



**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2007, Vol. 2, Part 1

2007, Vol. 2, 1^{er} fascicule

Cited as [2007] 2 F.C.R., 3-267

Renvoi [2007] 2 R.C.F., 3-267

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

ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

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

LEGAL EDITORS

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

PRODUCTION STAFF

Production Manager
LAURA VANIER

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY
PAULINE BYRNE

Publications Specialist
DIANE DESFORGES

Production Coordinator
LISE LEPAGE

Editorial Assistant
PIERRE LANDRIAULT

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2007.

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

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

ARRÊTISTES

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

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, production
LISE LEPAGE

Adjoint à l'édition
PIERRE LANDRIAULT

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2007.

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

Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'arrêtiŕte en chef, Recueil des décisions des Cours fédérales, Bureau du commissaire à la magistrature fédérale, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3, téléphone 613-992-2899.

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

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

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

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

CONTENTS

Judgments	3-267
Digests	D-1

Aventis Pharma Inc. v. Pharmascience Inc. (F.C.A.) 103

Patents—Infringement—Appeal from Federal Court decision prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to appellant for ramipril capsules until expiry of patents issued to respondents—Respondents marketing ramipril capsules for use in treatment of hypertension, cardiac insufficiency, appellant seeking Minister’s approval for ramipril capsules only for use in treatment of hypertension—Whether notice of allegation no claim of Canadian Patent No. 1246457 (‘457 patent) would be infringed sufficient—Trial Judge not applying correct legal test in finding notice of allegation inadequate—Allegation of non-infringement of ‘457 patent justified—Narrower interpretation of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(1)(b)(iv), as proposed by appellant, more consistent with ordinary grammatical meaning of provision, general scheme of *Patent Act*—Apparently conflicting case law reviewed—Appellant alleging invalidity of Canadian Patent No. 1341206 (‘206 patent) based on “double patenting”—Trial Judge correctly finding allegation of invalidity of ‘206 patent not

Continued on next page

Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des décisions des Cours fédérales doivent être adressées à l’arrétiste 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 décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Canada) K1A 1E3.

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

SOMMAIRE

Jugements	3-267
Fiches analytiques	F-1

Aventis Pharma Inc. c. Pharmascience Inc. (C.A.F.) 103

Brevets—Contrefaçon—Appel d’une décision de la Cour fédérale interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l’appelante pour ses gélules de ramipril avant l’expiration des brevets délivrés aux intimées—Les intimées commercialisent des gélules de ramipril pour le traitement de l’hypertension et de l’insuffisance cardiaque; l’appelante demandait au ministre d’approuver l’utilisation de ses gélules de ramipril pour le traitement de l’hypertension seulement—Il s’agissait d’établir la suffisance de l’avis d’allégation affirmant qu’aucune revendication du brevet canadien numéro 1246457 (le brevet ‘457) ne serait contrefaite—La juge de première instance n’a pas appliqué le critère juridique approprié lorsqu’elle a décidé que l’avis d’allégation était insuffisant—L’allégation de non-contrefaçon du brevet ‘457 était justifiée—L’interprétation plus restrictive de l’art. 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) proposée par l’appelante correspond davantage au sens grammatical de cette disposition ainsi qu’à l’économie générale de la *Loi sur les brevets* —Examen de la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

justified—Appeal dismissed.

Construction of Statutes—Main issue relating to Canadian Patent No. 1246457 ('457 patent) interpretation of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(1)(b)(iv) —Provision setting out required contents of non-infringement allegation—Appellant arguing words “by that person” meaning provision refers only to acts of appellant constituting infringement of '457 patent— Narrower interpretation proposed by appellant more consistent with ordinary grammatical meaning of Regulations, s. 5(1)(b)(iv), general scheme of *Patent Act*—*Patent Act*, s. 55.2(4), Regulations intended to prevent patent infringement by appellant, not by patients—Apparent conflict in case law discussed.

Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co. (F.C.A.) 3

Competition—Appeal from Competition Tribunal's decision dismissing application by Competition Commissioner for order prohibiting respondent from engaging in certain acts, practices—Respondent offering loyalty rebate program—Appellant arguing this program constituting practice of exclusive dealing (*Competition Act*, s. 77(2)), anti-competitive acts leading to abuse of dominant position (*Act*, s. 79(1)) —Appeal allowed—With respect to abuse of dominant position, Tribunal erring as to test applicable under s. 79(1)(c) —Tribunal conducted analysis from narrow, absolute perspective of whether program prevented entry, competition when should have addressed whether competitiveness substantially lessened in presence of program—Tribunal also wrong to say s. 79(1)(b) (engaging in anti-competitive acts) requiring causal link between impugned act and decrease in competition—S. 79(1)(b) concerning narrower focus of impugned act's effects on competitors—Valid business justification for impugned act not established—As to question of exclusive dealing, Tribunal adopting same approach as under s. 79(1)—As such, findings re: errors of law made under s. 79(1) also applying under s. 77(2).

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

jurisprudence apparemment conflictuelle—Le fondement juridique de l'allégation d'invalidité du brevet canadien numéro 1341206 (le brevet '206) que l'appelante a avancée est le « double brevet »—La juge de première instance a eu raison de conclure que l'allégation d'invalidité du brevet '206 n'était pas fondée—Appel rejeté.

Interprétation des lois—La question litigieuse principale relative au brevet canadien numéro 1246457 (le brevet '457) avait trait à l'interprétation de l'art. 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—Cette disposition établit ce que doit contenir une allégation de non-contrefaçon—L'appelante a soutenu que les mots « par elle » signifient que la disposition s'applique uniquement à ses actes qui constitueraient une contrefaçon du brevet '457—L'interprétation plus restrictive de l'art. 5(1)(b)(iv) du Règlement proposée par l'appelante correspond davantage au sens grammatical de cette disposition ainsi qu'à l'économie générale de la *Loi sur les brevets*—L'art. 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* et le Règlement visent à prévenir la contrefaçon du brevet par l'appelante et non par les patients—Examen de la jurisprudence apparemment conflictuelle.

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée (C.A.F.) 3

Concurrence—Appel d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande formée par la commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance interdisant à l'intimé de se livrer à certaines pratiques—L'intimée offrait un programme de fidélisation de sa clientèle—L'appelante affirmait que ce programme constituait une pratique d'exclusivité (art. 77(2) de la *Loi sur la concurrence*) ainsi qu'une pratique d'agissements anti-concurrentiels constituant un abus de position dominante (art. 79(1) de la *Loi*)—Appel accueilli—Pour ce qui concerne l'abus de position dominante, le Tribunal a commis une erreur dans son approche du critère juridique applicable sous le régime de l'art. 79(1)(c)—Le Tribunal a effectué son analyse du point de vue étroit et absolu de la question de savoir si le programme avait empêché l'entrée et la concurrence lorsqu'il aurait dû orienter son attention vers la question de savoir si la concurrence se trouvait sensiblement diminuée avec le programme—Le Tribunal a également déclaré à tort que l'art. 79(1)(b) (agissements anti-concurrentiels) exigeait un lien de causalité entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence—L'art. 79(1)(b) est orienté vers les effets de l'agissement sur les concurrents—Il n'y avait pas de justification commerciale valable—Pour ce qui concerne la

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co. (F.C.A.) 57

Competition—Cross-appeal from Competition Tribunal’s dismissal of Commissioner of Competition’s application for order under *Competition Act*, ss. 77, 79—Tribunal holding respondent dominant in each of relevant markets in Canada for cast iron drain, waste and vent (DWV) products—Cross-appeal concerning Tribunal’s assessment of product market definition, market power, both pertaining to finding respondent dominant in relevant markets—Tribunal’s conclusion applicable market not including DWV products made from variety of different materials, because cast iron treated as separate market by distributors, not unreasonable—Conclusion respondent had market power in relevant markets also open to Tribunal—Cross-appeal dismissed, Pelletier J.A. dissenting as to issue of market power.

Hamid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.A.) 152

Citizenship and Immigration—Immigration Practice—Appeal from Federal Court decision setting aside visa officer’s decision principal applicant’s sons could not be included in visa application because no longer meeting selection criteria when visa application assessed—Principal applicant including Ali, 23, Bilal 22, as dependent children when applying for immigrant visa to Canada in federal skilled worker class—Ali, Bilal ceasing to be eligible under *Immigration and Refugee Protection Regulations* (Regulations), s. 2 definition of “dependent child”, subpara. (b)(ii) because graduating from full-time studies before visa application assessed—Definition of “dependent child” examined—Adult “dependent” children not meeting selection criteria when visa application assessed must apply as independent immigrants—“Lock-in” principle explained—Cases applying “lock-in” principle where points

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

pratique d’exclusivité, le Tribunal a adopté la même approche que celle qu’il a appliquée à l’art. 79(1)—Ainsi, les conclusions quant aux erreurs de droit commises dans le contexte de l’art. 79(1) s’appliquaient aussi relativement à l’art. 77(2)

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée (C.A.F.) 57

Concurrence—Appel incident d’une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté une demande de la commissaire de la concurrence visant à obtenir une ordonnance d’interdiction en vertu des art. 77 et 79 de la *Loi sur la concurrence*—Le Tribunal a conclu que l’intimée occupait une position dominante sur chacun des marchés pertinents des produits d’évacuation et de ventilation au Canada—L’appel incident portait sur la définition du marché pertinent et l’évaluation de la puissance commerciale du Tribunal, ces deux notions se rattachant à la conclusion relative à la position dominante—La conclusion du Tribunal portant que le marché de produit applicable ne comprend pas les produits d’évacuation et de ventilation faits de toutes sortes de matières parce que les produits en fonte sont traités comme un marché distinct par les distributeurs n’était pas déraisonnable—Il était aussi loisible au Tribunal de conclure que l’intimée disposait d’une puissance commerciale sur les marchés pertinents—Appel incident rejeté, le juge Pelletier, J.C.A., étant dissident à l’égard de la question de la puissance commerciale.

Hamid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.A.F.) 152

Citoyenneté et Immigration—Pratique en matière d’immigration—Appel de la décision de la Cour fédérale annulant la décision de l’agente des visas de ne pas inclure les fils du demandeur principal dans la demande de visa au motif que ceux-ci ne répondaient plus aux critères de sélection au moment de l’étude de la demande de visa—Dans sa demande de visa d’immigrant présentée au titre de la catégorie fédérale des travailleurs qualifiés, le demandeur principal a inclus les demandes de ses fils Ali, 23 ans, et Bilal, 22 ans, en tant qu’enfants à charge—Ali et Bilal n’étaient plus des «enfant[s] à charge» au sens du sous-alinéa b)(ii) de la définition de l’art. 2 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés* (le Règlement) parce qu’ils avaient terminé leurs études avant l’examen de la demande de visa—La définition de l’expression « enfant à charge » a été examinée—Les « enfants à charge »

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

awarded distinguished—Although age exception to “lock-in” principle, not unreasonable other selection criteria to be met when application determined—Appeal allowed.

Construction of Statutes—Appeal from Federal Court decision setting aside visa officer’s decision that principal applicant’s sons could not be included in visa application because no longer meeting selection criteria when visa application assessed—*Immigration and Refugee Protection Regulations*, ss. 2 definition of “dependent child” subpara. (b)(ii), 84, 85 (family members of skilled worker applicant) examined, interpreted—Regulations not specifying whether child of skilled worker applicant having to meet selection criteria of financial dependence, student status when application assessed—Interpreting Regulations as not locking in student status at time visa application made not conflicting with purposes of enabling *Immigration and Refugee Protection Act*.

Keymanesh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (F.C.) 206

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Permanent Residents—Judicial review of decision by Citizenship and Immigration Canada (CIC) denying application for permanent resident status—Applicant approved in principle for visa exemption—CIC requiring applicant to obtain pardon for criminal conviction—Applicant not providing proof of pardon—Notices sent to applicant returned to CIC as “undelivered”—Following final notice, application for permanent residence refused as, in absence of pardon, applicant ineligible for landing—Application allowed—Although attempted to inform applicant of intention to revoke status, CIC not making any effort to locate him—In light of circumstances, duty to give notice not met—As such, procedural fairness breached.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

adultes qui ne satisfont pas aux critères de sélection au moment de l’étude de la demande de visa doivent demander des visas en tant qu’immigrants indépendants—Le principe du « gel » ou de la date déterminante a été expliqué—La présente affaire se distinguait des arrêts concernant l’attribution de points dans lesquels ce principe est appliqué—Même si l’âge constitue une exception au principe du « gel », il n’est pas déraisonnable d’exiger que les autres critères de sélection soient réunis au moment où il est statué sur la demande—Demande accueillie.

