \$, seul montant qu'elle estimait devoir aux termes du Barème, et refuse de payer le solde impayé de la facture du 3 mars 1998, soit 7 052,36 \$, d'où la présente action.

[12] Cette action est contestée par la défenderesse pour le seul motif que le Barème, sur lequel est fondée la réclamation de la demanderesse, serait nul et illégal. Le règlement trace une distinction entre navires canadiens et non canadiens et en ce qui concerne les vraquiers (*bulk carriers*) et porte-conteneurs, il impose une tarification différente et qui favorise nettement les navires canadiens. Selon la défenderesse, le ministre n'a pas le pouvoir de prévoir une tarification par catégories de navire fondée sur la nationalité. Cette distinction est discriminatoire, en conflit avec la loi habilitante et, donc, illégale.

[13] In its defence the defendant admitted all the facts giving rise to application of section 10 of the Fee Schedule cited. However, the defendant presented no evidence to support the allegations in its defence and consequently none of the facts alleged by the defendant in its defence were proven before the Prothonotary.

[14] At the hearing of the case on March 6, 2001, the Prothonotary indicated to the parties that he was refusing to rule on the question of the validity of the Fee Schedule and would not hear arguments by the parties in that regard, as the defendant had failed to file an application for judicial review to challenge the legality of the Fee Schedule in question and could not seek a conclusion that it was illegal in defence to an action. Specifically, the Prothonotary refused to consider the defendant's argument that there is no rule in the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106], allowing a defendant simply to raise the illegality of regulations in a defence and so avoid the statutory requirements of sections 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] and 18.1 [as enacted *idem*, s. 5] of the *Federal Court Act*.

[15] Consequently, the Prothonotary allowed the action brought by the plaintiff based on the admissions of the parties, as they stand in the record. The defendant is now appealing that decision.

Points at issue

[16] The appeal at bar raises the following two questions:

(1) Did the Prothonotary err in law in deciding that the defendant could not challenge the legality of the Fee Schedule in a defence to an action brought by the plaintiff, thereby justifying this Court's intervention?

(2) If so, is the Fee Schedule on which the plaintiff based her claim *ultra vires* the Minister?

[13] Dans sa défense, la défenderesse a admis tous les faits donnant ouverture à l'application de l'article 10 du Barème précité. Toutefois, la défenderesse n'a produit aucune preuve pour soutenir les allégations de sa défense et, par conséquent, aucun des faits allégués par la défenderesse dans sa défense n'a été prouvé devant le protonotaire.

[14] À l'audition de la cause le 6 mars 2001, le protonotaire a indiqué aux parties qu'il refusait de se prononcer sur la question de la validité du Barème et qu'il n'entendrait pas les arguments des parties à cet effet compte tenu du fait que la défenderesse avait fait défaut d'entreprendre une demande de contrôle judiciaire pour contester la légalité du Barème en question et qu'elle ne pouvait rechercher une conclusion déclarant son illégalité en défense à une action. Plus précisément, le protonotaire refusa de considérer le moyen de défense du défendeur jugeant qu'aucune règle des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98/106] ne permet à une défenderesse de simplement soulever l'illégalité d'un règlement dans une défense et ainsi échapper aux exigences statutaires des articles 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] et 18.1 [édicte, *idem*, art. 5] de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[15] Par conséquent, le protonotaire accueille l'action intentée par la demanderesse compte tenu des admissions des parties, tels qu'ils apparaissent au dossier. La défenderesse en appelle maintenant de cette décision.

Les questions en litiges

[16] Le présent appel soulève les deux questions suivantes:

1) Le protonotaire a-t-il erré en droit en décidant que la défenderesse ne pouvait contester la légalité du Barème dans le cadre d'une défense à l'action intentée par la demanderesse, justifiant ainsi l'intervention de cette Cour?

2) Dans l'affirmative, le Barème sur lequel la demanderesse fonde sa réclamation est-il *ultra vires* des pouvoirs du ministre?

Parties' arguments

[17] On procedure, the defendant submitted that the Prothonotary erred in law by denying it the right to a full and complete defence. He erred by raising of his own motion a point which was not part of the parties' allegations and was not included in the parties' pre-trial memorandums, nor in the discussions which took place at the pre-trial conference before Hugessen J. The defendant further submitted that the Prothonotary erred in law in ruling that the only means of challenging the legality of federal regulations is an application for judicial review based on sections 18 and 18.1 of the *Federal Court Act*. The Prothonotary did not base his decision on any case law or authority and the defendant submitted that it had found none.

[18] Additionally, the defendant argued that sections 18 and 18.1 of the *Federal Court Act*, which deal with judicial review of federal tribunals by the Federal Court, have nothing to do with a party's right to allege in defence that federal regulations are void. Finally, the defendant submitted that the Prothonotary erred in law by not allowing it to argue any point which might involve dismissal of an action, as specified in rule 175 and subparagraph 183(c)(i) of the *Federal Court Rules, 1998*.

[19] On the merits of the action, the defendant stated that the enabling legislation, especially section 47 *et seq.* of the Act, allows the Minister to set the fees payable by users of marine navigation services. In the defendant's submission, those provisions are designed to allow federal authorities to recover the money spent in providing such services. They do not either expressly or by implication allow a distinction to be made between Canadian and foreign vessels, nor favourable treatment of the former at the expense of the latter by a more advantageous rate. The defendant submitted that the Supreme Court of Canada has several times held that such a distinction in regulations, in order to be valid, must be expressly authorized by the enabling legislation, and that is not the case here. Moreover, discrimination between Canadian and non-Canadian ships is not absolutely essential to enable the Minister to exercise his regulatory authority to set fees for marine navigation

Les prétentions des parties

[17] Quant à la procédure, la défenderesse soumet que le protonotaire a erré en droit en lui refusant le droit à une défense pleine et entière. Il a erré en soulevant, de son propre gré, une question qui ne faisait pas partie des allégations des parties et qui n'était pas incluse dans les mémoires de conférence préparatoire des parties ni des discussions qui ont eu lieu lors de la conférence préparatoire en présence de l'honorable juge Hugessen. La défenderesse soumet également que le protonotaire a erré en droit en jugeant que le seul moyen de contester la légalité d'un règlement fédéral est une demande de contrôle judiciaire basée sur les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*. Le protonotaire n'a appuyé sa décision sur aucune jurisprudence ni autorité, et la défenderesse soumet qu'elle n'en a trouvé aucune.

[18] De surcroît, la défenderesse argumente que les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui concernent la révision judiciaire par la Cour fédérale des tribunaux fédéraux, n'ont rien à voir avec le droit d'une partie d'invoquer la nullité d'un règlement fédéral comme moyen de défense. Enfin, la défenderesse soumet que le protonotaire a erré en droit en lui refusant de plaider toute question qui pourrait entraîner le rejet d'une cause d'action tel que prévu à la règle 175 et le sous-alinéa 183(c)(i) des *Règles de la Cour fédérale, (1998)*.

[19] Quant au fond de l'action, la défenderesse affirme que la loi habilitante et en particulier l'article 47 et suivant de la Loi permettent au ministre de fixer les droits payables par les utilisateurs des services à la navigation maritime. Selon la défenderesse, ces dispositions ont pour objet de permettre aux autorités fédérales de recouvrer les sommes dépensées pour la fourniture de ces services. Elles ne permettent pas, ni explicitement ni implicitement, de distinguer entre navires canadiens et navires étrangers, ni de favoriser au moyen d'une tarification plus avantageuse les premiers au détriment des seconds. La défenderesse soumet que la Cour suprême du Canada a, à maintes reprises, affirmé qu'une telle distinction dans un règlement doit, pour être valide, être expressément autorisée par la loi habilitante, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. De plus, la discrimination exercée entre navires canadiens et non-canadiens n'est absolument pas essentielle pour

services.

[20] Finally, the defendant submitted that the case at bar should be distinguished from the one involving the former Regulations, regulations found valid by this Court on the ground that the distinctions they were making were authorized by the delegating legislation, since the wording of the provisions of those Regulations was quite different and expressly envisaged the possibility of creating classes of ship for fee purposes. Consequently, the defendant asked the Court to dismiss the plaintiff's claim on the ground that it was based on an unlawful fee schedule.

[21] For her part, the plaintiff claimed that the Prothonotary's decision was quite correct, and in any case the defendant had not presented evidence that it was given any different or prejudicial treatment because of the origin of its ship. Additionally, she argued that the Fee Schedule was *intra vires* the Minister.

[22] In *Canada v. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 F.C. 425, the Federal Court of Appeal ruled on the standard of review of a prothonotary's discretionary decision. It stated its conclusion as follows, at page 463 of the judgment:

Where such discretionary orders are clearly wrong in that the prothonotary has fallen into error of law (a concept in which I include a discretion based upon a wrong principle or upon a misapprehension of the facts), or where they raise questions vital to the final issue of the case, a judge ought to exercise his own discretion *de novo*.

[23] The decision in question is one which, in my opinion, is vitiated by an error of law and raises a question vital to the final issue of the case, so that the Court must exercise its own discretion *de novo*. As the foregoing analysis indicates, the Court cannot accept the conclusion arrived at by the Prothonotary. It must therefore intervene.

permettre au ministre d'exercer son pouvoir réglementaire en matière de tarification des services à la navigation maritime.

[20] La défenderesse soumet enfin que le présent cas doit être distingué de celui impliquant l'ancien Règlement, lequel règlement a été jugé valide par cette Cour au motif que les distinctions qu'il traçait étaient autorisées par la loi délégatrice puisque le libellé des dispositions de ce Règlement était bien différente et prévoyait expressément la possibilité de créer des catégories de navires pour les fins de tarification. Par conséquent, la défenderesse demande à la Cour de rejeter la réclamation de la demanderesse au motif qu'elle est fondée sur un barème illégal.

[21] La demanderesse prétend pour sa part que la décision du protonotaire est bien fondée et, à tout événement, que la défenderesse n'a pas fait la preuve qu'elle a fait l'objet d'un traitement différent et préjudiciable en raison de l'origine de son navire. De surcroît, elle prétend que le Barème est *intra vires* des pouvoirs du ministre.

[22] Dans l'arrêt *Canada c. Aqua-Gem Investments Ltd.*, [1993] 2 C.F. 425, la Cour d'appel fédérale s'est prononcée sur la norme de contrôle d'une décision discrétionnaire d'un protonotaire. Elle exprima sa conclusion comme suit à la page 463 de la décision:

Si l'ordonnance discrétionnaire est manifestement erronée parce que le protonotaire a commis une erreur de droit (concept qui, à mon avis, embrasse aussi la décision discrétionnaire fondée sur un mauvais principe ou sur une mauvaise appréciation des faits) ou si elle porte sur des questions ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, le juge saisi du recours doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'affaire depuis le début.

[23] La décision en cause en est une qui, à mon avis, est entachée d'une erreur de droit et qui porte sur une question ayant une influence déterminante sur l'issue du principal, ce qui fait que la Cour doit exercer son propre pouvoir discrétionnaire par instruction *de novo*. Comme l'analyse exposée ci-bas le démontre, la Cour ne peut souscrire à la conclusion à laquelle est arrivée le protonotaire. Il y a donc lieu d'intervenir.

Applicable legislative and regulatory provisions

[24] The Fee Schedule applies to all commercial shipping in Canadian waters, except vessels excluded from the definition of “ship” in section 1 of the Schedule and vessels exempted under section 2. Apart from those two provisions, which deal respectively with the definitions and scope of the Fee Schedule, the latter is divided into three parts, namely Part I, Fees in the Western Region, Part II, Fees in the Maritimes Region, Newfoundland Region and the Laurentian and Central Regions, and Part III, General. Parts I and II are both divided into two sections, the first dealing with non-Canadian ships and the second Canadian ships. Among other things, Part III lays down the fee payable for ships operated in accordance with a temporary entry permit issued under the *Coasting Trade Act*. The defendant was billed pursuant to Part III of the Fee Schedule. Before commencing the analysis, it is worth setting out the applicable provisions of the Act and Fee Schedule.

(1) *Oceans Act**Fees*

47. (1) The Minister may, subject to any regulations that the Treasury Board may make for the purposes of this section, fix the fees to be paid for a service or the use of a facility provided under this Act by the Minister, the Department or any board or agency of the Government of Canada for which the Minister has responsibility.

(2) Fees for a service or the use of a facility that are fixed under subsection (1) may not exceed the cost to Her Majesty in right of Canada of providing the service or the use of the facility. [My emphasis.]

(2) Fee Schedule for Marine Navigation Services

PART II

FEES IN THE MARITIMES REGION, NEWFOUNDLAND REGION AND THE LAURENTIAN AND CENTRAL REGIONS

Non-Canadian Ships

6. (1) Subject to subsections (2) and (3) and sections 7 and 10, the fee payable, for marine navigation services, by a non-

Dispositions législatives et réglementaires pertinentes

[24] Le Barème s'applique à tous les navires commerciaux qui sont exploités en eaux canadiennes, à l'exception des navires exclus de la définition de «navire» de l'article 1 du Barème et à l'exception des navires exemptés aux termes de l'article 2. Outre ces deux dispositions qui prévoient respectivement les définitions et le champ d'application du Barème, celui-ci est divisé en trois parties, soit: partie I, Prix applicables à la région de l'Ouest; partie II, Prix applicables à la région des maritimes, à la région de Terre-Neuve et aux régions Laurentienne et du Centre; partie III, Dispositions générales. Les parties I et II sont toutes deux divisées en deux sections, la première traitant des navires non canadiens et la deuxième, des navires canadiens. La partie III établit, notamment, le prix à payer pour les navires exploités conformément à un permis d'entrée temporaire délivré en vertu de la *Loi sur le cabotage*. La défenderesse fut facturée en vertu de la partie III du Barème. Avant d'aborder l'analyse, il serait utile de reproduire les dispositions pertinentes de la Loi et du Barème.

1) *Loi sur les océans**Facturation*

47. (1) Le ministre peut, sous réserve des règlements d'application du présent article éventuellement pris par le Conseil du Trésor, fixer les prix à payer pour la fourniture de services ou d'installations au titre de la présente loi par lui-même ou le ministère, ou tout organisme fédéral dont il est, du moins en partie, responsable.

(2) Les prix fixés dans le cadre du paragraphe (1) ne peuvent excéder les coûts supportés par Sa Majesté du chef du Canada pour la fourniture des services ou des installations. [Mes soulignés.]

2) Barème des droits des services à la navigation maritime

PARTIE II

PRIX APPLICABLES À LA RÉGION DES MARITIMES, À LA RÉGION DE TERRE-NEUVE ET AUX RÉGIONS LAURENTIENNE ET DU CENTRE

Navires non canadiens

6. (1) Sous réserve des paragraphes (2) et (3) et des articles 7 et 10, le prix que doit payer, pour des services à la

Canadian ship that is loading or unloading cargo at a Canadian port is the amount obtained by multiplying the weight in tonnes of the cargo that is loaded, to a maximum of 50,000 tonnes, or unloaded, to a maximum of 50,000 tonnes, by

(a) \$0.16 in the Laurentian and Central regions;

...

(2) In calculating the fee prescribed by subsection (1), the weight of cargo that is loaded or unloaded shall not include the weight of transshipped cargo that has been carried by another ship for which a fee has been paid.

(3) The fee calculated in subsection (1) shall not exceed \$0.05 per tonne for aggregates and \$0.15 per tonne for gypsum.

...

Canadian Ships

8. (1) Subject to subsections (2) to (5), the quarterly fee payable, for marine navigation services, by a Canadian ship that is operating in Canadian waters in the Maritimes, Newfoundland or Laurentian and Central Regions is the amount obtained by multiplying the gross tonnage of that ship by \$1.25.

(2) The fee payable for marine navigation services, by a Canadian ship that is a bulk carrier or container ship that is operating in Canadian waters in the Maritimes Region, Newfoundland Region or Central and Laurentian Region is the amount obtained by multiplying 1/100 of the distance travelled in kilometers, rounded to the next highest whole number, by the tonnes carried by \$0.0076.

...

PART III

GENERAL

9. (1) Subject to subsection (2), the fee payable, for marine navigation services, by a non-Canadian ship that is operating in Canadian waters of the Newfoundland Region, Maritimes Region or the Laurentian and Central Region, that is not subject to any other fees fixed by this fee schedule, is the amount obtained by multiplying the gross tonnage of that ship by \$0.42.

(2) The fee set out in subsection (1) shall be paid a maximum of once a calendar month.

10. The fee payable, for marine navigation services, by a non-Canadian ship or a non-duty paid Canadian ship that is

navigation maritime, le navire non canadien qui charge ou décharge une cargaison dans un port canadien est le produit de la multiplication du poids, en tonnes métriques, de la cargaison chargée ou déchargée, jusqu'à concurrence de 50 000 tonnes, par:

a) 0,16 \$, pour les régions Laurentienne et du Centre;

[...]

(2) Dans le calcul du prix visé au paragraphe (1), le poids de la cargaison chargée ou déchargée ne comprend pas le poids de la cargaison transbordée qu'un autre navire a transportée et pour laquelle un prix a déjà été payé.

(3) Le prix calculé selon le paragraphe (1) ne peut dépasser 0,05 \$ par tonne métrique d'agrégats et de 0,15 \$ par tonne métrique de gypse.

[...]

Navires canadiens

8. (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (5), le prix trimestriel que doit payer, pour des services à la navigation maritime, le navire canadien qui est exploité dans les eaux canadiennes de la région des Maritimes, de la région de Terre-Neuve ou des régions Laurentienne et du Centre est le produit de la multiplication de sa jauge brute par 1,25 \$.

(2) Le prix trimestriel que doit payer, pour des services à la navigation maritime, le navire canadien qui est un transporteur de vrac ou un porte-conteneurs exploité dans les eaux canadiennes de la région des Maritimes, de la région de Terre-Neuve ou des régions du Centre et Laurentienne est le produit de la multiplication de 1/100 de la distance parcourue en kilomètres, arrondie au prochain nombre entier le plus élevé, par le nombre de tonnes métriques transportées au prix de 0,0076 \$.

[...]

PARTIE III

DISPOSITIONS GÉNÉRALES

9. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le prix que doit payer, pour des services à la navigation maritime, le navire non canadien qui est exploité dans les eaux canadiennes des régions de Terre-Neuve et des Maritimes ou des régions Laurentienne et du Centre et qui n'est pas assujéti aux autres prix fixés par le présent barème des droits est le produit de la multiplication de sa jauge brute par 0,42 \$.

(2) Le prix prévu au paragraphe (1) est payé au plus une fois par mois.

10. Le prix que doit payer, pour des services à la navigation maritime, le navire non canadien qui est exploité dans les eaux

operating in Canadian waters pursuant to a temporary entry permit issued under the *Coasting Trade Act* is the amount obtained by multiplying the gross tonnage of that ship by the number of months during which the permit is in effect and by \$0.42. [My emphasis.]

Procedural question

[25] The plaintiff submitted that subsection 18(1) of the *Federal Court Act* provides that this Court has exclusive jurisdiction to grant declaratory relief against any federal board, commission or other tribunal, and subsection 18(3) of the same Act provides that the remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review. In the case at bar, in defence to the action, the defendant asked this Court to find that the Fee Schedule which is the basis of the plaintiff's claim is *ultra vires* and unlawful. In doing so, it asked this Court to grant declaratory relief against a federal board, commission or other tribunal, here the Minister. The plaintiff relied on this Court's judgment in *Saskatchewan Wheat Pool v. Canada (Attorney General)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190, to argue that the courts have held that a Minister or the Governor in Council exercising a regulatory power under federal legislation constitutes a federal board, commission or other tribunal, and hence that the only proper means of seeking to invalidate such regulations is to proceed by an application for judicial review. Accordingly, the plaintiff submitted that the Prothonotary correctly decided that the defendant should have proceeded by judicial review in challenging the legality of the Fee Schedule, and on that ground alone the appeal should be dismissed.

[26] This Court's judgment in *Saskatchewan Wheat Pool* does not in my opinion provide a conclusive solution to the case at bar, as it must be clearly distinguished from the latter. In that case proceedings were brought by the plaintiff Saskatchewan Wheat Pool by judicial review against the Attorney General of Canada to have the Regulations enacted by the Governor in Council under the *Canadian Wheat Board Act*, R.S.C., 1985, c. C-24, ruled *ultra vires*. In the case at bar, the defendant only opposed the validity of the Fee Schedule in response to an action brought against it by the plaintiff to recover costs. I reproduce here the relevant passages from the judgment of Rothstein J.

canadiennes conformément à un permis d'entrée temporaire délivré en vertu de la *Loi sur le cabotage* est le produit de la multiplication de sa jauge brute par 0,42 \$ et le nombre de mois durant lequel le permis est valide. [Mes soulignés.]

La question procédurale

[25] La demanderesse soumet que le paragraphe 18(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* prévoit que cette Cour a compétence exclusive pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral et le paragraphe 18(3) de la même loi prévoit que les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par la présentation d'une demande de contrôle judiciaire. Or, en l'espèce, en défense à l'action, la défenderesse demande à cette Cour de déclarer *ultra vires* et illégal le Barème sur lequel est fondé la réclamation de la demanderesse. Ce faisant, elle demande à cette Cour de rendre un jugement déclaratoire contre un office fédéral, en l'occurrence le ministre. La demanderesse se fonde sur la décision de cette Cour dans l'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool c. Canada (Procureur général)* (1993), 107 D.L.R. (4th) 190 pour argumenter que la jurisprudence est à l'effet qu'un ministre ou le gouverneur en conseil exerçant un pouvoir réglementaire en vertu d'une loi fédérale constitue un office fédéral et, donc, que la seule façon appropriée pour faire déclarer un tel règlement invalide est de procéder par demande de contrôle judiciaire. Ainsi, la demanderesse soumet que le protonotaire a correctement décidé que la défenderesse aurait dû procéder par voie de contrôle judiciaire pour contester la légalité du Barème et, pour ce seul motif, l'appel devrait être rejeté.

[26] La décision de cette Cour dans l'arrêt *Saskatchewan Wheat Pool* ne présente pas à mon avis une solution définitive à la présente affaire car elle doit être nettement distinguée de cette dernière. Dans cet arrêt, les procédures étaient intentées par la demanderesse Saskatchewan Wheat Pool par voie de contrôle judiciaire contre le procureur général du Canada pour faire déclarer *ultra vires* les Règlements édictés par le gouverneur en conseil en vertu de la *Loi sur la Commission canadienne du blé*, L.R.C. (1985), ch. C-24. Or, en l'espèce, la défenderesse n'a opposé la validité du Barème qu'en réponse à une action qui fut intentée contre elle par la demanderesse pour

(as he then was) for the sake of convenience [at pages 192-194]:

The proceedings were commenced by way of notice of motion for judicial review pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, as amended. In the course of setting this matter down for hearing, the question of whether these proceedings should be by way of application for judicial review under section 18.1 or by way of action and statement of claim was considered by the parties.

Counsel for the Saskatchewan Wheat Pool was of the view that the appropriate procedure might be that of an action commenced by way of statement of claim. Counsel for the respondent did not object to this approach, and an agreement was reached that the matter should proceed by way of action instead of by way of application for judicial review. A document dated August 30, 1993, entitled Agreement as to Procedure was filed to this effect.

As the matter presently stands, there is filed a motion seeking judicial review and a statement of claim commencing an action and a statement of defence in response. While there is no doubt that between the two procedures the matter is properly before the Court, (and I will grant the extension of time sought with respect to the filing of the application for judicial review) for the sake of clarity, I will briefly express my views as to the appropriate procedure in a case such as this.

...

When the Governor in Council acts pursuant to a statute, it is a federal board. See for example, *National Anti-Poverty Organization v. Canada (A.G.)*, [1989] 1 F.C. 208 (T.D.), reversed without comment on this point, [1989] 3 F.C. 684 (F.C.A.).

...

It would appear from these provisions [section 18] that in challenging a decision or order of the Governor in Council made pursuant to statutory authority, the correct and only procedure is to proceed by way of originating notice under section 18.1 of the *Federal Court Act* as was originally done here.

...

Section 18 is a specific statutory provision which deals with prerogative writs and declarations in respect of decisions and orders of federal boards, commissions and other tribunals. As I read section 18, it clearly provides that proceedings

recouvrement de frais. Je reproduis ici les extraits pertinents de la décision du juge Rothstein (alors juge de première instance) par souci de commodité [aux pages 192 à 194]:

Les procédures ont été commencées au moyen d'un avis de requête en vue d'un contrôle judiciaire, conformément à l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, dans sa forme modifiée. Lorsque la date d'audition de cette affaire a été fixée, les parties ont examiné la question de savoir si ces procédures devaient être engagées au moyen d'une demande de contrôle judiciaire, en vertu de l'article 18.1, ou au moyen d'une action et déclaration.

De l'avis de l'avocat de Saskatchewan Wheat Pool, il convenait peut-être d'avoir recours à une action intentée au moyen d'une déclaration. L'avocat de l'intimé ne s'est pas opposé à cette méthode, et l'on s'est entendu pour procéder au moyen d'une action plutôt qu'au moyen d'une demande de contrôle judiciaire. Un document daté du 30 août 1993, intitulé [TRADUCTION] «Convention relative à la procédure» a été produit à ce sujet.

À l'heure actuelle, on a déposé une requête en vue d'un contrôle judiciaire ainsi qu'une déclaration visant à l'introduction d'une action et une défense en réponse. Il est certain que, par suite de ces deux procédures, la Cour est à juste titre saisie de l'affaire (et j'accorderai la prorogation de délai demandée en ce qui concerne le dépôt de la demande de contrôle judiciaire), mais pour plus de clarté, j'exprimerai brièvement mon avis au sujet de la procédure qu'il convient de suivre dans un cas comme celui-ci.

[...]

Lorsque le gouverneur en conseil agit conformément à une loi, il constitue un office fédéral. Voir, par exemple, *Organisation nationale anti-pauvreté c. Canada (Proc. gén.)*, [1989] 1 C.F. 208 (1^{re} inst.), infirmé sans qu'aucune remarque ne soit faite sur ce point, [1989] 3 C.F. 684 (C.A.F.)

[...]

Ces dispositions [l'article 18] sembleraient laisser entendre qu'en contestant une décision ou une ordonnance que le gouverneur en conseil a prise dans l'exercice d'un pouvoir légal, il faut procéder au moyen d'un avis introductif d'instance en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, comme on l'a initialement fait en l'espèce.

[...]

L'article 18 est une disposition légale expresse qui vise les brefs de prerogative et les jugements déclaratoires se rapportant aux décisions et ordonnances des offices fédéraux. Selon mon interprétation, l'article 18 prévoit clairement que

brought against the Attorney General of Canada for declaratory relief in respect of a decision or order of a federal board, commission or other tribunal are to be brought by way of application for judicial review under section 18.1 and in no other way. The fact that the parties have agreed that the Federal Court shall decide a question of law does not derogate from section 18. If the question relates to a federal board, commission or other tribunal, judicial review is the proper procedure. Nor do I see any distinction in the definition of federal board, commission or other tribunal or in section 18 that would exclude from the ambit of section 18 the Governor in Council or any other federal board when acting in a legislative capacity.

No explanation has been provided that satisfies me that Parliament would have intended that legislative acts of federal boards, commissions or other tribunals should be challenged by way of action while decisions or orders of a judicial, quasi-judicial or administrative nature should be challenged by way of judicial review. Indeed, the amendments to the *Federal Court Act* brought into force on February 1, 1992, were introduced, at least in part, to clarify and simplify proceedings in the Federal Court. At this time, when the courts are tending to move away from technical distinctions, I do not think Parliament, in enacting the February 1, 1992 amendments to the *Federal Court Act*, would have intended that there be a subtle distinction between the way in which proceedings are brought to challenge legislative actions as opposed to actions of a judicial, quasi-judicial or administrative nature. No useful purpose would be served by such a distinction.

I am fully satisfied that the proceedings as originally framed under section 18.1 were properly brought. However, in order to avoid unproductive procedural objections at the appeal stage of these proceedings, I will allow the statement of claim and agreement as to procedure between counsel to subsist as filed. [My emphasis.]

[27] Sections 18 and 18.1 of the *Federal Court Act* provide:

18. (1) Subject to section 28, the Trial Division has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by

les procédures contre le procureur général du Canada, visant à l'obtention d'un jugement déclaratoire relativement à une décision ou à une ordonnance prise par un office fédéral, doivent être engagées au moyen d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 18.1. Le fait que les parties ont convenu que la Cour fédérale doit trancher une question de droit ne change rien. Si la question vise un office fédéral, le contrôle judiciaire est la procédure à suivre. Je ne vois non plus aucune distinction dans la définition de l'office fédéral ou dans l'article 18, qui exclurait le gouverneur en conseil ou tout autre office fédéral agissant à titre législatif du champ d'application de l'article 18.

On n'a donné aucune explication qui me convainc, selon laquelle le législateur entendait que les mesures d'ordre législatif des offices fédéraux soient contestées au moyen d'une action, alors que les décisions ou ordonnances d'une nature judiciaire, quasi judiciaire ou administrative soient contestées au moyen de la présentation d'une demande de contrôle judiciaire. De fait, les modifications apportées à la *Loi sur la Cour fédérale* qui sont entrées en vigueur le 1^{er} février 1992 visaient, du moins en partie, à clarifier et à simplifier les procédures devant la Cour fédérale. À l'heure actuelle, les tribunaux ont tendance à s'éloigner des distinctions techniques, et je ne crois pas qu'en approuvant des modifications à la *Loi sur la Cour fédérale* le 1^{er} février 1992, le législateur ait eu l'intention de faire une distinction subtile entre la façon dont les procédures sont engagées lorsqu'il s'agit de contester des mesures d'ordre législatif par opposition à des mesures d'une nature judiciaire, quasi judiciaire ou administrative. Pareille distinction ne servirait à rien.

Je suis tout à fait convaincu que les procédures initialement établies en vertu de l'article 18.1 ont été engagées de la façon appropriée. Toutefois, afin d'éviter des objections procédurales inutiles au stade de l'appel, je laisserai telles quelles la déclaration et la convention relative à la procédure qui a été conclue entre les avocats. [Mes soulignés.]

[27] Les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* disposent:

18. (1) Sous réserve de l'article 28, la Section de première instance a compétence exclusive, en première instance, pour:

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure

paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

...

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

18.1 (1) ...

(3) On an application for judicial review, the Trial Division may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal. [My emphasis.]

[28] It seems clear to me from reading these provisions that remedies brought against a federal board, commission or other tribunal for declaratory relief against a “decision, order, act or proceeding” of that tribunal must be brought by judicial review, not otherwise. Contrary to what the Prothonotary concluded, these provisions do not set out any other statutory requirements which the defendant might have [TRANSLATION] “avoided” by filing a defence to an action brought by the plaintiff. Sections 18 and 18.1 of the *Federal Court Act* provide that any person intending to appeal against a “decision, order, act or proceeding” of a federal board, commission or other tribunal must proceed by judicial review. In the case at bar, there was nothing requiring the defendant to launch a preventive challenge (a kind of pre-emptive strike) to the plaintiff’s “decision” to claim a sum of money from it for services provided, once the bill of March 3, 1998, had been sent to it, even though no specific action had yet been taken against it. Further, rules 175, 178 and paragraph 183(c) state quite clearly that once an action is brought against a person the latter may, and even must, raise and argue in his or her defence any point of law which might defeat a claim.

engagée contre le procureur général du Canada afin d’obtenir réparation de la part d’un office fédéral.

[...]

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d’une demande de contrôle judiciaire.

18.1 (1) [...]

(3) Sur présentation d’une demande de contrôle judiciaire, la Section de première instance peut:

a) ordonner à l’office fédéral en cause d’accomplir tout acte qu’il a illégalement omis ou refusé d’accomplir ou dont il a retardé l’exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu’elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l’office fédéral. [Mes soulignés.]

[28] À ma lecture de ces dispositions, il m’apparaît clair que les recours intentés contre un office fédéral pour jugement déclaratoire contre toute «décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte» de cet office doivent l’être par voie de contrôle judiciaire et pas autrement. Contrairement à la conclusion du protonotaire, ces dispositions ne prévoient pas d’autres exigences statutaires auxquelles la défenderesse aurait pu «échapper» en déposant une défense à une action intentée par la demanderesse. Les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* stipulent que toute personne ayant l’intention de se pourvoir contre une «décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte» d’un office fédéral doit procéder par voie de contrôle judiciaire. Or, en l’espèce, rien n’obligeait la défenderesse à attaquer de façon préventive (une sorte de *pre-emptive strike*) la «décision» de la demanderesse de lui réclamer une somme d’argent pour services rendus et ce, dès l’instant où la facture du 3 mars 1998 lui a été transmise, alors même qu’aucune mesure concrète n’avait encore été prise contre elle. De surcroît, les règles 175, 178 et l’alinéa 183c) sont très claires à l’effet que, une fois une action intentée contre une personne, cette dernière peut et même se doit de soulever et plaider dans sa défense tout point de droit qui pourrait entraîner le rejet d’une cause d’action.

[29] The plaintiff did not seek to have the regulations ruled invalid until it was replying to an action which the plaintiff herself chose to bring against the defendant.

Point at issue

Was the defendant discriminated against because it was using a non-Canadian ship?