Interprétation des lois—Appel de la décision de la Cour fédérale annulant la décision de l’agente des visas de ne pas inclure les fils du demandeur principal dans la demande de visa au motif que ceux-ci ne répondaient plus aux critères de sélection au moment de l’étude de la demande de visa—Ont été examinés et interprétés le sous-alinéa 2b)(ii) de la définition de l’expression « enfant à charge » de l’art. 2 ainsi que les art. 84 et 85 (membres de la famille de travailleurs qualifiés) du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Le Règlement ne précise pas si l’enfant d’un demandeur de la catégorie des travailleurs qualifiés doit satisfaire aux critères de sélection se rapportant à la dépendance financière et à la qualité d’étudiant au moment de l’étude de la demande—L’interprétation du Règlement selon laquelle il n’y a pas gel de la qualité d’étudiant au moment de la demande de visa ne contrevient pas à l’objet de la loi habilitante, la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

Keymanesh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) (C.F.) 206

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Résidents permanents—Contrôle judiciaire de la décision de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) de rejeter une demande de résidence permanente—La demande de dispense de visa présentée par le demandeur avait été approuvée en principe—CIC exigeait que le demandeur obtienne un pardon quant à sa déclaration de culpabilité—Le demandeur n’a pas fourni la preuve de sa réhabilitation—Les lettres d’avis transmises au demandeur ont été retournées à CIC avec la mention « non remise »—Après avoir envoyé un dernier avis, CIC a rejeté la demande de résidence permanente au motif que le demandeur ne pouvait obtenir le droit d’établissement en l’absence d’une preuve de réhabilitation—Demande accueillie—Même s’il a tenté de donner avis au demandeur de son intention de révoquer son statut, CIC n’a pas fait d’efforts pour le retrouver

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Khadr v. Canada (Attorney General) (F.C.) 218

Crown—Prerogatives—Judicial review of decision made under Crown prerogative by Minister of Foreign Affairs to deny issuance of passport—Applicant Canadian citizen, issued Canadian passport scheduled to expire in November 2004—Application for replacement passport made in accordance with Canadian Passport Order—No known or stated grounds upon which to refuse to issue passport—Decision actually made by Minister, not Passport Office—Grant, refusal of passport matter within Crown prerogative—Source of power for issuance of passports royal prerogative—Prerogative can only be abolished, exhausted by clear words in statute, by necessary implication from words in statute—Canadian Passport Order not being statute, not raising necessary implication prerogative exhausted—Application allowed.

Federal Court Jurisdiction—Judicial review of refusal to issue new passport to applicant—Source of power for issuance of passports royal prerogative—Federal Court previously taking jurisdiction in matters involving Crown prerogative—Matter justiciable, amenable to judicial review if subject-matter affects rights, legitimate expectations of individual—Refusal to issue passport for improper purpose, without affording procedural fairness, judicially reviewable—Federal Court having jurisdiction on grounds Minister's decision not to issue passport "order", pursuant to exercise of prerogative falling within *Federal Courts Act*, s. 2(1) definition and under purposive interpretation of *Federal Courts Act*, s. 18—Order made pursuant to exercise of Crown prerogative squarely within exclusive jurisdiction of Federal Court.

Administrative Law—Judicial Review—Grounds of Review—Applicant initially advised by Passport Office of decision to refuse to issue passport—Decision actually made

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

—Dans les circonstances de l'espèce, CIC ne s'est pas acquitté de son devoir de donner un avis—Par conséquent, il y a eu manquement à l'équité procédurale.

Khadr c. Canada (Procureur général) (C.F.) 218

Couronne—Prérogatives—Contrôle judiciaire d'une décision, prise par le ministre des Affaires étrangères dans l'exercice de la prérogative de la Couronne, de refuser la délivrance d'un passeport—Le demandeur, un citoyen canadien, s'est vu délivrer un passeport venant à expiration en novembre 2004—Il a présenté sa demande de passeport de remplacement en conformité avec le Décret sur les passeports canadiens—Il n'y avait aucun motif connu de refuser de lui délivrer un passeport—La décision avait en fait été prise par le ministre, et non par le Bureau des passeports—L'octroi ou le refus d'un passeport est une question qui relève de la prérogative de la Couronne—La source du pouvoir de délivrer des passeports est la prérogative royale—La prérogative ne peut être abolie ou épuisée que par les dispositions claires d'une loi ou par implication nécessaire découlant des dispositions d'une loi—Il ne peut ressortir par implication nécessaire du Décret sur les passeports canadiens, comme il ne s'agit pas d'une loi, que la prérogative a été épuisée—Demande accueillie.

Compétence de la Cour fédérale—Contrôle judiciaire du refus de délivrer un nouveau passeport au demandeur—La source du pouvoir de délivrer des passeports est la prérogative royale—Dans le passé, la Cour fédérale s'est reconnue compétente dans des affaires mettant en cause la prérogative de la Couronne—Une question est justiciable et susceptible de contrôle judiciaire si son objet porte atteinte aux droits ou aux attentes légitimes d'un individu—Le refus de délivrer un passeport dans un but irrégulier ou sans qu'il y ait équité procédurale pour l'intéressé est susceptible de contrôle judiciaire—La Cour fédérale a compétence au motif que la décision du ministre de ne pas délivrer un passeport, prise dans l'exercice de la prérogative de la Couronne, était une « ordonnance » et tombait sous le coup de l'art. 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* et, suivant l'interprétation fondée sur l'objet, de l'art. 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*—L'ordonnance prise dans l'exercice de la prérogative de la Couronne relève directement de la compétence exclusive de la Cour fédérale.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—Motifs—Le demandeur a été initialement avisé par le Bureau des passeports du rejet de sa demande de passeport—La décision

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

by Minister of Foreign Affairs, not Passport Office—Whether applicant entitled, on grounds of procedural fairness, to have passport application dealt with by Passport Office, as stipulated in Canadian Passport Order—Content of duty of procedural fairness depending on number of factors—Principle of legitimate expectation requiring government to follow processes, procedures, regular practices held out to individual, public at large—Minister's decision contrary to fairness principle generally, to legitimate expectation Minister directly and through Department officials created—Applicant entitled to have legitimate expectation met.

Constitutional Law—Charter of Rights—Mobility Rights—Applicant arguing Minister's refusal to issue new passport contrary to Charter, s. 6—Primary purpose of s. 6(1) to guarantee right to remain in Canada—Canadian government recognizing importance of passport even for entry into Canada—Access to passport manifestation of exercise of Charter right—Importance of passport meaning principle of fairness must be closely, rigorously adhered to.

Constitutional Law—Charter of Rights—Life, Liberty and Security—Applicant submitting denial of passport violation of right to liberty, contrary to principles of fundamental justice—Liberty more than freedom from physical restraint, including personal autonomy—S. 7 right to liberty encompassing only matters properly characterized as fundamentally, inherently personal—Right to leave Canada not constituting s. 7 right to liberty.

Construction of Statutes—Provisions of *Federal Courts Act* should be read purposefully to give effect to objects, aims of legislation, subjecting exercise of federal decision-making powers to Court's supervisory jurisdiction—In face of two acknowledged reasonable interpretations, court must find which one better according with purpose of legislation, intent of section, avoiding inconsistency, problems—Interpretation of "may" in Canadian Passport Order, ss. 4, 9—Under *Interpretation Act*, s. 11, "shall" to be construed as imperative, "may" as permissive—More consistent with purpose, intent of Canadian Passport Order to read "may" as granting permission

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

avait en fait été prise par le ministre des affaires étrangères, et non par le Bureau des passeports—Le demandeur était-il en droit, pour des motifs d'équité procédurale, de voir sa demande de passeport traitée par le Bureau des passeports de la manière prévue dans le Décret sur les passeports canadiens? —La nature de l'obligation d'équité procédurale dépend d'un certain nombre de facteurs—Le principe de l'attente légitime requiert que le gouvernement suive les processus, les procédures et les pratiques habituelles comme il a annoncé qu'il le ferait à l'endroit d'un individu ou du grand public—La décision du ministre était contraire au principe d'équité de manière générale et à l'attente légitime que le ministre avait suscitée, directement ou par l'intermédiaire de fonctionnaires du ministère—Le demandeur avait droit à ce qu'on réponde à cette attente.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Liberté de circulation et d'établissement—Le demandeur a soutenu que le refus du ministre de lui délivrer un nouveau passeport était contraire à l'art. 6 de la Charte—L'objet premier de l'art. 6(1) est de garantir le droit de demeurer au Canada—Le gouvernement canadien reconnaît l'importance d'un passeport même aux fins de l'entrée au Canada—L'accès à un passeport est une manifestation de l'exercice d'un droit garanti par la Charte—Vu l'importance d'un passeport, il faut observer avec grande rigueur le principe d'équité.

Droit constitutionnel—Charte des droits—Vie, liberté et sécurité—Le demandeur a soutenu que lui refuser un passeport portait atteinte à son droit à la liberté et était contraire aux principes de justice fondamentale—La liberté, c'est davantage que d'échapper à la contrainte physique; cela comprend aussi l'autonomie personnelle—Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 vise uniquement les questions qui peuvent à juste titre être qualifiées de fondamentalement ou d'essentiellement personnelles—Le droit de sortir du Canada ne constitue pas un droit à la liberté garanti par l'art. 7.

Interprétation des lois—Il convient d'interpréter les dispositions de la *Loi sur les Cours fédérales* en se fondant sur le but visé de manière à ce que ses objets soient atteints, c'est-à-dire assujettir l'exercice des pouvoirs des décideurs fédéraux à la compétence de contrôle de la Cour—Face à deux interprétations reconnues comme étant raisonnables, la cour doit trouver celle qui s'accorde le mieux avec l'objet de la loi et le but des dispositions en cause, tout en évitant les incohérences et les problèmes—Interprétation du mot « peut » se trouvant aux art. 4 et 9 du Décret sur les passeports canadiens—Suivant l'art. 11 de la *Loi d'interprétation*,

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

to Canadian citizens to be issued passport.

Pfizer Canada Inc. v. Canada (Minister of Health) (F.C.A.) 137

Patents—Appeal from Federal Court decision dismissing application for order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to ratiopharm Inc. until expiry of '393 selection patent over invention of amlodipine besylate (besylate)—Whether Pfizer Limited's (Pfizer) patent valid selection patent—Selection patents, difference between unpatentable verification, patentable investigation discussed—Applications Judge wrong to conclude investigation conducted by Pfizer mere verification—Pfizer's discovery of besylate's special formulation properties creating special advantage in dosage stability and processability—Pfizer thus having valid claim for selection patent—Appeal allowed.

Premakumaran v. Canada (F.C.A.) 191

Crown—Torts—Appeal from Federal Court decision dismissing action against Canadian government for fraud, negligent misrepresentation in skilled worker immigration context on ground no genuine issue for trial pursuant to *Federal Courts Rules*, r. 213—Claiming Canadian immigration material, practices deceptive—In law of negligence, novel duty issue must be analyzed in two-step process—Court must determine preliminary question: whether case falling in category in which case law establishing duty of care owed—Two-stage process not necessary in present case because claim of liability for negligent misstatement falling in category in which duty of care owed—Five general requirements for imposing liability for negligent misrepresentations examined—Appellants not demonstrating genuine issue to be tried on four of five requirements—Appeal dismissed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

l'obligation s'exprime par l'indicatif présent du verbe porteur de sens principal, et l'octroi de pouvoirs, droits, d'autorisations ou de facultés s'exprime par le verbe « pouvoir »—Il est plus conforme à l'objet et à l'esprit du Décret sur les passeports canadiens d'interpréter le mot « peut » comme accordant aux citoyens canadiens la permission de se voir délivrer un passeport.

Pfizer Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé) (C.A.F.) 137

Brevets—Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande afin de faire interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à ratiopharm Inc. avant l'expiration du brevet de sélection '393 revendiquant l'invention du bésylate d'amlodipine (bésylate)—Il s'agissait de savoir si le brevet de Pfizer Limited (Pfizer) était un brevet de sélection valide—Examen des brevets de sélection et de la différence entre une vérification non brevetable et les recherches pouvant faire l'objet d'un brevet—Le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a conclu que les recherches effectuées par Pfizer consistaient simplement en une vérification—La découverte par Pfizer des propriétés de formulation particulière du bésylate le rendent avantageux sur le plan de la stabilité sous forme posologique et de la traitabilité—Pfizer disposait donc d'une revendication valide de brevet de sélection—Appel accueilli.

Premakumaran c. Canada (C.A.F.) 191

Couronne—Responsabilité délictuelle—Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une action intentée contre le gouvernement du Canada pour déclarations frauduleuses et inexactes faites par négligence dans le contexte de l'immigration de travailleurs qualifiés au motif qu'il n'existait pas de véritable question litigieuse en application de la règle 213 des *Règles des Cours fédérales*—Les appelants affirmaient que les documents qui leur avaient été remis par les responsables de l'immigration et les pratiques en matière d'immigration prétaient à confusion—En droit de la négligence, l'obligation nouvelle doit faire l'objet d'une analyse à deux étapes—La Cour doit trancher la question préliminaire qui se pose, soit de savoir si l'affaire cadre dans une catégorie qui contient un précédent dans lequel une obligation a été reconnue—L'analyse à deux étapes n'était pas nécessaire en l'espèce puisque la demande reposait sur des déclarations inexactes faites avec négligence, l'une des catégories où une obligation de diligence est imposée—Examen des cinq

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

Practice—Dismissal of Proceedings—Appeal from Federal Court decision dismissing action against Canadian government for fraud, negligent misrepresentation in skilled worker immigration context on ground no genuine issue for trial pursuant to *Federal Courts Rules* (Rules), r. 213—Test Court to apply to determine whether to grant motion for summary judgment under Rules, r. 213 examined—Court correctly exercising discretion, dismissing action in entirety because case clearly without foundation.

Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick v. Canada (F.C.A.) 177

Constitutional Law—Charter of Rights—Language Rights—Appeal from Federal Court declaration provincial police service offered by Royal Canadian Mounted Police (RCMP) pursuant to agreement with province of New Brunswick, subject to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 20(2)—Respondent Paulin, resident of New Brunswick, stopped for speeding by RCMP officer on Trans-Canada highway in New Brunswick—RCMP officer could not address her in French but ticket issued in French—Charter, s. 20(2), New Brunswick's *Official Languages Act* (OLA) imposing on New Brunswick duty to provide police services in official language of citizen's choice everywhere in province—Federal Court wrong to equate RCMP to provincial institution for purposes of Charter, s. 20(2)—Province of New Brunswick owing relevant obligations imposed thereon by Charter, OLA even when province assigning to RCMP responsibility to act in name—Charter clearly establishing province, institutions responsible for respecting language obligations—Cannot delegate constitutional obligations to others—RCMP must fulfill language obligations imposed on federal institutions by Charter even when acting as police force for province not subject to constitutional official language obligations—Appeal allowed.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

conditions générales pour imposer une responsabilité quant à des déclarations faites par négligence—Les appelants n'ont pas démontré l'existence d'une véritable question à trancher suivant quatre des cinq indices—Appel rejeté.