[30] In order to argue that the Fee Schedule is unlawful because it imposes a different set of fees for Canadian as opposed to against non-Canadian ships, and clearly favours Canadian ships if they are bulk carriers or container ships, the defendant had first to establish that it had in fact been discriminated against in the operation of a non-Canadian bulk carrier or container ship. The defendant argued that it would have been charged a lower rate if it had been operating a Canadian ship, since in its view it would have been charged under subsection 8(2) of the Fee Schedule applicable to Canadian container ships and bulk carriers, not under section 10. That is why it claimed there had been discrimination. There is no evidence in the record to suggest that the defendant's ship would have been charged under subsection 8(2) if it was a Canadian ship. Subsection 8(2) is an exceptional provision which only applies to container ships and bulk carriers, as defined in the Fee Schedule, and there is nothing in the evidence to indicate that in the case at bar the *M/V Bjorn* qualified under either of those definitions, as the defendant entered no evidence to that effect.

[31] At the hearing in this Court the plaintiff maintained that the defendant had entered no evidence in the record before the Prothonotary showing that the *M/V Bjorn* was a bulk carrier. A motion was then filed by the defendant pursuant to rule 60 of the *Federal Court Rules, 1998*, to correct this deficiency in its evidence, when the appeal from the Prothonotary's decision had already been under advisement for nearly a week. In view of the status of the case at bar at the advanced stage of the appeal from the Prothonotary's decision, I would dismiss the defendant's motion for the reasons set out below.

[29] Ce n'est qu'en réponse à une action que la demanderesse a choisi elle-même d'intenter contre la défenderesse que cette dernière cherche à faire déclarer un tel règlement invalide.

La question de fond

La défenderesse a-t-elle été désavantagée parce qu'elle exploitait un navire non canadien?

[30] Pour pouvoir invoquer que le Barème est illégal parce qu'il impose une tarification différente pour les navires canadiens par rapport aux navires non canadiens et qui favorise nettement les navires canadiens en ce qui concerne les vraquiers et porte-conteneurs, la défenderesse devait d'abord établir qu'elle a effectivement été désavantagée en raison de l'exploitation d'un vraquier ou porte-conteneur non canadien. En effet, la défenderesse prétend qu'un tarif moins élevé lui aurait été chargé si elle avait exploité un navire canadien puisque, selon elle, elle aurait été chargée sous le paragraphe 8(2) du Barème applicable aux porte-conteneurs et transporteurs de vrac canadiens et non en vertu de l'article 10. C'est pour cette raison qu'elle prétend qu'il y a discrimination. Or, il n'y a aucune preuve au dossier permettant de conclure que le navire de la défenderesse aurait été chargé en vertu du paragraphe 8(2) s'il avait été un navire canadien. Le paragraphe 8(2) est une disposition d'exception qui ne s'applique qu'aux porte-conteneurs et aux transporteurs de vrac, tels que définis au Barème, et rien dans la preuve ne démontre qu'en l'espèce le *MS Bjorn* se qualifiait sous l'une ou l'autre de ces définitions, la défenderesse n'ayant produit aucune preuve au dossier à cet effet.

[31] À l'audience devant cette Cour, la demanderesse fit valoir que la défenderesse n'a déposé aucune preuve au dossier devant le protonotaire démontrant que le *MV Bjorn* était un transporteur de vrac. Une requête a alors été déposée par la défenderesse en vertu de la Règle 60 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* afin de remédier à cette lacune dans sa preuve, alors que l'appel de la décision du protonotaire était déjà pris en délibéré depuis près d'une semaine. Compte tenu de l'état de la présente affaire au stade avancé de l'appel de la décision du protonotaire, je rejetterais la requête de la défenderesse pour les motifs exposés ci-bas.

[32] The courts have clearly held that a judge hearing an appeal from a prothonotary's decision is bound by the record as it stood before the latter: *James River Corp. of Virginia v. Hallmark Cards, Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 157 (F.C.T.D.), at pages 168-169. According to the first branch of the test set out by the Federal Court of Appeal in *Frank Brunckhorst Co. v. Gainers Inc.*, [1993] F.C.J. No. 874 (C.A.) (QL), a party may only be authorized to file evidence on appeal if it could not reasonably have known of the existence of the evidence at trial or if the evidence was not available at that time: *Symbol Yachts Ltd. v. Pearson*, [1996] 2 F.C. 391 (T.D.), at pages 398-400. In the case at bar, by its motion the defendant sought to enter in evidence the temporary entry permit issued pursuant to the *Coasting Trade Act*, which in its submission showed that its ship was a bulk carrier within the meaning of the Fee Schedule, and which indicated the quantity of goods transported by it between points A and B. That permit was issued to the defendant in 1998. Accordingly, it is clear that the permit and the information contained in it were known to the defendant at the time it could have filed its affidavits at trial under rule 299, which provides for the filing of affidavits in the trial of a simplified action. On that ground alone, the motion should be dismissed.

[33] Further, at the hearing at trial the Prothonotary informed counsel for the defendant that some of the allegations contained in its defence had not been proven, as no affidavit was filed by the defendant for a simplified action. After the Prothonotary had made this comment, counsel for the defendant never indicated his intention to enter the said permit or any other evidence in the record. The defendant also did not ask this Court prior to the hearing of the appeal for leave to file any new evidence, despite the fact that the plaintiff clearly mentioned in her reply record her argument based on the insufficiency of the defendant's evidence. Accordingly, it is now too late to do so and such a motion to file new evidence cannot be presented at this time, when the appeal has been taken under advisement.

[32] Il est bien établi en jurisprudence que le juge siégeant en appel d'une décision d'un protonotaire est lié par le dossier tel que constitué devant celui-ci: *James River Corp. of Virginia c. Hallmark Cards, Inc.* (1997), 72 C.P.R. (3d) 157 (C.F. 1^{re} inst.), aux pages 168 et 169. Suivant la première branche du test établi par la Cour d'appel fédérale dans *Frank Brunckhorst Co. c. Gainers Inc.*, [1993] A.C.F. n° 874 (C.A.) (QL), une partie ne peut être autorisée à déposer de la preuve au stade de l'appel que si elle ne pouvait raisonnablement connaître l'existence de cette preuve en première instance ou que ces éléments de preuve n'étaient pas disponibles à ce moment-là: *Symbol Yachts Ltd. c. Pearson*, [1996] 2 C.F. 391 (1^{re} inst.), aux pages 398 à 400. En l'espèce, par sa requête, la défenderesse désire mettre en preuve le permis d'entrée temporaire émis en vertu de la *Loi sur le cabotage* qui, selon elle, démontre que son navire était un transporteur de vrac au sens du Barème et qui indique la quantité de marchandises transportées par elle entre un point A et un point B. Or, ce permis a été délivré à la défenderesse en 1998. Il est donc évident que ce permis et les données factuelles qu'il contient étaient connus de la défenderesse à l'époque où elle pouvait déposer ses affidavits en première instance en vertu de la règle 299 qui prévoit que la preuve dans les actions simplifiées se fait par affidavits. Pour ce seul motif, la requête devrait être rejetée.

[33] De surcroît, à l'audition en première instance, le protonotaire a signalé au procureur de la défenderesse que certaines des allégations contenues à sa défense n'avaient pas été prouvées vu qu'aucun affidavit n'avait été produit par la défenderesse dans le cadre de l'action simplifiée. Suite à cette intervention du protonotaire, jamais le procureur de la défenderesse n'a manifesté son intention de déposer en preuve ledit permis ou quelque autre élément de preuve. La défenderesse n'a pas non plus demandé à cette Cour, avant l'audition de l'appel, la permission de déposer la nouvelle preuve et ce, malgré le fait que la demanderesse a clairement indiqué dans son dossier de réponse son argument fondé sur l'insuffisance de la preuve de la défenderesse. Ainsi, il est maintenant trop tard pour le faire et une telle requête pour déposer de la nouvelle preuve ne peut être faite à l'heure actuelle, alors que l'appel a été pris en délibéré.

[34] In view of the absence of any evidence that the M/V *Bjorn* was a bulk carrier, it has to be assumed that if the latter was a Canadian ship it would have been charged the rate applicable to ordinary Canadian ships, which is set out in subsection 8(1) of the Fee Schedule. The rate charged ordinary Canadian ships (in other words, those which are not container ships or bulk carriers) under that provision is the same as that charged a non-Canadian ship operated under a coasting trade permit and covered by section 10, although it is calculated differently. It thus appears that there is no evidence in the record to suggest that the defendant would have been subject to a lower rate if it had operated a Canadian ship. As the defendant has not in any way established that it was placed at a disadvantage because it operated a non-Canadian ship, it cannot base its challenge to the legality of the Fee Schedule on that premise.

Is the Fee Schedule valid even if it provides for rates by categories of ship based on nationality?

[35] Even assuming that the defendant suffered different treatment because of the fact that it was operating a non-Canadian ship, I consider that the Minister had the power to issue a fee schedule providing for rates in accordance with categories of ship based on nationality.

[36] The plaintiff admitted that the Fee Schedule distinguishes between Canadian and foreign ships in imposing the fees payable by users of marine navigation services. Accordingly, the question is simply whether the Act authorizes such discriminatory treatment.

[37] In order to determine the validity of section 10 of the Fee Schedule, the Court must look at the Act and must determine whether it authorizes the Governor in Council to set fees payable by users of marine navigation services which distinguish between Canadian and foreign ships. It was established by documents entered in evidence (affidavit by Tim Meisner) that Parliament's purpose in adopting section 47 *et seq.* of the Act was to recover from the recipients of marine

[34] Devant l'absence de preuve que le MS *Bjorn* était un transporteur de vrac, il faut présumer que si celui-ci avait été un navire canadien, on lui aurait chargé le tarif applicable aux navires canadiens ordinaires, lequel est prévu au paragraphe 8(1) du Barème. Or, le tarif chargé aux navires canadiens ordinaires (c'est-à-dire qui ne sont ni des porte-conteneurs ni des transporteurs de vrac) en vertu de cette disposition est le même que celui chargé au navire non canadien exploité en vertu d'un permis de cabotage et visé par l'article 10, bien que calculé d'une manière différente. Ainsi, il appert qu'il n'y a aucune preuve au dossier permettant de conclure que la défenderesse aurait été assujettie à un tarif moins élevé si elle avait exploité un navire canadien. La défenderesse n'ayant aucunement démontré qu'elle a été désavantagée parce qu'elle a exploité un navire non canadien, elle ne peut donc fonder son attaque de la légalité du Barème sur cette prémisse.

Le Barème est-il valide même s'il prévoit une tarification par catégories de navire fondée sur la nationalité?

[35] Même en prenant pour acquis que la défenderesse a souffert d'une différence de traitement en raison du fait qu'elle exploitait un navire non canadien, je suis d'avis que le ministre avait le pouvoir d'édicter un barème prévoyant une tarification par catégories de navire fondée sur la nationalité.

[36] La demanderesse a reconnu que le Barème distingue entre navires canadiens et navires étrangers dans l'imposition des droits payables par les utilisateurs des services à la navigation maritime. Il s'agit donc seulement de déterminer si la Loi autorise un tel traitement discriminatoire.

[37] Pour établir la validité de l'article 10 du Barème, il faut interpréter la Loi et déterminer si celle-ci permet au gouverneur en conseil de fixer les droits payables par les utilisateurs des services à la navigation maritime en distinguant entre navires canadiens et navires étrangers. Il est acquis, à partir de documents mis en preuve (affidavit de Tim Meisner), que l'objectif poursuivi par le législateur en adoptant l'article 47 et suivant de la Loi est le recouvrement des bénéficiaires des services de

navigation services provided by the federal government and agencies under its control a part of the costs incurred in supplying those services. The objective sought by the Governor in Council in adopting the provisions of the Fee Schedule is not challenged in the case at bar. Rather, the Court must determine whether it is consistent with that contemplated by Parliament in the enabling legislation.²

[38] Section 47 of the Act gives the Minister a broad discretion to set fees for various services provided by federal departments or agencies under his jurisdiction, including marine navigation services supplied by the CCG. Apart from common law limitations, such as bad faith or the exercise of a discretion for an improper purpose, which do not apply here, the only limits on the Minister's power are the following. First, under subsection 47(1) of the Act, the fees must be paid for a service provided by the Minister. In the case at bar, in view of section 41 of the Act, this condition was met. Second, under subsection 47(2) of the Act, the fees recovered may not exceed the cost of the services rendered. Finally, under section 50 of the Act the Department before setting fees has a duty to consult affected persons. It appeared from the evidence that these two conditions were also met.

[39] The enabling provision does not set any other limits on the Minister's authority, and in my opinion it permits the creation of classes of user based on a ship's nationality. As the Minister is empowered to fix "the fees to be paid for a service", he may fix various fees, using different criteria, for various classes of ships covered by the Fee Schedule, and may even refrain from fixing fees for certain classes of ship. The Minister is not required to fix one fee applicable to all classes of ship for the same service.³ The English version of the wording of section 47 confirms this interpretation. The words "may fix the fees to be paid for a service" [emphasis added] show that several fees may be set for the same service without any limitation.

navigation maritime rendus par le gouvernement fédéral et les organismes sous son contrôle d'une partie des coûts nécessaires à la fourniture de ces services. L'objectif recherché par le gouverneur en conseil en adoptant les dispositions du Barème, quant à lui, n'est pas contesté en l'espèce. Il s'agit plutôt ici de déterminer si celui-ci est conforme à celui envisagé par le Parlement dans la loi habilitante².

[38] L'article 47 de la Loi octroie au ministre un large pouvoir discrétionnaire de fixer des prix pour les différents services fournis par les ministères ou organismes fédéraux sous sa juridiction, dont les services à la navigation maritime fournis par la GCC. Outre les limites de common law telle la mauvaise foi ou l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans un but impropre qui ne s'appliquent pas en l'espèce, les seules limites au pouvoir du ministre sont les suivantes. D'une part, les droits doivent viser, aux termes du paragraphe 47(1) de la Loi, un service relevant de la responsabilité du ministre. En l'espèce, cette condition est respectée vu l'article 41 [mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 170] de la Loi. D'autre part, en vertu du paragraphe 47(2) de la Loi, les droits recouverts ne doivent pas excéder le coût des services rendus. Enfin, en vertu de l'article 50 de la Loi, le Ministère a l'obligation de consulter les personnes qu'il juge intéressés avant de fixer des prix. Ces deux conditions sont également respectées tel qu'il appert de la preuve.

[39] La disposition habilitante n'impose pas d'autres limites au pouvoir du ministre et, à mon avis, elle permet la création de catégories d'utilisateurs fondée sur la nationalité des navires. En effet, le ministre étant habilité à fixer «les prix pour la fourniture de services», il peut fixer divers prix, selon différents critères, pour différentes catégories de navires visées par le Barème, et il peut même s'abstenir de fixer des prix pour certaines catégories de navires. Le ministre n'est pas limité à fixer un seul prix applicable à toutes catégories de navires pour le même service³. La version anglaise du texte de l'article 47 confirme d'ailleurs cette interprétation. En effet, les mots «may fix the fees to be paid for a service» [soulignement ajouté] démontrent que plusieurs prix peuvent être établis pour le même service sans aucune restriction.

[40] Counsel for the defendant urged the Court to rule that section 47 does not authorize the Minister to set fees payable by users of marine navigation services by distinguishing between classes of ship, since the wording of the section differs from that of section 19 of the *Financial Administration Act*. The latter expressly authorized the Minister “by regulation [to] prescribe the fees or charges to be paid . . . by the users or classes of users of the service or facility”, which is not true with the new provision.

[41] It is clear from reading section 47 of the Act that the latter does not expressly authorize the Governor in Council to enact regulations imposing a rate by class of ship based on nationality. However, administration of the Act by implication requires, for good reasons, that the Fee Schedule be able to distinguish between certain classes of ship. In view of the purpose of Parliament and the circumstances surrounding commercial marine navigation I think it is possible to give a special status, for example, to bulk carriers and container ships, and in my opinion, also to consider non-Canadian ships in a separate class for purposes of imposition of fees (affidavit by Tim Meisner, at paragraphs 7, 21 and 41-45). The comments by the Federal Court Trial Division in *Canadian Shipowners Assn., supra*, at paragraphs 3, 10, 13, 16, are very relevant on this point.

For Canadian ships, the fee is payable annually. Non-Canadian ships pay the fee on a periodic basis when entering or navigating Canadian waters in the Western Region and on loading or unloading cargo in other regions. The mode of imposition of the fees vary according to ships’ flag, type of vessels or the condition under which the vessel entered into Canada. It also varies by Western, Central and Atlantic region.

...

The *Marine Navigation Services Fees Regulations* prescribes fees for one class of users, namely, commercial shipping. The fact that the Regulations prescribe different fee structures and modes of imposition of those fees to reflect different operations within the commercial shipping industry, does not create new classes of users nor does it constitute discrimination as alleged by the applicants. The fee structure

[40] Le procureur de la défenderesse m’invite à décider que l’article 47 n’autorise pas le ministre à fixer les droits payables par les utilisateurs des services à la navigation maritime en distinguant entre catégories de navires puisque le libellé de cet article est différent de celui de l’article 19 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Ce dernier habilitait expressément le ministre «à fixer par règlement [. . .] le prix à payer, individuellement ou par catégorie, par les bénéficiaires des services ou les usagers des installations», ce qui n’est pas le cas de la nouvelle disposition.

[41] Il est évident, à la lecture de l’article 47 de la Loi, que cette dernière n’autorise pas expressément le gouverneur en conseil à édicter des règlements imposant une tarification par catégories de navire fondée sur la nationalité. Cependant, l’administration de la Loi exige implicitement que le Barème puisse distinguer entre certaines catégories de navire pour des raisons valables. L’objectif du législateur et la réalité entourant la navigation maritime commerciale permet, je pense, de conférer un statut spécial, par exemple, aux vraquiers et porte-conteneurs et permettrait aussi, à mon avis, de considérer dans une classe à part les navires non canadiens pour fins d’imposition de frais (affidavit de Tim Meisner, aux paragraphes 7, 21, 41 à 45). Les propos de la Cour fédérale—Section de première instance dans l’affaire *Assoc. des armateurs canadiens*, précitée, aux paragraphes 3, 10 à 13, 16 sont d’une grande pertinence sur ce point:

Pour les navires canadiens, les droits sont payables annuellement. Les navires non-canadiens payent les droits périodiquement lorsqu’ils entrent ou naviguent dans les eaux canadiennes dans la région de l’Ouest, et lorsqu’ils chargent ou déchargent de la cargaison dans d’autres régions. Le mode d’imposition des droits varie selon le pavillon du navire, le type de navires ou la condition dans laquelle le navire est entré au Canada. Il varie aussi selon qu’il s’agit de la région de l’Ouest, de la région du Centre et de l’Atlantique.

[. . .]

Le *Règlement sur le prix des services à la navigation maritime* prescrit des droits pour une catégorie d’usagers, à savoir les navires marchands. Le fait que le Règlement prévoit différentes structures de droits et divers modes d’imposition de ces droits au sein de l’industrie de la navigation commerciale ne crée pas de nouvelles catégories d’usagers, ni ne constitue de la discrimination comme l’ont allégué les

for the West Coast, after extensive consultation between the shipping industry and the Canadian Coast Guard, is based on vessels' Gross Registered Tonnage, which is applicable to both Domestic and Foreign ships. The fees for Canadian Flag Vessels are structured on an annual basis because the Canadian Coast Guard does not have access to domestic activity on a trip by trip basis. The data for domestic activity is available on an annual basis for the purpose of developing and structuring a fee.

In the Atlantic and Central Regions, the fee for foreign vessels are based on cargo tonnage, reflecting the feedback received from the marine industry that indicated a preference for cargo based fees. The fees for Canadian Flag vessels are structured on an annual basis because the Coast Guard does not have access to domestic activity such as movements and cargo loaded/unloaded on a trip by trip bases. The data for domestic activity is available on an annual basis for the purpose of developing and structuring a fee. The fee for Other Foreign flags non-cargo is a rate per vessel Gross Registered Tonnage since they do not load or unload cargo. The fee for foreign Flag Cruise ships is a flat fee per visit to a Canadian port because they do not load or unload cargo and as well, it reflects the preference of the Cruise industry. The Coasting trade vessels are foreign vessels (cargo and non-cargo) that must obtain a licence to operate in the domestic industry. The fee is based on the length of the licence.

Furthermore, impliedly contained within legislation's discretionary power to create classes of uses, is the Governor in Council's power to include or exclude certain types of ships from payment of fees. . . .

I am satisfied therefore that the evidence does not support any allegation of discrimination concerning the fee structure and mode of imposition contained in the Regulations. In all cases, it is clear that the Regulations were made for valid reasons and in good faith.

. . .

In summary therefore, section 19 of the *Financial Administration Act* explicitly authorizes the imposition of fees or charges for the services provided by Her Majesty on users or classes of users. The class of users towards which the *Marine Navigation Services Fees Regulations* are aimed is the commercial shipping industry operating in Canadian waters. The rationale for the different fee structure prescribed by the Regulations is based on the reality behind the operation of

requérantes. La structure des droits pour la Côte de l'Ouest, après une consultation étendue avec l'industrie de la navigation, repose sur la jauge brute au registre des navires, qui est applicable tant aux navires nationaux qu'aux navires étrangers. Les droits pour les navires d'immatriculation canadienne sont structurés annuellement, parce que la Garde côtière canadienne n'a pas accès à l'activité intérieure sur la base voyage par voyage. Les données sur les activités intérieures sont disponibles annuellement aux fins d'établir et de structurer des droits.

Dans les régions de l'Atlantique et du Centre, les droits pour les navires étrangers reposent sur le tonnage de la cargaison, reflétant la réaction de la part de l'industrie maritime qui indiquait une préférence pour les droits fondés sur la cargaison. Les droits pour les navires d'immatriculation canadienne sont structurés annuellement parce que la Garde côtière n'a pas accès aux activités intérieures telles que les mouvements et les cargaisons chargées/déchargées sur la base voyage par voyage. Les données sur les activités intérieures sont disponibles annuellement aux fins d'établir et de structurer des droits. Les droits pour les autres navires étrangers non-cargo est un tarif par jauge brute au registre du navire puisqu'ils ne chargent ni ne déchargent de cargaison. Les droits pour les paquebots de croisière étrangers sont des prix fixes par visite à un port canadien parce qu'ils ne chargent ni ne déchargent de cargaison et, de même, cela reflète la préférence de l'industrie de la croisière. Les navires marchands caboteurs sont des navires étrangers (cargo et non-cargo) qui doivent obtenir une licence pour opérer dans l'industrie intérieur. Les droits reposent sur la durée de la licence.

De plus, le pouvoir du gouverneur en conseil d'inclure certains types de navires dans le versement des droits ou de les en exclure se trouve tacitement contenu dans le pouvoir discrétionnaire de créer des catégories d'usagers prévu par la loi [. . .]

En conséquence, je suis convaincu que la preuve n'étaye pas l'allégation de discrimination concernant la structure des droits et le mode d'imposition figurant dans le Règlement. Dans tous les cas, il est clair que le règlement a été pris pour des raisons valables et de bonne foi.

[. . .]

En résumé, l'article 19 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* autorise explicitement l'imposition des droits ou des frais pour les services fournis par Sa Majesté aux usagers ou aux catégories d'usagers. La catégorie d'usagers que vise le *Règlement sur les prix des services à la navigation maritime* est l'industrie de la navigation commerciale opérant dans les eaux canadiennes. Le motif de la structure différente des droits prescrite par le Règlement repose sur la réalité derrière

ships in Canada by the commercial shipping industry and were designed after extensive consultation between the Canadian Coast Guard and the industry.

[42] Accordingly, I do not share the view of counsel for the defendant that only express legislation could authorize the establishment by regulation of classes or subclasses of ship based on nationality for fee-setting purposes.

[43] Moreover, the rule that a general power to set fees or dues for services provided by federal departments or agencies allows the government to set fees by class of user is well established in earlier decisions.

[44] In *Aerlinte Eireann Teoranta v. Canada*, [1987] 3 F.C. 383, a decision by this Court appealed to the Court of Appeal in 1990 ((1990), 68 D.L.R. (4th) 220), several airlines were challenging the *Air Services Fees Regulations* [C.R.C., c. 5], which provided for higher landing fees for certain classes of flight. Higher fees were charged on transoceanic flights than on international flights, which in their turn were the subject of higher fees than domestic flights. These fees were determined in accordance with the weight of aircraft, and the evidence showed that the cost of building and maintaining runways and reception areas for passengers was higher in the case of transoceanic flights. The plaintiff companies, which provided transoceanic flights, challenged the said Regulations on the ground *inter alia* that the latter discriminated against them. The Regulations were enacted pursuant to section 5 of the *Aeronautics Act*, R.S.C. 1970, c. A-3, a provision similar to section 47 of the Act, and providing that:

5. The Governor in Council may make regulations, or, subject to and in accordance with such terms and conditions as may be specified by the him, authorize the Minister to make regulations prescribing charges for the use of

(a) any facility or service provided by the Minister or on his behalf for or in respect of any aircraft; and

l'exploitation des navires au Canada par l'industrie de la navigation commerciale, et cette structure a été conçue après une consultation étendue entre la Garde côtière canadienne et l'industrie.

[42] Je ne partage donc pas l'avis du procureur de la défenderesse à l'effet que seul un texte législatif exprès permet l'établissement, par règlement, de catégories ou de sous-catégories de navires fondée sur la nationalité pour fins de tarification.

[43] D'ailleurs, le principe selon lequel une habilitation générale à fixer des prix ou des droits pour services rendus par des ministères ou organismes fédéraux permet à l'administration fédérale de fixer des prix par catégories d'utilisateurs est bien établi en jurisprudence.

[44] Dans l'affaire *Aerlinte Eireann Teoranta c. Canada*, [1987] 3 C.F. 383 de cette Cour et portée devant la Cour d'appel en 1990 ((1990), 68 D.L.R. (4th) 220), plusieurs compagnies aériennes contestaient le *Règlement sur les taxes des services aéronautiques* [C.R.C., ch. 5] qui prévoyait des droits d'atterrissage plus élevés pour certaines catégories de vols. Les vols transocéaniques faisaient l'objet de droits plus élevés que les vols internationaux qui, à leur tour, faisaient l'objet de droits plus élevés que les vols domestiques. Ces taxes étaient établies en fonction du poids des aéronefs et la preuve avait démontré que le coût de construction et d'entretien des pistes et d'accueil des passagers était plus élevé dans le cas des vols transocéaniques. Les compagnies demanderesse qui fournissaient des vols transocéaniques contestaient ledit Règlement au motif, notamment, qu'il était discriminatoire à leur égard. Le Règlement était édicté en vertu de l'article 5 de la *Loi sur l'aéronautique*, S.R.C. 1970, ch. A-3, disposition similaire à l'article 47 de la Loi et qui prévoyait que:

5. Le gouverneur en conseil peut établir des règlements, ou, en conformité des modalités qu'il peut spécifier, autoriser le Ministre à établir des règlements prescrivant la taxe relative à l'utilisation

a) d'une installation ou d'un service fournis par le Ministre ou en son nom, pour un aéronef ou relativement à un aéronef; et

(b) any facility or service not coming within paragraph (a) provided by the Minister or on his behalf at any airport.

[45] On the scope of this provision, Muldoon J. wrote the following at pages 391-392 of the Trial judgment:

The discretion conferred upon the Governor in Council and, in turn, upon the Minister of Transport, is broad, profound and virtually unfettered. The discretion to prescribe charges for the use of any facility or service provided by the Minister or on his behalf, at any airport, or for or in respect of any aircraft accords power to charge or not for any facility or service, or not, or for some and not others.

[46] As regards discrimination as such, the Judge said that in his opinion the case law dealing with discrimination applicable in municipal law did not apply to regulations adopted by the Governor in Council or a minister of the Crown, and concluded that neither discrimination nor unreasonableness is a ground for quashing regulations enacted by the executive (at pages 399-403 of the judgment). In his view, the power to make regulations prescribing charges for the use of facilities and services without further fetter is the power to establish categories of users. I cannot subscribe to counsel for the defendant's argument that the *ratio* of that case cannot be applied in the case at bar, since the *Aeronautics Act* provided a power of taxation and not a power to recover costs for services rendered. In my opinion, the method of levying charges (taxes/costs) has no bearing on the question of whether the Fee Schedule in the case at bar is valid.

[47] In *Procureur général du Canada v. La Compagnie de publication La Presse, Ltée*, [1967] S.C.R. 60, relied on by Muldoon J. in *Aerlinte*, the Supreme Court of Canada came to a similar conclusion regarding regulations dealing with the licence fees payable for broadcasting. In that case, section 3 of the *Radio Act*, R.S.C. 1952, c. 233, provided that:

3. (1) The Governor in Council may

(a) prescribe the tariff of fees to be paid for licences and for examination for certificates of proficiency held and issued under this Act.

b) d'une installation ou d'un service qui ne sont pas visés par l'alinéa a) et qui sont fournis à un aéroport, par le Ministre ou en son nom.

[45] Relativement à la portée de cette disposition, le juge Muldoon écrivait ceci aux pages 391 et 392 de la décision en première instance:

Le pouvoir discrétionnaire conféré au gouverneur en conseil et, subsidiairement, au ministre des Transports, est général, étendu et pratiquement absolu. Ce pouvoir discrétionnaire de prescrire une taxe pour l'utilisation de toute installation ou de tout service par le ministre ou en son nom, à tout aéroport et relativement à tout aéronef, comporte celui de taxer ou non l'utilisation de toute installation ou de tout service, ou encore de taxer certains services et non d'autres.

[46] Quant à l'aspect discrimination proprement dit, le juge se dit d'avis que la jurisprudence portant sur la discrimination applicable en droit municipal n'était pas applicable aux règlements adoptés par le gouverneur en conseil ou un ministre de la Couronne et conclut que ni la discrimination ni le caractère déraisonnable des règlements pris par l'exécutif ne constituaient des motifs pour les annuler (pages 399 à 403 de la décision). Selon lui, le pouvoir d'établir des règlements prescrivant une taxe pour l'utilisation d'installations et de services sans autres entraves comporte le pouvoir de créer des catégories d'utilisateurs. Je ne puis souscrire à l'argument du procureur de la défenderesse à l'effet que le *ratio* de cette affaire ne peut trouver application en l'espèce puisque la *Loi sur l'aéronautique* prévoyait un pouvoir de taxation et non un pouvoir de recouvrement de frais pour services rendus. À mon avis, le mode d'imposition (taxes/frais) n'a aucun impact sur la question de la validité du Barème en l'espèce.

[47] Dans l'arrêt *Procureur général du Canada v. La Compagnie de Publication La Presse, Ltée*, [1967] R.C.S. 60 sur lequel se fondait le juge Muldoon dans *Aerlinte*, la Cour Suprême du Canada en était venu à une conclusion similaire relativement à un règlement portant sur les droits de licence à payer en matière de radio-diffusion. Dans cette affaire, l'article 3 de la *Loi sur la radio*, S.R.C. 1952, ch. 233 stipulait que:

3. (1) Le gouverneur en conseil peut

a) prescrire le tarif des droits à payer pour les licences et pour l'examen relatif aux certificats de capacité détenus et émis en vertu de la présente loi.

[48] Under that provision the Governor in Council enacted regulations setting higher licence fees for companies which had gross revenue exceeding \$200,000. *La Presse*, which fell into this class, challenged the regulations on the ground that they discriminated against it. Abbott J., for the majority, dismissed the argument as follows at page 75 of the judgment:

As to the alleged discriminatory character of the regulation, I am not satisfied that it is in fact discriminatory. In any event s. 3 of the Act puts no limitation upon the powers of the Governor in Council to prescribe licence fees. That such fees may in fact be discriminatory, in my opinion, affords no legal ground of attack upon the validity of the Order.

[49] Accordingly, we see that the discriminatory nature of regulations enacted by the executive, and setting user fees for services rendered, under general legislative authority has little or no effect on validity. In *Aerlinte*, the Federal Court of Appeal *per* Heald J.A., at page 228 of its judgment, unanimously upheld the comments made by Muldoon J. as follows:

On the basis of this factual situation, the submission with respect to discrimination cannot be sustained. However, having said this, I must add that even if the record established discrimination, the result would not be any different. I agree with the trial judge that “. . . neither discrimination nor even unreasonableness is a ground for quashing regulations enacted by the executive . . . I also agree with him that:

“The power to make regulations prescribing charges for use of facilities and services without further fetter, is the power to establish categories of users”.

[50] In accordance with these precedents, I feel that the Minister had the power under section 47 of the Act to provide a different rate for marine navigation services rendered depending on whether they were for Canadian or non-Canadian ships. The Fee Schedule at issue in the case at bar is accordingly *intra vires* the Minister, as the latter has the power to create classes of user based on the nationality of ships in setting fees for his services.

[48] En vertu de cette disposition, le gouverneur en conseil édicta un règlement qui fixait des droits de licence plus élevés pour les compagnies qui avaient des revenus bruts de plus de 200,000 \$. *La Presse*, qui entraînait dans cette catégorie, contesta le règlement au motif qu'il était discriminatoire à son égard. Le juge Abbott, pour la majorité, rejeta l'argument en ces termes à la page 75 de la décision:

[TRADUCTION] Quant au caractère prétendu discriminatoire du règlement, je ne suis pas convaincu qu'il soit en fait discriminatoire. De toute façon, l'art. 3 de la Loi ne restreint nullement les pouvoirs du gouverneur en conseil de prescrire des droits de licence. Le fait que ces droits puissent être discriminatoires n'est pas, à mon avis, un moyen suffisant pour contester la validité du décret.

[49] Ainsi, l'on remarque que le caractère discriminatoire d'un règlement édicté par l'exécutif, et qui fixe des droits d'usage pour services rendus, en vertu d'une habilitation législative générale a peu ou pas d'effet sur sa validité. La Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Aerlinte* a d'ailleurs confirmé à l'unanimité, à la page 228 de sa décision, les propos du juge Muldoon sous la plume du juge Heald en ces termes:

Compte tenu de cette situation factuelle, la prétention formulée au sujet de la discrimination est mal fondée. Toutefois, ceci étant dit, je dois ajouter que même si les faits établis par le dossier permettaient de conclure à la discrimination, le résultat serait le même. Je suis d'accord avec le juge de première instance pour dire que «ni la discrimination ni même le caractère déraisonnable des règlements pris par l'exécutif lui-même ne constituent des motifs de les annuler.» [. . .] Je suis également d'accord avec lui pour dire que:

Le pouvoir d'établir des règlements prescrivant une taxe pour l'utilisation d'installations et de services sans entraves comporte le pouvoir de créer des catégories d'utilisateurs.

[50] Suivant cette jurisprudence, je suis d'avis que le ministre avait le pouvoir, en vertu de l'article 47 de la Loi, de prévoir une manière différente de tarification pour services à la navigation maritime rendus, à l'égard des navires canadiens et les navires non canadiens. Le Barème contesté en l'espèce est donc *intra vires* des pouvoirs du ministre, celui-ci ayant le pouvoir de créer des catégories d'utilisateurs fondées sur la nationalité des navires aux fins de la tarification de ses services.

[51] If one accepted the defendant's position, the Minister would be placed in a situation in which not only would he have to charge all ships receiving his services, he would also have to charge them at the same rate. There would therefore only be one fee applicable to all ships regardless of category, activity and the region in which they operated. In my opinion, such a position not only is contrary to the wording of section 47 of the Act, which is quite broad so as to allow the creation of classes based on ships' nationality in setting fees, but also contrary to what Parliament intended. The latter would not have conferred powers to set fees if its intention was to set a single fee for all, since it would only have had to indicate that fee in the Act directly. Accordingly, in order to give any meaning to the power conferred on the Minister under section 47 of the Act, it must be construed as authorizing him to create different classes of user, including a class based on ship nationality (Canadian and non-Canadian) when setting fees for services rendered.

[52] In closing, I should like to comment briefly on the Court of Appeal's judgment in *Canada v. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 F.C. 899. In that case the Federal Court of Appeal found to be invalid and *ultra vires* the provisions of Regulations which imposed special fees, calculated in terms of the number of passengers, only on cruise ships used "in a voyage during which the passengers are on board for at least one overnight period" on the ground that they were discriminatory. Exceptionally, Parliament had taken care to add to the wording of the *Public Harbours and Port Facilities Act*, R.S.C., 1985, c. P-29, a requirement that "equitable treatment" be "provide[d]", which in the Court of Appeal's opinion [at paragraph 16] showed "that it intended to give users of Canadian harbours broader rights than those that stem from the implied requirement of non-discrimination which the courts generally read into enactments". No similar or analogous provision is contained in the *Oceans Act* or in the *Aeronautics Act*. That case must therefore be clearly distinguished from the case at bar and cannot in any way assist the defendant.

[51] Si l'on acceptait la position de la défenderesse, le ministre serait placé dans une situation où non seulement il devrait charger tous les navires profitant de ses services, mais il devrait aussi les charger selon un seul et même tarif. Il n'y aurait donc qu'un seul prix s'appliquant à tous les navires, peu importe leur catégorie, leurs activités et la région où s'exercent celles-ci. À mon avis, une telle position va non seulement à l'encontre du texte de l'article 47 de la Loi dont le libellé est assez large pour permettre la création de catégories fondées sur la nationalité des navires aux fins de fixer les droits, mais aussi à l'encontre de l'intention du législateur. En effet, celui-ci n'aurait pas octroyé de pouvoirs de fixer des prix si son intention était de fixer un seul prix pour tous puisqu'il n'aurait eu qu'à indiquer ce prix dans la Loi directement. Ainsi, pour pouvoir donner un sens au pouvoir conféré au ministre en vertu de l'article 47 de la Loi, celui-ci doit être interprété comme l'autorisant à créer différentes catégories d'utilisateurs, y compris une catégorisation fondée sur la nationalité des navires (canadiens et non canadiens), aux fins de la fixation des prix pour services rendus.

[52] Je voudrais, en terminant, commenter brièvement la décision de la Cour d'appel dans l'arrêt *Canada c. St. Lawrence Cruise Lines Inc.*, [1997] 3 C.F. 899. Dans cette affaire, la Cour d'appel fédérale déclara invalide et *ultra vires* les dispositions d'un règlement qui imposaient des droits particuliers, calculés en fonction du nombre de passagers, relativement aux seuls navires de croisière utilisés «pour un voyage au cours duquel les passagers sont à bord pour au moins une nuit» pour le motif qu'elles étaient discriminatoires. Le législateur avait pris soin, de manière exceptionnelle, d'ajouter au texte de la *Loi sur les ports et installations portuaires publics*, L.R.C. (1985), ch. P-29 une exigence de «garantir l'égalité de traitement», ce qui démontrait, selon la Cour d'appel [au paragraphe 16], «qu'il a voulu conférer aux usagers des ports canadiens des droits plus amples que ceux qui découlent de l'exigence implicite de non-discrimination que les tribunaux importent généralement dans les textes de loi». Or, aucune disposition semblable ou analogue n'est contenue dans la *Loi sur les océans*, ni dans la *Loi sur l'aéronautique*. Cet arrêt doit donc être nettement distingué de l'affaire en l'espèce et ne peut être d'aucun secours à la défenderesse.

[53] Since I have, for the reasons set out above, come to the conclusion that the Fee Schedule was not discriminatory in administrative law by distinguishing between Canadian and foreign ships for purposes of setting fees for marine navigation services, I do not have to decide whether the rules applicable to discrimination within the meaning of municipal law are the same for regulations issued by the executive.

Disposition

[54] For these reasons, I allow the appeal with respect to the Prothonotary's decision on the right to challenge the legality of federal regulations other than by an application for judicial review, and dismiss it as to the decision on the merits. The defendant is accordingly required to pay the sum of \$7,052.36, with interest prescribed in the *Interest and Administration Charges Regulations*, as of April 2, 1998. Costs are awarded to the plaintiff.

¹ The Federal Court has jurisdiction to hear this action by the Crown against an individual pursuant to the general jurisdiction conferred on it by s. 22 [as am. by S.C. 1996, c. 31, s. 82; 2002, c. 8, s. 31] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, as regards Canadian maritime law: in particular, s. 22(2)(s) gives the Federal Court jurisdiction over "any claim for dock charges, harbour dues or canal tolls including, without restricting the generality of the foregoing, charges for the use of facilities supplied in connection therewith".

² J. M. Keyes, *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch*. Butterworths: Toronto, 1992, at pp. 225-227.

³ In this regard it is worth mentioning *Forget v. Québec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 90, in which Lamer J. wrote at p. 106 of the Supreme Court of Canada majority judgment that: "This provision does not require the Office to adopt one means only of measuring the level of knowledge of French. On the contrary, use of the word 'may' clearly indicates that the legislator intended to confer a discretion on the Office as to the kind of proof it will require by regulation. Under section 35 of the Act, the Office has the power to enact any method of proof it considers necessary to assess a candidate's appropriate knowledge of French, including the holding of examinations and issuing of certificates. In giving the Office the right to establish by regulation various methods of assessing knowledge of French, the Act by implication

[53] Puisque je suis arrivé au terme du délibéré, pour les motifs exposés ci-dessus, à la conclusion que le Barème n'était pas discriminatoire en vertu du droit administratif en distinguant entre navires canadiens et navires étrangers pour fins de tarification des services à la navigation maritime, je n'ai pas à décider si les principes applicables en matière de discrimination au sens du droit municipal le sont aussi vis-à-vis les règlements émanant de l'exécutif.

Dispositif

[54] Pour ces motifs, j'accueille l'appel en ce qui a trait à la décision du protonotaire quant à la possibilité de contester la légalité d'un règlement fédéral autrement que par une demande de contrôle judiciaire et le rejette en ce qui concerne la décision sur le fond. La défenderesse est donc tenue au paiement de la somme de 7 052,36 \$ avec intérêts au taux prescrit au *Règlement sur les intérêts et les frais administratifs*, et ce à compter du 2 avril 1998. Les dépens sont adjugés à la demanderesse.

¹ La Cour fédérale a compétence pour entendre cette action de la Couronne contre un particulier, en vertu de la compétence générale que lui confère l'art. 22 [mod. par L.C. 1993, ch. 34, art. 69; 1996, ch. 31, art. 82; 2002, ch. 8, art. 31] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 en matière de droit maritime canadien; l'art. 22(2)(s), notamment, donne compétence à la Cour fédérale eu égard à «une demande de remboursement des droits de bassin, de port ou de canaux, notamment des droits perçus pour l'utilisation des installations fournies à cet égard».

² J. M. Keyes, *Executive Legislation: Delegated Law Making by the Executive Branch*. Butterworths: Toronto, 1992, aux p. 225 à 227.

³ À ce sujet, il convient de citer l'arrêt *Forget c. Québec (Procureur Général)*, [1988] 2 R.C.S. 90 où le juge Lamer écrit à la p. 106 du jugement majoritaire de la Cour Suprême du Canada que: «Cette disposition n'oblige pas l'Office à n'adopter qu'un seul moyen pour mesurer le niveau de connaissance du français. Au contraire, l'emploi du terme "peuvent" indique bien que le législateur a entendu conférer à l'Office une discrétion quant aux modalités de preuve qu'il doit établir par règlements. En vertu de l'art. 35 de la loi, l'Office a le pouvoir d'édicter tout mode de preuve qu'il juge nécessaire pour apprécier la connaissance appropriée du français des postulants, notamment la tenue d'examens et la délivrance d'attestations. En donnant à l'Office le droit d'établir, par règlements, diverses façons permettant d'évaluer

confers on the Office the power to distinguish between classes of candidates. If the legislator had intended that knowledge of French be assessed by only one method of proof applicable to all professional candidates, he would have stated that intent clearly”.

la connaissance du français, la loi confère implicitement à l’Office le pouvoir de distinguer entre classes de postulants. Si le législateur avait voulu que la connaissance de la langue française s’apprécie par un seul mode de preuve applicable à tous les aspirants professionnels, il aurait clairement exprimé cette intention».

T-501-88
2002 FCT 630

T-501-88
2002 CFPI 630

Fox Lake Indian Band and Robert Wavey as Chief and Clara Wavey and Gordon Anderson as Councillors of the said Fox Lake Indian Band and Clifford Steven Saunders (Plaintiffs)

Bande indienne de Fox Lake et Robert Wavey, en sa qualité de chef, et Clara Wavey et Gordon Anderson, en leur qualité de conseillers de ladite bande indienne de Fox Lake et Clifford Steven Saunders (demandeurs)

v.

c.

Reid Crowthers & Partners Limited and Her Majesty the Queen (Defendants)

Reid Crowthers & Partners Limited et Sa Majesté la Reine (défenderesses)

INDEXED AS: FOX LAKE INDIAN BAND v. REID CROWTHERS & PARTNERS LTD. (T.D.)

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE FOX LAKE c. REID CROWTHERS & PARTNERS LTD. (1^{re} INST.)

Trial Division, Hargrave P.—Vancouver, May 30, 2002.

Section de première instance, protonotaire Hargrave—Vancouver, 30 mai 2002.

Practice — Pleadings — Amendments — Main action involving contract for construction of water and sewage system on Indian reserve; assignments given as security for interim funding required to complete system — Amendments seeking addition of party (company which loaned funds); to claim reimbursement in action, by way of quantum meruit, unjust enrichment — Not plain, obvious amendments susceptible of being struck out as disclosing no cause of action — Court should take generous approach to request for amendment — Amendments, taken together with statement of claim, appear to constitute reasonable pleading which ought to be allowed in interests of justice, common sense, overall interest that justice be done — No evidence of real prejudice if amendments granted — Amendments would certainly assist in determining substance of dispute on merits — Rank Electronics Ltd. arguably necessary party — Not plain, obvious plea of unjust enrichment could not succeed.

Pratique — Actes de procédure — Modifications — L'action principale porte sur un contrat de construction d'un réseau d'égout et d'aqueduc dans une réserve indienne, sur des cessions consenties en garantie du financement temporaire nécessaire pour terminer les travaux — Les modifications visent l'ajout d'une partie (la personne morale ayant prêté les fonds) et la réclamation d'un remboursement fondée sur le quantum meruit et l'enrichissement sans cause — Il n'est pas évident et manifeste que la modification serait radiée au motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action—La Cour doit adopter une attitude ouverte à l'égard des demandes de modification — Les modifications, lues avec la déclaration, semblent former un acte de procédure acceptable qui devrait être autorisé en raison de l'équité, du bon sens et, globalement, pour que justice soit faite — Il n'a pas été démontré que l'acceptation des modifications entraînerait un préjudice réel—Les modifications aideront certainement la Cour à déterminer la nature du fond du litige — Il est possible de soutenir que Rank Electronics Ltd. est une partie nécessaire — Il n'est pas évident et manifeste que le recours en enrichissement sans cause n'a aucune chance de succès.

Practice — Limitation of Actions — Contract for construction of water and sewage system on Indian reserve; assignments given as security for interim funding — Where new, apparently reasonable cause of action arising out of same or essentially same facts as already pleaded, amendment to institute that cause of action ought to be allowed, even though limitation has run — Plea of prescription ought to be plea raised in defence — Provincial limitation becoming general limitation of broad application, subject to Federal Court procedural rules, equitable relief — Amendments should not be denied when dealing with area of law not settled

Pratique — Prescription — Contrat de construction d'un réseau d'égout et d'aqueduc dans une réserve indienne; cessions consenties en garantie du financement temporaire — Lorsque les mêmes faits, tels qu'ils ont été allégués, ou des faits essentiellement similaires donnent naissance à une cause d'action apparemment raisonnable, il convient d'autoriser la modification visant à ajouter cette cause d'action, même s'il y a prescription — Le moyen de défense fondé sur la prescription doit être invoqué en défense — Un délai de prescription provincial qui devient un délai de prescription général d'application large est assujéti aux règles

with certainty.

Contracts — Construction of contracts — Contract for construction of water and sewage system on Indian reserve; assignments given as security for interim funding — Application of modern principles of purposive construction of contractual documents as set out by House of Lords in Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society — Given circumstances in which guarantees arose herein, together with commercial purpose of guarantee, arguable that factors falling within “absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man” would give rise to interest by Rank Electronics Ltd., further reason for adding Rank as plaintiff.

Crown — Contracts — Contract for construction of water and sewage system on Indian reserve; assignments given as security for interim funding required to complete system when engineering specifications proved faulty — Unjust enrichment — Applying principles of unjust enrichment (enrichment, corresponding deprivation, absence of any juristic reason for enrichment), not plain, obvious, beyond doubt that plea of unjust enrichment of Crown could not succeed.

The Fox Lake Indian Band joint ventured with CBJ Northern Inc., and contracted with the Crown to construct a water and sewage system on the Fox Lake Indian Reserve. When the engineering specifications proved faulty, the joint venturers, probably at the request of the Crown and on the understanding that money would inevitably be found to pay for such work, completed the system. The joint venturers had to go to the plaintiff Saunders for interim funding, giving a series of valuable assignments as security. The plaintiff Saunders, who seeks to get paid, says that the Crown has not only ignored his assignments, but also decommitted money which was to have been paid toward the water and sewer project. Saunders having loaned company funds, not his own, now wishes to add his company, Rank Electronics Ltd., as a plaintiff with a claim similar to his own. He also desires to amend the statement of claim to claim reimbursement in the action, by way of *quantum meruit* and unjust enrichment, from the Crown.

Held, the motion should be allowed.

Various principles on amendment are set out in *Canada v. J.D. Irving, Ltd.*, [1999] F.C.J. No. 388 (T.D.) (QL): the

procédurales de la Cour fédérale, qui peut accorder un recours équitable — Il ne faut pas refuser une modification lorsqu'il s'agit d'un domaine de droit qui demeure flou.

Contrats — Interprétation des contrats — Contrat de construction d'un réseau d'égout et d'aqueduc dans une réserve indienne; cessions consenties en garantie du financement temporaire — Application des principes modernes de l'interprétation conformément à l'objet visé ou interprétation téléologique des contrats exposés par la Chambre des lords dans Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society — Étant donné les circonstances ayant entouré la cession en garantie et l'objectif commercial de celle-ci, on peut soutenir que des facteurs s'apparentant à «absolument toute chose qui aurait influé sur la manière dont le texte du document aurait été compris par une personne raisonnable» indiqueraient l'existence d'un droit de Rank Electronics Ltd. et d'une raison supplémentaire d'ajouter cette dernière comme demanderesse.

Couronne — Contrats — Contrat de construction d'un réseau d'égout et d'aqueduc dans une réserve indienne; cessions consenties en garantie du financement temporaire nécessaire pour terminer les travaux après la découverte de défauts dans le devis technique — Enrichissement sans cause — Compte tenu des principes de l'enrichissement sans cause (enrichissement, appauvrissement correspondant et absence de tout motif juridique à l'enrichissement), il n'est pas évident, manifeste et indubitable que le recours en enrichissement sans cause n'a aucune chance de succès.

Une coentreprise formée de la Bande indienne de Fox Lake et de CBJ Northern Inc. a conclu avec Sa Majesté un contrat visant la construction d'un réseau d'égout et d'aqueduc dans la réserve de la Bande. Le devis technique s'est révélé défectueux, et les coentrepreneurs, probablement à la demande de Sa Majesté, ont terminé le réseau, croyant comprendre que des fonds seraient inévitablement trouvés pour ces travaux. Les coentrepreneurs ont dû s'adresser au demandeur Saunders pour obtenir un financement temporaire garanti par une série de cessions importantes. Le demandeur Saunders, qui cherche à se faire payer, affirme que non seulement la Couronne n'a pas donné suite aux cessions mais encore qu'elle a désengagé des fonds qui devaient servir à financer le projet. Comme ce sont des fonds de la société qu'il a prêtés, non les siens propres, il souhaite donc ajouter sa société, Rank Electronics Ltd., comme demanderesse, à l'égard d'une réclamation analogue à la sienne. Il veut également modifier sa déclaration pour demander un remboursement à la Couronne en invoquant le *quantum meruit* et l'enrichissement sans cause.

Jugement: il y a lieu de faire droit à la requête.

La décision *Canada c. J.D. Irving, Ltd.*, [1999] A.C.F. n° 388 (1^{re} inst) (QL) énonce certains principes en matière de

amendment must be read in its entire context, as part of the relevant pleading; the pleading must appear reasonable; it must be plain and obvious that the plea would not be struck out as wanting a cause of action; and, the existence of a possible time bar, including a statutory time bar, is not a reason to curtail an amendment. Another basic principle is that the Court should take a generous approach to a request for an amendment: *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3 (C.A.). Moreover, the Rules bearing on amendment ought to be interpreted and applied in light of rule 3, so as to secure just, expeditious and inexpensive determination of a proceeding on its merits. As long as there is a cause of action which would not plainly and obviously be struck out as futile, the amendment ought to be allowed, if it can be made without prejudice to the other side. The Court must both assume that the facts pleaded are true and deny an amendment only in a plain and obvious case where the situation is beyond doubt. Ultimately, it boils down to a consideration of simple fairness, common sense and the interest that the courts have that justice be done: *Hoechst Marion Roussel Deutschland GmbH v. Adir et Cie* (2000), 190 F.T.R. 233 (F.C.T.D.).

Rank Electronics Ltd. is arguably a necessary party. Its cheque represented the funds which in fact constituted the loan giving rise to this litigation. Moreover, it may well be that applying what is essentially a purposive construction (see the modern principles of purposive construction of contractual documents set out in *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 W.L.R. 896 (H.L.)) to one or more of the assignments of construction proceeds which underlie the action, assignments given to Saunders, Rank was in fact an intended assignee.

As to unjust enrichment, the three requirements to be satisfied before an unjust enrichment claim might exist are: an enrichment, a corresponding deprivation and absence of any juristic reason for the enrichment: *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834. All things considered, it was not plain, obvious and beyond doubt that the unjust enrichment plea herein could not succeed.

As to the time bar, generally, amendments ought not to be denied because there may be a time bar defence. The general principle is that where a new and apparently reasonable cause of action arises out of the same or essentially the same facts as already pleaded, an amendment to institute that cause of action ought to be allowed, even though a limitation has run. The ability to argue a limitation as a defence is not, *per se*, sufficient ground on which to strike out a cause of action, rather it provides a defendant with a defence that he may

modification: la modification doit être examinée par rapport à son contexte global, comme partie de l'acte de procédure visé; l'acte de procédure doit paraître raisonnable; il doit être évident et manifeste que la modification ne serait pas radiée au motif qu'elle ne révèle aucune cause d'action; finalement, il ne faut pas oublier que l'existence d'une possible prescription, notamment une prescription légale, ne constitue pas un motif de rejet d'une modification. Un autre principe fondamental énonce que la Cour doit adopter une attitude ouverte: *Canderel Ltd. c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3 (C.A.). Il faut en outre interpréter et appliquer les règles relatives à la demande de modification de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible, conformément à la règle 3. Dans la mesure où il existe une cause d'action qui ne serait pas considérée comme évidemment et manifestement futile, il convient d'autoriser la modification, si elle peut être faite sans causer préjudice à l'autre partie. La Cour doit à la fois présumer que les faits allégués sont vrais et ne refuser une modification que dans les cas évidents et manifestes qui ne laissent place à aucun doute. Il s'agit, en fin de compte, de tenir compte de la simple équité, du sens commun et de l'intérêt qu'ont les tribunaux à ce que justice soit faite: *Hoechst Marion Roussel Deutschland GmbH c. Adir et Cie* (2000), 190 F.T.R. 233 (C.F. 1^{re} inst.).

Il est possible de soutenir que Rank Electronics Ltd. est une partie nécessaire. Son chèque est à l'origine des fonds constituant le prêt en cause dans le présent litige. De plus, il se peut très bien qu'en appliquant les principes de ce qui est essentiellement l'interprétation téléologique (voir les principes modernes de l'interprétation téléologique des contrats énoncés dans *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 W.L.R. 896 (H.L.)), à l'une ou plusieurs des cessions en cause, consenties à Saunders, Rank apparaisse en fait comme une cessionnaire visée.

Relativement à l'enrichissement sans cause, trois exigences doivent être réunies pour pouvoir invoquer cette théorie: un enrichissement, un appauvrissement correspondant et l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement (*Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834). Tout bien considéré, il n'est pas évident, manifeste et indubitable que le recours en enrichissement sans cause n'a aucune chance de succès.

Relativement à la prescription, il ne convient pas, en général, de refuser une modification parce qu'il est possible d'invoquer le moyen de défense de la prescription. Le principe général est que lorsque les mêmes faits, tels qu'ils ont été allégués, ou des faits essentiellement similaires donnent naissance à une cause d'action apparemment raisonnable, il convient d'autoriser la modification visant à ajouter cette cause d'action, même s'il y a prescription. La capacité d'invoquer la prescription en défense ne suffit pas en soi pour

submit. The instances in which a pleading has been struck out because a limitation has run appear to be special circumstances in which a statutory limitation may go beyond a mere defence: *Miucci v. Minister of National Revenue* (1991), 52 F.T.R. 216 (F.C.T.D.). So, just as there may be special circumstances which might allow an action to be struck out on the basis of a time limitation, there may be instances in which a time-barred amendment ought not to be allowed. But this was not such a case. By section 39 of the *Federal Court Act*, the limitation period is provided by the *Manitoba Limitation of Actions Act*, a six-year limitation. However, that provincial limitation period is applied not as provincial law, but becomes, by adoption, federal law and is applied as such by the Federal Court, under Federal Court, not provincial, Rules. While it is true that the Federal Court has no inherent jurisdiction, it has an implied jurisdiction to do what is necessary in order to make its Rules work. There were no Federal Court cases dealing with the Court's jurisdiction to equitably temper a provincial limitation period which has become a general federal limitation provision. The law in this area is perhaps unsettled, subject to *Leesona Corp. v. Consolidated Textile Mills Ltd.*, [1978] S.C.R. 2 being accepted as an answer. In this respect, "amendments should not be denied when one is dealing with an area of law that cannot be said to be settled with certainty": *Hoechst Aktiengesellschaft v. ADIR* (1998), 153 F.T.R. 52 (F.C.T.D.).

While the amendments sought by the plaintiff will not necessarily succeed at trial, the Court was satisfied, applying *J.D. Irving, Ltd.*, that, reading the amendments in the context of the statement of claim as a whole, it is certainly not plain and obvious that they are susceptible to being struck out as disclosing no cause of action. Indeed the amendments, taken together with the statement of claim, appear to constitute a reasonable pleading which ought to be allowed in the interests of fairness, common sense and the overall interest that justice be done. Allowing the amendments is also in keeping with the broad and generous view which the Court takes of the amendment rules. It will also assist in determining the substance of the dispute on its merits.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canada Shipping Act, R.S.C., 1985, c. S-9.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 38.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 10).

obtenir la radiation d'une cause d'action. La prescription fournit plutôt au défendeur un moyen de défense possible. Lorsqu'il est arrivé qu'un acte de procédure soit radié à cause d'une prescription, des circonstances particulières faisaient que la prescription légale constituait davantage qu'un simple moyen de défense (*Miucci c. Ministre du Revenu national* (1991), 52 F.T.R. 216 (C.F. 1^{re} inst.)). Tout comme il peut exister des circonstances particulières pouvant fonder la radiation d'une déclaration en raison de l'expiration d'un délai de prescription, il peut y avoir des cas où il faut refuser une modification pour cause de prescription, mais pas en l'espèce. Par application de l'article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le délai de prescription applicable est celui que prévoit la *Loi sur la prescription* du Manitoba, soit six ans. Toutefois, ce délai de prescription ne s'applique pas à titre de disposition provinciale; il a été incorporé au droit fédéral et il est appliqué comme règle de droit fédérale par la Cour fédérale. Même s'il est établi que la Cour fédérale n'exerce pas de compétence inhérente, elle possède la compétence implicite de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'application de ses règles. Les avocats n'ont cité aucune décision de la Cour fédérale portant sur la compétence de la Cour d'apporter un assouplissement en *equity* à une règle de prescription provinciale qui est devenue une disposition fédérale générale. Il se peut que le droit applicable ne soit pas certain, sous réserve de l'acceptation de l'arrêt *Leesona Corp. c. Consolidated Textile Mills Ltd.*, [1978] R.C.S. 2 comme solution. À cet égard, «des modifications demandées ne devraient pas être refusées lorsqu'il s'agit d'un domaine de droit qui demeure flou» (*Hoechst Aktiengesellschaft c. ADIR* (1998), 153 F.T.R. 52 (C.F. 1^{re} inst.)).

Il se peut que les modifications que le demandeur veut apporter ne lui donnent pas nécessairement gain de cause au procès, mais la Cour estime, compte tenu de la décision *J.D. Irving, Ltd.*, qu'en considérant les modifications dans le contexte de la déclaration dans son ensemble, il n'est certainement pas évident et manifeste qu'elles pourraient être radiées parce qu'elles ne révèlent aucune cause d'action. De fait, les modifications, lues avec la déclaration, semblent former un acte de procédure acceptable qui devrait être autorisé en raison de l'équité, du bon sens et, globalement, pour que justice soit faite. Autoriser les modifications serait également conforme à la conception large et généreuse qu'a la Cour des règles relatives aux modifications. Les modifications aideront également la Cour à déterminer la nature du fond du litige.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 39 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 10).
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10, art. 38.

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 420(1).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, rr. 3, 75, 76, 77, 104, 201, 221(1)(a).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 2(1) "reserve" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1).
Limitation of Actions Act, R.S.M. 1987, c. L150, ss. 2(1)(k), 14(3).
Tax Court of Canada Rules (General Procedure), SOR/90-688.

Loi sur la marine marchande du Canada, L.R.C. (1985), ch. S-9.
Loi sur la prescription, L.R.M. 1987, ch. L150, art. 2(1)(k), 14(3).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «réservation» (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 1).
Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale), DORS/90-688.
Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 420(1).
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règles 3, 75, 76, 77, 104, 201, 221(1)a).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada v. J.D. Irving, Ltd., [1999] F.C.J. No. 388 (T.D.) (QL); aff'd (2000), 182 F.T.R. 160 (F.C.A.); *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3; [1993] 2 C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.); *Yeager v. Canada (Correctional Service)* (2000), 189 F.T.R. 196; 254 N.R. 38 (F.C.T.D.); *Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The)*, 2002 FCA 97; [2002] F.C.J. No. 425 (C.A.) (QL); *Gleason Works v. Excalibar Tool Inc.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 139 (F.C.T.D.); *Société canadienne de Métaux Reynolds v. Fednav Ltd.*, [1989] F.C.J. No. 1110 (T.D.) (QL); *VISX Inc. v. Nidek Co.* (1998), 234 N.R. 94 (F.C.A.); *Steward v. North Metropolitan Tramways Company* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.); *Tildesley v. Harper* (1878), 10 Ch.D. 393; *Halford v. Seed Hawk Inc.* (2001), 13 C.P.R. (4th) 36 (F.C.T.D.); *VISX Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19; 209 N.R. 342 (F.C.A.); *Enoch Band of Stony Plain Indians v. Canada* (1993), 164 N.R. 301 (F.C.A.); *Continental Bank Leasing Corporation et al. v. The Queen* (1993), 93 DTC 298 (T.C.C.); *Hoehst Marion Roussel Deutschland GmbH v. Adir et Cie* (2000), 190 F.T.R. 233 (F.C.T.D.); *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 W.L.R. 896 (H.L.); *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; (1980), 117 D.L.R. (3d) 257; 8 E.T.R. 143; 34 N.R. 384; 19 R.F.L. (2d) 165; *Kibale v. Canada* (1990), 123 N.R. 153 (F.C.A.); *Scottish & York Insurance Co. v. Canada* (2000), 180 F.T.R. 115 (F.C.T.D.); *Roberts v. Canada* (1999), 247 N.R. 350; 27 R.P.R. (3d) 157 (F.C.A.); *Hoehst Aktiengesellschaft v. ADIR* (1998), 153 F.T.R. 52 (F.C.T.D.); *Leesona Corp. v. Consolidated Textile Mills Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 2; (1977), 82 D.L.R. (3d) 56; 35 C.P.R. (2d) 254; 18 N.R. 29.

REFERRED TO:

Eastman Kodak Co. v. Hoyle Twines Ltd. (1985), 5 C.P.R. (3d) 264 (F.C.T.D.); *Nicholson v. Canada*, [2000] 3 F.C.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Canada c. J.D. Irving, Ltd., [1999] A.C.F. n° 388 (1^{re} inst.) (QL); conf. par (2000), 182 F.T.R. 160 (C.A.F.); *Canderel Ltd. c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3; [1993] 2 C.T.C. 213; (1993), 93 DTC 5357; 157 N.R. 380 (C.A.); *Yeager c. Canada (Service correctionnel)* (2000), 189 F.T.R. 196; 254 N.R. 38 (C.F. 1^{re} inst.); *Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le)*, 2002 CAF 97; [2002] A.C.F. n° 425 (C.A.) (QL); *Gleason Works c. Excalibar Tool Inc.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 139 (C.F. 1^{re} inst.); *Société canadienne de Métaux Reynolds c. Fednav Ltd.*, [1989] A.C.F. n° 1110 (1^{re} inst.) (QL); *VISX Inc. c. Nidek Co.* (1998), 234 N.R. 94 (C.A.F.); *Steward v. North Metropolitan Tramways Company* (1886), 16 Q.B.D. 556 (C.A.); *Tildesley v. Harper* (1878), 10 Ch.D. 393; *Halford c. Seed Hawk Inc.* (2001), 13 C.P.R. (4th) 36 (C.F. 1^{re} inst.); *VISX Inc. c. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19; 209 N.R. 342 (C.A.F.); *Bande d'Enoch des Indiens de Stony Plain c. Canada* (1993), 164 N.R. 301 (C.A.F.); *Continental Bank Leasing Corporation et autre c. La Reine* (1993), 93 DTC 298 (C.C.I.); *Hoehst Marion Roussel Deutschland GmbH c. Adir et Cie* (2000), 190 F.T.R. 233 (C.F. 1^{re} inst.); *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 W.L.R. 896 (H.L.); *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; (1980), 117 D.L.R. (3d) 257; 8 E.T.R. 143; 34 N.R. 384; 19 R.F.L. (2d) 165; *Kibale c. Canada* (1990), 123 N.R. 153 (C.A.F.); *Scottish & York Insurance Co. c. Canada* (2000), 180 F.T.R. 115 (C.F. 1^{re} inst.); *Roberts c. Canada* (1999), 247 N.R. 350; 27 R.P.R. (3d) 157 (C.A.F.); *Hoehst Aktiengesellschaft c. ADIR* (1998), 153 F.T.R. 52 (C.F. 1^{re} inst.); *Leesona Corp. c. Consolidated Textile Mills Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 2; (1977), 82 D.L.R. (3d) 56; 35 C.P.R. (2d) 254; 18 N.R. 29.

DÉCISIONS CITÉES:

Eastman Kodak Co. c. Hoyle Twines Ltd. (1985), 5 C.P.R. (3d) 264 (C.F. 1^{re} inst.); *Nicholson c. Canada*, [2000] 3

225; 181 F.T.R. 200 (T.D.); *Miucci v. Minister of National Revenue* (1991), 52 F.T.R. 216 (F.C.T.D.); *Francoeur v. Canada*, [1992] 2 F.C. 333; (1992), 140 N.R. 389 (C.A.); *Domco Industries Ltd. v. Mannington Mills, Inc.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 481; 107 N.R. 198 (F.C.A.); leave to appeal to S.C.C. denied (1991), 127 N.R. 239; *Sembawang Reefer Lines (Bahamas) Ltd. v. The "Lina Erre"* (1990), 114 N.R. 270 (F.C.A.).