Pratique—Rejet de l'instance—Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une action intentée contre le gouvernement du Canada pour déclarations frauduleuses et inexactes faites par négligence dans le contexte de l'immigration de travailleurs qualifiés au motif qu'il n'existait pas de véritable question litigieuse en application de la règle 213 des *Règles des Cours fédérales* (les Règles)—Examen du critère à appliquer pour déterminer s'il y avait lieu d'accueillir la requête pour obtenir un jugement sommaire en application de la règle 213 des Règles—La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire correctement lorsqu'elle a rejeté l'affaire dans son ensemble parce qu'elle était manifestement dénuée de tout fondement.

Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick c. Canada (C.A.F.) 177

Droit constitutionnel—Charte des droits—Droits linguistiques—Appel d'une déclaration de la Cour fédérale précisant que le service de police provincial offert par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) en vertu de son entente avec la province du Nouveau-Brunswick est un service auquel s'applique l'art. 20(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*—L'intimée Paulin, une résidente du Nouveau-Brunswick, a été arrêtée par un agent de la GRC sur la route transcanadienne au Nouveau-Brunswick pour excès de vitesse—L'agent de la GRC ne pouvait s'adresser à elle en français, mais le billet de contravention a été émis en français—L'art. 20(2) de la Charte et la *Loi sur les langues officielles* (LLO) du Nouveau-Brunswick imposent au Nouveau-Brunswick l'obligation de fournir ses services de police dans la langue officielle choisie par le citoyen, partout dans la province—La Cour fédérale avait tort d'assimiler la GRC à une institution provinciale aux fins de l'art. 20(2) de la Charte—Le débiteur des obligations pertinentes qu'imposent la Charte ainsi que la LLO demeure la province du Nouveau-Brunswick, même quand la province confie à la GRC la responsabilité d'agir en son nom—La Charte établit clairement que la province et ses institutions sont imputables du respect des obligations linguistiques—Le débiteur d'obligations constitutionnelles ne peut pas s'en défaire en les déléguant à d'autres—La GRC doit répondre aux obligations linguistiques que la Charte impartit aux institutions fédérales, même quand elle agit à titre de corps de police pour

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Official Languages—Appeal from Federal Court declaration provincial police service offered by Royal Canadian Mounted Police (RCMP) pursuant to agreement with province of New Brunswick subject to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 20(2)—New Brunswick’s *Official Languages Act* (OLA) detailing Charter, s. 20(2) requirement—New Brunswick’s OLA coming into force after occurrence of incident giving rise to action—Specifically imposing on New Brunswick police forces official language obligations—Charter, OLA imposing official language obligations on institutions, government of New Brunswick—Remain accountable for fulfilling respective obligations—New Brunswick’s OLA not applicable in present case since coming into effect August 5, 2002, after incident took place.

RCMP—Appeal from Federal Court declaration that provincial police service offered by Royal Canadian Mounted Police (RCMP) pursuant to agreement with province of New Brunswick subject to *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, s. 20(2)—RCMP responsible for enforcing federal law throughout Canada—Can acquire additional responsibilities by intergovernmental agreement—Does not compromise designation as federal institution—Both Charter, New Brunswick’s OLA expressly providing province, as principal, remaining responsible for acts of RCMP, agent.

SOMMAIRE (Fin)

une province qui n’est pas sujette à des obligations constitutionnelles en matière de langues officielles—Appel accueilli.

Langues officielles—Appel d’une déclaration de la Cour fédérale précisant que le service de police provincial offert par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) en vertu de son entente avec la province du Nouveau-Brunswick est un service auquel s’applique l’art. 20(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*—L’exigence énoncée à l’art. 20(2) de la Charte est particularisée par la *Loi sur les langues officielles* (LLO) du Nouveau-Brunswick—La LLO du Nouveau-Brunswick est entrée en vigueur après les événements donnant lieu au litige—Elle impose aux corps de police néo-brunswickois des obligations précises en matière de langues officielles—La Charte et la LLO imposent des obligations en matière de langues officielles aux institutions et au gouvernement du Nouveau-Brunswick—Ces institutions demeurent imputables du respect de leurs obligations respectives—La LLO du Nouveau-Brunswick ne s’appliquait pas en l’espèce parce qu’elle est entrée en vigueur le 5 août 2002, soit après les événements donnant lieu au litige.

GRC—Appel d’une déclaration de la Cour fédérale précisant que le service de police provincial offert par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) en vertu de son entente avec la province du Nouveau-Brunswick est un service auquel s’applique l’art. 20(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*—La GRC est responsable de l’application des lois fédérales partout au Canada—Par entente intergouvernementale, la GRC peut acquérir des responsabilités additionnelles—Cette capacité ne compromet en rien son caractère d’institution fédérale—Tant la Charte que la LLO du Nouveau-Brunswick prévoit expressément que la province, à titre de mandant, demeure toujours responsable des actes de la GRC, son mandataire.

APPEALS NOTED

FEDERAL COURT OF APPEAL

Abbott Laboratories v. Canada (Minister of Health), [2006] 4 F.C.R. 41 (F.C.), has been reversed on appeal (A-83-06, 2007 FCA 73), reasons for judgment handed down 15/2/07.

Charkaoui (Re), [2006] 3 F.C.R. 325 (F.C.), has been affirmed on appeal (A-652-05, 2007 FCA 80), reasons for judgment handed down 22/2/07.

SUPREME COURT OF CANADA

Kremikovtzi Trade v. Swift Fortune (The), [2006] 3 F.C.R. 475 (F.C.A.), was reversed by a decision dated 16/3/07 and will be published in the *Supreme Court Reports*.

Applications for leave to appeal

Bastide v. Canada Post Corp., A-523-05, A-524-05, 2006 FCA 318, Létourneau J.A., judgment dated 28/9/06, leave to appeal to S.C.C. refused 8/3/07.

Charkaoui v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), A-105-05, 2006 FCA 206, Pelletier J.A., judgment dated 6/6/06, leave to appeal to S.C.C. granted 15/3/07.

APPELS NOTÉS

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Abbott Laboratories c. Canada (Ministre de la Santé), [2006] 4 R.C.F. 41 (C.F.), a été infirmée en appel (A-83-06, 2007 CAF 73), les motifs du jugement ayant été prononcés le 15-2-07.

Charkaoui (Re), [2006] 3 R.C.F. 325 (C.F.), a été confirmée en appel (A-652-05, 2007 CAF 80), les motifs du jugement ayant été prononcés le 22-2-07.

COUR SUPRÊME DU CANADA

Kremikovtzi Trade c. Swift Fortune (Le), [2006] 3 R.C.F. 475 (C.A.F.), a été infirmée par une décision en date du 16-3-07, qui sera publiée dans le *Recueil des décisions de la Cour suprême*.

Demandes d'autorisation de pourvoi

Bastide c. Société canadienne des postes, A-523-05, A-524-05, 2006 CAF 318, le juge Létourneau, J.C.A., jugement en date du 28-9-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, 8-3-07.

Charkaoui c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), A-105-05, 2006 CAF 206, le juge Pelletier J.C.A., jugement en date du 6-6-06, autorisation de pourvoi à la C.S.C. accordée 15-3-07.

ISSN 1714-3713 (print/imprimé)
ISSN 1714-373X (online/en ligne)

**Federal Courts
Reports**

**Recueil des
décisions des Cours
fédérales**

2007, Vol. 2, Part 1

2007, Vol. 2, 1^{er} fascicule

A-106-05
2006 FCA 233

A-106-05
2006 CAF 233

Commissioner of Competition (*Appellant*)

La commissaire de la concurrence (*appelante*)

v.

c.

Canada Pipe Company Ltd./Tuyauteries Canada Ltée (*Respondent*)

Tuyauteries Canada Ltée/Canada Pipe Company Ltd. (*intimée*)

INDEXED AS: CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) v. CANADA PIPE CO. (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE) c. TUYAUTERIES CANADA LTÉE (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Desjardins, Létourneau and Pelletier J.J.A.—Ottawa, February 7, 9 and June 23, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Desjardins, Létourneau et Pelletier, J.C.A.—Ottawa, 7 et 9 février et 23 juin 2006.

Competition — Appeal from Competition Tribunal's decision dismissing application by Competition Commissioner for order prohibiting respondent from engaging in certain acts, practices — Respondent offering loyalty rebate program — Appellant arguing this program constituting practice of exclusive dealing (Competition Act, s. 77(2)), anti-competitive acts leading to abuse of dominant position (Act, s. 79(1)) — Appeal allowed — With respect to abuse of dominant position, Tribunal erring as to test applicable under s. 79(1)(c) — Tribunal conducted analysis from narrow, absolute perspective of whether program prevented entry, competition when should have addressed whether competitiveness substantially lessened in presence of program — Tribunal also wrong to say s. 79(1)(b) (engaging in anti-competitive acts) requiring causal link between impugned act and decrease in competition — S. 79(1)(b) concerning narrower focus of impugned act's effects on competitors — Valid business justification for impugned act not established — As to question of exclusive dealing, Tribunal adopting same approach as under s. 79(1) — As such, findings re: errors of law made under s. 79(1) also applying under s. 77(2).

Concurrence — Appel d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande formée par la commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance interdisant à l'intimée de se livrer à certaines pratiques — L'intimée offrait un programme de fidélisation de sa clientèle — L'appelante affirmait que ce programme constituait une pratique d'exclusivité (art. 77(2) de la Loi sur la concurrence) ainsi qu'une pratique d'agissements anti-concurrentiels constituant un abus de position dominante (art. 79(1) de la Loi) — Appel accueilli — Pour ce qui concerne l'abus de position dominante, le Tribunal a commis une erreur dans son approche du critère juridique applicable sous le régime de l'art. 79(1)c) — Le Tribunal a effectué son analyse du point de vue étroit et absolu de la question de savoir si le programme avait empêché l'entrée et la concurrence lorsqu'il aurait dû orienter son attention vers la question de savoir si la concurrence se trouvait sensiblement diminuée avec le programme — Le Tribunal a également déclaré à tort que l'art. 79(1)b) (agissements anti-concurrentiels) exigeait un lien de causalité entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence — L'art. 79(1)b) est orienté vers les effets de l'agissement sur les concurrents — Il n'y avait pas de justification commerciale valable — Pour ce qui concerne la pratique d'exclusivité, le Tribunal a adopté la même approche que celle qu'il a appliquée à l'art. 79(1) — Ainsi, les conclusions quant aux erreurs de droit commises dans le contexte de l'art. 79(1) s'appliquaient aussi relativement à l'art. 77(2).

This was an appeal from a decision of the Competition Tribunal dismissing an application by the Commissioner of Competition (Commissioner) under sections 77 and 79 of the *Competition Act* for an order prohibiting the respondent (Canada Pipe) from engaging in the practice of anti-competitive acts leading to an abuse of dominant position (section 79), and prohibiting the respondent from continuing to engage in the practice of exclusive dealing (section 77).

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande formée par la commissaire de la concurrence (la commissaire) sous le régime des articles 77 et 79 de la *Loi sur la concurrence* en vue d'obtenir une ordonnance interdisant à l'intimée (Tuyauteries Canada) de se livrer à une pratique comprenant des agissements anti-concurrentiels et constituant un abus de position dominante (article 79), et lui interdisant de continuer à se livrer à la pratique de l'exclusivité (article 77).

The conduct at issue was a loyalty rebate program offered by the respondent (the Stocking Distributor Program or SDP). Under this program, distributors of the respondent's cast iron drain, waste and vent (DWV) products obtained significant rebates and discounts in return for stocking only cast iron products produced by the respondent. The Commissioner argued that the SDP constituted both a practice of exclusive dealing with exclusionary effects and a practice of anti-competitive acts, and was likely to have the effect of substantially lessening competition in the markets for DWV products by impeding the entry and expansion of competitors.

In dismissing the Commissioner's application, the Tribunal found that the requisite elements for the order requested were not met. The SDP did not qualify as an "anti-competitive act" (paragraph 79(1)(b)), the SDP had not substantially lessened or prevented competition (paragraph 79(1)(c)), and finally, while the SDP could be characterized as a practice of exclusive dealing, there was insufficient evidence to establish that it had impeded entry into or expansion of firms in a market, that it was having any other exclusionary effect on the market, or that it had caused or was likely to cause a substantial lessening of competition (subsection 77(2)).

Held, the appeal should be allowed.

On the question of abuse of dominant position, the Tribunal erred in law with respect to the legal test applicable under paragraph 79(1)(c). Paragraph 79(1)(c) permits the Tribunal to make an order prohibiting a practice which it finds "has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market." In order to achieve the inquiry dictated by the statutory language of paragraph 79(1)(c), the Tribunal must compare the level of competitiveness in the presence of the impugned practice with that which would exist in the absence of the practice, and then determine whether the preventing or lessening of competition, if any, is "substantial". This comparison must be done with reference to actual effects in the past and present, as well as likely future effects. One correct approach (but not necessarily the only correct one) is for the Tribunal to ask itself the following question: Would the relevant markets—in the past, present or future—be substantially more competitive but for the impugned practice of anti-competitive acts (the "but for" test)? This legal test reflects the plain meaning of the statutory language of paragraph 79(1)(c) and corresponds to the Tribunal's analysis in its previous decisions with respect to this provision. In the case at bar, the Tribunal's analysis was conducted from the narrow, absolute perspective of whether the SDP prevented entry and whether competition subsisted in

Le comportement en litige consistait en l'application par l'intimée d'un programme de fidélisation de sa clientèle (le programme des distributeurs stockistes ou PDS). Dans le cadre de ce programme, les distributeurs des produits d'évacuation et de ventilation en fonte de l'intimée avaient droit à des ristournes et à des abattements substantiels à condition de ne stocker que les produits en fonte fabriqués par l'intimée. La commissaire a affirmé que le PDS constituait à la fois une pratique d'exclusivité aux effets tendant à exclure et une pratique d'agissements anti-concurrentiels, et qu'il aurait vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés des produits d'évacuation et de ventilation en faisant obstacle à l'entrée et au développement de la concurrence.