MOTION to amend the statement of claim in order to add a party and to make a claim for *quantum meruit*. Motion allowed.

APPEARANCES:

Richard Henderson for plaintiffs.
John A. Faulhammer for defendants.

SOLICITORS OF RECORD:

Richard Henderson, Winnipeg, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendants.

The following are the reasons for order rendered in English by

[1] HARGRAVE P.: These reasons arise out of a fairly complex action, between the two surviving parties to this litigation, on a guarantee. The plaintiff, Clifford Saunders (Saunders), succeeds on this application to amend the statement of claim in order to add his company and to make a claim for *quantum meruit*.

BACKGROUND

[2] The events leading to this motion are convoluted, but other than to provide some background context, are of only passing interest.

[3] It is sufficient to say that the Fox Lake Indian Band joint ventured with a local contractor, CBJ Northern Inc., contracting with the Crown to construct a water and sewage system on the Fox Lake Indian Reserve. The engineering specifications provided to the Crown by the defendant, Reid Crowthers and subsequently relied upon by the joint venturers, proved faulty. The joint venturers, probably at the request of the

C.F. 225; 181 F.T.R. 200 (1^{re} inst); *Miucci c. Ministre du Revenu national* (1991), 52 F.T.R. 216 (C.F. 1^{re} inst.); *Francoeur c. Canada*, [1992] 2 C.F. 333; (1992), 140 N.R. 389 (C.A.); *Domco Industries Ltd. c. Mannington Mills, Inc.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 481; 107 N.R. 198 (C.A.F.); autorisation d'appel à la C.S.C. refusée (1991), 127 N.R. 239; *Sembawang Reefer Lines (Bahamas) Ltd. c. Le «Lina Erre»* (1990), 114 N.R. 270 (C.A.F.).

REQUÊTE visant à modifier la déclaration pour y ajouter une partie et pour présenter une réclamation fondée sur le *quantum meruit*. Requête accueillie.

ONT COMPARU:

Richard Henderson pour les demandeurs.
John A. Faulhammer pour les défenderesses.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Richard Henderson, Winnipeg, pour les demandeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour les défenderesses.

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

[1] LE PROTONOTAIRE HARGRAVE: Les présents motifs s'inscrivent dans le cadre d'une action passablement complexe opposant les parties restantes relativement à une garantie. Le demandeur Clifford Saunders (Saunders) obtient l'autorisation demandée de modifier sa déclaration de façon à ajouter sa société comme partie et à présenter une réclamation pour *quantum meruit*.

LES FAITS

[2] Les faits ayant mené à la présente requête sont compliqués et, sauf pour donner une idée générale du contexte, il n'est pas nécessaire de s'y attarder.

[3] Il suffit de mentionner qu'une coentreprise formée de la Bande indienne de Fox Lake et d'un entrepreneur local, CBJ Northern Inc., a conclu avec Sa Majesté un contrat visant la construction d'un réseau d'égout et d'aqueduc dans la réserve de la Bande. Le devis technique remis à la Couronne par la défenderesse Reid Crowthers, sur lequel la coentreprise s'est par la suite appuyée, s'est révélé défectueux. Probablement pour

Crown that the deficient system be made workable and on the understanding that money would inevitably be found to pay for such work, completed the system.

[4] In order to complete the system the joint venturers went to the plaintiff, Saunders, for interim funding giving, as security, a series of assignments under which there is said to be a substantial amount of money owing. The plaintiff says not only that the Crown has ignored his assignments, but also that the Crown has since made very substantial payments to the Fox Lake Indian Band and has decommitted money which was to have been paid toward the water and sewer project. The form, delivery of notice and the effect of the assignments are for the trial judge to consider within a full context of facts: those issues are not to be dealt with on a motion to amend.

[5] Over the years the plaintiff managed to settle with the other parties and intended to carry on with this action for the balance. However, Saunders now realizes the import and impact of the separation of an entrepreneur and his company: he loaned company funds, not his own. Saunders now wishes to add his company, Rank Electronics Ltd. (Rank), as a plaintiff with a claim similar to his own. The plaintiff also desires to amend to claim reimbursement in the action, by way of *quantum meruit* and unjust enrichment, from the Crown.

CONSIDERATION

[6] At one point the Crown had offered to consent to part of the amendment, that of unjust enrichment. By reason of changes of counsel and other circumstances we now have an opposed motion to amend. This motion is not the place for a determination of the effect of the disputed consent, but rather to recognize its existence as a factor.

[7] I will begin by stating, as I did to counsel, two points. First, both sides have delayed and have been delayed for legitimate reasons. Therefore nothing in

obtempérer à la demande de la Couronne de rendre le réseau fonctionnel, les coentrepreneurs, croyant comprendre qu'on trouverait nécessairement des fonds pour payer ces travaux, ont terminé le réseau.

[4] Pour effectuer ces travaux, les coentrepreneurs se sont adressés au demandeur Saunders pour obtenir un financement temporaire garanti par une série de cessions relativement auxquelles une somme importante serait due. Le demandeur affirme que non seulement la Couronne n'a pas donné suite aux cessions mais encore qu'elle a, depuis, effectué des paiements très substantiels à la Bande indienne de Fox Lake et qu'elle a désengagé des fonds qui devaient servir à financer le projet. Il appartient au juge du fond d'examiner la forme des cessions, la délivrance des avis les concernant et l'effet qu'elles ont eu, dans le contexte de la totalité des faits; il n'y a pas lieu de traiter de ces questions dans le cadre d'une requête pour modification de la déclaration.

[5] Au fil des ans, le demandeur Saunders a réussi à régler avec les autres parties. Son intention était de continuer la présente action relativement au solde, mais il s'aperçoit à présent de l'importance et de l'effet de la distinction existant entre un entrepreneur et sa société: ce sont des fonds de la société qu'il a prêtés, non les siens propres. Il souhaite donc ajouter sa société, Rank Electronics Ltd. (Rank), comme demanderesse, à l'égard d'une réclamation analogue à la sienne. Il veut également modifier sa déclaration pour demander un remboursement à la Couronne en invoquant le *quantum meruit* et l'enrichissement sans cause.

ANALYSE

[6] La Couronne a offert, à un moment donné, de consentir partiellement à la modification concernant l'enrichissement sans cause. Par suite de l'arrivée de nouveaux avocats et d'autres circonstances, nous sommes à présent devant une requête contestée. Il n'y a pas lieu, à l'occasion de cette requête, de statuer sur l'effet du consentement contesté; il faut plutôt en reconnaître l'existence comme s'agissant d'un facteur à prendre en considération.

[7] Je commencerai par deux précisions que j'ai faites aux avocats. Premièrement, les deux parties ont légitimement causé et subi des retards. Par conséquent,

determining this motion hinges on the fact that the action is 14 years old, or that it took the Crown nine years to file a defence. Second, whether or not effective notice of one or more of the assignments was given to the Crown is a complex and highly charged issue, compounded by misunderstandings and changes of counsel. I am not about to either determine that point, or to accept that notice of assignments was not given to the Crown, on the basis of a disputed rule 255 [*Federal Court Rules, 1998*, SOR/98-106] request to admit. It is an issue which requires the full panoply of a trial to determine. I would also observe that there was no evidence of real prejudice to the Crown were the amendments to be allowed.

Some Basic Law on Amendment

[8] Turning now to the amendment issue, Mr. Justice Hugessen made some most useful comments in *Canada v. J.D. Irving, Ltd.*, [[1999] F.C.J. No. 388 (T.D.) (QL)], which are on point in this instance, both generally and specifically as to the time bar upon which the present defendants rely in opposing this amendment. Mr. Justice Hugessen said [at paragraphs 4-5]:

. . . I am not called upon to decide, at this stage, whether or not the defendants may be entitled to obtain particulars of some one or more of the proposed amendments. I do, however, note that any pleading, and that includes a proposed amendment to a pleading, must be read in its entire context. When applying that principle to a proposed amendment, it means that the proposed amendment must be read as being part of the pleading to which it relates. When the proposed amendments to which objection has been taken on this ground are read in that context, I am quite satisfied that it is, by no means, plain and obvious that such amendments would be susceptible of being struck out on a motion as not disclosing a cause of action. That being so, it is my view that the amendments may properly be made and that, as I say, notwithstanding that there may be a right on the part of one or more of the defendants to obtain further particulars, a matter on which I make no decision.

With regard to the second objection taken by the defendants, it deals, as I have said, with certain specific words

le fait que la présente action soit vieille de 14 ans n'influera pas sur l'issue de la présente requête, pas plus que les neuf ans que la Couronne a mis à déposer sa défense. Deuxièmement, la question de savoir si une ou plusieurs cessions ont effectivement été signifiées à la Couronne est très complexe et très litigieuse, et elle se complique encore du fait qu'il y a eu des malentendus et des changements d'avocats. Je ne vais pas trancher cette question, pas plus que je ne vais accepter que la Couronne n'a pas reçu avis des cessions, dans le cadre d'une requête contestée pour aveux, fondée sur la règle 255 [*Règles de la Cour fédérale (1998)*, DORS/98-106]. Il s'agit d'une question qui doit être déterminée à la suite d'une instruction en bonne et due forme. Je ferai également remarquer que la Couronne n'a pas fait la preuve que l'autorisation des modifications lui occasionnerait un préjudice réel.

Quelques principes de base en matière de modification

[8] Sur la question des modifications, le juge Hugessen a formulé des commentaires utiles dans la décision *Canada c. J.D. Irving, Ltd.*, [[1999] A.C.F. n° 388 (1^{re} inst.) (QL)], commentaires qui sont pertinents en l'espèce, tant en général que relativement à l'argument de la prescription invoqué par les défenderesses pour contester la requête. Voici ce qu'a dit le juge Hugessen [aux paragraphes 4 et 5]:

[. . .] je ne suis pas appelé à décider si les défendeurs peuvent avoir le droit d'obtenir des précisions relativement à l'une ou à plusieurs des modifications proposées. Toutefois, je tiens à signaler que tout acte de procédure, et cela s'entend aussi d'une modification qu'une partie propose d'apporter à un acte de procédure, doit être lu dans son contexte global. Ce principe, appliqué à une modification proposée, signifie que la modification en question doit être lue comme faisant partie intégrante de l'acte de procédure auquel elle se rapporte. Après avoir lu dans ce contexte les modifications proposées qui sont contestées pour ce motif, je suis tout à fait convaincu qu'il n'est en aucune façon évident et manifeste qu'elles seraient susceptibles d'être radiées au moyen d'une requête au motif qu'elles ne révèlent aucune cause d'action. C'est pourquoi, j'estime que ces modifications peuvent à bon droit être apportées et ce, je le répète, indépendamment du fait qu'un ou plusieurs défendeurs peuvent avoir le droit d'obtenir d'autres précisions, une question sur laquelle je ne me prononce pas.

La deuxième objection soulevée par les défendeurs se rapporte, je le répète, à certains mots ou locutions précis

or phrases contained in some of the proposed amendments. An example is the new pleading to the effect that the defendants committed a “statutory” (as well as common law) nuisance. The defendants take the point that by a previous decision of this Court all claims based on Part XVI of the *Canada Shipping Act* (R.S.C., 1985, c. S-9) were found to have no basis in law because they were brought out of time. My reaction to the defendants’ objection is simply this: it is no part of the Court’s role on a motion to amend to edit the proposed amendments. If the amendments taken as a whole, appear to be a reasonable pleading which discloses a cause of action which is not susceptible to being struck out, then the fact that one or more words or phrases in any particular paragraph of the pleading may be susceptible to being struck out does not render the amendment as a whole bad.

Mr. Justice’s Hugessen’s decision was upheld by the Federal Court of Appeal: see note at (2000), 182 F.T.R. 160 (F.C.A.). In this passage Mr. Justice Hugessen sets out various principles including: first, the concept of reading an amendment in its entire context, as a part of the relevant pleading; second, considering whether the pleading appears reasonable; third, determining whether it would be plain and obvious that the plea would not be struck out as wanting a cause of action, even where further particulars might eventually be required; and finally, keeping in mind that the existence of a possible time bar, including a statutory time bar, is not a reason to curtail an amendment. These points are not new, but are neatly and succinctly expressed. I shall expand upon them through reference to cases dealing with specific points.

[9] The basic principles, alluded to by Mr. Justice Hugessen in *J.D. Irving, Ltd.*, *supra*, to apply in considering an amendment are well established. First, the Court should take a generous approach to a request for an amendment. This is implicit in a passage from the Federal Court of Appeal’s decision in *Canderel Ltd. v. Canada*, [1994] 1 F.C. 3 where Mr. Justice Décaré sums up the Court’s past jurisprudence at page 10:

. . . while it is impossible to enumerate all the factors that a judge must take into consideration in determining whether it

contenus dans certaines modifications proposées. Par exemple, dans le nouvel acte de procédure, il est prétendu que les défendeurs ont commis une nuisance interdite par la loi (de même qu’une nuisance de common law). Les défendeurs font valoir que, conformément à une décision antérieure de la présente cour, toutes les demandes fondées sur la partie XVI de la *Loi sur la marine marchande du Canada* (L.R.C. (1985), ch. S-9) ont été jugées être dénuées de fondement juridique ayant été présentées hors délai. Ma réaction à l’objection formulée par les défendeurs est simplement ceci: il n’appartient pas à la Cour, dans le cadre d’une requête en modification, de réviser les modifications proposées. Si, prises dans leur ensemble, les modifications proposées semblent constituer un acte de procédure raisonnable qui révèle une cause d’action et qui n’est pas susceptible d’être radié, alors la présence d’un ou plusieurs mots ou locutions dans un paragraphe précis de cet acte de procédure qui sont susceptibles d’être radiés ne vicie pas toute la modification.

La Cour d’appel fédérale a maintenu la décision du juge Hugessen (voir la note à (2000), 182 F.T.R. 160 (C.A.F.)). Dans cet extrait, le juge énonce divers principes, dont les suivants: premièrement, la modification doit être examinée par rapport à son contexte global, comme partie de l’acte de procédure visé; deuxièmement, il faut examiner si l’acte de procédure paraît raisonnable; troisièmement, il faut déterminer s’il est évident et manifeste que la modification ne serait pas radiée au motif qu’elle ne révèle aucune cause d’action, même si des précisions pourraient plus tard être nécessaires; finalement, il ne faut pas oublier que l’existence d’une possible prescription, notamment une prescription légale, ne constitue pas un motif de rejet d’une modification. Il ne s’agit pas là de nouveaux préceptes, mais ils sont là exposés avec clarté et concision. J’y reviendrai en me reportant à de la jurisprudence traitant de points particuliers.

[9] Les principes fondamentaux qui, selon les commentaires du juge Hugessen dans la décision *J.D. Irving, Ltd.*, précité, devraient s’appliquer à l’examen d’une demande de modification sont bien établis. Premièrement, la Cour doit adopter une attitude ouverte. Cela ressort implicitement d’un passage de l’arrêt *Canderel Ltd. c. Canada*, [1994] 1 C.F. 3, de la Cour fédérale d’appel dans lequel le juge Décaré résume ainsi la jurisprudence antérieure de la Cour, à la page 10:

[. . .] même s’il est impossible d’énumérer tous les facteurs dont un juge doit tenir compte en décidant s’il est juste, dans

is just, in a given case, to authorize an amendment, the general rule is that an amendment should be allowed at any stage of an action for the purpose of determining the real questions in controversy between the parties, provided, notably, that the allowance would not result in an injustice to the other party not capable of being compensated by an award of costs and that it would serve the interests of justice.

In *Canderel* the Court of Appeal was considering the Tax Court rule [*Tax Court of Canada Rules (General Procedure)*, SOR/90-688] as to amendment, however the Court of Appeal pointed out that the rule was not substantially different from the contemporary rule which allowed amendment in the Federal Court. *Canderel*, while decided under the Tax Court equivalent to the Federal Court pre-1998 Rules [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663], still sets the standard, a generous standard, for amendment: see for example the reliance upon *Canderel* both in *Yeager v. Canada (Correctional Service)* (2000), 189 F.T.R. 196 (F.C.T.D.), at page 199 and by the Court of Appeal in *Richardson International, Ltd. v. Mys Chikhacheva (The)*, [2002 FCA 97; [2002] F.C.J. No. 425 (QL)]. Moreover, the Rules bearing on amendment ought to be interpreted and applied in the light of rule 3, so as to secure just, expeditious and inexpensive determination of a proceeding on its merits.

[10] Associate Chief Justice Jerome built on *Canderel* in *Gleason Works v. Excalibar Tool Inc.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 139 (F.C.T.D.), at page 140, observing that *Canderel* made it clear that a plain reading of Rule 420(1), predecessor to the present rule 75, was enough to interpret its import. He went on to adopt a passage from *Société canadienne de Métaux Reynolds v. Fednav Ltd.*, [1989] F.C.J. No. 1110 (T.D.) (QL) in which Mr. Justice Dubé observed that:

... the motions judge does not anticipate whether an amendment will be successful at trial, he merely decides whether or not it ought to be filed.

This is in line with the concept that so long as there is a cause of action which would not plainly and obviously

une situation donnée, d'autoriser une modification, la règle générale est qu'une modification devrait être autorisée à tout stade de l'action aux fins de déterminer les véritables questions litigieuses entre les parties, pourvu, notamment, que cette autorisation ne cause pas d'injustice à l'autre partie que des dépens ne pourraient réparer, et qu'elle serve les intérêts de la justice.

Dans l'affaire *Canderel*, la Cour d'appel examinait les Règles de la Cour canadienne de l'impôt en matière de modification [*Règles de la Cour canadienne de l'impôt (procédure générale)*, DORS/90-688] mais elle a signalé que la règle applicable ne différerait pas substantiellement de la règle contemporaine de la Cour fédérale en la matière. Bien que la règle de la Cour canadienne de l'impôt appliquée dans l'arrêt soit l'équivalent de la règle de la Cour fédérale antérieure à 1998 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663], c'est encore cet arrêt qui sous-tend la norme, généreuse, qui est suivie en matière de modification (voir, par exemple, la décision *Yeager c. Canada (Service correctionnel)* (2000), 189 F.T.R. 196 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 199, et l'arrêt de la Cour d'appel dans *Richardson International, Ltd. c. Mys Chikhacheva (Le)*, [2002 CAF 97; [2002] A.C.F. n° 425 (QL)] qui, tous deux, citent l'arrêt *Canderel*). Il faut en outre interpréter et appliquer les règles relatives à la demande de modification de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible, conformément à la règle 3.

[10] Le juge en chef adjoint Jerome, s'appuyant sur l'arrêt *Canderel* dans l'affaire *Gleason Works c. Excalibar Tool Inc.* (1996), 66 C.P.R. (3d) 139 (C.F. 1^{re} inst.), à la page 140, fait observer que cet arrêt a établi sans équivoque qu'il suffisait de donner son sens clair au texte de la Règle 420(1), l'ancêtre de l'actuelle règle 75, pour en interpréter la portée. Il a fait siens les propos suivants tenus par le juge Dubé dans *Société canadienne de Métaux Reynolds c. Fednav Ltd.*, [1989] A.C.F. n° 1110 (1^{re} inst.) (QL):

[...] le juge des requêtes ne détermine pas à l'avance si un amendement sera invoqué avec succès lors de l'instruction; il se prononce simplement sur la question de savoir si l'amendement devrait être déposé.

Cette position concorde avec le principe voulant que dans la mesure où il existe une cause d'action qui ne

be struck out as futile, the amendment ought to be allowed. It is, of course, subject to whether the amendment can be made without prejudice to the other side. Here I would refer to *VISX Inc. v. Nidek Co.* (1998), 234 N.R. 94 (F.C.A.), at paragraph 1, where the Federal Court of Appeal quoted and approved the following passage from *Steward v. North Metropolitan Tramways Company* (1886), 16 Q.B.D. 556, a decision of the Court of Appeal, at page 558:

The rule of conduct of the Court in such a case is that, however negligent or careless may have been the first omission, and however late the proposed amendment, the amendment should be allowed, if it can be made without injustice to the other side. There is no injustice if the other side can be compensated by costs: but, if the amendment will put them into such a position that they must be injured, it ought not to be made.

This passage, which is in the reasons of Lord Esher, M.R., has impeccable lineage, going back to at least the Court of Appeal decision in *Tildesley v. Harper* (1878), 10 Ch.D. 393 where Lord Justice Bramwell, commented (at pages 396-397):

My practice has always been to give leave to amend unless I have been satisfied that the party applying was acting *mala fides*, or that, by his blunder, he had done some injury to his opponent which could not be compensated for by costs or otherwise.

This concise statement of procedure has often been elaborated upon, but never improved. More currently both *VISX, supra*, and *Steward, supra*, were applied by Mr. Justice Pelletier in *Halford v. Seed Hawk Inc.* (2001), 13 C.P.R. (4th) 36 (F.C.T.D.), at paragraph 10. As I have already observed there is no evidence of real prejudice, in the legal sense of prejudice which cannot be compensated for by costs or otherwise.

[11] That a court, dealing with an application to amend, must both assume that the facts pleaded are true (see *VISX Inc. v. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19 (F.C.A.), at page 24) and apply the same rule as in striking out a pleading, that it will only deny an amendment in a plain and obvious case where the

serait pas considérée comme évidemment et manifestement futile, il convient d'autoriser la modification, sous réserve, naturellement, de la possibilité de l'apporter sans causer préjudice à l'autre partie. À cet égard, je me reporte à l'arrêt *VISX Inc. c. Nidek Co.* (1998), 234 N.R. 94 (C.A.F.), au paragraphe 1, ou la Cour d'appel fédérale a cité en l'approuvant le passage suivant de l'arrêt *Steward v. North Metropolitan Tramways Company* (1886), 16 Q.B.D. 556, de la Cour d'appel, à la page 558:

[TRADUCTION] Dans un cas comme celui-là, la Cour doit avoir pour règle de conduite que, quelque négligente ou insouciante qu'ait été la première omission, et quelque tardive que soit la modification proposée, celle-ci devrait être autorisée si elle peut être apportée sans qu'il en résulte une injustice pour la partie adverse. Il n'y a pas d'injustice si la partie adverse peut être indemnisée au moyen d'une adjudication de dépens; cependant, si la modification aurait pour effet de placer la partie adverse dans une position telle qu'elle doive subir un préjudice, elle ne doit pas être faite.

Ce passage, que l'on doit au maître des rôles Esher, descend d'une lignée sans tache que l'on peut faire remonter au moins à l'arrêt de la Cour d'appel *Tildesley v. Harper* (1878), 10 Ch.D. 393, dans lequel le juge Bramwell a écrit (aux pages 396 et 397):

[TRADUCTION] En pratique j'ai toujours accordé la permission d'amender à moins d'être convaincu que la partie requérante agissait de mauvaise foi, ou que, par sa maladresse, elle avait fait à son adversaire un tort qui ne pouvait être compensé par des dépens ni autrement.

Cet exposé concis de procédure a souvent fait l'objet d'amplifications, mais il n'a jamais été amélioré. Plus récemment, le juge Pelletier a appliqué les décisions *VISX*, précité, et *Steward*, précité, dans l'affaire *Halford c. Seed Hawk Inc.* (2001), 13 C.P.R. (4th) 36 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 10. Comme je l'ai déjà signalé, on n'a pas prouvé l'existence d'un préjudice réel, au sens juridique de préjudice, qui ne peut être compensé par l'adjudication de dépens ou autrement.

[11] Il importe d'insister sur le principe voulant que le tribunal saisi d'une demande de modification doit présumer que les faits allégués sont vrais (voir *VISX Inc. c. Nidek Co.* (1996), 72 C.P.R. (3d) 19 (C.A.F.), à la page 24) et appliquer la même règle que pour la radiation d'actes de procédure, c'est-à-dire qu'il ne

situation is beyond doubt, deserves emphasis. This latter point was made both by Chief Justice Isaac in the 1996 *VISX* decision, *supra*, at page 24 and by Mr. Justice of Appeal Décary in *Enoch Band of Stony Plain Indians v. Canada* (1994), 164 N.R. 301 (F.C.A.), at page 303. In *Enoch Band* the Court went on to observe that they were dealing [at page 303] “with an area of the law which cannot be said to be settled with certainty. Accordingly we think the appellants should have a chance to raise the whole issue of trust at trial.”

[12] The principles in *Canderel*, *supra*, *Enoch Band*, *supra*; and in *Continental Bank Leasing Corporation et al. v. The Queen* (1993), 93 DTC 298 (T.C.C.) were considered by Mr. Justice Lemieux in *Hoechst Marion Roussel Deutschland GmbH v. Adir et Cie* (2000), 190 F.T.R. 233 (F.C.T.D.). In referring to *Continental Bank* Mr. Justice Lemieux put emphasis on the role of amendments in facilitating the Court’s analysis of the substance of a dispute on its merits, with all of the factors to be weighed in the context of the particular case. The passage he quotes sums up all of this and I believe what underlies all of the cases on amendment (at page 302 of *Continental Bank*; at paragraph 30 of *Hoechst Marion*):

Ultimately it boils down to a consideration of simple fairness, common sense and the interest that the courts have that justice be done.

[13] The Crown makes a number of submissions as to why the amendments sought ought not to be allowed, submissions which may be dealt with as falling within the category of objections which do not surmount the basic principles of law which I have set out above. These submissions include that Rank is not a necessary party and that unjust enrichment requires a corresponding benefit to the Crown.

Rank as a Necessary Party

[14] Rule 104 permits the addition of a party at any time. I have considered that rule and the law, including for example as set out in *Eastman Kodak Co. v. Hoyle Twines Ltd.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 264 (F.C.T.D.) in

refusera une modification que dans les cas évidents et manifestes qui ne laissent place à aucun doute. Le juge en chef Isaac, dans l’arrêt *VISX* (1996), précité, à la page 24, et le juge Décary, de la Cour d’appel, dans l’arrêt *Bande d’Enoch des Indiens de Stony Plain c. Canada* (1994), 164 N.R. 301 (C.A.F.), à la page 303, ont tous deux énoncé ce principe. Dans l’arrêt *Bande d’Enoch*, la Cour a ajouté qu’il était question [à la page 303] «d’une branche du droit difficile à régler avec certitude. Par conséquent, nous croyons que les appelants devraient avoir la chance de soulever toute la question de la fiducie au procès».

[12] Le juge Lemieux a examiné, dans l’affaire *Hoechst Marion Roussel Deutschland GmbH c. Adir et Cie* (2000), 190 F.T.R. 233 (C.F. 1^{re} inst.), les principes énoncés dans les décisions *Canderel*, précitée, *Bande d’Enoch*, précitée; et *Continental Bank Leasing Corporation et autre c. La Reine* (1993), 93 DTC 298 (C.C.I.). En citant la décision *Continental Bank*, le juge Lemieux souligne le rôle que les modifications jouent en aidant la Cour à analyser le fond du litige ainsi que les autres facteurs à prendre en considération dans le contexte de chaque cas particulier. Le passage qu’il cite résume bien tout cela de même que ce qui, à mon avis, sous-tend tous les cas de modifications (à la page 302 de *Continental Bank*; au paragraphe 30 de *Hoechst Marion*):

Il s’agit, en fin de compte, de tenir compte de la simple équité, du sens commun et de l’intérêt qu’ont les tribunaux à ce que justice soit faite.

[13] La Couronne avance plusieurs arguments pour demander le refus des modifications, dont on peut dire qu’ils appartiennent à la catégorie des objections qui ne permettent pas d’éviter l’application des règles de droit fondamentales que je viens d’exposer. Elle prétend notamment que Rank n’est pas une partie nécessaire au litige et que l’enrichissement sans cause exige l’existence d’un bénéfice correspondant pour la Couronne.

Rank est-elle une partie nécessaire?

[14] La règle 104 permet à la Cour d’ordonner à tout moment qu’une personne soit constituée comme partie. Relativement à la question de savoir si Rank était une partie nécessaire, j’ai examiné cette règle et le droit

which Mr. Justice Strayer, as he then was, allowed the addition of a party, with leave to defend on the basis of a spent limitation period, in the context of Rank as a necessary party. The Crown questions whether Rank ought to be a party at all.

[15] I am satisfied that Rank is arguably a necessary party, for Rank's cheque represented the funds which in fact constituted the loan giving rise to this litigation. Moreover, it may well be that applying what is essentially a purposive construction to one or more of the assignments of construction proceeds which underlie the action, assignments given to Saunders, Rank was in fact an intended assignee, a point raised by counsel for the plaintiff in his argument in reply to the Crown. To elaborate on this aspect, counsel should be aware of and consider the modern principles of purposive construction of contractual documents, set out by the House of Lords in *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 W.L.R. 896, at pages 912-913. There the House of Lords held that the interpretation of a contractual document had as its goal to find the meaning that the document would convey to a reasonable person, someone having all of the background knowledge which was reasonably available to the parties. It is the meaning that such reasonable parties, looking at the complete background and purpose of the document and notwithstanding the actual wording of the document, would give to the document. In *Investors Compensation Scheme*, Lord Hoffmann observed that modern principles of purposive construction of contractual documents were not always properly appreciated, summarizing these principles, at pages 912-913 as follows:

(1) Interpretation is the ascertainment of the meaning which the document would convey to a reasonable person having all the background knowledge which would reasonably have been available to the parties in the situation in which they were at the time of the contract.

(2) The background was famously referred to by Lord Wilberforce as the "matrix of fact," but this phrase is, if anything, an understated description of what the background may include. Subject to the requirement that it should have been reasonably available to the parties and to the exception to be mentioned next, it includes absolutely anything which

applicable, notamment l'exposé qui en a été fait dans la décision *Eastman Kodak Co. c. Hoyle Twines Ltd.* (1985), 5 C.P.R. (3d) 264 (C.F. 1^{re} inst.), dans laquelle le juge Strayer a accueilli la demande d'ajout d'une partie, autorisée à plaider la prescription en défense. La Couronne met en doute la nécessité même d'ajouter Rank comme partie.

[15] Je suis d'avis qu'il est possible de soutenir que Rank est une partie nécessaire, car c'est son chèque qui est à l'origine des fonds constituant le prêt en cause dans le présent litige. De plus, il se peut très bien qu'en interprétant conformément à leur objet une ou plusieurs des cessions en cause, consenties à Saunders, Rank apparaisse en fait comme une cessionnaire visée, comme l'a fait valoir l'avocat du demandeur dans sa réponse à la Couronne. Pour approfondir cette question, les avocats devraient prendre connaissance des principes modernes de l'interprétation conformément à l'objet visé ou interprétation téléologique des contrats exposés par la Chambre des lords dans *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 W.L.R. 896, aux pages 912 et 913. La Chambre des lords a statué qu'en interprétant un document contractuel on cherche à établir le sens que donnerait à ce document une personne raisonnable possédant toutes les connaissances du domaine auxquelles les parties avaient raisonnablement accès. Il s'agit du sens qu'une telle personne donnerait au document après en avoir examiné tout le contexte et tous les objets, malgré le libellé retenu. Dans cette décision, lord Hoffmann indique que les principes modernes de l'interprétation téléologique des documents contractuels n'ont pas toujours été bien compris, et il en fait le résumé suivant aux pages 912 et 913:

[TRADUCTION] (1) L'interprétation consiste à déceler la signification qu'aurait le document pour une personne raisonnable détenant tous les renseignements de base qui auraient raisonnablement été accessibles aux parties dans la situation où elles se trouvaient au moment du contrat.

(2) Les antécédents du contrat ont été fort justement appelés par lord Wilberforce la «matrice factuelle», mais cette expression est pour le moins une description minimaliste de ce que les antécédents peuvent englober. Abstraction faite de la règle selon laquelle les antécédents auraient dû raisonnablement être accessibles aux parties, et abstraction

would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man.

(3) The law excludes from the admissible background the previous negotiations of the parties and their declarations of subjective intent. They are admissible only in an action for rectification. . . .

(4) The meaning which a document (or any other utterance) would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonably have been understood to mean. . . .

(5) The “rule” that words should be given their “natural and ordinary meaning” reflects the common sense proposition that we do not easily accept that people have made linguistic mistakes, particularly in formal documents. On the other hand, if one would nevertheless conclude from the background that something must have gone wrong with the language, the law does not require judges to attribute to the parties an intention which they plainly could not have had. Lord Diplock made this point more vigorously when he said in *Antaios Compania Naviera S.A. v. Salen Rederierna A.B.* [1985] A.C. 191, 201:

“if detailed semantic and syntactical analysis of words in a commercial contract is going to lead to a conclusion that flouts business commonsense, it must be made to yield to business commonsense.”

In the present instance it is certainly arguable that, given the factual matrix and the circumstances in which the guarantees arose, together with the commercial purpose of that guarantee, factors falling within “absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man”, would give rise to an interest by Rank in the guarantee and a further reason for Rank being added as a plaintiff.

Unjust Enrichment

[16] Turning now to unjust enrichment, it does not particularly bother me that funds did not pass directly from the plaintiff, or his company, to the Crown, but rather went through a contractor to emerge as a water and sewage system, for it is an equitable remedy, known

faite de l’exception mentionnée plus loin, les antécédents englobent absolument toute chose qui aurait influé sur la manière dont le texte du document aurait été compris par une personne raisonnable.

(3) La loi exclut des antécédents admissibles les négociations antérieures des parties et leurs déclarations d’intention subjective. Elles ne sont admissibles que dans une action en rectification[. . .]

(4) La signification qu’un document (ou toute autre déclaration) aurait pour un homme raisonnable n’est pas la même chose que le sens des mots qu’il contient. Le sens des mots est l’affaire des dictionnaires et des grammaires; la signification du document est ce que les parties utilisant ces mots d’après les antécédents considérés auraient raisonnablement compris au vu du document[. . .]

(5) La «règle» selon laquelle les mots devraient recevoir leur «sens naturel et ordinaire» reflète la proposition logique selon laquelle nous n’acceptons pas aisément que des gens aient fait des erreurs linguistiques, en particulier dans des documents officiels. Par ailleurs, si l’on était néanmoins amené à conclure, au vu des antécédents, que quelque chose ne va pas dans les mots employés, la loi n’oblige pas les juges à attribuer aux parties une intention qu’elles ne peuvent tout simplement pas avoir eue. Lord Diplock a exposé ce point plus vigoureusement lorsqu’il a dit, dans l’arrêt *Antaios Compania Naviera S.A. v. Salen Rederierna A.B.* [1985] A.C. 191, page 201:

«si une analyse sémantique et syntaxique détaillée des mots d’un contrat commercial conduit à une conclusion qui fait fi du bon sens commercial, alors c’est le bon sens commercial qui l’emportera».

En l’espèce, on peut certainement soutenir que, compte tenu de la matrice factuelle et des circonstances ayant entouré la cession en garantie ainsi que de l’objectif commercial de la garantie, des facteurs s’apparentant à [TRADUCTION] «absolument toute chose qui aurait influé sur la manière dont le texte du document aurait été compris par une personne raisonnable» indiqueraient l’existence d’un droit de Rank sur la garantie et d’une raison supplémentaire d’ajouter cette dernière comme partie à l’instance.

Enrichissement sans cause

[16] Comme l’enrichissement sans cause constitue un recours en *equity* caractérisé par la souplesse en vue de la recherche de la justice, je ne considère pas particulièrement troublant que les fonds ne soient pas passés directement du demandeur ou de sa société à la

for its flexibility in order to achieve justice. Moreover, the assignments may also come into play. What is more troublesome is whether the plaintiff is able to satisfy the elements of unjust enrichment. Mr. Justice Dickson, in *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, set out three requirements, which he felt had emerged through the general principles of equity, to be satisfied before an unjust enrichment claim might exist, being (at page 848):

. . . an enrichment, a corresponding deprivation and absence of any juristic reason for the enrichment.

While the Crown, to some extent, argues the merits of the unjust enrichment claim, the real issue is whether, taking the amendment at face value, unjust enrichment of the Crown is a plea which would be struck out as obviously and incontestably forlorn. The Crown submits that while the lands upon which the water system and the sewer system are situated may have been benefited, that is a benefit which accrued to the Fox Lake Band and not to Canada. However, there appear to be contrary arguments including: that title to a reserve is vested in the Crown as set out in subsection 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1] of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5]; that the right of Indians to reserve lands has been characterized as a usufructuary right to use the Crown's property without damaging or diminishing it; that the completed water and sewage project is a benefit to the Crown in that they will no longer have to arrange to provide those utilities; and finally, that the Crown did, in fact, receive a direct benefit when funds, which were to have paid for the completion of the project, reverted to the Crown. Certainly the plaintiff raises a *prima facie* case that he expected to be paid. All things considered, I am unable to say that the unjust enrichment plea is one which plainly, obviously and beyond doubt could not succeed.

Time Bar

[17] Perhaps the most interesting argument which the Crown makes is that of a time bar. Here I will leave

Couronne, mais soient plutôt allés vers un entrepreneur et aient pris la forme d'un réseau d'aqueduc et d'égout. De plus, les cessions peuvent également entrer en ligne de compte. La question plus préoccupante est celle de savoir si le demandeur peut satisfaire à toutes les exigences de l'enrichissement sans cause. Le juge Dickson, dans la décision *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, a énoncé trois exigences auxquelles les principes généraux de l'*equity* ont selon lui donné naissance et qui doivent être réunies pour que l'enrichissement sans cause puisse être invoqué (à la page 848):

[...] un enrichissement, un appauvrissement correspondant et l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement.

Bien que, dans une certaine mesure, les arguments de la Couronne relatifs à l'enrichissement sans cause soient des arguments de fond, la véritable question est celle de savoir s'il appert, à la lecture de la modification, qu'elle serait radiée comme manifestement et incontestablement vouée à l'échec. La Couronne fait valoir que même s'il se peut que les terres où se trouve le réseau d'aqueduc et d'égout aient bénéficié de cet aménagement, ce gain est celui de la Bande indienne de Fox Lake et non celui du Canada. Il semble toutefois que des arguments contraires puissent être invoqués, notamment que la Couronne est propriétaire des réserves ainsi que le prévoit le paragraphe 2(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 1] de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5], que le droit dont jouissent les Indiens relativement aux réserves a été défini comme un usufruit leur permettant d'utiliser la propriété de la Couronne sans l'amoinrir ou l'endommager, que l'achèvement du projet d'aqueduc et d'égout profite à la Couronne car elle n'aura plus à faire en sorte de fournir ces services et, enfin, que la Couronne a bénéficié d'un avantage direct lorsque lui sont revenus des fonds qui auraient dû être versés pour l'achèvement du projet. Le demandeur a certainement établi à première vue qu'il s'attendait à être payé. Tout bien considéré, je ne puis dire que le recours en enrichissement sans cause n'a évidemment, manifestement et indubitablement aucune chance de succès.

Prescription

[17] L'argument le plus intéressant de la Couronne est peut-être celui de la prescription. J'écarterai, pour le

aside, for the moment, that amendments ought not, generally, to be denied because there may be a time bar defence.

[18] Counsel for the Crown contends that the amendments ought not to be allowed for they are sought after time has run and that there are not, and here counsel relies upon cases from provincial courts, special circumstances to enable such amendments to be made. Counsel for the plaintiff submits that the amendments ought to be allowed for they arise out of similar or essentially similar facts. Counsel for the Crown then counters with the interesting submission that the relevant limitation, in the absence of an applicable federal Limitation Act, is set by Manitoba legislation, the *Limitation of Actions Act*, R.S.M. 1987, c. L150, in paragraph 2(1)(k) at six years. Crown counsel then submits that while the Manitoba law as to prescription is to apply, the Federal Court may not temper the strict six years because the Federal Court has no inherent jurisdiction to do so. I would observe that the reference in section 39 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 10] of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7], by which the Manitoba *Limitation of Actions Act* provision is imported, to “laws relating to prescription” refers only to those laws and does not include procedural rules: *Leesona Corp. v. Consolidated Textile Mills Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 2, at page 10: thus the various Manitoba-based and provincially based cases dealing with limitation, referred to by Crown counsel, while interesting, have no real application. The submission concludes to the effect that a statutory limitation period may not be extended by the Federal Court unless the statute so provides, for the Federal Court does not have the inherent jurisdiction to extend time, here referring to *Nicholson v. Canada*, [2000] 3 F.C. 225 (T.D.), a decision of Mr. Justice Lemieux, at paragraph 38. Returning briefly to the Manitoba *Limitation of Actions Act*, it is interesting to note that subsection 14(3) provides for the application of equitable and legal principles which would allow amendment after limitation has run. The equitable and legal principles to apply would be Federal Court principles.

[19] The plaintiff refers to the general principle, which has been applied by this Court in many instances, that where a new and apparently reasonable cause of

moment, le principe voulant qu’en général la possibilité d’invoquer le moyen de défense de la prescription ne doit pas entraîner le rejet d’une modification.

[18] L’avocat de la Couronne soutient qu’il ne convient pas d’autoriser les modifications car elles ont été demandées hors délai et il n’existe aucune circonstance spéciale permettant de les apporter; à cet égard, il cite de la jurisprudence émanant de tribunaux provinciaux. L’avocat du demandeur prétend quant à lui qu’il y a lieu de permettre les modifications parce qu’elles découlent des mêmes faits ou de faits essentiellement similaires. À cela, l’avocat de la Couronne oppose l’argument intéressant selon lequel, en l’absence d’une loi fédérale sur la prescription, la disposition applicable en l’espèce est l’alinéa 2(1)(k) de la *Loi sur la prescription* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. L150, qui prévoit un délai de six ans. Il ajoute que la Cour fédérale ne peut adoucir le délai strict de six ans parce qu’elle n’a pas la compétence inhérente nécessaire. Je signale que l’article 39 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 10] de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985) ch. F-7], par l’opération duquel la disposition de la Loi manitobaine est importée, ne mentionne que les «règles de droit en matière de prescription» et non les règles de procédure: *Leesona Corp. c. Consolidated Textile Mills Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 2, à la page 10, c’est pourquoi la jurisprudence émanant du Manitoba ou d’autres provinces relative à la prescription qui a été citée par l’avocat de la Couronne, pour intéressante qu’elle soit, n’a pas d’application réelle. L’avocat de la Couronne conclut son argumentation en affirmant que la Cour ne peut proroger un délai légal de prescription à moins que la loi ne prévoit cette possibilité car elle ne possède pas de compétence inhérente de prorogation; il cite à cet égard une décision du juge Lemieux, *Nicholson c. Canada*, [2000] 3 C.F. 225 (1^{er} inst.), au paragraphe 38. Revenant brièvement à la *Loi sur la prescription* du Manitoba, je signalerai que le paragraphe 14(3) de cette Loi prévoit l’application de règles de droit ou d’équité qui permettraient une modification hors délai. Ces règles de droit ou d’équité applicables seraient celles de la Cour fédérale.

[19] Le demandeur invoque le principe général que la Cour a appliqué à de nombreuses reprises, voulant que lorsque les mêmes faits, tels qu’ils ont été allégués, ou

action arises out of the same or essentially the same facts as already pleaded, an amendment to institute that cause of action ought to be allowed, even though a limitation has run. A good starting point is a consideration of the nature of a time bar defence, keeping in mind that the basic principle is the same for testing both an amendment and a cause of action which has already been pleaded. In *Kibale v. Canada* (1990), 123 N.R. 153, the Federal Court of Appeal invoked the rule that a statement of claim could not be struck out as wanting a cause of action, under the predecessor to paragraph 221(1)(a) of the Rules, on the basis of a limitation defence. In leading into that rule the Court of Appeal considered the nature of a statute of limitations (at pages 154-155):

. . . a statute of limitations under the common law does not terminate the cause of action, but only gives the defendant a procedural means of defence that he may choose not to employ and must, should he choose to employ it, plead in his defence. . . . In other words, a plaintiff is not, in writing his declaration, obligated to allege all the facts demonstrating that his action was brought in due time. A plaintiff is not obligated to foresee all the arguments the adverse party might bring against him. He can wait until the defence is filed and, should the defendant argue that the action is late, plead in reply any facts disclosing, in his opinion, that it is not late. It follows that, as Collier J. held in *Hanna et al. v. The Queen* (1986), 9 F.T.R. 124, a defendant must plead a statute of limitations in his defence; he cannot do so in a motion to strike out under rule 419 because, for the reasons I have set out, an action cannot be said to be late on the sole ground that the statement does not demonstrate it is not late.

In this passage the Court of Appeal points out that the ability to argue a limitation as a defence is not, *per se*, sufficient ground on which to strike out a cause of action. Rather, it provides a defendant with a defence that he may submit. This is because, as the Court of Appeal sets out, the plaintiff is not obliged, when drafting a statement of claim, to allege facts to indicate that the action is timely. In making the transition from a time bar as an improper approach to striking out an action, to an amendment which may be out of time, one must, as I have already said, keep in mind that the test

des faits essentiellement similaires donnent naissance à une cause d'action apparemment raisonnable, il convient d'autoriser la modification visant à ajouter cette cause d'action, même s'il y a prescription. La nature du moyen de défense fondé sur la prescription peut constituer un bon point de départ pour l'analyse de cette question; il ne faut pas oublier que le principe fondamental servant à décider d'une demande de modification ou de l'ajout d'une cause d'action fondée sur des faits déjà allégués est le même. Dans l'arrêt *Kibale c. Canada* (1990), 123 N.R. 153, la Cour d'appel fédérale s'est appuyée sur la règle voulant que la défense de prescription ne pouvait fonder la radiation d'une déclaration pour absence de cause d'action valable sous le régime de la disposition qui a précédé l'alinéa 221(1)a) des Règles. Pour parvenir à cette conclusion, la Cour a examiné la nature d'un délai de prescription (aux pages 154 et 155):

[. . .] D'autre part, un «Statute of Limitations» suivant la «common law» n'éteint pas le droit d'action mais donne seulement au défendeur un moyen de défense d'ordre procédural qu'il peut ne pas invoquer et qu'il doit, s'il veut s'en prévaloir, plaider en défense [. . .]. C'est dire qu'un demandeur n'est pas tenu, lorsqu'il rédige sa déclaration, d'alléguer tous les faits qui démontrent que son action est prise en temps utile. En effet, un demandeur n'est pas obligé de prévoir tous les moyens que son adversaire pourra lui opposer. Il peut attendre la production de la défense et, dans le cas où le défendeur invoque que l'action est tardive, plaider en réponse les faits qui, à son avis, révèlent qu'elle ne l'est pas. Il s'ensuit que, comme le juge Collier le décidait dans *Hanna et al. c. The Queen* (1986), 9 F.T.R. 124, un défendeur doit plaider un «Statute of Limitations» dans sa défense; il ne lui est pas permis de le faire dans un requête en radiation sous l'empire de la Règle 419, car, on ne peut, pour les motifs que j'ai dits, affirmer qu'une action est tardive pour le seul motif que la déclaration ne fait pas voir qu'elle ne l'est pas.

Dans cet extrait, la Cour souligne que la capacité d'invoquer la prescription en défense ne suffit pas en soi pour obtenir la radiation d'une cause d'action. La prescription fournit plutôt au défendeur un moyen de défense possible. Comme la Cour d'appel l'expose, il en est ainsi parce que le demandeur n'est pas tenu, lorsqu'il prépare sa déclaration, d'alléguer des faits indiquant qu'il a intenté l'action à temps. Pour passer de la prescription comme motif inadéquat de radiation d'une déclaration à la modification pouvant être hors délai, il faut, comme je l'ai déjà dit, garder à l'esprit que le

for striking out is similar to that for allowing an amendment: if the amendment, taken as a whole, is not plainly and obviously futile it ought to be allowed and here I refer back to various of the cases which I have already touched upon and particularly Mr. Justice Hugessen's decision in *J.D. Irving, Ltd.*, *supra*.

[20] Certainly, I am aware of instances in which a pleading has been struck out because a limitation had run. These instances appeared to be, at least for the most part and perhaps entirely, special circumstances in which a statutory limitation may go beyond a mere defence: see for example *Miucci v. Minister of National Revenue* (1991), 52 F.T.R. 216 (F.C.T.D.).

[21] There are a number of Federal Court cases which deal with amendment after a limitation has run. Under the pre-1998 Rules the Federal Court of Appeal emphasized that an amendment, adding a new cause of action, after the limitation period had expired, would be permitted where the new cause of action is based on the same or substantially the same facts as the originally pleaded cause of action, so long as it seemed just to do so: see, for example, *Francoeur v. Canada*, [1992] 2 F.C. 333 (C.A.), at page 337 and *Domco Industries Ltd. v. Mannington Mills, Inc.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 481 (F.C.A.), at page 496; leave to appeal refused (1991), 127 N.R. 239n. More current, in that it was decided under the present Rules, is *Scottish & York Insurance Co. v. Canada* (2000), 180 F.T.R. 115 (F.C.T.D.), a decision of Mr. Justice Teitelbaum. There he was faced with the submission that a new cause of action might be raised, notwithstanding time had run, only where there were special circumstances which invoked rule 76. Rule 76 allows amendment to correct the name of a party, or alter the capacity in which a party brought an action, with rule 77 providing that such an amendment is proper, notwithstanding the expiration of a limitation. In *Scottish & York* the defendant, who opposed the amendment, submitted that amendments after limitation had run could only be granted within rule 76, that is dealing with correcting the name of a party or altering the capacity in which a party brought a proceeding. Mr. Justice Teitelbaum took broader views, including that rule 75, the general rule as to amendment, was not limited to the same type of amendments as described in

critère applicable en matière de radiation s'apparente à celui qui régit l'autorisation des modifications: si la modification, considérée dans son ensemble, n'est pas évidemment et manifestement futile, elle doit être autorisée; je m'appuie ici sur des décisions que j'ai déjà mentionnées, en particulier sur celle du juge Hugessen dans l'affaire *J.D. Irving, Ltd.*, précitée.

[20] Bien sûr, il est arrivé qu'un acte de procédure soit radié à cause d'une prescription. Il semble toutefois que la plupart du temps, sinon toujours, des circonstances particulières faisaient que la prescription légale constituait davantage qu'un simple moyen de défense (voir, par exemple, *Miucci c. Ministre du Revenu national* (1991), 52 F.T.R. 216 (C.F. 1^{re} inst.)).

[21] Quelques décisions de la Cour fédérale portent sur l'autorisation de modifier un acte de procédure lorsqu'un délai de prescription est écoulé. Avant l'adoption des Règles de 1998, la Cour d'appel avait souligné qu'une modification visant l'ajout d'une nouvelle cause d'action pouvait être autorisée lorsqu'il y avait prescription, si la nouvelle cause d'action reposait sur les mêmes faits que la cause d'action initiale ou sur des faits substantiellement similaires, dans la mesure où il paraissait équitable de l'autoriser (voir, par exemple, *Francoeur c. Canada*, [1992] 2 C.F. 333 (C.A.), à la page 337; et *Domco Industries Ltd. c. Mannington Mills, Inc.* (1990), 29 C.P.R. (3d) 481 (C.A.F.), à la page 496; autorisation d'appel refusée (1991), 127 N.R. 239n). La décision *Scottish & York Insurance Co. c. Canada* (2000), 180 F.T.R. 115 (C.F. 1^{re} inst.), rendue par le juge Teitelbaum est plus actuelle parce que fondée sur les nouvelles Règles. On avait fait valoir qu'il n'était possible d'alléguer une nouvelle cause d'action malgré la prescription que dans les circonstances prévues à la règle 76. La règle 76 permet de modifier un acte de procédure pour corriger le nom d'une partie ou changer la qualité en laquelle la partie introduit l'action, et la règle 77 énonce que ces modifications sont possibles même si le délai de prescription est expiré. La défenderesse, qui contestait la requête pour modification, a avancé que l'autorisation de modifications après l'écoulement du délai de prescription ne pouvait se faire que sous le régime de la règle 76, c'est-à-dire pour les seules fins de corriger le nom d'une partie ou de changer la qualité en laquelle

rule 76 and that rule 201 allowed amendment to raise a new cause of action, so long as the cause of action arose out of substantially the same facts as the existing cause of action, even though time had run: see pages 124 and 125.

[22] Just as there may be special circumstances which might allow an action to be struck out on the basis of a time limitation, and here I refer back to *Miucci, supra*, there may be instances in which a time-barred amendment ought not to be allowed, notwithstanding the doctrine set out in *Scottish & York, supra*, and similar cases which allow amendment after time has run when the cause of action by amendment arises out of the same factual situation as the initial cause of action. Counsel for the defendants submits that this is just such an instance.

[23] The defendants point out that by section 39 of the *Federal Court Act* the relevant limitation period is provided by the *Manitoba Limitation of Actions Act*, R.S.M. 1987, c. L150. Paragraph 2(1)(k) provides a six-year limitation. This is so, but one must keep in mind that such a provincial limitation period is applied not as provincial law, but becomes, by adoption, federal law and is applied as such by the Federal Court: see for example *Roberts v. Canada* (1999), 247 N.R. 350 (F.C.A.), at page 362. Other relevant propositions are first, as I have already said, provincial procedural rules are not imported by section 39 of the *Federal Court Act*: see *Leesona, supra*, at page 10, there referring to section 39 of the *Federal Court Act* under its previous guise as section 38 [R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10]:

It is clear that, in s. 38 of the *Federal Court Act*, the reference to provincial “laws relating to prescription” does not include procedural rules. It cannot have been intended that, in respect of prescription, the filing and service of the proceedings in the Federal Court would be governed by the *Quebec Code of Civil Procedure* mentioned in art. 2224 rather

une partie introduit l’instance. Le juge Teitelbaum a adopté une position plus large, selon laquelle, notamment, la règle générale régissant les modifications, la règle 75, ne se limite pas au type de modifications prévues par la règle 76 et la règle 201 autorise les modifications visant à invoquer une nouvelle cause d’action dans la mesure où celle-ci découle de faits essentiellement analogues aux faits sur lesquels repose la cause d’action initiale, même s’il y a prescription (aux pages 124 et 125).

[22] Tout comme il peut exister des circonstances particulières pouvant fonder la radiation d’une déclaration en raison de l’expiration d’un délai de prescription — et je me reporte ici à la décision *Miucci*, précitée — il peut y avoir des cas où il faut refuser une modification pour cause de prescription, en dépit de la théorie exposée dans la décision *Scottish & York*, précitée, et d’autres où la modification est autorisée même s’il y a prescription, lorsque la cause d’action à ajouter naît de la même situation factuelle que la cause d’action initiale. L’avocat des défenderesses soutient que c’est le cas en l’espèce.

[23] Les défenderesses avancent que, par application de l’article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale*, le délai de prescription applicable est celui que prévoit la *Loi sur la prescription* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. L150. Selon l’alinéa 2(1)(k) de cette Loi, le délai de prescription est de six ans. Il en est ainsi, mais il ne faut pas oublier que ce délai de prescription ne s’applique pas à titre de disposition provinciale mais qu’il a été incorporé au droit fédéral et qu’il est appliqué comme règle de droit fédérale par la Cour (voir, par exemple, *Roberts c. Canada* (1999), 247 N.R. 350 (C.A.F.), à la page 362. Il y a d’autres points à considérer. Premièrement, comme je l’ai déjà mentionné, l’article 39 de la *Loi sur la Cour fédérale* n’a pas pour objet d’importer les règles de procédure provinciales: voir *Leesona*, précitée, à la page 10, où il est question de cette disposition, qui était alors l’article 38 [S.R.C. 1970 (2^e Supp.), ch. 10]:

Il est clair qu’à l’art. 38 de la *Loi sur la Cour fédérale*, la référence aux «règles de droit relatives à la prescription . . . dans une province» n’inclut pas les règles de procédure. On ne peut pas avoir eu l’intention, en matière de prescription, d’assujettir le dépôt et la signification des actes de procédure devant la Cour fédérale au *Code de procédure civile* du

than by the Rules of the Federal Court.

Implicit in this quotation is the intent that the Rules of the Federal Court are to be applied to prescriptions or limitations adopted from provincial law to become federal law and to be applied as such by the Federal Court. Second, while it is a truism that the Federal Court has no inherent jurisdiction, I would add that it has an implied jurisdiction to do what is necessary in order to make its Rules work. Counsel for the defendants sums up his position by submitting that, unlike the Manitoba courts, the Federal Court has no jurisdiction to extend a limitation in an appropriate instance: this submission runs counter to what the Supreme Court teaches in *Leesona*.

[24] Counsel for the defendants builds upon his summation by pointing to *Nicholson v. Canada*, [2000] 3 F.C. 225 (T.D.), in which the defendants sought, on summary judgment, to strike out an action by reason of one-year time bar in section 649 of the *Canada Shipping Act* [R.S.C., 1985, c. S-9]. There Mr. Justice Lemieux noted that a statutory limitation period, decreed in the first instance by Parliament, might not be extended in the absence of clear statutory authority.

[25] The short answer to this argument, that the amendment ought to be refused on the basis of a time bar, is that an amendment ought not to be refused where it may or may not be time barred and here there is certainly the February 7, 1995 letter from Mr. Gliner, of the Department of Justice, to counsel for the plaintiff, acquiescing in the delay and indeed appearing to be a limited waiver of any time bar as to various amendments. I would also refer to the Court of Appeal's decision in *Sembawang Reefer Lines (Bahamas) Ltd. v. The "Lina Erre"* (1990), 114 N.R. 270 (F.C.A.) in which, in the face of a statutory time bar, it refused to allow a statement of claim to be struck out. The Court of Appeal noted that a plea of prescription ought to be just that, a plea raised in a defence.

[26] I suspect that the more involved answer is that the limitation, derived from the Manitoba *Limitation of*

Québec mentionné à l'art. 2224, plutôt qu'aux Règles de la Cour fédérale.

Ce passage dit implicitement qu'on a voulu assujettir aux *Règles de la Cour fédérale* les délais de prescription provinciaux incorporés en droit fédéral et les faire appliquer comme règles de droit fédérales par la Cour fédérale. Deuxièmement, même s'il est établi que la Cour fédérale n'exerce pas de compétence inhérente, elle possède à mon avis la compétence implicite de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'application de ses règles. L'avocat des défenderesses résume sa position en soutenant que, contrairement aux tribunaux du Manitoba, la Cour fédérale n'a pas compétence pour proroger un délai de prescription; une telle affirmation va à l'encontre des préceptes énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Leesona*.

[24] L'avocat des défenderesses complète son argumentation en invoquant l'affaire *Nicholson c. Canada*, [2000] 3 C.F. 225 (1^{re} inst.), dans laquelle la défenderesse avait, par requête pour jugement sommaire, demandé le rejet d'une action en invoquant le délai de prescription d'un an prévu par l'article 649 de la *Loi sur la marine marchande du Canada* [L.R.C. (1985), ch. S-9]. Le juge Lemieux a statué qu'un délai de prescription, établi par le Parlement, ne peut être prorogé en l'absence d'un pouvoir législatif clair.

[25] Pour répondre brièvement à cet argument, selon lequel on doit refuser la modification parce qu'il y a prescription, je dirais qu'il ne faut pas refuser la modification lorsqu'il est possible que le délai de prescription ne soit pas expiré. Intervient certainement ici la lettre en date du 7 février 1995 adressée à l'avocat du demandeur par M. Gliner, du ministère de la Justice, consentant au retard et, même, semblant renfermer une renonciation limitée à toute prescription empêchant de modifier la déclaration. Je citerai également l'arrêt *Sembawang Reefer Lines (Bahamas) Ltd. c. Le «Lina Erre»* (1990), 114 N.R. 270 (C.A.F.), dans lequel la Cour d'appel a refusé la radiation de la déclaration pour cause de prescription, statuant que le moyen de défense fondé sur la prescription n'était que cela, c'est-à-dire un moyen à invoquer en défense.

[26] Je pense que si l'on voulait approfondir la réponse on pourrait dire que le délai de prescription créé

Actions Act, becomes in fact a general federal limitation of broad application, a limitation subject to Federal Court procedural rules as *per Leeson*, *supra*, rather than a statute-specific time bar, to be observed absolutely and which precludes any procedural Federal Court relief which might be equitable.

[27] Leaving these possibilities aside, counsel have not been able to refer me to any on point Federal Court decisions dealing with the Court's jurisdiction to equitably temper a provincial limitation period which has become a general federal limitation provision. The law in this area is perhaps unsettled, subject to *Leeson* being accepted as an answer. Thus I am guided by Madam Justice Reed's view, in *Hoechst Aktiengesellschaft v. ADIR* (1998), 153 F.T.R. 52 (F.C.T.D.), at paragraph 7, derived from, among other authorities, *Enoch Band of Stony Plain Indians v. Canada* (1993), 164 N.R. 301 (F.C.A.) "that amendments should not be denied when one is dealing with an area of the law that cannot be said to be settled with certainty".

CONCLUSION

[28] While the amendments sought by the plaintiff will not necessarily succeed at trial, I am satisfied, applying the test summarized by Mr. Justice Hugessen in *J.D. Irving, Ltd., supra*, that, reading the amendments in the context of the statement of claim as a whole, it is certainly not plain and obvious that they are susceptible to being struck out as disclosing no cause of action. Indeed the amendments, taken together with the statement of claim, appear to constitute a reasonable pleading which ought to be allowed in the interests of fairness, common sense and the overall interest that justice be done.

[29] The amendments, which are also in keeping with the broad and generous view which the Court takes of the amendment rules, both in themselves and as a codification of amendment procedure, are thus allowed. In allowing the amendments I note that the amendments, when incorporated into the statement of claim, will most certainly assist in determining the substance of the dispute on its merits: thus enabling the Court to deal with the real question in controversy. To effectively deal

par la *Loi sur la prescription* du Manitoba est en fait devenu un délai de prescription général d'application large, assujéti aux règles procédurales de la Cour fédérale conformément à l'arrêt *Leeson*, précité, et non un délai légal particulier d'application stricte qui empêche la Cour fédérale d'accorder un recours qu'elle pourrait juger équitable.

[27] Quoi qu'il en soit de ces possibilités, les avocats n'ont pu me citer aucune décision pertinente de la Cour fédérale portant sur la compétence de la Cour d'apporter un assouplissement en *equity* à une règle de prescription provinciale qui est devenue une disposition fédérale générale. Il se peut que le droit applicable ne soit pas certain, sous réserve de l'acceptation de l'arrêt *Leeson* comme solution. Je m'appuie donc sur l'opinion que M^{me} le juge Reed a exprimée dans la décision *Hoechst Aktiengesellschaft c. ADIR* (1998), 153 F.T.R. 52 (C.F. 1^{re} inst.), au paragraphe 7, appliquant notamment l'arrêt *Bande d'Enoch des Indiens de Stony Plain c. Canada* (1993), 164 N.R. 301 (C.A.F.) «que les modifications demandées ne devraient pas être refusées lorsqu'il s'agit d'un domaine de droit qui demeure flou».

CONCLUSION

[28] Il se peut que le juge du procès ne reconnaisse pas nécessairement le bien-fondé de la modification demandée, mais j'estime, en appliquant le critère résumé par le juge Hugessen dans la décision *J.D. Irving, Ltd.*, précitée qu'en considérant les modifications dans le contexte de la déclaration dans son ensemble, il n'est certainement pas évident et manifeste qu'elles pourraient être radiées parce qu'elles ne révèlent aucune cause d'action. De fait, les modifications, lues avec la déclaration, semblent former un acte de procédure acceptable qui devrait être autorisé en raison de l'équité, du bon sens et, globalement, pour que justice soit faite.

[29] Il est également conforme à la conception large et généreuse qu'a la Cour des règles relatives aux modifications, en elles-mêmes et comme codification de la procédure applicable en la matière, d'accueillir les modifications. Je signale, ce faisant, que les modifications, lorsqu'elles seront intégrées dans la déclaration, aideront certainement la Cour à déterminer la nature du fond du litige ce qui lui permettra de trancher les véritables questions litigieuses. La

with the amendments the Crown may have further discovery.

[30] I thank counsel for interesting argument. However costs will go to the plaintiff in any event.

Couronne pourra avoir recours à d'autres interrogatoires préalables pour répondre aux modifications.

[30] Je remercie les avocats pour les intéressantes argumentations qu'ils ont soumises. Le demandeur aura toutefois droit aux dépens quelle que soit l'issue de la cause.

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.

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

EXCLUSION AND REMOVAL

Immigration Inquiry Process

Applicant, wife, child arrived in Canada from People's Republic of China in 1990—CRDD found applicant not Convention refugee, but subsequently found wife, daughter Convention refugees—Wife applied for permanent residence, including husband as dependant—Couple separated in 1996—Wife advised authorities to process application for landing excluding husband—Couple divorced in 1997 but applicant continued as primary caregiver for their three children (two of whom Canadian-born) while wife worked—Couple reconciled in 2000, resumed cohabitation—In May 2001 applicant received letter directing him to attend pre-removal interview on June 12—Couple remarried on June 13—Wife initiated new application to sponsor husband's landing from within Canada—Applicant also filed in-Canada humanitarian and compassionate (H&C) application—Requested deferral of removal pending determination of in-Canada H&C application—H&C application outstanding when stay application heard—In April 2002 applicant obtained full-time employment with flexible hours permitting him to take children to school, pick them up at end of day—On April 29, 2002 removal officer considered circumstances, scheduled removal for May 6—Applicant neither mentioned June 2001 request to defer removal pending outcome of H&C application nor made new request—On May 1 filed application for leave, judicial review seeking order to compel Minister to decide H&C application, as well as application for stay of removal—Stay granted because best interests of applicant's children not considered—Application raising serious issue—Irreparable harm to applicant, spouse, children if applicant removed without those interests being considered—Neither outstanding H&C application nor fact that there are children basis alone for finding irreparable harm, but *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and*

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817; *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 4 F.C. 358 (C.A.) indicating best interests of any children who may be affected important factor in decisions affecting status of non-Canadians under Immigration Act—Principle extending to requiring removal officers to give full, fair consideration to those interests where not previously done—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2.

WU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1995-02, 2002 FCT 546, MacKay J., order dated 14/5/02, 5 pp.)

Removal of Visitors

Application for stay of removal order—Applicant born in Nablus, West Bank, holding passport issued by Palestinian Authority, considered stateless—Came to Canada on student visa, refused to leave—Learned region volatile, towns (Nablus, Jenin) where could have received shelter had sustained massive attacks by Israeli army, family home demolished—Applicant asked removal officer for risk assessment, but removal officer did not defer removal to permit assessment—Issue whether serious question raised—Motion granted—Based on *Saini v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 4 F.C. 325 (T.D.), *Wang v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 3 F.C. 682 (T.D.), removal officer may have regard to cogent evidence of risk in removal to particular destination and as to whether or not appropriate risk assessment has been conducted and evaluated, solely for purpose of informing exercise of discretion regarding deferral—Herein, removal officer did not have regard to issue of risk of removal—This raises sufficient likelihood of success on underlying application—Evidence of country condition put before Court in documents prepared by Amnesty International, International Committee of Red Cross, *Washington Post* showing applicant facing serious risk of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

irreparable harm—Therefore, balance of convenience favouring granting requested stay.