Lorsqu'il a rejeté la demande de la commissaire, le Tribunal a conclu que les conditions qui devaient être remplies pour que soit rendue l'ordonnance demandée ne l'avaient pas été. Le PDS ne remplissait pas les conditions nécessaires pour être qualifié d'« agissements anti-concurrentiels » (alinéa 79(1)b)), le PDS n'avait pas empêché ou diminué sensiblement la concurrence (alinéa 79(1)c)) et, enfin, même si le PDS pouvait être qualifié de pratique d'exclusivité, la preuve produite ne suffisait pas à établir que le PDS eût fait obstacle à l'entrée ou au développement de firmes, ni qu'il eût sur le marché quelque autre effet tendant à exclure, ni que la concurrence eût été ou serait vraisemblablement réduite sensiblement en conséquence de ce programme (paragraphe 77(2)).

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Pour ce qui concerne l'abus de position dominante, le Tribunal a commis une erreur de droit relativement au critère juridique applicable sous le régime de l'alinéa 79(1)c), qui permet au Tribunal de rendre une ordonnance interdisant à une personne de se livrer à une pratique qui « a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché ». Pour mener à bien l'examen que dicte le libellé de l'alinéa 79(1)c), le Tribunal doit comparer le niveau de concurrence sur le marché caractérisé par la présence de la pratique attaquée au niveau qui existerait en l'absence de cette pratique, pour ensuite établir si la concurrence est empêchée ou diminuée « sensiblement », en supposant qu'elle le soit tant soit peu. Cette comparaison doit se faire en tenant compte des effets réels dans le passé et dans le présent, ainsi que des effets vraisemblables dans l'avenir. Selon une approche correcte, mais pas nécessairement la seule approche correcte, le Tribunal doit se poser la question suivante : est-ce que les marchés pertinents auraient été, ou seraient actuellement ou dans l'avenir, sensiblement plus concurrentiels en l'absence de la pratique attaquée d'agissements anti-concurrentiels (critère de l'« absence hypothétique »)? Ce critère juridique correspond à la fois au sens manifeste du libellé de l'alinéa 79(1)c) et à l'analyse effectuée par le Tribunal dans ses

its presence, when it should have turned its mind to the question of whether, in each of the relevant markets, competitiveness was substantially lessened in the presence of the SDP, as compared to the likely state of competition in the absence of this practice.

The second issue with respect to the question of abuse of dominant position was whether the Tribunal erred in concluding that the SDP did not constitute an “anti-competitive act” as required by paragraph 79(1)(b) before a prohibition order may issue. An anti-competitive act is identified by reference to its purpose. This requisite purpose is an intended, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor. As such, the paragraph 79(1)(b) inquiry is focused upon the intended effects of the act on a competitor. Relevant factors to be considered and weighed to determine the purpose of the impugned conduct include the reasonably foreseeable or expected objective effects of the act, any business justification, and any evidence of subjective intent. The Tribunal misdirected itself as to the applicable legal test and considered irrelevant factors in making its paragraph 79(1)(b) determination. The Tribunal’s erroneous interpretation played a significant role in its analysis of the SDP. As such, it committed a reversible error of law. Particularly, it erred in requiring a causal link between the impugned act and a decrease in competition. Paragraph 79(1)(b) simply concerns whether the act displays the requisite intended effect on competitors; it is not directly concerned with the state of competition in the market or the general causes thereof. The Tribunal thus conflated the legal test for paragraph 79(1)(c) (which concerns the broader state of competition) with that applicable for paragraph 79(1)(b) (which focuses on the impugned act’s effects on competitors). The Tribunal was also wrong to suggest that “detriment to the consumer” is an independently relevant consideration for the purposes of that paragraph. Finally, there was no valid business justification in the case at bar. Such a justification is properly relevant only in so far as it is pertinent and probative in relation to the determination required by paragraph 79(1)(b), i.e. whether the purpose for which the act was performed was a predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor. It is properly employed to counterbalance or neutralize other evidence of an anti-competitive purpose, prior to making a determination under paragraph 79(1)(b), and must provide a credible efficiency or pro-competitive explanation, unrelated to an anti-competitive purpose, for why the dominant firm engaged in the conduct alleged to be anti-competitive. Here the justification was that the SDP makes possible the high-volume sales necessary to enable the respondent to maintain a full line of products. The Tribunal’s reasons did not establish the

décisions antérieures pour l’application de cet alinéa. En l’espèce, le Tribunal a effectué son analyse du point de vue étroit et absolu de la question de savoir si le PDS avait empêché l’entrée et si la concurrence subsistait en sa présence lorsqu’il aurait dû orienter son attention vers le point de savoir si, sur chacun des marchés pertinents, la concurrence se trouvait sensiblement diminuée avec le PDS, en comparaison de l’état vraisemblable de la concurrence en l’absence de cette pratique.

La deuxième question en litige relative à l’abus de position dominante était celle de savoir si le Tribunal avait formulé une conclusion erronée lorsqu’il a déclaré que le PDS ne constituait pas un « agissement anti-concurrentiel » comme l’exige l’alinéa 79(1)(b) avant de rendre une ordonnance d’interdiction. L’agissement anti-concurrentiel est défini par rapport à un but. Le but qu’il faut établir est un effet négatif sur un concurrent, qui doit être intentionnel, ou viser une exclusion ou une mise au pas. L’analyse à effectuer dans le cadre de l’alinéa 79(1)(b) est donc orientée vers les effets intentionnels de l’agissement sur un concurrent. Parmi les facteurs pertinents à examiner et à apprécier pour établir le but du comportement attaqué, il faut mentionner les effets objectifs prévus ou raisonnablement prévisibles du comportement en question, la justification commerciale s’il y en a une, et tous éléments de preuve dont on dispose tendant à établir l’intention subjective. Le Tribunal s’est mépris sur le critère juridique applicable et a pris en considération des facteurs non pertinents pour rendre sa décision sous le régime de l’alinéa 79(1)(b). L’interprétation erronée par le Tribunal a joué un rôle important dans son analyse du PDS. Il a donc commis une erreur de droit donnant lieu à révision. Plus particulièrement, il a commis une erreur en exigeant la preuve d’un lien de causalité entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence. L’alinéa 79(1)(b) pose purement et simplement la question de savoir si le comportement considéré a sur les concurrents l’effet intentionnel de la nature requise; il n’a pas de rapport direct avec l’état de la concurrence sur le marché ou ses causes générales. Le Tribunal a donc fusionné le critère juridique applicable à l’alinéa 79(1)(c) (qui porte sur l’état général de la concurrence) et le critère juridique applicable à l’alinéa 79(1)(b) (qui vise les effets de la pratique attaquée sur les concurrents). Le Tribunal a également commis une erreur lorsqu’il a déclaré que le « préjudice aux consommateurs » était un facteur indépendant pertinent à prendre en considération pour l’application de cet alinéa. Enfin, il n’y avait pas de justification commerciale valable en l’espèce. Une telle justification ne peut être prise en considération que dans la mesure où elle est pertinente et probante par rapport à la décision qu’exige l’alinéa 79(1)(b), soit celle du point de savoir si le comportement avait pour but un effet négatif sur un concurrent, effet qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. La justification commerciale est appliquée à bon escient pour contrebalancer ou neutraliser les éléments de preuve tendant à établir

requisite efficiency-related link between the SDP and the respondent, and hence did not supply a legitimate explanation for the latter's choice to engage in the impugned conduct, unrelated to an anti-competitive purpose. Self-interest was the only justification for the SDP. The Tribunal thus erred in concluding that the respondent had established a valid business justification for the SDP.

On the question of exclusive dealing (Act, subsection 77(2)), the first issue was whether the Tribunal erred in its determination with respect to whether the SDP had the result that competition was or was likely to be lessened substantially. Because of the parallel structure and logic between the requisite statutory elements for exclusive dealing under subsection 77(2) and abuse of dominant position under subsection 79(1), the parties simply referred the Court to their arguments in the context of subsection 79(1). Although the two subsections contain some differences in wording, it was not necessary to consider these differences in the present instance. To the extent that the Tribunal erred in law in the context of paragraph 79(1)(c) in its interpretation of the test for substantial lessening of competition, the same errors of law applied with respect to subsection 77(2). The same could be said with respect to whether the Tribunal erred in its conclusion that the SDP was not likely to impede entry or expansion of a firm or a product in a market or have any other exclusionary effect in a market. The Tribunal's analysis of the evidence concerning barriers to entry and the effects of the SDP was conducted from the narrow perspective of prevention, and not the broader perspective implied by the word "impede", and as such constituted a reversible error.

l'existence d'un but anti-concurrentiel avant de prendre une décision sous le régime de l'alinéa 79(1)b), et elle doit être une explication crédible, fondée sur l'efficacité ou de nature pro-concurrentielle, et sans lien avec un but anti-concurrentiel, des motifs qu'avait l'entreprise dominante de se livrer au comportement attaqué comme étant anti-concurrentiel. En l'espèce, l'intimée avançait comme justification commerciale le fait que le PDS rendait possible les ventes en grandes quantités dont elle avait besoin pour maintenir une ligne complète de produits. L'exposé des motifs du Tribunal n'établissait pas l'existence du lien nécessaire, fondé sur l'efficacité, entre le PDS et l'intimée, et ne donnait donc pas une explication légitime, non liée à un but anti-concurrentiel, de la décision de l'intimée de se livrer au comportement attaqué. L'intérêt propre restait la seule justification du PDS. Le Tribunal a donc commis une erreur en concluant que l'intimée avait établi une justification commerciale valable du PDS.

Pour ce qui est de la pratique de l'exclusivité (paragraphe 77(2) de la Loi), la première question en litige était celle de savoir si le Tribunal avait formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS avait eu pour effet ou risquait vraisemblablement de diminuer sensiblement la concurrence. Compte tenu de l'existence d'un parallélisme structurel et logique entre, d'une part, les conditions prévues au paragraphe 77(2) concernant l'exclusivité, et, d'autre part, celles prévues au paragraphe 79(1) touchant l'abus de position dominante, les parties se sont plutôt contentées de renvoyer la Cour aux arguments qu'elles avaient avancés relativement à cet élément dans le contexte du paragraphe 79(1). Même si le libellé des deux paragraphes diffère quelque peu, la Cour n'avait pas à se demander si elle devait prendre ces différences en considération en l'espèce. Dans la mesure où le Tribunal avait commis des erreurs de droit dans son interprétation du critère de la diminution sensible de la concurrence dans le contexte de l'alinéa 79(1)c), il pouvait être dit avoir commis les mêmes erreurs de droit relativement au paragraphe 77(2). Ces considérations s'appliquaient à la question de savoir si le Tribunal avait formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS aurait vraisemblablement, sur un marché, soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme, ou encore au lancement ou à l'expansion des ventes d'un produit, soit quelque autre effet tendant à exclure. Le Tribunal a analysé la preuve concernant les obstacles à l'entrée et les effets du PDS du point de vue étroit qu'exprime le terme « empêcher » et non du point de vue plus large qu'appelle l'expression « faire obstacle » et l'adoption de ce point de vue constituait une erreur susceptible de révision.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), 1.1 (as enacted

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), 1.1

idem), 77 (as am. *idem*, s. 45; S.C. 1999, c. 2, ss. 23, 37(y); c. 31, s. 52(F); 2002 c. 16, ss. 11.2, 11.3), 78 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 2000, c. 15, s. 13), 79 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37(z); 2002, c. 16, s. 11.4), 96 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45).

(édicte, *idem*), 77 (mod., *idem*, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 23, 37y); ch. 31, art. 52(F); 2002, ch. 16, art. 11.2, 11.3), 78 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 2000, ch. 15, art. 13), 79 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37z); 2002, ch. 16, art. 11.4), 96 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co. (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, [2001] 3 F.C. 185; (2001), 199 D.L.R. (4th) 130; 11 C.P.R. (4th) 289; 269 N.R. 109; 2001 FCA 204; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.).

CONSIDERED:

Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co., [2007] 2 F.C.R. 57; (2006), 268 D.L.R. (4th) 238; 49 C.P.R. (4th) 286; 350 N.R. 264; 2006 FCA 236; *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000); *Canada (Director of Investigation and Research) v. D & B Companies of Canada Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (Comp. Trib.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.).

REFERRED TO:

R. v. Proulx, [2000] 1 S.C.R. 61; 182 D.L.R. (4th) 1; [2000] 4 W.W.R. 21; 142 Man. R. (2d) 161; 140 C.C.C. (3d) 449; 30 C.R. (5th) 1; 49 M.V.R. (3d) 163; 249 N.R. 201; 2000 SCC 5; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *Gravel and Lake Services Ltd. v. Bay Ocean Management Inc.* (2002), 298 N.R. 369; 2002 FCA 465; *SMX Shopping Centre Ltd. v. Canada*, [2004] 2 C.T.C. 48; 2004 DTC 6013; (2003), 314 N.R. 365; 2003 FCA 479; *Naguib v. Canada*, [2004] 2 C.T.C. 215; 2004 DTC 6082; (2004), 317 N.R. 88; 2004 FCA 40; *The SS "Tordenskjold" v. The SS "Euphemia"* (1908), 41 S.C.R. 154; *Perka et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232; (1984), 13 D.L.R. (4th) 1; [1984] 6 W.W.R. 289; 28 B.C.L.R. (2d) 205; 14 C.C.C. (3d) 385; 42 C.R. (3d) 113; 55 N.R. 1; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381; (1995), 169 A.R. 50; 124 D.L.R. (4th) 289; 29 Alta. L.R. (3d)

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co., CT-1989-002 (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2001] 3 C.F. 185; 2001 CAF 204; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, CT-1991-002 (Trib. conc.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée, [2007] 2 R.C.F. 57; 2006 CAF 236; *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D & B Companies of Canada Ltd.*, CT-1994-001 (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, [1997] D.T.C.C. n° 8 (Trib. conc.) (QL).