SHALHOUB V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1699-02, 2002 FCT 445, Dawson J., order dated 22/4/02, 5 pp.)

STATUS IN CANADA*Convention Refugees*

Application for judicial review of CRDD decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of Nigeria, claiming Convention refugee status on basis of religion, membership in particular social group, namely persons forced to participate in ritual murders, harmful practices—Applicant refused to assume father's position as chief in Oluwo Apeno, cult performing human sacrifices, disowned by family, converted to Christianity—Applicant told that his people could acquire gods' blessings if applicant killed, his blood used for further sacrifices—Applicant then ran away—CRDD found no serious possibility of persecution if returned to Nigeria, adequate state protection would be available to applicant—Application allowed—Board made reviewable error with respect to facts surrounding state protection as documentary evidence showing state protection not available from police.

ALLI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1984-01, 2002 FCT 479, O'Keefe J., order dated 26/4/02, 9 pp.)

Judicial review of CRDD's denial of claim to refugee status—Applicants 29-year-old citizen of Congo and her two children—After husband arrested in late 1994 or early 1995, Congolese officials ransacked home, pushed children around, raped adult applicant—Eventually relocated to South Africa where granted refugee status—Raped by two policemen, who ransacked home, hit children, threatened to return—Believes these men took eldest son whom has not seen since—Applicants left South Africa immediately—CRDD believing applicant, but noting positive developments in Congo since change of government in 1997, and noting applicant having no news with respect to situation *vis-à-vis* current government—Not persuaded reasonable chance or serious possibility would be persecuted based on Convention ground should applicants return to Congo—Found insufficient evidence claimant's persecution sufficiently "atrocious", "appalling" to warrant application of Immigration Act, s. 2(3)—S. 2(2)(e) providing person ceases to be Convention refugee when reasons for fear of persecution in country person left, or outside of which person remained, ceased to exist—S. 2(3) providing person not ceasing to be Convention refugee by virtue of s. 2(2)(e) if establishing compelling reasons arising out of any previous persecution for refusing to avail himself of protection of

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

country outside of which remained by reason of fear of persecution—Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1C(5) genesis of s. 2(3)—Explained in United Nations High Commissioner for Refugees' Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status, cl. 136: person who suffered under atrocious forms of persecution should not be expected to repatriate even though change of regime as may not always produce complete change in attitude of population or in mind of refugee—*Canada (Minister of Employment and Immigration) v. Obstoj*, [1992] 2 F.C. 739 (C.A.); *Yamba v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 254 N.R. 388 (F.C.A.) considering s. 2(3)—Generally case law of F.C.A. holding "compelling reasons" arising out of past persecution which can be characterized as "atrocious" or "appalling"—Application allowed—(1) CRDD not erring in applying test of whether prior persecution sufficiently "atrocious", "appalling"—Sufficient that in view of evidence before CRDD, nature of submissions made to it on applicants' behalf, words "appalling", "atrocious" proper interpretive aids to guide CRDD as to whether documentary, oral evidence, supporting applicants' submission compelling reasons existed not to return them to Congo—(2) Immigration Act, s. 69.1(11) requiring CRDD to give written reasons—Must be sufficiently clear, precise, intelligible that claimant might know why claim failed, decide whether to seek leave for judicial review—CRDD not mentioning psychiatric assessment in evidence which concluded adult applicant suffered from post-traumatic stress disorder—Reasons insufficient—Having found adult applicant to have suffered persecution, unclear what CRDD meant when spoke of "insufficient evidence"—Persecution by definition requiring maltreatment which rises to level of serious harm—Meaningful reasons requiring sufficiently intelligible explanation as to why persecutory treatment not constituting compelling reasons—Requiring thorough consideration of level of atrocity of acts inflicted upon applicant, effect upon applicant's physical, mental state, whether experiences, and their sequela constituting compelling reason not to return applicant to country of origin—CRDD's failure to provide meaningful reasons reviewable error—Although determinative, appropriate to address balance of submissions—(3) While not fatal for CRDD to fail to mention medical reports if reasons otherwise reflecting proper grasp, consideration of evidence, failure to discuss medical evidence example of CRDD's failure to adequately discuss, consider evidence in reasons—Similarly no indication CRDD considered adult applicant's treatment by South African police—CRDD not obliged to consider s. 2(3) in relation to incidents in South Africa—Persecutory treatment in another country cannot justify refusal to avail oneself of protection of one's home country—But persecutory events not being persecutory treatment in one's home country may exaggerate

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

or amplify effect of persecutory conduct—CRDD must take refugee claimant as is at time of hearing in order to determine whether claimant should not be expected to repatriate—Medical reports detailed current medical condition as result of rapes in both Congo, South Africa—CRDD should have had regard to cumulative effect of those events upon adult applicant when considering if, in that present state, adult applicant has compelling reasons for refusing to return to Congo—(4) CRDD not mentioning children in s. 2(3) analysis—UNHCR Handbook recognizing persecution of family member may be such as to make it unreasonable to expect refugee claimant to repatriate—Given that, together with fact CRDD dismissing claims of all of applicants on basis of changed country conditions, and legal requirement CRDD obliged to consider applicability of s. 2(3) once relies upon change in country condition to deny refugee status (*Yamba*), follows that CRDD erred in law in failing to consider application of s. 2(3) to each applicant—CRDD to determine whether infant claimants could meet threshold established by case law—(5) *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 164 (C.A.) dealing with need to consider best interests of child in context of humanitarian and compassionate application—*Ranganathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2001] 2 F.C. 164 (C.A.) cautioning that the more humanitarian grounds allowed to enter into determination of refugee claim, the more refugee procedure blending into humanitarian and compassionate procedure with consequence concept of persecution in definition of refugee would be replaced in practice by concept of hardship, which was not Parliament's intent—CRDD committing no reviewable error in failing to take into account best interests of child when inquiring as to whether children have compelling reasons arising out of previous persecution for refusing to avail themselves of protection of Congo—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, ss. 2(2)(e) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1), (3) (as am. *idem*), 69.1(11) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 60)—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1C(5).

ADJIBI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-2580-01, 2002 FCT 525, Dawson J., order dated 8/5/02, 17 pp.)

*Permanent Residents***Humanitarian and Compassionate Considerations**

Application for judicial review of decision communicated to applicant by letter dated January 3, 2001 concerning application for permanent residence from within Canada on humanitarian and compassionate (H&C) grounds—Applicant left Vietnam as refugee in 1985, admitted to Canada as landed immigrant in 1986, when 16 years of age—Convicted,

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded

sentenced for robbery, possession of stolen property—In December 1999, application for permanent residence in Canada submitted by applicant with wife's sponsorship—Both invited to interview on April 11, 2000—Process followed herein unfair as result of respondent's staff failing to ensure applicant's submissions, requested and received within 30 days, available for consideration by responsible officer until after officer's decision made, 8 months later by letter of January 3, 2001—Despite good intentions of officer, process of considering H&C application unfair—Essential information, submitted to respondent, not considered when decision in question made—Decision set aside, application reconsidered by different officer.

TRUONG V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-4009-01, 2002 FCT 570, MacKay J., order dated 15/5/02, 6 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Application for judicial review of Tax Court of Canada decision determining benefits received by Université Laval employee under wage loss indemnity plan constitute insurable earnings within meaning of Unemployment Insurance (Collection of Premiums) Regulations, s. 3 and Insurable Earnings and Collection of Premiums Regulations, s. 2—T.C.C. upholding assessments made by MNR—Amount at issue over \$300,000—Insurance policy refers to insurer as “administrator” and to Université as “insured”—In group insurance policies, named insured in fact representing all beneficiary employees—Regulations, s. 2(3) excluding from insurable earnings items that presumably would have been included had they not been excluded—Case can be disposed of on basis of s. 2(3), referring to “wage loss indemnity payment made. . . by a party other than the employer”—By using words “by a party other than the employer”, subsection providing for distinction between wage loss indemnity payments made by employer, which would be included in insurable earnings, and wage loss indemnity payments made by insurer, which would be excluded from insurable earnings in same way supplement paid by employer excluded—Regulations, s. 2(3)(d) in effect codifying decisions of this Court—Issue whether payments in this case made by employer or third party insurer—Employer determining eligibility for benefits and signing cheques—Wage loss insurance benefits paid by employer under employment contract therefore insurable earnings—Application dismissed—Unemployment Insurance (Collection of Premiums) Regulations, C.R.C., c. 1575, s. 3 (am. by SOR/95-593)—Insurable Earnings and Collection of Premiums Regulations, SOR/97-33, s. 2.

UNIVERSITÉ LAVAL V. M.N.R. (A-207-00, 2002 FCA 171, Décaré J.A., judgment dated 3/5/02, 14 pp.)

INCOME TAX

INCOME CALCULATION

Deductions

Disability tax credits—Appeal from Tax Court of Canada decision finding respondent entitled to disability tax credits—In 1997, 1998 income tax returns, respondent claimed disability tax credits—MNR disallowing disability tax credits on assumption respondent not suffering from prolonged mental, physical impairment—Primary issue in Tax Court relating to certificate of respondent's psychiatrist—Minister disallowing disability tax credits on basis of psychiatrist's negative certificate—Tax Court Judge concluding psychiatrist's certificate not indicative of independent, unbiased medical opinion—Respondent's psychiatrist misinterpreting definition of basic activity of daily living in Income Tax Act, s. 118.4(1)(c)—Tax Court Judge correct in concluding psychiatrist misinterpreted s. 118.4(1)(c), applied wrong legal test of basic activity of daily living in completing certificate—Fact that Minister based assessment on negative medical certificate not conclusive—Positive medical certificate condition precedent to Minister granting disability tax credit—Not open to Tax Court Judge to ignore requirement, simply substitute opinion for that of medical practitioner—Function of Tax Court Judge to determine, based on medical evidence, whether negative certificate should be treated as positive certificate—Open to Tax Court Judge to conclude respondent's inability to perceive, think, remember of such severity respondent unable to perform necessary mental tasks required to live, function independently, competently in everyday life, to conclude medical certificate incorrectly completed and that, applying correct legal test, negative certificate should be treated as positive one—Tax Court Judge neither making palpable, overriding error, nor overlooking, ignoring evidence—Appeal dismissed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 118.4 (as enacted by S.C. 1994, c. 7, Sch. II, s. 91; 1998, c. 19, s. 25; 1999, c. 22, s. 36).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. BUCHANAN (A-416-01, 2002 FCA 231, Rothstein J.A., judgment dated 31/5/02, 15 pp.)

Application for judicial review of Tax Court of Canada decision determining applicant not justified, under Income Tax Act, ss. 60, 60.1(2), in deducting payments made to third parties pursuant to agreement with former spouse—Applicant divorced in 1989 and agreement on corollary relief incorporated into divorce judgment—Under agreement, applicant made payments directly to creditors—For 1994, 1995, 1996, and 1997, amounts paid by applicant on that basis totalled \$17,369, \$19,265, \$20,104 and \$19,921—Applicant deducting amounts from income—Purpose of ss. 56.1(2),

INCOME TAX—Continued

60.1(2) to allow payor to deduct payments made to third parties for benefit of former spouse, provided amounts included in former spouse's income—Respondent adopted very strict interpretation of ss. 56.1(2), 60.1(2)—Express reference to ss. 56.1(2), 60.1(2) not required in written agreement; parties need only have understood tax consequences of agreement—Combined purposes of ss. 56, 60, 56.1(2), 60.1(2) to give divorced couples option of reducing tax burdens and ensure divorced couples aware and informed of consequences for both of doing so—S. 60 not mandatory but merely permissive: does not create obligation—Given context agreement entered into and written, applicant not only implicitly reserving right to claim tax advantages that resulted when assuming obligations to make payments to third parties for benefit of former spouse but clearly stating in testimony he was aware of advantages and seeking them—S. 60.1(2) creating presumption payments made to third parties by taxpayer for benefit of recipient constituting allowance on periodic basis that recipient may use at his or her discretion and are therefore support amounts—Disallowing deductions claimed by applicant in circumstances amounts to penalizing him unfairly by denying him right that is corollary of all support obligations he assumed and carried out in good faith—Applicant entitled to deductions claimed for 1994 to 1997—Application allowed—Income Tax Act, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, ss. 56 (as am. *idem*, Sch. II, s. 32), 56.1 (as am. *idem*, Sch. VIII, s. 18), 60 (as am. *idem*, Sch. II, s. 34), 60.1 (as am. *idem*, Sch. VIII, s. 22).

VEILLEUX v. CANADA (A-816-00, 2002 FCA 201, Létourneau J.A., judgment dated 16/5/02, 17 pp.)

PARTNERSHIPS

Appeal from Tax Court's dismissal ((1998), 98 D.T.C. 1933) of appeal from reassessments—Minister disallowing losses claimed as partner in Texas partnership—Appellant acquired interest in Claridge Holdings No. 1, sole asset of which 99% interest in Texas partnership owning right to acquire 5.4% of unsold condominium units, option to purchase balance of unsold units, and tax loss of US\$34 million or C\$45 million—Allocation, use of portion of tax loss giving rise to reassessment—Tax Court holding as appellant not having reasonable expectation of profit, Claridge Holdings No. 1 not partnership; appellant not entitled to deduct losses—Tax Court's decision released prior to decisions of Supreme Court of Canada in *Continental Bank Leasing Corp. v. Canada*, [1998] 2 S.C.R. 298; *Spire Freezers Ltd. v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 391; *Backman v. Canada*, [2001] 1 S.C.R. 367—Now well-established that threshold question in cases such as this whether appellant partner in partnership according to definition of partnership that exists

INCOME TAX—Concluded

under relevant provincial law, even in respect of foreign partnerships—*Continental Bank* stating three essential ingredients of partnership in Ontario: (1) business; (2) carried on in common; (3) with view to profit—As Tax Court decision issued before Supreme Court of Canada decisions, erred in law by applying wrong test—Finding of whether facts such as to satisfy legal test (in this case, test for partnership), finding of mixed fact, law—Once error of law extricated from conclusion of mixed fact, law, Appeal Court, on basis of facts found by trial judge untainted by error of law, must reach own conclusion applying correct legal test—Court must enquire whether objective documentary evidence, surrounding facts, including what parties actually did, consistent with subjective intention to carry on business in common with view to profit—According to Tax Court’s findings of fact, no plan to make condominium complex profitable—Appellant not demonstrating any palpable or overriding error in respect of findings of fact—While taxpayer’s primary motivation in entering purported partnership may be to secure tax loss, must at least be ancillary intention to carry on business in common with view to profit for test for partnership to be met—Only evidence accepted by Tax Court that appellant intending to, and in fact purchasing tax loss—Appellant not carrying on business in common with view to profit in respect of participation in Claridge Holdings No. 1—Not partner in partnership and not entitled to avail himself of partnership rules in Income Tax Act, s. 96, deduct losses—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 96 (as am. by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 60; 1983-84, c. 1, s. 43; 1984, c. 45, s. 32; 1986, c. 55, s. 25; 1987, c. 46, s. 32; 1988, c. 55, s. 66; 1991, c. 49, s. 72).

WITKIN V. CANADA (A-382-98, 2002 FCA 174, Rothstein J.A., judgment dated 10/5/02, 7 pp.)

LABOUR RELATIONS

Application for judicial review of referee’s decision under Canada Labour Code individual respondents applicant’s employees, and ordering funds held in trust be disbursed to respondents—Issues whether referee had jurisdiction under Code to determine whether respondents employees of applicant; if so, whether referee’s decision patently unreasonable—Respondents courier drivers for applicant, corporation in delivery and courier business—In 1997, respondents filed complaint against applicant pursuant to Code, s. 25, seeking to be paid for general holidays and vacation pay for 1997 through 1999 based on respondents having status of “employees” of applicant company—First, inspector under Code determined employee/employer relationship existed between parties, such that complaint admissible under Code, then issued order requiring applicant to remit certain amounts of money to Receiver General on

LABOUR RELATIONS—Concluded

account for respondents—Applicant appealed payment order to referee on grounds respondents independent contractors for purposes of Code—Referee affirmed inspector’s decision and finding that respondents employees of applicant for purposes of Code, and entitled to payment of amounts awarded by inspector—Application dismissed—Standard of review that of correctness—Application of landmark S.C.C. decision in *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048 to effect Court must apply functional and pragmatic approach to determine whether preliminary question (here, whether respondents employees or not) intended by legislature, expressly or by implication, to be question within jurisdiction conferred on tribunal (referee)—Referee under Code unable to determine whether person employee would be unable to fulfill purpose of statute itself—Upon reviewing Code and case law, referee intended by legislature to have jurisdiction to answer this preliminary question—Therefore, referee acted within jurisdiction in deciding whether respondents employees, and Court will not intervene unless referee has erred in patently unreasonable manner—Furthermore, two strong privative clauses restrict judicial review of referee’s decision herein—Referee here considered all factors traditionally developed by case law, and applied correct legal tests—Here, decision far from patently unreasonable—Accordingly, even if Court did not agree with decision, and even if decision contrary to Tax Court case law that courier industry normally made up of independent contractors, not employees of courier company, referee’s decision herein and on facts herein not patently unreasonable—On subsidiary point, not patently unreasonable that vacation pay be based on actual amounts paid to respondents, since these amounts represent value of their services, including tools of their trade—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2, s. 25.

DYNAMEX CANADA INC. V. MAMONA (T-1729-00, 2002 FCT 393, Kelen J., order dated 9/4/02, 9 pp.)

MARITIME LAW**CONTRACTS**

Appeal from Motions Judge’s decision concluding that terms, conditions of contract of carriage entered into by parties did not include “Centrocom” arbitration clause, dismissing appellant’s motion for stay of proceedings commenced by respondents—On return trip from Syria to Canada, with rejected items, fire aboard *Mariana* causing damage to cargo of telephone poles—Respondents, owners and insurers of cargo, commenced action against appellant, owners of vessel—Motions Judge held return voyage subject to same terms, conditions as those agreed to by parties for outbound voyage from Canada to Syria—Appeal dismissed—Motions Judge did not err in concluding arbitration clause did not form part of terms, conditions agreed to by parties—

MARITIME LAW—Concluded

Terms, conditions of return voyage same as those originally agreed upon by parties—Booking note did not contain arbitration clause—Motions Judge found arbitration clause herein inserted as amendment to standard “Conline” bill of lading and “Conline” booking note; no evidence terms of arbitration clause ever signed, agreed to by plaintiff; defendant failed to discharge burden of proving arbitration clause in force and enforceable in accordance with terms of Commercial Arbitration Code—*Thyssen Canada Ltd. v. Mariana (The)*, [2000] 3 F.C. 398 (C.A.) distinguished—If appellant intended to make contract of carriage subject to arbitration clause, should have made its intention known to respondent Stella Jones—Arbitration clause never agreed to by Stella Jones—Commercial Arbitration Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 17.

STELLA JONES INC. v. *MARIANA* (THE) (A-629-01, 2002 FCA 215, Nadon J.A., judgment dated 24/5/02, 8 pp.)

PRACTICE

Motion to condemn provider of security, Royal Bank of Canada, to pay US\$550,000—Motion resolved by consent during adjournment—*Mys Chikhacheva*, substantial deep-sea fishing vessel, arrested on October 13, 1998, with Bank providing guarantee, in lieu of bail, to obtain release of ship on December 2, 1998—Plaintiff succeeded at trial with Dubé J. granting judgment on February 20, 2001—F.C.A. upholding decision of Dubé J.—Initial failure of security, perfunctory manner in which Bank dealt with perceived deficiency, in face of payment order of Dubé J., forcing plaintiff to bring motion for payment—Incumbent upon anyone in business of offering contractual security in order to achieve release of vessel from arrest to be readily available to respond in event owner of ship unwilling, unable to make prompt payment when found liable—Guarantee given by Bank to be constructed in relation to factual matrix, circumstances in which it arose, with proper regard to commercial purpose of guarantee, taking into account anything affecting way in which language of document would have been understood by reasonable man—Guarantee to secure plaintiff which had given up sound *in rem* security, not Federal Court of Canada, it ought to have moved with good grace, alacrity to make good under guarantee—While substantial costs against Bank would be appropriate if were party, costs should not be awarded against Bank as non-party—As to costs against defendant shipowner, Bering Trawlers Ltd., as opposed to counsel, forced present motion by failing to deal with settlement of judgment in timely manner—Plaintiff having achieved purpose, payment of judgment, costs of \$500 payable to plaintiff by Bering Trawlers Ltd., appropriate.

RICHARDSON INTERNATIONAL, LTD. v. *MYS CHIKHACHEVA* (THE) (T-1944-98, 2002 FCT 482, Hargrave P., order dated 26/4/02, 10 pp.)

NATIVE PEOPLES**ELECTIONS**

Application for interlocutory order setting aside resolution of Mohawk Council of Kanesatake removing James Gabriel as Council Grand Chief—Applicant also wishing to be reinstated as Grand Chief until final order rendered—Judicial review proceeding commenced by applicant touching sensitive issue of process by which Council members may be selected or removed for reasons of non-confidence—Issue and events surrounding applicant’s removal as Grand Chief have divided Mohawk Community of Kanesatake—Prior to 1991, selection and appointment of Grand Chief and other chiefs made by Six Nations Traditional Hereditary Clan Mothers in accordance with Band custom—In 1992, Draft Election Code (calling for democratic election of Council members, using secret ballot) adopted in principle by Band—Applicant first elected Grand Chief in 1996, re-elected in 1998, 2001—New Council members elected in 2001 elections did not share applicant’s views, focussing on public accountability rather than police and security matters—At special public meeting held in December 2001, majority voted for removal of applicant as Grand Chief, only those residing in Kanesatake or Oka being allowed to vote—Next day, Council adopted resolution accepting special meeting vote, also deciding Steven Bonspille would act as interim Grand Chief until either by-election or next regularly-scheduled elections—*RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311 applicable: serious issue; irreparable harm; balance of convenience—Motion allowed—As to serious issue: strong *prima facie* case resolution dismissing him based on vote excluding non-residents illegal as discriminating against non-residents: *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203—Furthermore, strong *prima facie* case no custom for dismissing Council members by votes of non-confidence—Council resolution herein not adopted in accordance with Election Code—Any electoral process not respecting Code not appearing to represent generally-accepted practice and should not be viewed as Band custom—Serious issue raised—As to irreparable harm, if Court did not grant injunction and applicant subsequently succeeded with application for judicial review, would not be entitled to relief normally available to employees who have been dismissed—Further, position of Grand Chief prestigious one; loss of prestige not compensable in damages—Also would mean would not have served most of his term—Balance of convenience favouring applicant—Court not convinced granting of injunction would exacerbate already explosive situation—Difficult to conclude consensus on removal of applicant in event of new vote—As applicant removed from office and replaced without by-election being called, pressing that applicant be allowed to resume his duties as Grand Chief until final decision made herein—Finally,

NATIVE PEOPLES—Concluded

respondents' actions might be seen as undermining new democratic system implemented in 1992.

GABRIEL V. MOHAWK COUNCIL OF KANESATAKE (T-33-02, 2002 FCT 483, Tremblay-Lamer J., order dated 29/4/02, 15 pp.)

PENITENTIARIES

Appeal from decision ((2000), 197 F.T.R. 294) allowing application for judicial review of decision to place respondent in administrative segregation—Respondent suspected of being instigator of disruption at Port-Cartier Institution causing significant equipment damage and jeopardizing security of institution—Respondent placed in administrative segregation for 19 days on ground presence would interfere with ongoing investigation—Issues raised: whether prison authorities had reasonable grounds for placing respondent in administrative segregation under Corrections and Conditional Release Act, s. 31(3)(b); whether prison authorities breached rules of procedural fairness by failing to give respondent sufficient information to enable him to effectively challenge decision to place him in administrative segregation—Trial Judge allowing application for judicial review on ground prison authorities breached fairness principle by failing to give him any relevant information concerning allegations behind administrative segregation—Appeal allowed—Judge satisfied respondent placed in administrative segregation because of allegations implicating him in events—However, absent any evidence grounds stated by management at time respondent placed in administrative segregation and at each review of placement not real grounds, judge had to accept grounds as stated—No evidence in record from which he could have found grounds relied on by prison authorities fictitious—Judge misled by confounding cause of respondent being placed in segregation with occasion for placement—Herein, respondent not alleged to be instigator, but that his presence would interfere with investigation—Having more details about information indicating he was instigator not going to put respondent in better position to challenge validity of fear he would interfere with ongoing investigation—Court's intervention justified as judge erred by failing to address issue of reasonableness of fear respondent would interfere with ongoing investigation, and by addressing issue of adequacy of information given to respondent concerning allegation he was instigator of disturbance at Port-Cartier Institution—Institutional head had reasonable grounds to believe respondent's presence in general inmate population could interfere with investigation, to identify instigator or instigators of disturbance—Not unreasonable to think in respondent's interest to influence other people's testimony, by whatever means available to him, to avoid being charged as instigator—With respect to procedural fairness, penitentiary authorities informed respondent they believed his presence would interfere with

PENITENTIARIES—Concluded

ongoing investigation and told him facts on which they based conclusion—Not necessary to give him more details about information—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, s. 31(3)(b).

BLASS V. CANADA (A-819-00, 2002 FCA 220, Pelletier J.A., judgment dated 28/5/02, 11 pp.)

PENSIONS

Motion asking Court to strike plaintiff's action which claimed sum of \$3,017,712 as damages resulting from military service—According to defendant, action to seek compensation for injury which has already resulted in payment of pension (post-traumatic stress syndrome)—In view of content of Crown Liability and Proceedings Act, s. 9, plaintiff's action should be struck out—Plaintiff cannot obtain compensation for same loss as that creating entitlement to pension or relevant compensation—Department of Veterans' Affairs concluded plaintiff's disability pension application for post-traumatic stress condition entitled him to pension—Plaintiff's statement of claim had same factual basis as pension now receiving or might receive—Plaintiff receiving partial disability pension for problems attributable to post-traumatic stress syndrome—Since in his action plaintiff asking to be compensated for physical and psychological disabilities resulting from events other than those which occurred in Haiti, and did not make pension application for major depression resulting from those events, proceedings in case at bar stayed until Minister of Veterans' Affairs, on formal request by plaintiff pursuant to s. 79 *et seq.* of Pensions Act, ruled on plaintiff's eligibility for pension under that Act—Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, s. 9—Pensions Act, R.S.C., 1985, c. P-6, s. 79 (as am. by S.C. 1995, c. 18, s. 73).

DROLET V. CANADA (T-600-02, 2002 FCT 640, Tremblay-Lamer J., order dated 5/6/02, 11 pp.)

Application for judicial review of Pension Appeals Board's decision confirming Review Tribunal's decision denying applicant disability pension on ground disabled within meaning of Canada Pension Plan, s. 42(2)—Applicant claiming that because of fibromyalgia and problems with her back, legs and hands, incapable of working at all—Standard of correctness applicable to error of law: patent unreasonableness applicable to questions of fact—Application allowed—Under Act, s. 83(11) Board must notify in writing parties of its decision and reasons therefor—Reasons must be proper, adequate and intelligible and must enable person concerned to assess whether grounds of appeal or judicial review—Board not referring to any analysis it might have made in applying applicable statutory tests to determine whether applicant's physical disability "severe and prolonged", and validity of

PENSIONS—Concluded

decision vitiated by this—Hearings before Board being *de novo*, worth recalling applicant has burden of proving her physical disability to Board in accordance with requirements of Act, s. 42(2) and efforts she made to find herself employment in circumstances—Canada Pension Plan, R.S.C., 1985, c. C-8, ss. 42(2) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 30, s. 12; S.C. 1992, c. 1, s. 23), 83(11) (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.)), c. 30, s. 45).

LALONDE V. CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES DEVELOPMENT) (A-493-00, 2002 FCA 211, Desjardins J.A., judgment dated 28/5/02, 11 pp.)

PRACTICE**EVIDENCE**

Confidential material—Appeal from judgment of Nadon J. dated December 24, 2001, 2001 FCT 1434; ([2001] F.C.J. No. 1950)—Appellants commencing action against Crown for damages relating to Crown's seizure of fishing trawler in March of 1995, 240 miles east of Canada—In July 2001, counsel for appellants examined Leo Strowbridge, Crown official, for discovery—Appellants filing two separate notices of motion in Trial Division seeking to compel Strowbridge to answer questions put to him in examination for discovery, number of other questions—Nadon J. denying appellants' motion for further answers—Crown's motions seeking direction under r. 54 four confidential affidavits be "examined in the Court vault" by judges hearing appeal—Appellants opposing Crown's motions—Motion for direction under r. 54 dismissed—Motion based on misunderstanding of Court's practice with respect to confidential material—Where confidential material filed in relation to appeal, security safeguarded by Registry staff—Judges assigned to hear appeal told confidential material filed—Judges wishing to refer to confidential material prior to hearing, during deliberations may ask to see it—Not going into vault to read it—Rather, delivered to them with seals intact—Confidential material also brought to hearing in case referred to in argument—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 54.

JOSE PEREIRA E HIJOS, S.A. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-3-02, 2002 FCA 167, Sharlow J.A., order dated 1/5/02, 11 pp.)

JUDGMENTS AND ORDERS*Consent Judgment*

Motion for judgment on consent against defendant Sheldon R. Rotman—By terms of Minutes of Settlement defendant agreed to pay plaintiffs \$35,000 but if pays \$7,500 upon execution of Minutes of Settlement, plaintiffs will waive payment of balance—If fails to comply with any of terms of

PRACTICE—Continued

Minutes of Settlement, plaintiffs "shall be at liberty to obtain judgment in accordance with Minutes of Settlement for \$35,000 less amount of any payment received, on account"—Form of consent order before Court containing same provisions—Only one final order will issue on claim: *Carpenter Fishing Corp. v. Canada*, [1998] 2 F.C. 548 (C.A.)—Rationale: upon judgment being issued, underlying cause of action merging in judgment and will not support any further adjudication by Court except in terms of judgment issued, regardless of whether judgment issued after adjudication or upon consent—Plaintiffs cannot obtain final judgment in which reserve right to apply for further judgment in event of non-compliance with terms of judgment—If plaintiffs take out judgment, limited to enforcing terms of judgment—If stand on Minutes of Settlement, can sue on settlement in event of non-compliance—Judgment must be faithful to terms of defendant's consent—Motion dismissed with leave to reapply.

TIME WARNER ENTERTAINMENT CO., L.P. V. PERSONS, NAMES UNKNOWN (T-1057-99, 2002 FCT 394, Pelletier J., order dated 9/4/02, 3 pp.)

PLEADINGS*Amendments*

Motion by plaintiff, Ermineskin Band, seeking leave to further amend statement of claim in action T-2804-97, statements of defence as third party in actions T-617-85, T-782-97, wherein Montana, Samson Bands respective plaintiffs—Case involving three principal actions—Ermineskin Band already amended statement of claim twice—Proposed new amendments substantial—Difficult to overestimate importance of changes—Not merely "technical", "housekeeping" matters but go to very basis of Ermineskin Band's claimed rights—No merit to Ermineskin Band's suggestion changes merely "particulars" of claim as presently asserted—Proposed amendments, if allowed, will require substantial pleadings over by other parties, lengthy additional discovery, either oral, by way of interrogatories—Allowing amendments would make it impossible to hold trial of first phase on scheduled date—Law clear: amendments should be allowed unless cause prejudice which cannot be compensated by award of costs—Present case classic example of such non-compensable prejudice—Motion to amend dismissed—On question of costs, no valid excuse for bringing of motion at such late date—Ermineskin Band shall pay costs of \$5,000 to each of Montana Band, Crown, forthwith, in any event of cause.

MONTANA BAND V. CANADA (T-617-85, T-782-97, T-2804-97, 2002 FCT 583, Hugessen J., order dated 22/5/02, 9 pp.)

PRACTICE—Continued*Motion to Strike*

Motion to strike out notice of application for judicial review as abuse of process, to require applicant to post security for costs as impecunious, proceeding frivolous, vexatious—No barrier to applying r. 416, which deals with security for costs, to present application—Parties, Ronald Maheu, IMS Health Canada competitors in business of selling information, about prescriptions written by doctors, to producers of prescription drugs—Applicant Maheu, as president and chief executive officer of Pharma Communications Group Inc., alleging Privacy Commissioner erred in determining information collected, disclosed by IMS not personal information under Personal Information Protection and Electronic Documents Act—In controlling own proceedings, courts have power to prevent abuse of process through oppressive, vexatious proceedings—Concepts of frivolousness, vexatiousness, abuse intertwined, in many instances interchangeable—While apparently abusive, vexatious, frivolous to use Act to obtain competitive business advantage, in absence of decided cases bearing on scope of Act, Court not willing to strike out present pleading—From plain reading of r. 416(1)(g), IMS need not show, in absolute terms, Maheu's application in fact frivolous, vexatious—Reason to believe applicant using Act for collateral, improper purpose, rather than for purpose set out in Act, s. 3—Act designed to regulate collection, use, disclosure of personal information generated in commercial activities—As to ability to pay costs, if ordered, onus upon IMS to establish *prima facie* case applicant has insufficient assets with which to pay costs, if required—Respondent IMS clearly established reason to believe proceeding frivolous, vexatious, applicant would have insufficient assets in Canada available to pay costs of respondent—Appropriate to order security for costs—Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 416—Personal Information Protection and Electronic Documents Act, S.C. 2000, c. 5, s. 3.

MAHEU V. IMS HEALTH CANADA (T-1967-01, 2002 FCT 558, Hargrave P., order dated 14/5/02, 12 pp.)

STAY OF PROCEEDINGS

Motion to stay proceedings in *Caza v. Groupe TVA and Manon Malo*, before Canadian Human Rights Tribunal (Tribunal), until judgment rendered in application for judicial review in case—Defendant Nadia Caza alleged defendants Groupe TVA and Manon Malo discriminated against her on account of her Egyptian nationality and Arab ethnic origin—CHRC informed Tribunal it would be making motion requesting presiding member be disqualified because of reasonable appearance of bias—Three tests laid down by Supreme Court of Canada in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, met—Serious question to be tried, namely whether conduct of presiding

PRACTICE—Concluded

member raised reasonable apprehension of bias in hearing complaint involving racial discrimination—Obliging Commission and complainant to proceed before presiding member whose conduct suggests lack of impartiality in handling of complaint can only create irreparable harm, which could not be corrected by subsequent decision—As to balance of convenience, question of bias takes priority over any public interest in favour of proceeding with hearing—Motion granted.

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. MALO (T-732-02, 2002 FCT 547, Tremblay-Lamer J., order dated 13/5/02, 6 pp.)

VARIATION OF TIME

Motion for extension of time within which to serve rebuttal evidence of shipbroker with different view as to existence of charter party—Practice, etiquette of shipbrokers crucial—Court of view evidence of expert practising shipbrokers may be helpful—Test laid out in *Canada (Attorney General) v. Hennelly* (1999), 244 N.R. 399 (F.C.A.): continuing intention to pursue application; application has some merit; no prejudice to respondent arising from delay—Motion granted—Continuing intention manifest herein—Case has some merit—Absence of prejudice—These elements more than balance less forceful explanation for delay (defence counsel's illness)—Proper to grant extension in order to do justice between parties.

ARMONIKOS CORP. LTD. V. SASKATCHEWAN WHEAT POOL (T-906-00, 2002 FCT 526, Hargrave P., order dated 8/5/02, 6 pp.)

PUBLIC SERVICE**SELECTION PROCESS***Competitions*

Application for judicial review of decision of Public Service Commission Appeal Board dismissing applicant's appeal of appointment of respondent Siggner to position of Senior Analytical Advisor, Aboriginal Statistics, Department of Statistics Canada—Due to computer error in selection process, only four and half pages of applicant's nine-page résumé considered in appointment process under Public Service Employment Act, s. 10—Applicant advised did not have requisite experience to qualify for position—Whether Appeal Board erred in concluding no defect in selection process since applicant invited to provide more information, but declined upon understanding already provided relevant information in résumé—Parties agreed employer's system cause of computer error—Appeal Board's conclusion computer error did not affect proper application of merit principle in Act, s. 10

PUBLIC SERVICE—Concluded

question of law—Appropriate standard of review with respect to question of law correctness—Under Act, s. 10, appointments within Public Service based on selection according to merit, made by competition, such other process of personnel selection designed to establish merit of candidates—Applicant not considered on merit for appointment—Appeal Board erred in law in finding selection board made appointment according to merit principle as required by Act, s. 10(1)—Failure to assess applicant based on actual résumé, rather than incomplete résumé transmitted due to computer error, material defect in appointment process—Reasonable legitimate expectation by applicant selection board would read résumé, notice cut-off, incomplete—Appeal Board erred in fact in concluding department acted reasonably—Application allowed—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, s. 10 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10).

STEWART V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2384-00, 2002 FCT 423, Kelen J., order dated 12/4/02, 7 pp.)

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Appeal from Trial Division order dismissing application for judicial review of HRDC (Commission) decision to collect overpayment of unemployment insurance benefits—Appeal

UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded

revolving around Motions Judge's conclusion appellant had received notification of overpayment within prescribed time limits set out in Unemployment Insurance Act, s. 43—Appellant disagreeing with that conclusion—Issues whether appellant treated unfairly because not given opportunity to explain discrepancies in his evidence before contradictory evidence introduced by respondent, as required by rule in *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.); whether Motions Judge made palpable and overriding errors of fact—Appeal dismissed—Motions Judge found appellant's evidence did not address issue of whether received notice, therefore cannot be said later evidence contradicted his affidavit evidence and rule in *Browne v. Dunn* cannot be said to apply—Further, appellant did not object to filing of that evidence by Crown—As to second issue, S.C.C. decision in *Housen v. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577 indicating that appellate court should not interfere lightly with finding of fact reached by Trial Judge, that only where palpable and overriding error exists on record should finding of fact be overturned—No palpable or overriding errors of fact in decision under appeal—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 43.

PIRKER V. CANADA (A-753-00, 2002 FCA 235, Malone J.A., judgment dated 30/5/02, 3 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

ASSURANCE-CHÔMAGE

Appel d'une ordonnance de première instance rejetant une demande de contrôle judiciaire de la décision de DRHC (la Commission) au sujet du recouvrement de prestations d'assurance-chômage payées en trop—L'appel se rapportait à la conclusion du juge des requêtes selon laquelle l'appelant avait été notifié du paiement en trop dans le délai prévu à l'art. 43 de la Loi sur l'assurance-chômage—L'appelant ne souscrivait pas à cette conclusion—Il s'agissait de savoir si l'appelant avait été traité d'une façon inéquitable parce qu'il n'avait pas eu la possibilité d'expliquer les incohérences figurant dans sa preuve avant que l'intimée soumette une preuve contradictoire, comme l'exige la règle énoncée dans *Browne c. Dunn* (1893), 6 R. 67 (H.L.) et si le juge des requêtes avait commis des erreurs de fait manifestes et dominantes—Appel rejeté—Le juge des requêtes avait conclu que la preuve présentée par l'appelant n'indiquait pas si celui-ci avait reçu un avis, de sorte qu'on ne saurait dire que cette dernière preuve contredisait la preuve par affidavit de l'appelant et que la règle énoncée dans *Browne c. Dunn* s'appliquait—En outre, l'appelant ne s'était pas opposé à ce que la Couronne présente cette preuve—Quant à la deuxième question, la décision rendue par la C.S.C. dans *Housen c. Nikolaisen* (2002), 211 D.L.R. (4th) 577, indiquait qu'une cour d'appel ne devrait pas modifier à la légère les conclusions de fait tirées par le juge de première instance et qu'une conclusion de fait ne devrait être annulée que lorsque, au vu du dossier, une erreur manifeste et dominante a été commise—Il n'existait aucune erreur de fait manifeste ou dominante dans la décision visée par l'appel—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 43.

PIRKER C. CANADA (A-753-00, 2002 CAF 235, juge Malone, J.C.A., jugement en date du 30-5-02, 4 p.)

ASSURANCE-EMPLOI

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt qui a jugé que les indemnités reçues par

ASSURANCE-EMPLOI—Fin

un employé de l'Université Laval, dans le cadre d'un régime d'assurance-salaire, constituent une rémunération assurable au sens de l'art. 3 du Règlement sur l'assurance-chômage (perception des cotisations) et de l'art. 2 du Règlement sur la rémunération assurable et la perception des cotisations—La C.C.I. a maintenu les cotisations établies par le MRN—Le montant en litige était de plus de 300 000 \$—La police d'assurance identifie l'assureur comme «administrateur» et l'Université comme «assuré»—En matière d'assurance collective, l'assuré nommé représente en réalité tous les employés bénéficiaires—L'art. 2(3) du Règlement exclut de la rémunération assurable des éléments dont il est permis de supposer qu'ils auraient été inclus n'eût été de leur exclusion—L'art. 2(3), qui renvoie «aux indemnités d'assurance-salaire versées . . . par une tierce-partie» permet de disposer du présent litige—En utilisant les mots «versées par une tierce-partie», cette disposition permet de distinguer les indemnités d'assurance-salaire versées par l'employeur, qui seraient incluses dans la rémunération assurable, des indemnités d'assurance-salaire versées par un assureur, qui seraient exclues de la rémunération assurable comme est exclu dans ce cas le supplément versé par l'employeur—L'art. 2(3)d) du Règlement vient en quelque sorte codifier la jurisprudence de cette Cour—Il s'agissait de déterminer si, en l'espèce, l'indemnité était versée par l'employeur ou par le tiers assureur—C'est l'employeur qui décide de l'admissibilité aux prestations et qui signe les chèques—L'indemnité d'assurance-salaire était versée par l'employeur dans le cadre du contrat de travail et constituait une rémunération assurable—Demande rejetée—Règlement sur l'assurance-chômage (perception des cotisations), C.R.C., ch. 1575, art. 3 (mod. par DORS/95-593)—Règlement sur la rémunération assurable et la perception des cotisations, DORS/ 97-33, art. 2.

UNIVERSITÉ LAVAL C. M.R.N. (A-207-00, 2002 CAF 171, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 3-5-02, 14 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

EXCLUSION ET RENVOI

Renvoi de visiteurs

Demande de sursis à l'exécution d'une mesure de renvoi—Le demandeur était né à Naplouse, en Cisjordanie; il détenait un passeport délivré par l'Autonomie palestinienne, mais il était considéré comme un apatride—Il était arrivé au Canada à l'aide d'un visa d'étudiant et avait refusé de quitter le pays—Il avait appris que la situation dans la région était explosive, que les villes (Naplouse et Jénine) où il aurait pu trouver refuge avaient fait l'objet d'attaques massives de la part de l'armée israélienne et que la maison familiale avait été démolie—Le demandeur avait demandé à l'agent chargé du renvoi de procéder à une évaluation du risque, mais l'agent n'avait pas reporté le renvoi en vue de permettre l'évaluation—Il s'agissait de savoir si une question sérieuse était soulevée—Requête accueillie—Compte tenu des décisions *Saini c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 4 C.F. 325 (1^{re} inst.) et *Wang c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 3 C.F. 682 (1^{re} inst.), l'agent chargé du renvoi pouvait tenir compte d'une preuve concluante au sujet du risque que représentait le renvoi de la personne visée dans un pays donné et se demander si une évaluation du risque avait été effectuée de façon appropriée et une décision prise à cet égard, simplement pour savoir s'il devait exercer son pouvoir discrétionnaire de différer le renvoi—En l'espèce, l'agent chargé du renvoi n'avait pas tenu compte de la question du risque présenté par le renvoi—La demande sous-jacente avait suffisamment de chances de succès—La preuve de la situation dans le pays soumise à la Cour au moyen de documents préparés par Amnistie Internationale, par le Comité international de la Croix-Rouge et par le Washington Post montrait que le demandeur faisait face à un risque sérieux de préjudice irréparable—Par conséquent, la prépondérance des inconvénients favorisait l'octroi du sursis demandé.

SHALHOUB C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1699-02, 2002 CFPI 445, juge Dawson, ordonnance en date du 22-4-02, 6 p.)

Processus d'enquête en matière d'immigration

Le demandeur a quitté la République populaire de Chine en 1990 et est arrivé au Canada avec son épouse et son enfant—La SSR a déclaré que le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention mais a par la suite accordé ce statut à son épouse et à sa fille—L'épouse a demandé la résidence permanente, en incluant son époux à titre de personne à charge—Séparation du couple en 1996—L'épouse a informé les autorités d'examiner la demande d'établissement permanent

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

en excluant son époux—Divorce du couple en 1997 mais le demandeur continue à être le principal fournisseur de soins pour leurs trois enfants (dont deux sont nés au Canada) pendant que sa femme travaille—Réconciliation du couple en 2000, reprise de la cohabitation—En mai 2001, le demandeur a reçu une lettre l'invitant à assister à une entrevue préalable au renvoi le 12 juin—Le couple s'est remarié le 13 juin—L'épouse a présenté sur place une nouvelle demande en vue de parrainer l'établissement permanent de son mari au Canada—Le demandeur a également déposé au Canada une demande fondée sur des considérations humanitaires—Demande de sursis du renvoi en attendant la décision au sujet de la demande fondée sur des considérations humanitaires—Demande en instance au moment de l'examen de la demande de sursis—En avril 2002, le demandeur obtient un emploi à temps plein avec des horaires flexibles lui permettant de conduire ses enfants à l'école et d'aller les chercher à la fin de sa journée—Le 29 avril 2002, l'agent chargé du renvoi a examiné les circonstances et fixé le renvoi au 6 mai—Le demandeur n'a pas mentionné la demande présentée en juin 2001 pour suspendre la mesure de renvoi en attendant la décision relative à sa demande fondée sur des considérations humanitaires et n'a pas présenté de nouvelle demande—Le 1^{er} mai, dépôt d'une demande d'autorisation de contrôle judiciaire en vue d'obtenir une ordonnance obligeant le ministre à se prononcer sur la demande fondée sur des considérations humanitaires, ainsi qu'une demande de sursis d'exécution de la mesure de renvoi—Sursis accordé pour le motif que l'intérêt des enfants du demandeur n'a pas été pris en compte—La demande soulève une question grave—Le demandeur, son épouse et ses enfants pourraient subir un préjudice irréparable si le demandeur était renvoyé sans que les intérêts de ces personnes soient pris en compte—Le fait qu'une demande fondée sur des considérations humanitaires ait été présentée et que le demandeur ait des enfants ne suffirait pas à conclure à l'existence d'un préjudice irréparable mais *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 4 C.F. 358 (C.A.) indiquent que l'intérêt des enfants susceptibles d'être touchés par la mesure est un facteur important pour les décisions touchant le statut des non-Canadiens aux termes de la Loi sur l'immigration—Ce principe a pour effet d'obliger les agents chargés du renvoi à prendre en considération de façon équitable et complète ces intérêts, lorsque cela n'a pas été fait auparavant—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2.

WU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1995-02, 2002 CFPI 546, juge MacKay, ordonnance en date du 14-5-02, 5 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

STATUT AU CANADA

Réfugiés au sens de la Convention

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la SSR selon laquelle le demandeur n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le demandeur, un citoyen nigérian, avait revendiqué le statut de réfugié au sens de la Convention en se fondant sur sa religion et sur son appartenance à un groupe social, à savoir les personnes contraintes à participer à des meurtres rituels et à des pratiques néfastes—Le demandeur avait refusé d'assumer le poste que son père occupait à titre de chef Oluwo Apeno, soit un culte dans le cadre duquel on se livrait à des sacrifices humains; il avait été déshérité par sa famille et s'était converti au christianisme—On avait dit au demandeur que son peuple serait béni par les dieux s'il était tué et si son sang était utilisé pour d'autres sacrifices—Le demandeur s'est enfui—La SSR avait conclu qu'il n'existait aucune possibilité sérieuse que le demandeur soit persécuté s'il retournait au Nigéria et que l'État pouvait assurer à ce dernier une protection adéquate—Demande accueillie—La Commission a commis une erreur susceptible de révision au sujet des faits se rapportant à la protection étatique étant donné que la preuve documentaire montrait que la protection étatique ne pouvait pas être obtenue de la police.

ALLI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1984-01, 2002 CFPI 479, juge O'Keefe, ordonnance en date du 26-4-02, 10 p.)

Contrôle judiciaire de la décision de la SSR ayant refusé la demande de statut de réfugié—Les demandeurs sont une citoyenne du Congo de 29 ans et ses deux enfants—Après l'arrestation du mari à la fin de 1994 ou au début de 1995, des fonctionnaires congolais ont saccagé la maison, bousculé les enfants, violé la demanderesse adulte—Les demandeurs ont finalement déménagé en Afrique du Sud où ils ont obtenu le statut de réfugié—La demanderesse adulte a été violée par deux policiers qui ont saccagé la maison, frappé les enfants, menacé de revenir—Elle croit que ces hommes ont enlevé son fils aîné qu'elle n'a pas revu depuis—Les demandeurs ont quitté l'Afrique du Sud sur-le-champ—La SSR croit la demanderesse, mais constate que la situation a évolué de façon positive au Congo depuis le changement de gouvernement en 1997, et que la demanderesse ne savait pas quelle était sa situation vis-à-vis du gouvernement actuel—La SSR n'était pas convaincue qu'il y avait une possibilité raisonnable ou sérieuse que les demandeurs soient persécutés pour l'un des motifs prévus par la Convention s'ils retournaient au Congo—La preuve ne permet pas de conclure que la persécution subie par la revendicatrice était suffisamment «atroce et épouvantable» pour justifier l'application de l'art. 2(3) de la Loi sur l'immigration—L'art. 2(2)e) prévoit

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

qu'une personne perd le statut de réfugié au sens de la Convention dans les cas où les raisons qui lui faisaient craindre d'être persécutée dans le pays qu'elle a quitté ou hors duquel elle est demeurée ont cessé d'exister—L'art. 2(3) prévoit qu'une personne ne perd pas le statut de réfugié pour le motif visé à l'art. 2(2)e) si elle établit qu'il existe des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures de refuser de se réclamer de la protection du pays hors duquel elle est demeurée de crainte d'être persécutée—L'art. 2(3) de la Loi tire son origine du paragraphe 5 de la section C de l'article premier de la Convention relative au statut des réfugiés—L'exception est expliquée au paragraphe 136 du Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié du Haut-Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés: on ne devrait s'attendre qu'une personne qui a été victime de formes atroces de persécution accepte le rapatriement, même s'il y a eu un changement de régime dans le pays puisque cela n'a pas nécessairement entraîné un changement complet dans l'attitude de la population ni dans les dispositions d'esprit du réfugié—Canada (*Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*) c. *Obstoj*, [1992] 2 C.F. 739 (C.A.); *Yamba c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 254 N.R. 388 (C.A.F.), portant sur l'art. 2(3)—De manière générale, il ressort de la jurisprudence de la C.A.F. que des «raisons impérieuses» découlent de persécutions antérieures qui peuvent être qualifiées d'«atroces», d'«effroyables» ou d'«épouvantables»—Demande accueillie—1) La SSR n'a pas commis d'erreur en appliquant le critère visant à déterminer si les persécutions antérieures étaient suffisamment «atroces» et «épouvantables»—Il suffit que, à la lumière de la preuve dont la SSR disposait et de la nature des prétentions qui lui ont été présentées pour le compte des demandeurs, que les mots «atroces» et «épouvantables» constituaient des outils d'interprétation appropriés pour aider la SSR à déterminer si la preuve documentaire et les témoignages démontraient, comme les demandeurs le prétendaient, qu'il existait des raisons impérieuses de ne pas les renvoyer au Congo—2) La SSR a l'obligation aux termes de l'art. 69.1(11) de la Loi sur l'immigration de motiver par écrit sa décision—Motifs suffisamment clairs, précis et intelligibles pour permettre au revendicateur de savoir pourquoi sa revendication a échoué et de juger s'il y a lieu d'en demander le contrôle judiciaire—La SSR n'a pas fait allusion à une évaluation psychiatrique qui concluait que la demanderesse adulte souffrait du syndrome de stress post-traumatique—Motifs insuffisants—Étant donné qu'elle avait reconnu que la demanderesse adulte avait été persécutée, on ne sait pas très bien ce que la SSR a voulu dire quand elle a indiqué que «la preuve ne permet[tait] pas de conclure»—La persécution exige, par définition, des mauvais traitements qui constituent un préjudice grave—Pour que les motifs soient valables, il faut recevoir une explication

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

suffisamment intelligible des raisons pour lesquelles des actes de persécution ne constituent pas des raisons impérieuses—Ce qui suppose qu'on examine à fond le degré d'atrocité des actes dont le demandeur a été victime, les répercussions de ces actes sur son état physique et mental et la question de savoir si les expériences et leurs conséquences constituent une raison impérieuse de ne pas le renvoyer dans son pays d'origine—La SSR a commis une erreur susceptible de contrôle en ne fournissant pas de motifs valables de sa décision—Cela règle l'instance, mais il convient d'examiner les autres prétentions—3) Bien qu'il ne soit pas fatal que la SSR n'ait pas parlé des rapports médicaux dans ses motifs si ceux-ci montrent par ailleurs qu'elle a bien examiné et compris la preuve, le fait qu'elle n'ait pas analysé la preuve d'ordre médical montre qu'elle n'a pas bien analysé et pris en compte la preuve dans ses motifs—De même, rien n'indique que la SSR a pris en considération le traitement subi par la demanderesse adulte aux mains de la police sud-africaine—La SSR n'avait pas l'obligation de tenir compte de l'art. 2(3) au regard des incidents survenus en Afrique du Sud—La persécution subie dans un autre pays ne peut justifier qu'une personne ne se réclame pas de la protection de son pays d'origine—Des événements subséquents survenus dans le pays d'origine d'une personne qui ne sont cependant pas assimilables à de la persécution peuvent accentuer ou amplifier l'effet de la persécution—La SSR doit considérer un revendicateur du statut de réfugié dans la situation où il se trouve au moment de son audience devant elle pour déterminer s'il devrait ou non être rapatrié—Les rapports médicaux décrivaient l'état de santé actuel de la demanderesse adulte à la suite des viols survenus au Congo et en Afrique du Sud—La SSR aurait dû tenir compte de l'effet cumulatif de ces événements sur la demanderesse adulte pour déterminer si, compte tenu de son état actuel, celle-ci a des raisons impérieuses de ne pas vouloir retourner au Congo—4) La SSR n'a rien dit des enfants dans l'analyse de l'art. 2(3)—Le Guide du HCR reconnaît que la persécution d'un membre de la famille peut être tellement grave qu'il est déraisonnable de s'attendre à ce qu'un revendicateur du statut de réfugié accepte d'être rapatrié—Par conséquent, et compte tenu du fait que la SSR a rejeté les revendications de tous les demandeurs au motif que la situation dans leur pays avait changé et de l'obligation légale de la SSR de prendre en considération l'art. 2(3) de la Loi après avoir refusé le statut de réfugié en raison d'un changement de la situation dans le pays en cause (l'arrêt *Yamba*), il s'ensuit que la SSR a commis une erreur de droit en ne prenant pas en considération l'art. 2(3) à l'égard de chaque demandeur—La SSR doit déterminer si les enfants en bas âge qui revendiquent le statut de réfugié peuvent satisfaire au critère établi par la jurisprudence—L'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 164 (C.A.) traitait de la nécessité de considérer

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

l'intérêt supérieur d'un enfant dans le contexte d'une demande fondée sur des raisons d'ordre humanitaire—L'arrêt *Ranganathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2001] 2 C.F. 164 (C.A.) formule la mise en garde suivante: plus on laisse les raisons d'ordre humanitaire intervenir dans le cadre des revendications du statut de réfugié, plus la procédure applicable aux réfugiés se confond avec la procédure propre à la prise en compte des raisons d'ordre humanitaire, de sorte que le concept de persécution que l'on trouve dans la définition de réfugié est remplacé en pratique par le concept d'épreuve, ce que ne souhaitait pas le législateur—La SSR n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle en ne prenant pas en compte l'intérêt supérieur des enfants quand elle s'est demandé si ces derniers ont des raisons impérieuses tenant à des persécutions antérieures de refuser de se réclamer de la protection du Congo—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 2(2)e) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 28, art. 1), (3) (mod., *idem*), 69.1(11) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 60)—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, 28 juillet 1951, [1969] Can T.S. n° 6, art. 1c(5).

ADJIBI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2580-01, 2002 CFPI 525, juge Dawson, ordonnance en date du 8-5-02, 17 p.)

Résidents permanents

Raisons d'ordre humanitaire

Demande de contrôle judiciaire d'une décision communiquée au demandeur par une lettre en date du 3 janvier 2001 au sujet d'une demande de résidence permanente présentée depuis le Canada pour des raisons d'ordre humanitaire—Le demandeur avait quitté le Vietnam à titre de réfugié en 1985 et avait été admis au Canada en tant qu'immigrant ayant obtenu le droit d'établissement en 1986, lorsqu'il avait 16 ans—Il avait été déclaré coupable de vol qualifié et de possession de biens volés et s'était vu infliger une peine à cet égard—Au mois de décembre 1999, le demandeur, qui était parrainé par sa conjointe, avait présenté une demande en vue de résider en permanence au Canada—Les conjoints avaient été convoqués à une entrevue le 11 avril 2000—La procédure suivie était inéquitable parce que le personnel du défendeur avait transmis à l'agente responsable pour examen les arguments du demandeur, qui avaient été demandés et qui avaient été reçus dans le délai de 30 jours, huit mois après que l'agente eut pris sa décision, par une lettre en date du 3 janvier 2001—Malgré les bonnes intentions de l'agente, la procédure d'examen de la demande d'ordre humanitaire était inéquitable—Les renseignements essentiels, soumis au défendeur, n'avaient pas été pris en considération lorsque la

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

décision en question avait été prise—Décision annulée et demande réexaminée par un agent différent.

TRUONG C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-4009-01, 2002 CFPI 570, juge MacKay, ordonnance en date du 15-5-02, 7 p.)

DROIT MARITIME**CONTRATS**

Appel de la décision par laquelle le juge des requêtes avait conclu que les dispositions d'un contrat de transport conclu entre les parties ne renfermaient pas de clause d'arbitrage «Centrocom» et rejetant la requête de l'appelante en vue de la suspension de l'instance engagée par les intimées—Au cours du voyage de retour entre la Syrie et le Canada, avec des marchandises rejetées, la cargaison de poteaux de téléphone avait été endommagée à la suite d'un incendie à bord du *Mariana*—Les intimées, propriétaires et assureurs de la cargaison, avaient intenté une action contre l'appelante, propriétaire du navire—Le juge des requêtes avait statué que les modalités du voyage de retour étaient identiques aux modalités dont les parties avaient convenu pour le voyage du Canada jusqu'en Syrie—Appel rejeté—Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en concluant que la clause d'arbitrage ne faisait pas partie des conditions dont les parties avaient convenu—Les modalités du voyage de retour étaient identiques aux modalités dont les parties avaient initialement convenu—La note de chargement ne renfermait pas de clause d'arbitrage—Le juge des requêtes a conclu qu'en l'espèce, la clause d'arbitrage avait été insérée en tant que modification au connaissance type «lignes régulières» et à la note de chargement «lignes régulières»; rien n'indiquait que la demanderesse eût donné son consentement par signature à la clause d'arbitrage; le défendeur ne s'était pas acquitté de l'obligation de prouver que la clause d'arbitrage était en vigueur et exécutoire conformément aux termes du Code d'arbitrage commercial—Distinction faite d'avec *Thyssen Canada Ltd. c. Mariana (Le)*, [2000] 3 C.F. 398 (C.A.)—Si l'appelante avait l'intention d'assujettir le contrat de transport à une clause d'arbitrage, elle aurait dû faire part de son intention à l'intimée Stella Jones—Stella Jones n'a jamais consenti à la clause d'arbitrage—Loi sur l'arbitrage commercial, L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 17.

STELLA JONES INC. C. *MARIANA* (LE) (A-629-01, 2002 CAF 215, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 24-5-02, 8 p.)

PRATIQUE

Requête visant à faire condamner le fournisseur d'une sûreté, la Banque Royale du Canada, au paiement d'une

DROIT MARITIME—Fin

somme de 550 000 \$ US—Requête résolue par consentement au cours d'un ajournement—Le *Mys Chikhacheva*, un gros bateau de pêche hauturière, a été saisi le 13 octobre 1998, et la Banque a déposé une garantie tenant lieu de cautionnement afin d'obtenir la mainlevée de la saisie du navire le 2 décembre 1998—La demanderesse a obtenu gain de cause en première instance, le juge Dubé ayant rendu un jugement en sa faveur le 20 février 2001—La C.A.F. a confirmé le jugement du juge Dubé—Défaut initial de la sûreté, manière négligente dont la Banque a réagi à ce qu'elle considérait comme un vice de forme, eu égard à l'ordonnance de paiement rendue par le juge Dubé, forçant ainsi la demanderesse à présenter une requête en paiement—Il incombe à quiconque fait métier d'offrir des sûretés contractuelles en vue d'obtenir la mainlevée de la saisie d'un navire d'être facilement accessible pour le cas où le propriétaire du navire ne voudrait pas ou ne pourrait pas payer promptement lorsque sa responsabilité est établie—La garantie donnée par la Banque aurait dû être interprétée en rapport avec la matrice factuelle et les circonstances qui l'ont entourée, sans oublier l'objet commercial de la garantie, et compte tenu d'absolument toute chose ayant pu influencer sur la manière dont le texte du document aurait été compris par une personne raisonnable—La garantie devait protéger, non pas la Cour fédérale du Canada, mais la demanderesse, qui avait abandonné sa sûreté réelle de qualité, et la Banque aurait dû réagir de bonne grâce et avec empressement pour donner effet à sa garantie—Il serait juste de condamner la Banque à d'importants dépens si elle était une partie, mais il ne devrait pas être adjugé de dépens contre la Banque puisqu'elle n'est pas une partie—Quant aux dépens contre l'armateur défendeur, c'est Bering Trawlers Ltd., et non son avocat, qui a forcé la présente requête en ne procédant pas rapidement à la liquidation du jugement—La demanderesse ayant atteint son objectif, c'est-à-dire le paiement du jugement, alors il est légitime de condamner Bering Trawlers Ltd. à payer des dépens de 500 \$ à la demanderesse.

RICHARDSON INTERNATIONAL, LTD. C. *MYS CHIKHACHEVA* (THE) (T-1944-98, 2002 CFPI 482, notaire Hargrave, ordonnance en date du 26-4-02, 10 p.)

FONCTION PUBLIQUE**PROCÉDURE DE SÉLECTION***Concours*

Demande de contrôle judiciaire de la décision du comité d'appel de la Commission de la fonction publique de rejeter l'appel du demandeur concernant la nomination du défendeur Siggner au poste de conseiller-analyste principal, Statistiques

FONCTION PUBLIQUE—Fin

sur les Autochtones, Statistique Canada—À cause d'une erreur informatique dans le processus de sélection, seules quatre pages et demie sur les neuf pages du curriculum vitae du demandeur ont été prises en considération dans le processus de nomination en vertu de l'art. 10 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique—Le demandeur a été informé qu'il n'avait pas l'expérience nécessaire pour être qualifié pour le poste—Il s'agit de savoir si le comité d'appel a erré quand il a conclu qu'il n'y avait pas d'irrégularité dans le processus de sélection puisque le demandeur a été invité à fournir davantage de renseignements, mais a refusé de le faire parce que, selon lui, il avait déjà fourni les renseignements pertinents dans son curriculum vitae—Les parties ont convenu que c'est le système de l'employeur qui est la cause de l'erreur informatique—La conclusion du comité d'appel selon laquelle l'erreur informatique n'avait pas eu d'incidence sur l'application du principe du mérite contenu à l'art. 10 de la Loi est une question de droit—La norme de révision appropriée quant à cette question de droit est celle de la décision correcte—Conformément à l'art. 10, les nominations internes à des postes de la fonction publique se font sur la base d'une sélection fondée sur le mérite soit par concours, soit par tout autre mode de sélection du personnel fondé sur le mérite des candidats—Le demandeur n'a pas été traité selon le principe du mérite pour cette nomination—Le comité d'appel a erré en droit en décidant que le jury de sélection avait fait la nomination conformément au principe du mérite comme le prescrit l'art. 10(1) de la Loi—Le défaut d'évaluer le demandeur sur son véritable curriculum vitae plutôt que sur celui transmis de façon incomplète à cause de l'erreur informatique constitue une irrégularité importante dans le processus de nomination—Le demandeur croyait légitimement et raisonnablement que le jury de sélection lirait son curriculum vitae et remarquerait qu'il était tronqué et incomplet—Le comité d'appel a commis une erreur de fait en concluant que le Ministère avait agi de façon raisonnable dans les circonstances—Demande accueillie—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10 (mod. L.C. 1992, ch. 54, art. 10).

STEWART C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)
(T-2384-00, 2002 CFPI 423, juge Kelen, ordonnance en date du 12-4-02, 9 p.)