DÉCISIONS CITÉES :

R. c. Proulx, [2000] 1 R.C.S. 61; 2000 CSC 5; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Gravel and Lake Services Ltd. c. Bay Ocean Management Inc.*, 2002 CAF 465; *SMX Shopping Centre Ltd. c. Canada*, 2003 CAF 479; *Naguib c. Canada*, 2004 CAF 40; *The SS "Tordenskjold" v. The SS "Euphemia"* (1908), 41 R.C.S. 154; *Perka et autres c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559; 2002 CSC 42.

305; 98 C.C.C. (3d) 1; 39 C.R. (4th) 205; 29 C.R.R. (2d) 256; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559; (2002), 212 D.L.R. (4th) 1; [2002] 5 W.W.R. 1; 166 B.C.A.C. 1; 100 B.C.L.R. (3d) 1; 18 C.R.R. (4th) 289; 93 C.R.R. (2d) 189; 2002 SCC 42.

AUTHORS CITED

Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill-C-91*, 1st Sess., 33rd Parl., 1986.
 Competition Bureau. *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions*. Industry Canada: Ottawa, 2001.

APPEAL from a decision of the Competition Tribunal ((2005), 40 C.P.R. (4th) 453 (Comp. Trib.)) dismissing the Commissioner of Competition's application for an order against the respondent under subsections 77(2) (exclusive dealing) and 79(1) (abuse of dominant position) of the *Competition Act*. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Randall Hofley and Leslie J. F. Milton for appellant.
Kent E. Thomson, James W. E. Doris and Charles E. Tingley for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Johnston & Buchan LLP, Ottawa, and *Deputy Attorney General of Canada* for appellant.
Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DESJARDINS J.A.: This is an appeal from a decision of the Competition Tribunal (Tribunal), dated February 3, 2005, dismissing the application by the Commissioner of Competition (Commissioner or appellant) under sections 77 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1999, c. 2, ss. 23, 37(y); c. 31, s. 52(F); 2002, c. 16, ss. 11.2, 11.3] and 79 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37(z); 2002, c. 16, s.

DOCTRINE CITÉE

Bureau de la concurrence. *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*. Industrie Canada : Ottawa, 2001.
 Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le Projet de loi C-91*, 1^{re} Sess., 33^e Lég., 1986.

APPEL d'une décision (CT-2002-006 (Trib. conc.)) par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande formée par la commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction contre l'intimée en vertu des paragraphes 77(2) (pratique d'exclusivité) et 79(1) (abus de position dominante) de la *Loi sur la concurrence*. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Randall Hofley et Leslie J. F. Milton pour l'appelante.
Kent E. Thomson, James W. E. Doris et Charles E. Tingley pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Johnston & Buchan LLP, Ottawa, et le *sous-procureur général du Canada* pour l'appelante.
Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour l'intimée.

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

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Il s'agit d'un appel de la décision en date du 3 février 2005, publiée sous la référence CT-2002-006, par laquelle le Tribunal de la concurrence (le Tribunal) a rejeté la demande formée par la commissaire de la concurrence (la commissaire ou l'appelante) sous le régime des articles 77 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 23, 37(y); ch. 31, art. 52(F); 2002, ch. 16, art. 11.2, 11.3] et 79 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.),

11.4] of the *Competition Act* [R.S.C., 1985, c. C-34, s. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd supp.) c. 19, s. 19)] (reported as (2005), 40 C.P.R. (4th) 453) (Comp. Trib.). The Commissioner sought an order against Canada Pipe Company Ltd. (Canada Pipe or respondent), to prohibit the respondent from engaging in the practice of several purported anti-competitive acts leading to an abuse of dominant position under section 79, as well as to prohibit the respondent from continuing to engage in the practice of exclusive dealing under section 77. This case also involves a cross-appeal by Canada Pipe, which is dealt with in separate reasons [[2007] 2 F.C.R. 57 (F.C.A.)].

[2] This is the first time this Court has the opportunity to consider the tests for exclusive dealing and abuse of dominant position established respectively by sections 77 and 79 of the Act. Both of these provisions, generally speaking, authorize the Tribunal to make orders prohibiting a dominant firm from engaging in conduct that has had, is having or is likely to have the effect of substantially lessening competition. While the Act has been in force since 1986, and the Tribunal has elaborated its perspective on the requirements of sections 77 and 79 in several cases, these provisions have not to date been interpreted by any Canadian court.

[3] The conduct at issue in this case consists of a “loyalty rebate” program offered by the respondent and known as the Stocking Distributor Program (SDP). Under the SDP, distributors of the respondent’s cast iron drain, waste and vent (DWV) products obtain significant rebates and discounts in return for stocking only cast iron products produced by the respondent. These distributors are free to stock other companies’ DWV products which are not made of cast iron.

[4] According to the Commissioner, Canada Pipe is a dominant firm with respect to the product markets relevant in this case. Furthermore, the Commissioner

ch. 19, art. 45; L.C. 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37z); 2002, ch. 16, art. 11.4] de la *Loi sur la concurrence* [L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19)]. La commissaire visait par cette demande à obtenir une ordonnance interdisant à Tuyauteries Canada Ltée (Tuyauteries Canada ou l’intimée) de se livrer à une pratique comprenant plusieurs agissements anti-concurrentiels supposés et constituant un abus de position dominante sous le régime de l’article 79, et lui interdisant en outre de continuer à se livrer à la pratique de l’exclusivité sous le régime de l’article 77. La présente affaire a aussi donné lieu à un appel incident, qui fait l’objet d’un exposé de motifs distinct [[2007] 2 R.C.F. 57 (C.A.F.)].

[2] C’est la première fois que notre Cour a l’occasion d’examiner les critères dont les articles 77 et 79 de la Loi font dépendre l’établissement de l’existence, respectivement, d’une pratique d’exclusivité et d’un abus de position dominante. Ces deux articles, considérés d’un point de vue général, habilent le Tribunal à rendre des ordonnances interdisant aux entreprises qui occupent une position dominante de se livrer à un comportement qui a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence. La Loi est en vigueur depuis 1986 et le Tribunal a déjà développé dans plusieurs affaires son point de vue sur les conditions prévues aux articles 77 et 79, mais aucun tribunal judiciaire canadien n’avait jusqu’à ce jour interprété ces dispositions.

[3] Le comportement qui fait l’objet du présent litige consiste en l’application par l’intimée d’un programme de « fidélisation » de sa clientèle au moyen de ristournes et d’abattements, désigné « programme des distributeurs stockistes » (le PDS). Dans le cadre du PDS, les distributeurs des produits d’évacuation et de ventilation en fonte de l’intimée ont droit à des ristournes et à des abattements substantiels à condition de ne stocker que les produits en fonte fabriqués par cette dernière; il leur reste loisible de stocker les produits d’évacuation et de ventilation d’autres entreprises qui ne sont pas faits en fonte.

[4] Selon la commissaire, Tuyauteries Canada occupe une position dominante sur les marchés de produit pertinents en l’espèce. La commissaire affirme en outre

asserts, the SDP constitutes both a practice of exclusive dealing with exclusionary effects and a practice of anti-competitive acts, and it is likely to have the effect of substantially lessening competition in the markets for DWV products by impeding the entry and expansion of competitors. The respondent contends, by contrast, that it exercises no market power in relation to the relevant product markets, when the latter are properly defined. Moreover, according to the respondent, the SDP is neither exclusionary nor anti-competitive, but rather is a voluntary, non-exclusive, incentive-based program which encourages competition between DWV distributors, is compatible with competition on the merits between suppliers and is supported by valid business justifications.

[5] The Tribunal dismissed the Commissioner's application, based upon the following findings. With respect to the alleged abuse of dominant position under section 79, the Tribunal held that: (i) there are three relevant product markets, and six geographic markets, and the respondent substantially controls all these markets; (ii) the SDP is a practice, but does not qualify as an "anti-competitive act"; and (iii) the Commissioner had not demonstrated that the SDP had substantially lessened or prevented competition. With respect to the allegation of exclusive dealing contrary to section 77, the Tribunal found that: (i) the SDP can be characterized as a practice of exclusive dealing; (ii) the respondent is a major supplier of the products in the relevant markets; and (iii) there was insufficient evidence to establish that the SDP had impeded entry or expansion of firms, or that it is having any other exclusionary effect on the market, or that it has caused or is likely to cause a substantial lessening of competition.

[6] The Commissioner appeals from the Tribunal's decision.

[7] Broadly stated, the appeal challenges two aspects of the Tribunal's conclusions: first, the finding with respect to substantial lessening of competition for the purposes of both sections 77 and 79, and second, the

que le PDS constitue à la fois une pratique d'exclusivité aux effets tendant à exclure et une pratique d'agissements anti-concurrentiels, et qu'il aura vraisemblablement pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés des produits d'évacuation et de ventilation en faisant obstacle à l'entrée et au développement de concurrents. L'intimée soutient quant à elle qu'elle n'exerce pas de puissance commerciale sur les marchés de produit pertinents, s'ils sont définis comme ils doivent l'être. En outre, selon l'intimée, le PDS n'a pas d'effets tendant à exclure ni n'est anti-concurrentiel : il s'agit d'un programme volontaire, incitatif et non exclusif, qui favorise la concurrence entre les distributeurs de produits d'évacuation et de ventilation, est compatible avec la concurrence fondée sur l'efficacité entre les fournisseurs et s'appuie sur des justifications commerciales valables.

[5] Le Tribunal a rejeté la demande de la commissaire sur le fondement des conclusions suivantes. Pour ce qui concerne l'abus supposé de position dominante sous le régime de l'article 79, le Tribunal a conclu : i) qu'il y a trois marchés de produit pertinents et six marchés géographiques, et que l'intimée contrôle sensiblement tous ces marchés; ii) que le PDS est bien une pratique, mais ne remplit pas les conditions nécessaires pour être qualifié d'« agissements anti-concurrentiels »; et iii) que la commissaire n'avait pas démontré que le PDS eût empêché ou diminué sensiblement la concurrence. En ce qui a trait à l'allégation d'exclusivité formulée sous le régime de l'article 77, le Tribunal a conclu : i) que le PDS peut être qualifié de pratique d'exclusivité; ii) que l'intimée est un fournisseur important des produits en cause sur les marchés pertinents; et iii) que la preuve produite ne suffisait pas à établir que le PDS eût fait obstacle à l'entrée ou au développement de firmes, ni qu'il eût sur le marché quelque autre effet tendant à exclure, ni que la concurrence eût été ou serait vraisemblablement réduite sensiblement en conséquence de ce programme.

[6] La commissaire interjette appel de cette décision du Tribunal.

[7] On peut dire de façon générale que le présent appel met en cause deux aspects des conclusions du Tribunal : premièrement, la conclusion relative à la diminution sensible de la concurrence pour l'application

finding concerning exclusionary effects under section 77 or anti-competitive acts under section 79. The cross-appeal by Canada Pipe, which concerns the Tribunal's conclusions as to the definition of the relevant product markets and the issue of market power for the purpose of paragraph 79(1)(a), is discussed in separate reasons, as stated earlier.

de l'article 77 aussi bien que de l'article 79; et deuxièmement, la conclusion concernant les effets tendant à exclure visés à l'article 77 ou les agissements anti-concurrentiels visés à l'article 79. Comme nous le disions plus haut, l'appel incident interjeté par Tuyauteries Canada, qui concerne les conclusions formulées par le Tribunal sur la définition des marchés de produit pertinents et la question de la puissance commerciale pour l'application de l'alinéa 79(1)a, fait l'objet d'un exposé de motifs distinct.

[8] In order to facilitate the reading of these reasons, I include the following table of contents:

[8] Voici une table des matières destinée à faciliter la lecture du présent exposé.

<u>Table of Contents</u>	<u>Para.</u>	<u>Table des matières</u>	<u>Paragr.</u>
I. Facts	9	I. Les faits	9
II. Legislative framework	15	II. Le cadre législatif	15
III. Issues	23	III. Les questions en litige	23
IV. Analysis	25	IV. Analyse	25
(A) For the purposes of paragraph 79(1)(c), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially?	29	A) Pour l'application de l'alinéa 79(1)c, le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence?	29
(1) The legal test under paragraph 79(1)(c)	35	1) Le critère juridique prévu à l'alinéa 79(1)c	35
(2) Application of the statutory test for paragraph 79(1)(c)	45	2) L'application du critère prévu à l'alinéa 79(1)c	45
(3) The Tribunal's paragraph 79(1)(c) decision	49	3) La décision rendue par le Tribunal sous le régime de l'alinéa 79(1)c	49
(4) Conclusion with respect to paragraph 79(1)(c)	58	4) Conclusion relative à l'alinéa 79(1)c	58
(B) For the purposes of paragraph 79(1)(b), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP constitutes an "anti-competitive act"?	59	B) Pour l'application de l'alinéa 79(1)b, le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS constitue un « agissement anti-concurrentiel »?	59
(1) The legal test under paragraph 79(1)(b)	63	1) Le critère juridique prévu à l'alinéa 79(1)b	63

(2) The Tribunal's paragraph 79(1)(b) decision	74	2) La décision rendue par le Tribunal sous le régime de l'alinéa 79(1)b)	74
(3) The valid business justification and paragraph 79(1)(b)	84	3) La justification commerciale valable et l'alinéa 79(1)b)	84
(4) Conclusion with respect to paragraph 79(1)(b)	92	4) Conclusion relative à l'alinéa 79(1)b)	92
(C) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has the result that competition is or is likely to be lessened substantially?	93	C) Pour l'application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement en conséquence du PDS?	93
(D) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP is likely to impede entry or expansion of a firm or a product in a market or have any other exclusionary effect in a market?	96	D) Pour l'application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS aura vraisemblablement, sur un marché, soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme, ou encore au lancement ou à l'expansion des ventes d'un produit, soit quelque autre effet tendant à exclure?	96
V. Conclusion	100	V. Conclusion	100
I. FACTS		I. LES FAITS	
[9] The respondent is a Canadian company based in Hamilton, Ontario, which produces and sells through its Bibby Ste-Croix division (Bibby) cast iron drain, waste and vent products. DWV products are used in a wide variety of structures to carry waste and drain water, and to vent plumbing systems. There are three components to a cast iron DWV system: pipe, fittings and mechanical joint (MJ) couplings (collectively "DWV products").		[9] L'intimée est une entreprise canadienne ayant son siège à Hamilton (Ontario), qui, par l'intermédiaire de sa division Bibby Ste-Croix (Bibby), fabrique et vend des produits d'évacuation et de ventilation en fonte. Les produits d'évacuation et de ventilation sont utilisés dans toutes sortes de bâtiments pour le transport des eaux usées et la ventilation des canalisations. Un système d'évacuation et de ventilation comprend trois éléments : les tuyaux, les raccords et les joints mécaniques (collectivement désignés ci-après « produits d'évacuation et de ventilation »).	
[10] There are currently two domestic manufacturers of cast iron DWV products: Bibby and Vandem Industries (Vandem). Bibby manufactures cast iron DWV pipe and fittings, and imports MJ couplings from its sister companies in the United States. Vandem, which was founded in 1997 (according to the Tribunal; the respondent claims it was 1999, but little turns on this fact) by two former officers of Bibby, manufactures		[10] Il y a actuellement au Canada deux fabricants de produits d'évacuation et de ventilation en fonte : Bibby et Vandem Industries (Vandem). Bibby fabrique des tuyaux et des raccords en fonte, et importe les joints mécaniques de ses sociétés sœurs aux États-Unis. Vandem, fondée en 1997 (selon le Tribunal) par deux anciens cadres de Bibby, fabrique des tuyaux d'évacuation et de ventilation et importe les raccords et	

DWV pipe and imports fittings and couplings. The only Canadian manufacturer of MJ couplings is Rollee Industrial Products (1987) Ltd., but it is not a major player. In addition, there are a limited number of other Canadian importers of cast iron DWV products, who generally import from the United States and the Far East (mainly China and India). Imports of cast iron DWV products for all of Canada, including imports by Bibby and Vandem, represented 5% of total sales in 2002. The respondent is the only company in Canada that manufactures and sells a full range of cast iron DWV products.

[11] Distributors buy DWV products from the suppliers (either manufacturers or importers), and in turn sell to the building, mechanical or plumbing contractors involved in construction or renovation projects. Distributors generally carry DWV pipe and fittings made of various materials; cast iron DWV products usually represent only a small proportion of their inventory and sales. In Canada, there are three major distributors, all with national presence: Wolseley Canada Inc., EMCO Ltd, and Crane Supply. There are also small distributors, some of whom are members of buying groups in order to improve their bargaining power and obtain volume discount advantages.

[12] Contractors buy DWV products from distributors for construction projects upon which they bid. The bidding process is highly competitive, and contractors will try to obtain the best price possible in order to make their bids attractive. Although contractors may have some leeway in deciding what material to use in construction they will generally buy the type of DWV product that has been specified by the architect or mechanical engineer.

[13] The SDP was introduced by Bibby in January 1998. In contrast to the volume-based rebate programs typical in the industry, the SDP is premised on

les joints (l'intimée soutient que Vandem n'a été fondée qu'en 1999, mais la question importe peu en l'espèce). Le seul fabricant canadien de joints mécaniques est Rollee Industrial Products (1987) Ltd., mais il n'est pas un acteur important du marché. Il existe en outre un nombre restreint d'importateurs de produits d'évacuation et de ventilation en fonte, qui importent en général des États-Unis et d'Asie (principalement de Chine et d'Inde). Pour l'ensemble du Canada, les importations, y compris celles de Bibby et de Vandem, représentaient en 2002 une proportion de 5 % des ventes totales de produits d'évacuation et de ventilation en fonte. L'intimée est la seule entreprise au Canada à fabriquer et à vendre une ligne complète de produits d'évacuation et de ventilation en fonte.

[11] Les distributeurs achètent les produits d'évacuation et de ventilation aux fournisseurs (fabricants ou importateurs) et les revendent aux entrepreneurs en bâtiment, en mécanique du bâtiment et en plomberie chargés de travaux de construction ou de rénovation. Les distributeurs stockent en général des tuyaux et des raccords d'évacuation et de ventilation faits de diverses matières : les produits en fonte ne représentent habituellement qu'une proportion restreinte de leurs stocks et de leurs ventes. On compte au Canada trois grands distributeurs, tous implantés à l'échelle nationale : Wolseley Canada Inc., EMCO Ltée et Crane Supply. Il y a aussi de petits distributeurs, dont certains ont formé des groupements d'achats afin d'accroître leur pouvoir de négociation et d'obtenir des remises sur volume.

[12] Les entrepreneurs achètent les produits d'évacuation et de ventilation aux distributeurs pour utilisation dans les travaux qu'ils soumissionnent. Les appels d'offres donnent lieu à une concurrence très vive, et les entrepreneurs essaient d'obtenir le meilleur prix possible afin de rendre leurs soumissions intéressantes. Ils disposent parfois d'une certaine latitude dans le choix des matériaux qu'ils utiliseront dans leurs travaux, mais ils doivent en général acheter les produits d'évacuation et de ventilation du type prescrit par l'architecte ou l'ingénieur mécanicien.

[13] Bibby a lancé le PDS en janvier 1998. Contrairement aux programmes de remises sur volume qui sont typiques dans ce secteur, le PDS est fondé sur

exclusivity, not the volume of purchases. Under the SDP, distributors of Bibby's DWV products obtain quarterly and yearly rebates as well as significant point-of-purchase discounts, in return for stocking only Bibby-supplied cast-iron DWV products. These distributors are free to stock other companies' DWV products which are not made of cast iron, but must purchase all three cast iron DWV products exclusively from the respondent. There are no signed contracts for the SDP: distributors can join at any time, and receive the quarterly and yearly rebates for each completed calendar quarter or year. Distributors who choose not to participate in the SDP are permitted to purchase products from Bibby, albeit at higher prices. There are no restrictions on the resale of cast iron DWV products purchased by distributors who participate in the SDP.

[14] The SDP discounts consist of point-of-sale discounts (for example, 55% of list price for stocking distributors, compared to 94% for non-stocking distributors), as well as quarterly and annual rebates (in 2002, the quarterly rebates were 7, 15 and 9 percent on pipe, fittings and MJ couplings respectively, and the annual rebate was 4 percent for all products). The point-of-sale discount and the rebates vary from one region to another. Any distributor can participate in the SDP, so long as a threshold minimum purchase is made; once this threshold is met, the rebates and discounts are the same for the given region, regardless of the size of the distributor's purchase. As a result, the SDP allows small- and medium-sized distributors to access the same prices as large distributors. The discount is applied at the time of purchase, so long as the distributor has committed to participating in the program, and is not reimbursable even if the distributor leaves the program. Except for losing the rebates, there are therefore no penalties attached to opting out of the SDP.

II. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[15] Three legislative provisions govern the issues to be decided in this appeal, namely sections 77, 78 [as

l'exclusivité et non sur le volume des achats. Les distributeurs des produits d'évacuation et de ventilation de Bibby qui adhèrent au PDS ont droit à des ristournes trimestrielles et annuelles, ainsi qu'à de substantiels abattements à l'achat, à condition de stocker seulement les produits d'évacuation et de ventilation en fonte fournis par Bibby. Ces distributeurs restent libres de stocker les produits d'évacuation et de ventilation d'autres entreprises qui ne sont pas faits en fonte, mais ils doivent acheter exclusivement à l'intimée l'ensemble des trois produits en fonte. Le PDS ne prévoit pas la signature de contrats : les distributeurs peuvent y adhérer n'importe quand et ils touchent les ristournes trimestrielles et annuelles pour chaque trimestre et chaque année calendaires de participation effective. Les distributeurs qui ne souhaitent pas participer au PDS peuvent néanmoins acheter des produits à Bibby, mais à des prix plus élevés. La revente des produits d'évacuation et de ventilation en fonte achetés par les distributeurs qui participent au PDS n'est soumise à aucune restriction.

[14] Les avantages du PDS consistent en abattements à l'achat (par exemple, les distributeurs stockistes ne paient que 55 % du prix de catalogue, contre 94 % pour les distributeurs non-stockistes), ainsi qu'en ristournes trimestrielles et annuelles (en 2002, les ristournes trimestrielles étaient de 7, 15 et 9 % respectivement pour les tuyaux, les raccords et les joints mécaniques, et tous les produits faisaient l'objet d'une ristourne annuelle de 4 %). Les abattements à l'achat et les ristournes varient d'une région à l'autre. Tout distributeur peut participer au PDS, à condition d'acheter le minimum requis; une fois ce seuil atteint, les abattements et les ristournes sont les mêmes pour l'ensemble de la région, quelles que soient les quantités que les distributeurs achètent. Il s'ensuit que le PDS permet aux petits et aux moyens distributeurs de bénéficier des mêmes prix que les grands. L'abattement est inscrit au moment de l'achat, à la seule condition que le distributeur se soit engagé à participer au PDS, et il n'est pas remboursable même si le distributeur se retire du programme. Mis à part la perte des abattements, l'abandon du PDS n'entraîne donc pas de pénalités.

II. LE CADRE LÉGISLATIF

[15] Trois articles de la Loi régissent les questions à trancher dans le présent appel, soit les articles 77, 78

enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 2000, c. 15, s. 13] and 79 of the Act. These sections set out the various elements that must be proven by the Commissioner to establish exclusive dealing and abuse of dominant position, and provide some relevant statutory definitions.

[16] With respect to an alleged abuse of dominant position, the requisite elements for an order are described in subsection 79(1):

79. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,

(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and

(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

[17] Subsection 79(4) further specifies that possible superior competitive performance must be considered in making the requisite determination under subsection 79(1) concerning competition:

79. . . .

(4) In determining, for the purposes of subsection (1), whether a practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market, the Tribunal shall consider whether the practice is a result of superior competitive performance.

[18] The term “anti-competitive act”, which is a requisite element pursuant to paragraph 79(1)(b), is not defined in the Act. However, section 78 provides, under the heading “Definition”, a non-exhaustive illustrative list of 11 anti-competitive acts:

[édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 2000, ch. 15, art. 13] et 79. Ces dispositions énoncent les divers éléments que la commissaire doit prouver pour établir l’exclusivité et l’abus de position dominante, ainsi que certaines définitions pertinentes.

[16] Pour ce qui concerne l’abus supposé de position dominante, les conditions qui doivent être remplies pour que soit rendue une ordonnance d’interdiction sont énumérées au paragraphe 79(1) :

79. (1) Lorsque, à la suite d’une demande du commissaire, il conclut à l’existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d’entreprises à la grandeur du Canada ou d’une de ses régions;

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d’agissements anti-concurrentiels;

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l’une ou l’autre d’entre elles de se livrer à une telle pratique.

[17] Le paragraphe 79(4) précise que le Tribunal doit prendre en considération le point de savoir si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur pour rendre la décision relative à la concurrence que prévoit le paragraphe 79(1) :

79. [. . .]

(4) Pour l’application du paragraphe (1), lorsque le Tribunal décide de la question de savoir si une pratique a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché, il doit évaluer si la pratique résulte du rendement concurrentiel supérieur.