IMPÔT SUR LE REVENU**CALCUL DU REVENU***Déductions*

Crédits d'impôt pour personnes handicapées—Appel d'une décision par laquelle la Cour canadienne de l'impôt (C.C.I.) avait conclu que l'intimé avait droit aux crédits d'impôt pour

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

personnes handicapées qu'il demandait—Dans ses déclarations de revenu de 1997 et de 1998, l'intimé avait demandé des crédits d'impôt pour personnes handicapées—Le MRN avait rejeté la demande de crédits d'impôt pour personnes handicapées en se fondant sur l'hypothèse selon laquelle l'intimé n'avait pas une déficience mentale ou physique prolongée—La principale question que la C.C.I. avait à trancher se rapportait à l'attestation du psychiatre de l'intimé—Le ministre avait refusé d'accorder les crédits d'impôt pour personnes handicapées demandés par l'intimé en se fondant sur l'attestation défavorable du psychiatre—Le juge de la C.C.I. avait conclu que l'attestation du psychiatre n'indiquait pas qu'un avis médical indépendant impartial avait été donné—Le psychiatre de l'intimé avait mal interprété ce qui constitue une activité courante de la vie quotidienne au sens de l'art. 118.4(1)c) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le juge de la C.C.I. avait raison de conclure que le psychiatre avait mal interprété l'art. 118.4(1)c) et qu'en rédigeant l'attestation, il avait appliqué le mauvais critère juridique en ce qui a trait aux activités courantes de la vie quotidienne—Le fait que le ministre avait établi la cotisation en se fondant sur une attestation médicale défavorable n'était pas concluant—Afin d'accorder un crédit d'impôt pour personnes handicapées, le ministre doit avoir reçu une attestation médicale favorable—Il n'était pas loisible au juge de la C.C.I. de ne pas tenir compte de cette exigence et de substituer tout simplement son avis à celui du médecin—La tâche du juge de la C.C.I. consiste à déterminer, en se fondant sur la preuve médicale, si une attestation défavorable doit être considérée comme une attestation favorable—Il était loisible au juge de la C.C.I. de conclure que l'incapacité de l'intimé, sur le plan de la perception, de la réflexion et de la mémoire, était si grave que celui-ci n'était pas capable d'accomplir les tâches mentales nécessaires pour fonctionner d'une façon indépendante et compétente dans la vie quotidienne et de conclure que l'attestation médicale avait été rédigée d'une façon incorrecte et que, s'il appliquait le bon critère juridique, il faudrait considérer l'attestation défavorable comme une attestation favorable—Le juge de la C.C.I. n'a pas commis d'erreurs manifestes et dominantes et n'a pas omis de tenir compte de la preuve ou de n'en faire aucun cas—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 118.4 (édicte par L.C., 1994, ch. 7, ann. II, art. 91; 1998, ch. 19, art. 25; 1999, ch. 22, art. 36).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. BUCHANAN
(A-416-01, 2002 CAF 231, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 31-5-02, 17 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle le demandeur n'était pas justifié de déduire en vertu des art. 60 et 60.1(2) de la Loi de

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

l'impôt sur le revenu les paiements qu'il a fait à des tiers dans le cadre d'une entente avec son ex-conjointe—Le demandeur a divorcé en 1989 et une entente relative aux mesures accessoires a été incorporée au jugement de divorce—En vertu de cette entente, le demandeur a effectué des paiements directement aux créanciers—Pour les années 1994, 1995, 1996 et 1997, les sommes ainsi payées par le demandeur totalisaient respectivement 17 369 \$, 19 265 \$, 20 104 \$ et 19 921 \$—Le demandeur a déduit ces sommes de son revenu—Le but des art. 56.1(2) et 60.1(2) est de permettre la déduction par le payeur de paiements faits à des tiers pour le compte de son ex-conjoint ou conjointe à la condition que les montants de ces paiements soient inclus dans le revenu de ce dernier ou cette dernière—La défenderesse a adopté une interprétation très restrictive des art. 56.1(2) et 60.1(2)—Il n'est pas nécessaire que les numéros des art. 56.1(2) et 60.1(2) soient expressément mentionnés dans l'accord écrit, il suffit que les parties aient compris les incidences fiscales de cet accord—Les buts combinés des art. 56, 56.1(2), 60 et 60.1(2) sont de permettre aux époux divorcés de bénéficier d'un allègement de leur fardeau fiscal et de s'assurer qu'ils sont conscients et informés des conséquences qui en découlent pour l'un et l'autre—L'art. 60 n'est pas mandataire, mais simplement permissif: il ne crée pas d'obligation—Non seulement est-il implicite, dans le contexte où cet accord est intervenu et a été rédigé, qu'en assumant les obligations de paiement à des tiers pour le compte de son ex-conjointe, le demandeur se réservait le droit de réclamer les avantages fiscaux qui en découlaient, mais il a clairement indiqué dans son témoignage qu'il les connaissait et les recherchait—L'art. 60.1(2) crée une présomption que les paiements faits à des tiers par le contribuable pour le compte du bénéficiaire constituent une allocation périodique qu'elle peut utiliser à sa discrétion et donc une pension alimentaire—Refuser dans les circonstances les déductions réclamées par le demandeur équivaut à le pénaliser injustement en lui refusant un droit qui est le pendant de toutes les obligations alimentaires qu'il a assumées et exécutées de bonne foi—Le demandeur avait droit aux déductions réclamées pour les années en litige, soit de 1994 à 1997—Demande accueillie—Loi de l'impôt sur le revenu, L.R.C. (1985) (5^e suppl.), ch. 1, art. 56 (mod. par L.C. 1994, ch. 7, ann. II, art. 32), 56.1 (mod., *idem*, ann. VIII, art. 18), 60 (mod., *idem*, ch. 7, ann. II, art. 34), 60.1 (mod., *idem*, ann. VIII, art. 22).

VEILLEUX C. CANADA (A-816-00, 2002 CAF 201, juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 16-5-02, 17 p.)

SOCIÉTÉ DE PERSONNES

Appel du rejet par la Cour de l'impôt ((1998), 98 D.T.C. 1933) de l'appel interjeté contre les nouvelles cotisations—Déduction des pertes réclamées à titre d'associé dans une

IMPÔT SUR LE REVENU—Suite

société en nom collectif du Texas refusée par le ministre—L'appelant a acheté une participation dans Claridge Holdings No. 1, dont le seul bien était une participation de 99 p. 100 dans une société en nom collectif de l'État du Texas comportant le droit d'acquérir 5,4 p. 100 des unités condominiales invendues, une option d'achat sur le reliquat des unités invendues, une perte fiscale s'élevant à 34 millions de dollars US ou 45 millions de dollars CAN—Attribution et utilisation d'une partie de la perte fiscale à l'origine de la nouvelle cotisation—La Cour de l'impôt a jugé que Claridge Holdings No. 1 n'était pas une société en nom collectif parce que l'appelant n'avait pas une expectative raisonnable de profit; l'appelant n'avait donc pas le droit de déduire ses pertes—La décision de la Cour de l'impôt a été prononcée avant les arrêts *Continental Bank Leasing Corp. c. Canada*, [1998] 2 R.C.S. 298, *Spire Freezers Ltd. c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 391 et *Backman c. Canada*, [2001] 1 R.C.S. 367 de la Cour suprême du Canada—Il est maintenant bien établi que la question déterminante dans ce genre d'affaire est la suivante: l'appelant est-il un associé dans une société en nom collectif selon la définition de cette société que donne le droit provincial pertinent, même lorsqu'il s'agit d'une société en nom collectif étrangère—L'arrêt *Continental Bank* énumère les trois éléments essentiels d'une société en nom collectif en Ontario: 1) une entreprise, 2) exploitée en commun, 3) en vue de réaliser un bénéfice—La décision de la Cour de l'impôt a été prononcée avant les arrêts de la Cour suprême du Canada et la Cour de l'impôt a commis une erreur de droit parce qu'elle a appliqué un critère erroné—La conclusion relative à la question de savoir si les faits correspondent à un critère juridique (en l'espèce, le critère de la société en nom collectif) est une conclusion mixte de fait et de droit—Lorsqu'une erreur de droit a été extirpée d'une conclusion mixte de fait et de droit, la Cour d'appel doit, en se basant sur les faits constatés par le tribunal, en arriver à sa propre conclusion en appliquant le critère juridique pertinent—La Cour doit examiner si les preuves documentaires objectives, les faits de l'affaire, y compris les actions des parties, sont compatibles avec l'intention subjective d'exercer l'entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice—D'après les conclusions de fait de la Cour de l'impôt, il n'était pas prévu de rentabiliser le projet de condominiums—L'appelant n'a pas établi que les conclusions de fait étaient viciées par une erreur manifeste ou déterminante—Un contribuable peut certes avoir pour principale motivation, en se joignant à une apparence de société en nom collectif, d'obtenir une perte fiscale mais il doit avoir au moins l'intention accessoire d'exercer une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice, s'il veut que la société réponde au critère juridique—Les seules preuves retenues par la Cour de l'impôt étaient celles qui montraient que l'appelant avait l'intention d'acheter une perte fiscale et que c'est ce qu'il avait fait—L'appelant n'exerçait

IMPÔT SUR LE REVENU—Fin

pas une entreprise en commun en vue de réaliser un bénéfice lorsqu'il a acheté une participation dans Claridge Holdings No. 1—Le demandeur n'était pas un associé d'une société en nom collectif et ne pouvait bénéficier des règles applicables aux sociétés en nom collectif prévues à l'art. 96 de la Loi de l'impôt sur le revenu et ne pouvait déduire des pertes—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 96 (mod. par S.C. 1974-75-76, ch. 26, art. 60; 1983-84, ch. 1, art. 43; 1984, ch. 45, art. 32; 1986, ch. 55, art. 25; 1987, ch. 46, art. 32; 1988, ch. 55, art. 66; 1991, ch. 49, art. 72).

WITKIN C. CANADA (A-382-98, 2002 CAF 174, juge Rothstein, J.C.A., jugement en date du 10-5-02, 7 p.)

PÉNITENCIERS

Appel de la décision ((2000), 197 F.T.R. 294) accueillant la demande de contrôle judiciaire de la décision de placer l'intimé en isolement préventif—L'intimé est soupçonné d'avoir été un des instigateurs à un bouleversement à l'établissement de Port-Cartier comportant d'importants bris de matériels et remettant en question la sécurité de l'établissement—L'intimé fut placé en isolement préventif pour 19 jours pour le motif que sa présence pourrait nuire à l'enquête pourrait nuire à l'enquête qui se déroulait—Les questions qui sont soulevées: les autorités carcérales avaient-elles des motifs raisonnables de placer l'intimé en isolement préventif en vertu de l'art. 31(3)b) de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition; les autorités carcérales avaient contrevenu aux règles d'équité procédurale en ne fournissant pas à l'intimé suffisamment d'informations pour lui permettre de contester efficacement la décision le plaçant en isolement préventif?— Le juge de première instance a accueilli la demande de contrôle judiciaire pour le motif que les autorités carcérales avaient violé le principe d'agir équitablement en ne lui fournissant aucun renseignement pertinent concernant les allégations motivant son isolement préventif—Appel accueilli —Le juge était persuadé que l'intimé fut placé en isolement préventif en raison des allégations l'impliquant dans les événements— Mais en l'absence de preuve que les motifs exprimés par la direction à l'occasion du placement de l'intimé en isolement préventif et à chaque révision de ce placement n'étaient pas les véritables motifs, le juge se devait de les accepter—Or, rien au dossier ne lui permettait de conclure que les motifs invoqués par les autorités carcérales étaient fictifs—Le juge a été induit en erreur en confondant la cause du placement en isolement de l'intimé et l'occasion de ce placement—En l'espèce, on ne reprochait pas à l'intimé d'être l'instigateur; on lui reprochait de poser un risque de nuire à l'enquête—Ce n'est pas en ayant plus de détails sur les informations selon lesquelles il était l'instigateur que l'intimé serait mieux placé pour contester la crainte qu'il nuirait à l'enquête qui se

PÉNITENCIERS—Fin

déroulait—Le juge a donc commis une erreur qui justifie l'intervention de cette Cour quand il ne s'est pas penché sur la question du caractère raisonnable de la crainte que l'intimé risquait de nuire à l'enquête en cours, et quand il s'attarda sur la question de la suffisance des renseignements qu'a reçus l'intimé quant à l'allégation qu'il était instigateur de la perturbation à l'établissement Port-Cartier—Le directeur de l'établissement avait des motifs raisonnables de croire que la présence de l'intimé dans la population carcérale risquait de nuire à l'enquête dont l'objet était d'identifier le ou les instigateurs de la perturbation—Ce n'était pas déraisonnable de penser que l'intimé aurait intérêt à influencer, par les moyens à sa disposition, le témoignage des autres afin d'éviter qu'on l'accuse d'être un instigateur—En ce qui concerne l'équité procédurale, l'administration carcérale a communiqué à l'intimé qu'elle estimait qu'il pourrait nuire au déroulement de l'enquête ainsi que les faits qui appuyaient cette conclusion —Ce n'était pas nécessaire de lui fournir de plus amples renseignements au sujet de ces informations—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 31(3)b).

BLOSS C. CANADA (A-819-00, 2002 CAF 220, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 28-5-02, 11 p.)

PENSIONS

Requête visant à faire radier l'action du demandeur qui réclamait la somme de 3 017 712 \$ par suite de dommages découlant de son service militaire—Selon la défenderesse, la présente action vise à obtenir une réparation pour un préjudice qui donne déjà lieu au paiement d'une pension (syndrome de stress post-traumatique)—Compte tenu de la teneur de l'art. 9 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, l'action du demandeur doit être radiée—Un demandeur ne peut obtenir une indemnisation pour une perte qui est la même que celle qui crée le droit à une pension ou à une indemnité pertinente—Le ministère des Anciens combattants a conclu que la demande de pension d'invalidité du demandeur pour son état de stress post-traumatique ouvrait droit à une pension—La déclaration du demandeur a le même fondement factuel que la pension qu'il reçoit ou pourrait recevoir—Le demandeur reçoit une pension d'invalidité partielle pour les troubles attribuables à un syndrome de stress post-traumatique—Puisque dans son action, le demandeur cherche à être indemnisé pour ses incapacités physiques et psychologiques découlant d'événements autres que ceux survenus en Haïti, et qu'il n'a pas fait une demande de pension pour la dépression majeure résultant de ces événements, les procédures dans la présente affaire sont suspendues jusqu'à ce que le ministre des Anciens combattants, sur demande formelle du demandeur faite conformément à l'art. 79 et suivants de la Loi sur les pensions,

PENSIONS—Fin

ait adjugé sur l'admissibilité du demandeur à une pension en vertu de cette Loi—Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 9—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 79 (mod. par L.C. 1995, ch. 18, art. 73).

DROLET C. CANADA (T-600-02, 2002 CFPI 640, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 5-6-02, 11 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Commission d'appel des pensions confirmant la décision d'un tribunal de révision qui avait refusé une pension d'invalidité à la demanderesse au motif qu'elle n'était pas invalide au sens de l'art. 42(2) du Régime des pensions du Canada—La demanderesse prétend qu'à cause de ses problèmes de dos, de jambes, de mains et de fibromyalgie, elle ne peut plus effectuer aucun travail—Application de la norme de la décision correcte quant au droit; de la décision manifestement déraisonnable quant aux faits—Demande accueillie—L'art. 83(11) de la Loi l'oblige à aviser, par écrit, les parties, de sa décision et des motifs la justifiant—Les motifs doivent donc être appropriés, pertinents et intelligibles, et doivent permettre à la partie perdante d'évaluer les possibilités d'un appel ou contrôle judiciaire—La Commission ne fait aucun état d'une analyse qu'elle aurait faite en application des critères législatifs applicables pour déterminer si l'incapacité dont souffre la demanderesse est «grave et prolongée», ce qui entache la validité de la décision—Les auditions devant la Commission ayant un caractère *de novo*, il est utile de rappeler qu'il incombera à la demanderesse de faire la preuve devant la Commission de son incapacité physique face aux exigences de l'art. 42(2) de la Loi et des efforts qu'elle a déployés pour se trouver un emploi dans les circonstances—Régime des pensions du Canada, L.R.C. (1985), ch. C-8, art. 42(2) (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 12; L.C. 1992, ch. 1, art. 23), 83(11) (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 30, art. 45).

LALONDE C. CANADA (MINISTRE DU DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES) (A-493-00, 2002 CAF 211, juge Desjardins, J.C.A., jugement en date du 28-5-02, 11 p.)

PEUPLES AUTOCHTONES**ÉLECTIONS**

Demande visant l'obtention d'une ordonnance interlocutoire annulant la résolution du Conseil des Mohawks de Kanesatake destituant James Gabriel de ses fonctions de grand chef du Conseil—Le demandeur désire également être réintégré dans ses fonctions de grand chef tant qu'une ordonnance définitive n'était pas rendue—La demande de contrôle judiciaire présentée par le demandeur touchait une question délicate, à savoir la procédure par laquelle les conseillers pouvaient être

PEUPLES AUTOCHTONES—Suite

élus ou destitués de leurs fonctions pour des motifs fondés sur la non-confiance—Cette question et les événements se rapportant à la destitution du demandeur divisaient la communauté mohawk de Kanesatake—Avant 1991, la sélection et la nomination du grand chef et des autres chefs étaient effectuées par les Six Nations Traditional Hereditary Clan Mothers selon les coutumes de la bande—En 1992, le projet de code électoral (prévoyant l'élection démocratique des conseillers et le recours au scrutin secret) avait été adopté en principe par la bande—Le demandeur était d'abord devenu grand chef en 1996 et avait été réélu en 1998 et en 2001—Les nouveaux conseillers qui avaient été élus lors des élections en l'an 2001 ne partageaient pas le point de vue du demandeur et mettaient l'accent sur la responsabilité publique plutôt que sur des questions de police et de sécurité—Lors d'une assemblée publique spéciale tenue au mois de décembre 2001, la majorité avait voté en faveur de la destitution du demandeur de ses fonctions de grand chef, mais seules les personnes résidant à Kanesatake ou à Oka étaient autorisées à voter—Le lendemain, le conseil avait adopté une résolution reconnaissant le vote qui avait eu lieu lors de l'assemblée spéciale et avait également décidé que Steven Bonspille agirait comme grand chef provisoire tant qu'une élection partielle ou que les élections régulières suivantes ne seraient pas tenues—L'arrêt *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311 s'applique: question sérieuse; préjudice irréparable; prépondérance des inconvénients—Requête accueillie—En ce qui concerne la question sérieuse, il existait une forte preuve *prima facie* montrant que la résolution relative à la destitution, qui était fondée sur un vote excluant les non-résidents, était illégale parce qu'elle faisait une distinction illicite à l'égard des non-résidents: *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203—En outre, il existait une forte preuve *prima facie* montrant qu'aucune coutume ne prévoyait la destitution d'un conseiller au moyen d'un vote de non-confiance—La résolution du conseil en l'espèce n'avait pas été adoptée conformément au Code électoral—Une procédure électorale qui ne respecte pas le Code ne semble pas représenter la pratique généralement reconnue et ne devrait pas être considérée comme représentant la coutume de la bande—Une question sérieuse était soulevée—Quant au préjudice irréparable, si la Cour n'accordait pas d'injonction et si la demande de contrôle judiciaire était subséquemment accueillie, le demandeur n'aurait pas droit à la réparation dont peut normalement se prévaloir l'employé qui a été congédié—En outre, le poste de grand chef est un poste prestigieux; la perte de prestige ne peut pas être compensée par des dommages-intérêts—De plus, cela voudrait dire que le demandeur n'aurait pas été en fonction pendant presque toute la durée de son mandat—La prépondérance des inconvénients

PEUPLES AUTOCHTONES—Fin

militait en faveur du demandeur—La Cour n'était pas convaincue que l'octroi d'une injonction aggraverait une situation déjà explosive—Il est difficile de conclure à l'existence d'un consensus au sujet de la destitution du demandeur advenant le cas où un nouveau scrutin serait tenu—Étant donné que le demandeur a été destitué de ses fonctions et qu'il a été remplacé sans qu'une élection partielle soit déclenchée, on devrait laisser sans délai le demandeur reprendre ses fonctions de grand chef tant qu'une décision définitive ne sera pas rendue—Enfin, les actions des défendeurs pourraient être considérées comme minant le nouveau système démocratique mis en œuvre en 1992.

GABRIEL C. CONSEIL DES MOHAWKS DE KANESATAKE (T-33-02, 2002 CFPI 483, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 29-4-02, 17 p.)

PRATIQUE**ACTES DE PROCÉDURE***Modifications*

Requête présentée par la demanderesse, la bande d'Ermineskin, en vue de l'obtention de l'autorisation de modifier de nouveau sa déclaration dans l'action T-2804-97 ainsi que la défense qu'elle avait déposée à titre de mise en cause dans les actions T-617-85 et T-782-97, où les bandes de Montana et de Samson étaient les demanderesse respectives—L'affaire comportait trois actions principales—La bande d'Ermineskin avait déjà modifié sa déclaration à deux reprises—Les nouvelles modifications projetées étaient importantes—Il serait difficile de surestimer l'importance des changements—Il ne s'agissait pas simplement de questions «théoriques» ou d'ordre administratif; ces questions touchaient le fondement même des droits revendiqués par la bande d'Ermineskin—La prétention de la bande d'Ermineskin selon laquelle il s'agissait simplement de «précisions» au sujet de la demande, telle qu'elle était libellée, n'était pas fondée—Les modifications projetées, si elles étaient admises, exigeraient de longues plaidoiries de la part des autres parties ainsi qu'une longue communication préalable additionnelle, oralement ou au moyen d'interrogatoires—Si l'on autorisait ces modifications, il serait impossible d'instruire la première phase à la date prévue—Le droit est clair: les modifications devraient être autorisées à moins de causer un préjudice qui ne peut pas être compensé au moyen de l'adjudication des dépens—Il s'agit d'un exemple classique d'un tel préjudice non indemnisable—Requête relative aux modifications rejetée—Quant à la question des dépens, il n'y avait aucune excuse légitime justifiant la présentation aussi tardive de la requête—La bande d'Ermineskin versera au titre des dépens un montant de 5 000 \$ à la bande de Montana et un montant de 5 000 \$ à la

PRATIQUE—Suite

Couronne, et ce, immédiatement et quelle que soit l'issue de la cause.

BANDE DE MONTANA C. CANADA (T-617-85, T-782-97, T-2804-97, 2002 CFPI 583, juge Hugessen, ordonnance en date du 22-5-02, 11 p.)

Requête en radiation

Requête en radiation d'un avis de demande de contrôle judiciaire pour le motif qu'il y a abus de procédure et visant à obliger le demandeur à fournir un cautionnement pour les dépens compte tenu du fait qu'il est indigent et que l'instance est frivole et vexatoire—Rien n'empêche l'application à la demande ici en cause de la règle 416, qui porte sur le cautionnement pour dépens—Les parties, Ronald Maheu et IMS Health Canada, étaient des concurrents dans le secteur de la vente aux fabricants de produits de prescription de renseignements relatifs aux ordonnances rédigées par les médecins—Le demandeur Maheu, en sa qualité de président et de directeur général de Pharma Communications Group Inc., avait allégué que le Commissaire à la protection de la vie privée avait commis une erreur en concluant que les renseignements recueillis et communiqués par IMS n'étaient pas des renseignements personnels en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques—En exerçant un contrôle sur leurs propres procédures, les cours de justice sont autorisées à empêcher qu'on fasse obstacle à leurs procédures en engageant des instances oppressives et vexatoires—Les concepts de caractère frivole ou vexatoire et d'abus sont étroitement liés et sont bien souvent interchangeable—Utiliser la Loi en vue d'obtenir un avantage commercial concurrentiel constitue un abus et cela est vexatoire ou frivole, mais en l'absence de décisions concernant la portée de la Loi, la Cour ne veut pas radier l'acte de procédure en cause—Il ressort clairement de la lecture de la règle 416(1)g) qu'IMS n'a pas à démontrer d'une façon absolue que la demande de M. Maheu est de fait frivole et vexatoire—Il y a lieu de croire que le demandeur utilise la Loi à des fins indirectes irrégulières plutôt qu'aux fins énoncées à l'art. 3 de la Loi—La Loi vise à réglementer la collecte, l'utilisation et la communication de renseignements personnels générés dans le cadre d'activités commerciales—Quant à la capacité de payer les dépens, advenant qu'il est ordonné de les payer, il incombe à IMS de fournir une preuve *prima facie* montrant que le demandeur ne détient pas suffisamment d'actifs pour payer les dépens s'il est obligé de le faire—La défenderesse IMS a clairement établi qu'il y a lieu de croire que l'instance est frivole et vexatoire et que le demandeur ne détiendrait pas suffisamment d'actifs au Canada pour payer ses dépens—Il est approprié d'ordonner qu'un cautionnement pour dépens soit fourni—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 416—Loi sur la

PRATIQUE—Suite

protection des renseignements personnels et les documents électroniques, L.C. 2000, ch. 5, art. 3.

MAHEU C. IMS HEALTH CANADA (T-1967-01, 2002 CFPI 558, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 14-5-02, 14 p.)

JUGEMENTS ET ORDONNANCES*Jugement sur consentement*

Requête en jugement sur consentement contre le défendeur Sheldon R. Rotman—Selon le procès-verbal de transaction, le défendeur s'engageait à payer 35 000 \$ aux demanderesse, mais s'il versait 7 500 \$ à la signature de ce procès-verbal, les demanderesse acceptaient de renoncer au paiement du solde—S'il omettait de respecter l'une ou l'autre des conditions prévues au procès-verbal, il était alors «loisible aux demanderesse d'obtenir jugement, conformément au présent procès-verbal de transaction, pour une somme de 35 000 \$ moins le montant de n'importe quel paiement reçu en acompte»—Formule d'ordonnance sur consentement présentée à la Cour comportant les mêmes dispositions—Une seule ordonnance définitive doit trancher le litige: *Carpenter Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.)—Raison profonde de cette règle: lors du prononcé du jugement, la cause d'action sous-jacente se fonde dans ce jugement et ne peut ensuite servir à étayer une autre décision de la Cour, sauf quant au jugement rendu, qu'il soit prononcé à la suite d'une instruction ou d'un consentement—Les demanderesse ne peuvent obtenir un jugement définitif dans lequel elles se réservent le droit de présenter une nouvelle demande de jugement dans l'éventualité du non-respect des conditions du jugement initial—Si elles obtiennent jugement, les demanderesse peuvent uniquement procéder à son exécution forcée—Si elles s'en remettent au procès-verbal de transaction, elles peuvent intenter des poursuites en cas de manquement—Le jugement doit respecter les modalités du consentement du défendeur—Requête rejetée avec autorisation de présenter une nouvelle demande.

TIME WARNER ENTERTAINMENT CO., L.P. C. PERSONNES, NOMS INCONNUS (T-1057-99, 2002 CFPI 394, juge Pelletier, ordonnance en date du 9-4-02, 4 p.)

PREUVE

Documents confidentiels—Appel formé contre un jugement du juge Nadon en date du 24 décembre 2001, 2001 CFPI 1434; ([2001] A.C.F. n° 1950)—Les appelants ont introduit une action contre la Couronne pour des dommages liés à la saisie de leur chalutier par la Couronne en mars 1995, à environ 240 milles à l'est du Canada—En juillet 2001,

PRATIQUE—Suite

l'avocat des appelants a procédé à l'interrogatoire préalable de Leo Strowbridge, un employé de l'État—Les appelants ont déposé deux avis de requête distincts devant la Section de première instance en vue de contraindre M. Strowbridge à répondre aux questions qui lui avaient été posées durant l'interrogatoire préalable, ainsi qu'à plusieurs autres questions—Le juge Nadon a rejeté la requête des appelants en réponses complémentaires—Les requêtes de la Couronne visaient à une directive selon la règle 54 ordonnant que les quatre affidavits confidentiels soient «consultés dans la salle des coffres de la Cour» par les juges chargés de statuer sur l'appel—Les appelants se sont opposés aux requêtes de la Couronne—La requête pour que soit donnée une directive selon la règle 54 a été rejetée—Elle était fondée sur une mauvaise compréhension de la pratique de la Cour au regard des documents confidentiels—Lorsque des documents confidentiels sont produits dans le cadre d'un appel, leur sécurité est assurée par le personnel du greffe—Les juges assignés à l'instruction de l'appel sont informés que des documents confidentiels ont été déposés—Si les juges souhaitent se référer aux documents confidentiels avant l'audience ou durant leur délibéré, ils peuvent demander à les voir—Ils ne se rendent pas dans une voûte pour les lire—Les documents leur sont plutôt remis dûment scellés—Les documents confidentiels sont également produits à l'audience lorsqu'ils sont mentionnés durant les plaidoiries—Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 54.

JOSE PEREIRA E HIJOS, S.A. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-3-02, 2002 CAF 167, juge Sharlow, J.C.A., ordonnance en date du 1-5-02, 11 p.)

MODIFICATIONS DES DÉLAIS

Requête en prorogation du délai accordé pour la signification d'une contre-preuve émanant d'un courtier maritime-expert entretenant une opinion différente au sujet de l'existence d'une charte-partie—Rôle essentiel des usages et du code de conduite des courtiers maritimes—Déposition de courtiers maritimes en activité à titre d'expert considérée utile par le tribunal—Critères formulés dans *Canada (Procureur général) c. Hennelly* (1999), 244 N.R. 399 (C.A.F.): intention constante de poursuivre la demande; demande bien fondée; absence de préjudice en raison du délai—Requête accordée—Intention constante établie en l'espèce—Demande bien fondée—Absence de préjudice—Ces éléments compensent largement les faiblesses de l'explication du retard (la maladie de l'avocat de la défense)—Prorogation appropriée en l'espèce pour que justice soit faite entre les parties.

ARMONIKOS CORP. LTD. C. SASKATCHEWAN WHEAT POOL (T-906-00, 2002 CFPI 526, protonotaire Hargrave, ordonnance du 8-5-02, 6 p.)

PRATIQUE—Fin**SUSPENSION D'INSTANCE**

Requête en suspension des procédures dans l'affaire *Caza v. Groupe TVA et Manon Malo*, devant le Tribunal canadien des droits de la personne, jusqu'à ce que jugement soit rendu dans la demande de contrôle judiciaire dans ce dossier—La défenderesse Nadia Caza a allégué que les défenderesses Groupe TVA et Manon Malo ont fait preuve de discrimination à son égard au motif de sa nationalité égyptienne et de son origine ethnique arabe—La Commission canadienne des droits de la personne a avisé le Tribunal qu'elle demanderait la récusation du membre instructeur au motif d'apparence raisonnable de partialité—Les trois critères établis par la Cour suprême du Canada dans *Manitoba (Attorney General) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110 ont été satisfaits—Il y a une question sérieuse à trancher, à savoir si la conduite du membre instructeur soulève une crainte raisonnable de partialité dans l'instruction d'une plainte de discrimination fondée sur la race—Forcer la Commission et la plaignante à procéder devant un membre instructeur dont le comportement fait craindre un manquement d'impartialité dans le traitement de cette plainte ne peut que leur créer un préjudice irréparable, qui ne saurait être corrigé par une décision ultérieure—Quant à la balance des inconvénients, la question de partialité l'emporte sur tout intérêt public qui milite en faveur de la poursuite de l'audience—Requête accueillie.

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE) C. MALO (T-732-02, 2002 CFPI 547, juge Tremblay-Lamer, ordonnance en date du 13-5-02, 6 p.)

RELATIONS DU TRAVAIL

Demande de contrôle judiciaire de la décision d'un arbitre désigné en vertu du Code canadien du travail qui a estimé que les individus défendeurs étaient des employés de la demanderesse et ordonné que les fonds consignés leur soient remis—Les questions en litige étaient celles de savoir si l'arbitre avait compétence, en vertu du Code, pour décider si les défendeurs étaient des employés de la demanderesse et, dans l'affirmative, si la décision de l'arbitre était manifestement déraisonnable—Les défendeurs étaient des chauffeurs-livreurs pour la demanderesse, une société offrant des services de livraison et de messagerie—En 1997, les défendeurs ont déposé une plainte contre la demanderesse en vertu de l'art. 251.1 du Code afin que leur soient versées des indemnités de jours fériés et de congé annuel pour les années 1997 à 1999 puisqu'ils avaient le statut d'"employés" de la société demanderesse—Tout d'abord, un inspecteur nommé conformément au Code a indiqué qu'il existait une relation employeur-employé entre les parties de sorte que

RELATIONS DU TRAVAIL—Fin

la plainte était admissible en vertu du Code, et il a ensuite rendu une ordonnance selon laquelle la demanderesse devait remettre certaines sommes au receveur général pour le compte des défendeurs—La demanderesse a interjeté appel de l'ordonnance de paiement auprès d'un arbitre au motif que les défendeurs étaient des entrepreneurs indépendants au sens du Code—L'arbitre a confirmé la décision de l'inspecteur et a conclu que les défendeurs étaient des employés de la demanderesse au sens du Code et avaient donc droit au paiement des montants adjugés par l'inspecteur—Demande rejetée—La norme de contrôle judiciaire à appliquer est celle de la décision correcte—Application de la décision de principe de la CSC *U.E.S., local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, qui a établi que la Cour doit adopter une approche fonctionnelle et pragmatique lorsqu'il s'agit de décider s'il était de l'intention du législateur, exprimée explicitement ou implicitement, de faire relever la question préalable (en l'espèce, si les défendeurs sont ou ne sont pas des employés) de la compétence conférée au tribunal (en l'espèce, de l'arbitre)—Un arbitre nommé en vertu du Code, incapable de décider si une personne est un employé, serait incapable d'atteindre un objectif de la loi—Il ressort d'un examen du Code et de la jurisprudence que le législateur avait l'intention de conférer à l'arbitre la compétence de trancher cette question préalable—Par conséquent, l'arbitre a agi dans les limites de sa compétence quand il a décidé que les défendeurs étaient des employés et la Cour n'interviendra pas à moins que l'arbitre n'ait commis une erreur manifestement déraisonnable—De plus, deux clauses privatives catégoriques restreignent le contrôle judiciaire de la décision de l'arbitre en l'espèce—L'arbitre a tenu compte de tous les facteurs traditionnellement élaborés par la jurisprudence et a appliqué les critères juridiques appropriés—La décision en l'espèce est loin d'être manifestement déraisonnable—En conséquence, même si la Cour n'était pas d'accord avec la décision et même si la décision allait à l'encontre de la jurisprudence de la Cour canadienne de l'impôt selon laquelle le secteur des services de messagerie est normalement constitué d'entrepreneurs indépendants et non d'employés de sociétés de messagerie, la décision de l'arbitre fondée sur l'ensemble des faits en l'espèce n'est pas manifestement déraisonnable—Quant à la question subsidiaire, il n'était pas manifestement déraisonnable qu'une indemnité de congé annuel soit calculée à partir des montants effectivement payés aux défendeurs puisque ces montants correspondent à la valeur de leurs services, y compris la fourniture de leurs instruments de travail—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 25.

DYNAMEX CANADA INC. C. MAMONA (T-1729-00, 2002 CFPI 393, juge Kelen, ordonnance en date du 9-4-02, 9 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