[18] La Loi ne définit pas l’expression « agissement anti-concurrentiel », qui constitue une condition préalable à l’ordonnance selon l’alinéa 79(1)b). Cependant, l’article 78 donne à titre indicatif, sous le titre « Définition », une liste de 11 exemples d’agissements anti-concurrentiels :

78. (1) For the purposes of section 79, “anti-competitive act”, without restricting the generality of the term, includes any of the following acts:

(a) squeezing, by a vertically integrated supplier, of the margin available to an unintegrated customer who competes with the supplier, for the purpose of impeding or preventing the customer’s entry into, or expansion in, a market;

(b) acquisition by a supplier of a customer who would otherwise be available to a competitor of the supplier, or acquisition by a customer of a supplier who would otherwise be available to a competitor of the customer, for the purpose of impeding or preventing the competitor’s entry into, or eliminating the competitor from, a market;

(c) freight equalization on the part of a competitor for the purpose of impeding or preventing the competitor’s entry into, or eliminating the competitor from, a market;

(d) use of fighting brands introduced selectively on a temporary basis to discipline or eliminate a competitor;

(e) pre-emption of scarce facilities or resources required by a competitor for the operation of a business, with the object of withholding the facilities or resources from a market;

(f) buying up of products to prevent the erosion of existing price levels;

(g) adoption of product specifications that are incompatible with products produced by any other person and are designed to prevent his entry into, or to eliminate him from, a market;

(h) requiring or inducing a supplier to sell only or primarily to certain customers, or to refrain from selling to a competitor, with the object of preventing a competitor’s entry into, or expansion in, a market;

(i) selling articles at a price lower than the acquisition cost for the purpose of disciplining or eliminating a competitor;

(j) acts or conduct of a person operating a domestic service, as defined in subsection 55(1) of the *Canada Transportation Act*, that are specified under paragraph (2)(a); and

78. (1) Pour l’application de l’article 79, « agissement anti-concurrentiel » s’entend notamment des agissements suivants :

a) la compression, par un fournisseur intégré verticalement, de la marge bénéficiaire accessible à un client non intégré qui est en concurrence avec ce fournisseur, dans les cas où cette compression a pour but d’empêcher l’entrée ou la participation accrue du client dans un marché ou encore de faire obstacle à cette entrée ou à cette participation accrue;

b) l’acquisition par un fournisseur d’un client qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du fournisseur, ou l’acquisition par un client d’un fournisseur qui serait par ailleurs accessible à un concurrent du client, dans le but d’empêcher ce concurrent d’entrer dans un marché, dans le but de faire obstacle à cette entrée ou encore dans le but de l’éliminer d’un marché;

c) la péréquation du fret en utilisant comme base l’établissement d’un concurrent dans le but d’empêcher son entrée dans un marché ou d’y faire obstacle ou encore de l’éliminer d’un marché;

d) l’utilisation sélective et temporaire de marques de combat destinées à mettre au pas ou à éliminer un concurrent;

e) la préemption d’installations ou de ressources rares nécessaires à un concurrent pour l’exploitation d’une entreprise, dans le but de retenir ces installations ou ces ressources hors d’un marché;

f) l’achat de produits dans le but d’empêcher l’érosion des structures de prix existantes;

g) l’adoption, pour des produits, de normes incompatibles avec les produits fabriqués par une autre personne et destinées à empêcher l’entrée de cette dernière dans un marché ou à l’éliminer d’un marché;

h) le fait d’inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu’à certains clients, ou à ne pas vendre à un concurrent ou encore le fait d’exiger l’une ou l’autre de ces attitudes de la part de ce fournisseur, afin d’empêcher l’entrée ou la participation accrue d’un concurrent dans un marché;

i) le fait de vendre des articles à un prix inférieur au coût d’acquisition de ces articles dans le but de discipliner ou d’éliminer un concurrent;

j) à l’égard des exploitants d’un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, les agissements précisés à l’alinéa (2)a);

(k) the denial by a person operating a domestic service, as defined in subsection 55(1) of the *Canada Transportation Act*, of access on reasonable commercial terms to facilities or services that are essential to the operation in a market of an air service, as defined in that subsection, or refusal by such a person to supply such facilities or services on such terms.

k) le fait pour l'exploitant d'un service intérieur, au sens du paragraphe 55(1) de la *Loi sur les transports au Canada*, de ne pas donner accès, à des conditions raisonnables dans l'industrie, à des installations ou services essentiels à l'exploitation dans un marché d'un service aérien, au sens de ce paragraphe, ou de refuser de fournir ces installations ou services à de telles conditions.

[19] With respect to exclusive dealing, a statutory definition is provided in subsection 77(1):

77. (1) For the purposes of this section,

[19] Quant au terme « exclusivité », il est défini en paragraphe 77(1) :

77. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article.

“exclusive dealing” means

« exclusivité »

(a) any practice whereby a supplier of a product, as a condition of supplying the product to a customer, requires that customer to

a) Toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit exige d'un client, comme condition à ce qu'il lui fournisse ce produit, que ce client :

(i) deal only or primarily in products supplied by or designated by the supplier or the supplier's nominee, or

(i) soit fasse, seulement ou à titre principal, le commerce de produits fournis ou indiqués par le fournisseur ou la personne qu'il désigne,

(ii) refrain from dealing in a specified class or kind of product except as supplied by the supplier or the nominee, and

(ii) soit s'abstienne de faire le commerce d'une catégorie ou sorte spécifiée de produits, sauf ceux qui sont fournis par le fournisseur ou la personne qu'il désigne;

(b) any practice whereby a supplier of a product induces a customer to meet a condition set out in subparagraph (a)(i) or (ii) by offering to supply the product to the customer on more favourable terms or conditions if the customer agrees to meet the condition set out in either of those subparagraphs;

b) toute pratique par laquelle le fournisseur d'un produit incite un client à se conformer à une condition énoncée au sous-alinéa a)(i) ou (ii) en offrant de lui fournir le produit selon des modalités et conditions plus favorables s'il convient de se conformer à une condition énoncée à l'un ou l'autre de ces sous-alinéas.

[20] Subsection 77(2) sets out the elements required to be proven for an order to issue with respect to a practice of exclusive dealing:

[20] Le paragraphe 77(2) énonce les éléments qui doivent être prouvés pour que le Tribunal puisse rendre une ordonnance relativement à une pratique d'exclusivité :

77. . . .

77. [. . .]

(2) Where, on application by the Commissioner or a person granted leave under section 103.1, the Tribunal finds that exclusive dealing or tied selling, because it is engaged in by a major supplier of a product in a market or because it is widespread in a market, is likely to

(2) Lorsque le Tribunal, à la suite d'une demande du commissaire ou d'une personne autorisée en vertu de l'article 103.1, conclut que l'exclusivité ou les ventes liées, parce que pratiquées par un fournisseur important d'un produit sur un marché ou très répandues sur un marché, auront vraisemblablement :

(a) impede entry into or expansion of a firm in a market,

a) soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme sur un marché;

(b) impede introduction of a product into or expansion of sales of a product in a market, or

b) soit pour effet de faire obstacle au lancement d'un produit sur un marché ou à l'expansion des ventes d'un produit sur un marché;

(c) have any other exclusionary effect in a market,

with the result that competition is or is likely to be lessened substantially, the Tribunal may make an order directed to all or any of the suppliers against whom an order is sought prohibiting them from continuing to engage in that exclusive dealing or tied selling and containing any other requirement that, in its opinion, is necessary to overcome the effects thereof in the market or to restore or stimulate competition in the market.

[21] A parallel structure and logic is readily apparent between the requisite elements for exclusive dealing under subsection 77(2) and abuse of dominant position under subsection 79(1). First, both provisions require an initial determination that the firm in question occupies a position of dominance: subsection 77(2) refers to a “major supplier of a product in a market”, while paragraph 79(1)(a) requires that “one or more persons substantially or completely control . . . a class or species of business”. Second, both provisions call for the identification of a particular type of conduct, namely a practice of exclusive dealing with an exclusionary effect in the case of subsection 77(2), and a practice of anti-competitive acts in the case of subsection 79(1). Third, both provisions require a finding of actual or likely substantial lessening of competition.

[22] While I would not conclude that the legal tests applicable under these two provisions would necessarily produce identical results in all cases, this parallel structure suggests that an overlapping analysis is to be expected.

III. ISSUES

[23] This appeal raises the following four issues:

(A) For the purposes of paragraph 79(1)(c), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has had, is having or is likely to have the effect

c) soit sur un marché quelque autre effet tendant à exclure,

et qu'en conséquence la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement, le Tribunal peut, par ordonnance, interdire à l'ensemble ou à l'un quelconque des fournisseurs contre lesquels une ordonnance est demandée de pratiquer désormais l'exclusivité ou les ventes liées et prescrire toute autre mesure nécessaire, à son avis, pour supprimer les effets de ces activités sur le marché en question ou pour y rétablir ou y favoriser la concurrence.

[21] On constate un parallélisme évident de structure et de logique entre les conditions auxquelles sont subordonnés l'établissement d'une pratique d'exclusivité sous le régime du paragraphe 77(2) et l'établissement d'un abus de position dominante dans le cadre du paragraphe 79(1). Premièrement, les deux paragraphes exigent d'abord une première conclusion comme quoi l'entreprise en question occupe une position dominante : cette entreprise, selon le paragraphe 77(2), doit être « un fournisseur important d'un produit sur un marché », tandis que, selon l'alinéa 79(1)a), le Tribunal doit conclure qu'« une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises ». Deuxièmement, les deux paragraphes exigent l'établissement d'un comportement particulier, soit, dans le cas du paragraphe 77(2), d'une pratique d'exclusivité qui aura vraisemblablement un effet tendant à exclure, et, dans le cas du paragraphe 79(1), d'une pratique d'agissements anti-concurrentiels. Troisièmement, les deux paragraphes exigent que le Tribunal conclue à l'existence effective ou à la vraisemblance pour l'avenir d'une diminution sensible de la concurrence.

[22] Je n'irais pas jusqu'à dire que les critères juridiques applicables sous le régime de ces deux paragraphes produiront nécessairement des résultats identiques dans tous les cas, mais ce parallélisme laisse prévoir une coïncidence partielle des analyses.

III. LES QUESTIONS EN LITIGE

[23] Le présent appel soulève les quatre questions suivantes :

A) Pour l'application de l'alinéa 79(1)c), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS a, a eu ou aura vraisemblablement

of preventing or lessening competition substantially?

(B) For the purposes of paragraph 79(1)(b), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP constitutes an “anti-competitive act”?

(C) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has the result that competition is or is likely to be lessened substantially?

(D) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP is likely to impede entry or expansion of a firm or a product in a market or have any other exclusionary effect in a market?

[24] I will address each of these issues in turn. As the analysis of each issue depends heavily upon the Tribunal’s particular findings and approach, I will summarize the Tribunal’s decision in the context of my analysis of each question.

IV. ANALYSIS

[25] Before proceeding to an analysis of the issues listed above, a preliminary observation concerning analytic methodology and evidentiary limitations in the competition law context might be helpful. Each of the legislative provisions governing this appeal define a series of elements that must be proven in order to ground the particular order that is sought; if any of these elements is not established, the Commissioner’s application must fail. Both section 77 and section 79 specify three distinct elements, and each of these elements is at issue in the appeal or cross-appeal in this case.

[26] The multi-element structures of sections 77 and 79 suggest that the applicable legal tests consist of several discrete subtests, each corresponding to a different requisite element. Indeed, this interpretation appears necessary to give effect to the “well accepted

pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence?

B) Pour l’application de l’alinéa 79(1)b), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS constitue un « agissement anti-concurrentiel »?

C) Pour l’application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement en conséquence du PDS?

D) Pour l’application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS aura vraisemblablement, sur un marché, soit pour effet de faire obstacle à l’entrée ou au développement d’une firme, ou encore au lancement ou à l’expansion des ventes d’un produit, soit quelque autre effet tendant à exclure?

[24] Je traiterai ces questions successivement. Comme l’analyse de chacune dépend dans une mesure considérable des conclusions et de l’approche correspondantes du Tribunal, je résumerai la décision de ce dernier dans le contexte de mon examen de chaque question.

IV. ANALYSE

[25] Il ne serait peut-être pas inutile de proposer, avant d’entreprendre l’analyse des questions énumérées ci-dessus, quelques observations préliminaires sur la méthode d’analyse à suivre et les limites auxquelles la preuve est soumise dans le contexte du droit de la concurrence. Chacune des dispositions législatives applicables au présent appel définit une série d’éléments qu’il faut prouver pour justifier l’ordonnance souhaitée; si l’un ou l’autre de ces éléments n’est pas établi, la demande du commissaire doit être rejetée. L’article 77 aussi bien que l’article 79 spécifient trois éléments distincts, dont chacun est en question dans le présent appel et dans l’appel incident interjeté parallèlement.

[26] La pluralité des conditions prévues aux articles 77 et 79 donne à penser que les critères juridiques applicables doivent se décomposer en plusieurs sous-critères distincts, chacun correspondant à une condition distincte. En fait, cette interprétation paraît nécessaire

principle of statutory interpretation that no legislative provision should be interpreted so as to render it mere surplusage” (*R. v. Proulx*, [2000] 1 S.C.R. 61, at paragraph 28; see also *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 27). Each statutory element must give rise to a distinct legal test, for otherwise the interpretation risks rendering a portion of the statute meaningless or redundant.

[27] The difficulty arises, however, when the necessary distinct subtests are examined in light of the available evidence in a given case. In the abuse of dominance context, the economic concepts upon which the legal tests are based often cannot be readily extracted from the available evidence. For example, in many cases the foundational concept of market power cannot be established directly; instead, one must look to relevant indirect indicators. However, these indirect indicators are often relevant with respect to more than one element. As a result, the same evidence—for example, concerning barriers to entry, or market share—is potentially and unavoidably relied upon at several points in the analysis, in respect of different requisite elements. In its first abuse of dominance case, *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (*NutraSweet*), the Competition Tribunal noted that this difficulty “is pervasive in competition law because the relevant factors in the different statutory elements are rarely distinct and it is impossible not to draw on common factors whenever required” (page 28).

[28] However, it is important that the correct approach to the overlapping use of supporting evidence in the competition context be properly understood, so as to avoid the interpretive danger of impermissible erosion or conflation of the discrete underlying statutory tests. Although a particular piece of supporting evidence may be employed as an indirect indicator in respect of more than one element, the elements themselves must remain conceptually distinct. I will return to this point in my analysis of the questions at issue in the appeal at bar.

pour mettre en œuvre le « principe d’interprétation législative reconnu [suivant lequel] une disposition législative ne devrait jamais être interprétée de façon telle qu’elle devienne superfétatoire » : *R. c. Proulx*, [2000] 1 R.C.S. 61, au paragraphe 28; voir aussi *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 27. À chaque condition prévue par la loi applicable doit correspondre un critère juridique distinct, faute de quoi l’interprétation risque de priver de sens ou de rendre superflue une partie de cette loi.

[27] Il se pose cependant un problème lorsque les sous-critères distincts reconnus comme nécessaires sont examinés à la lumière de la preuve produite dans une affaire déterminée. Dans le contexte de l’abus de position dominante, il arrive souvent qu’on ne puisse extraire facilement de la preuve au dossier les concepts économiques sur lesquels se fondent les critères juridiques. Dans bien des cas, par exemple, l’élément fondamental qu’est la puissance commerciale ne peut être établi directement, mais doit l’être au moyen d’indicateurs indirects pertinents. Cependant, ces indicateurs indirects sont souvent pertinents à l’égard de plus d’un élément. Par suite, il se révèle possible et inévitable de se fonder sur les mêmes éléments de preuve—concernant par exemple les obstacles à l’entrée ou la part de marché—à divers moments de l’analyse et à l’égard de conditions différentes prévues par la loi. Dans sa première décision relative à l’abus de position dominante, *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.*, CT-1989-002 (*NutraSweet*), le Tribunal de la concurrence notait que ce problème « est courant dans le droit de la concurrence parce que les facteurs pertinents des différentes dispositions législatives sont rarement distincts et [que] l’on doit nécessairement se fonder sur des facteurs communs au besoin » (page 55).

[28] Il est toutefois important de bien comprendre quelle est la manière juste d’aborder cette difficulté de l’utilisation coïncidente des éléments de preuve dans le contexte de la concurrence si l’on veut éviter le danger que représente pour l’interprétation l’inacceptable érosion ou fusion des critères juridiques distincts qui doivent la guider. S’il est permis d’utiliser un élément de preuve donné comme indicateur indirect à l’égard de plus d’une condition prévue par la Loi, les conditions elles-mêmes doivent rester conceptuellement distinctes.

(A) For the purposes of paragraph 79(1)(c), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially?

[29] I begin my analysis with the issue of substantial lessening of competition for the purposes of paragraph 79(1)(c), for it is on this question that I am most clearly convinced that this Court's intervention is required. My conclusion in this regard follows directly from an interpretation of the governing statutory language. In short, I have concluded that the Tribunal erred in law in its analytic approach with respect to the legal test applicable under paragraph 79(1)(c).

[30] Before this Court, the appellant argued that the Tribunal erred in law in its interpretation of paragraph 79(1)(c) and failed to apply the correct legal test. The appellant argued that the statutory language—and in particular the use of the relative concept “lessening”—mandates an assessment of the effect of the impugned practice on competition in the relevant markets, which can only be properly accomplished by comparing the competitiveness of the relevant markets in the presence and absence of the impugned practice. The appellant submitted that the correct legal test for assessing competitive effects therefore involves a “but for” analysis: would markets—in the past, present or future—be substantially more competitive but for the impugned practice? Or, in other words, but for the impugned practice, would markets be characterized by greater price competition, choice, service or innovation than exists in the presence of this practice? The Tribunal thus erred, the appellant contended, in that its assessment of substantial lessening of competition focussed virtually exclusively on the narrow question of whether the SDP prevented entry or switching of suppliers, or in other words, whether a substantial level of competition continued to exist in the relevant market. Rather, the Tribunal should have considered the broader question of whether the SDP impeded or hindered the competition that would otherwise exist if the program were absent from the market.

Je reviendrai sur ce point dans mon analyse des questions en litige dans le présent appel.

A) Pour l'application de l'alinéa 79(1)c), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence?

[29] Je commence mon analyse par la question de la diminution sensible de la concurrence pour l'application de l'alinéa 79(1)c), parce que c'est sur cette question que je suis le plus convaincue que notre Cour doit intervenir. Ma conclusion à cet égard découle directement d'une interprétation du libellé des dispositions législatives applicables. Je dirai d'emblée que le Tribunal a commis une erreur de droit dans son approche analytique du critère juridique applicable sous le régime de l'alinéa 79(1)c).

[30] L'appelante soutient devant notre Cour que le Tribunal a commis une erreur de droit dans son interprétation de l'alinéa 79(1)c) et n'a pas appliqué le critère juridique qui convient. Elle fait valoir que le libellé de la Loi—en particulier par son emploi du concept relatif qu'exprime le verbe « diminuer »—commande une évaluation de l'effet de la pratique attaquée sur la concurrence dans les marchés pertinents, évaluation qu'on ne peut bien effectuer qu'en comparant les niveaux de ladite concurrence qui correspondent respectivement à la présence et à l'absence hypothétique de cette pratique. Selon l'appelante, le critère juridique qu'il faut appliquer à l'évaluation des effets sur la concurrence nécessite donc une analyse fondée sur l'« absence hypothétique » (“*but for*” analysis) : il convient de se demander si les marchés auraient été, ou seraient actuellement ou dans l'avenir, sensiblement plus concurrentiels en l'absence de (*but for*) la pratique contestée. Autrement dit, en l'absence de la pratique attaquée, les marchés se caractériseraient-ils par une plus grande concurrence des prix, un choix plus large, un meilleur service ou une tendance plus forte à l'innovation que dans le cas où cette pratique est présente? Le Tribunal s'est donc trompé, affirme l'appelante, en axant son évaluation de la diminution sensible de la concurrence à peu près exclusivement sur la question restreinte de savoir si le PDS empêchait l'entrée de concurrents (*competitors*) ou le changement

[31] In response, the respondent submitted two main arguments challenging the Commissioner's proposed "but for" test. First, the respondent argued that the "but for" test was a "novel approach", which the Commissioner had never before advocated before the Tribunal, either in this case or in prior proceedings under section 79. As a result, the respondent contended, the appellant is precluded from introducing this new argument at the appellate level. In this regard, the respondent cited this Court's comments in *Gravel and Lake Services Ltd. v. Bay Ocean Management Inc.* (2002), 298 N.R. 369, at paragraph 8; *SMX Shopping Centre Ltd. v. Canada*, [2003] 2 C.T.C. 48, at paragraph 32; and *Naguib v. Canada*, [2004] 2 C.T.C. 215, at paragraph 7 for the proposition that a new argument may not be raised for the first time on appeal if the responding party would be prejudiced by having had no opportunity to adduce evidence that could, if accepted, defeat the argument. In this case, the respondent maintained that the record contains little or no evidence to establish the likely characteristics of the necessary hypothetical "but for" market. Moreover, Canada Pipe would have argued its case very differently had it had notice at the Tribunal level of the Commissioner's new "but for" test; in particular, it would have retained experts to model the hypothetical comparator markets that would exist "but for" the SDP.

[32] Second, or in the alternative, the respondent asserted that the Tribunal adopted the correct, well-established approach in its determination under paragraph 79(1)(c), and properly considered all relevant factors. The Tribunal reached its conclusion by carefully exercising its considerable expertise in appraising and weighing the relevant factors, and the respondent argued that since its conclusion on this question of mixed law and fact was not unreasonable, this Court should not

de fournisseurs, autrement dit sur la question de savoir si un niveau sensible de concurrence était maintenu sur le marché pertinent; il aurait plutôt dû se poser la question plus large de savoir si le PDS représentait un obstacle ou un frein pour la concurrence qui caractériserait le marché en l'absence de ce programme.

[31] L'intimée oppose deux arguments principaux au critère de l'« absence hypothétique » proposé par la commissaire. Premièrement, soutient-elle, ce critère constitue une [TRADUCTION] « approche inédite », que la commissaire n'a jamais invoquée devant le Tribunal, que ce soit dans la présente affaire ou dans d'autres relevant de l'article 79. Par conséquent, fait valoir l'intimée, il est interdit à l'appellante de présenter ce nouveau moyen en appel. À ce propos, l'intimée a invoqué, à l'appui de la thèse qu'un nouvel argument ne peut être avancé pour la première fois en appel dans le cas où la partie intimée en subirait un préjudice du fait de n'avoir pas eu la possibilité de produire des éléments de preuve qui, acceptés, eussent pu réfuter cet argument, les observations formulées par notre Cour : au paragraphe 8 de *Gravel and Lake Services Ltd. c. Bay Ocean Management Inc.*, 2002 CAF 465; au paragraphe 32 de *SMX Shopping Centre Ltd. c. Canada*, 2003 CAF 479; et au paragraphe 7 de *Naguib c. Canada*, 2004 CAF 40. Pour ce qui concerne la présente espèce, l'intimée soutient que le dossier ne contient pas, ou guère, d'éléments de preuve tendant à établir les caractéristiques probables du marché hypothétique qu'il faudrait décrire aux fins de comparaison. En outre, Tuyauteries Canada aurait fait valoir des moyens très différents si elle avait été informée au niveau du Tribunal du nouveau critère de l'« absence hypothétique » proposé par la commissaire; en particulier, elle aurait engagé des experts pour modéliser, aux fins de comparaison, le marché qui existerait hypothétiquement « en l'absence » du PDS.

[32] Deuxièmement, ou subsidiairement, l'intimée soutient que le Tribunal a adopté l'approche qui convient, déjà bien établie, pour arriver à sa conclusion sous le régime de l'alinéa 79(1)c), et qu'il a régulièrement pris en considération tous les facteurs pertinents. Le Tribunal est arrivé à cette conclusion en exerçant avec soin son expertise considérable dans l'appréciation et la pondération des facteurs pertinents et, comme sa décision sur cette question mixte de droit

interfère.

[33] Although initially appealing, the respondent's first argument cannot be sustained, for several reasons. The legal principle cited by the respondent, with respect to the impropriety of an appellate court considering an entirely new argument which had not been raised below and in relation to which additional evidence is required, is indeed well established: see, for example, *The SS "Tordenskjold" v. The SS "Euphemia"* (1908), 41 S.C.R. 154; *Perka et al. v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, at page 240; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381, at paragraph 26; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 58. However, this principle is inapplicable in the instant case, for the appellant's argument is not in fact "entirely new" (*Perka*, at page 240). As I explain further below, although the Competition Tribunal has not used the "but for" wording in its previous cases, this wording appears in *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions* issued by the appellant, and the substance of this legal test has been articulated and applied by the Tribunal in prior decisions. The respondent thus had ample notice of this argument. Moreover, the primary concern underlying the general prohibition—namely, that the evidentiary record is insufficient to support the new argument (*Keegstra*, at paragraph 26)—also does not apply in this case, for the Commissioner bears the burden of establishing each statutory element; if insufficient evidence exists to meet the "but for" test, no order will issue.

[34] As to the respondent's second argument, I am not persuaded that the Tribunal's error with respect to its determination under paragraph 79(1)(c) is one of mixed law and fact. The appellant's argument calls for an exercise of statutory interpretation, to determine whether the statutory language indeed mandates a particular analytic approach. As the Supreme Court of Canada noted in *Canada (Director of Investigation and*

et de fait n'est pas déraisonnable, la Cour ne devrait pas la remettre en cause.

[33] Bien que séduisant à première vue, le premier argument de l'intimée ne peut être retenu, pour plusieurs raisons. Le principe juridique invoqué par l'intimée, selon lequel il n'est pas permis à une cour d'appel de prendre en considération un argument entièrement nouveau qui n'a pas été avancé en première instance et à l'égard duquel de nouveaux éléments de preuve sont nécessaires, est effectivement bien établi; voir par exemple : *The SS "Tordenskjold" v. The SS "Euphemia"* (1908), 41 R.C.S. 154; *Perka et autres c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, à la page 240; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, au paragraphe 26; et *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 58. Cependant, ce principe n'est pas applicable à la présente espèce, car l'argument de l'appelante n'est pas en fait « entièrement nouveau » (*Perka*, à la page 240). Comme je l'explique de manière plus détaillée ci-dessous, s'il est vrai que le Tribunal de la concurrence n'a pas employé la terminologie de l'« absence hypothétique » dans sa jurisprudence, l'expression « en l'absence de » figure textuellement à ce propos dans les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* publiées par l'appelante, et le Tribunal a formulé et appliqué la substance de ce critère juridique dans des décisions antérieures. L'intimée a donc été informée largement à l'avance de cet argument. En outre, la crainte principale qui sous-tend l'interdiction générale—à savoir celle que le dossier de la preuve ne suffise pas à étayer le nouvel argument (*Keegstra*, au paragraphe 26)—n'a pas lieu d'être dans la présente espèce, étant donné que la commissaire a la charge d'établir la réalisation de chacune des conditions prévues par la Loi; si la preuve produite ne suffit pas à remplir le critère de l'« absence hypothétique », il ne sera pas rendu d'ordonnance.

[34] Quant au deuxième argument de l'intimée, je ne suis pas persuadée que l'erreur commise par le Tribunal dans la conclusion qu'il a formulée sous le régime de l'alinéa 79(1)c) ait pour objet une question mixte de droit et de fait. L'argument de l'appelante nécessite une opération d'interprétation de la Loi, destinée à établir si le libellé de celle-ci prescrit effectivement un mode d'analyse déterminé. Comme la Cour suprême du

Research) v. *Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at paragraph 36 (*Southam*), questions of statutory interpretation “are generally questions of law,” as such questions have “the potential to apply widely to many cases”. In the case at bar, the Tribunal’s actual appraisal and weighting of different factors—that is, the question of mixed law and fact—is a secondary question, arising only once it has been determined whether the correct legal test was applied. While the Tribunal has economics and competition law expertise in relation to the determinations of fact and mixed law and fact required for the application of the correct legal test, this is not sufficient to displace the expertise of this Court with respect to statutory interpretation itself. As this Court has previously determined—and indeed, the parties do not dispute—the Tribunal’s conclusions on questions of law are to be reviewed on the standard of correctness: *Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.*, [2001] 3 F.C. 185 (C.A.) (*Superior Propane*), at paragraph 88.

(1) The legal test under paragraph 79(1)(c)

[35] In light of the appellant’s argument, I must consider the correct statutory interpretation of paragraph 79(1)(c), which, for convenience’s sake, I set out again:

79. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

...

(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

[36] Two aspects of the scope of paragraph 79(1)(c) are immediately evident from the wording. First, the effect on competition is to be assessed by reference to up to three different time frames: actual effects in the past or present, and likely effects in the future. Second, the effect on competition which must be proven to ground an order prohibiting an abuse of dominance is one of substantial preventing or lessening. The requisite

Canada le faisait observer au paragraphe 36 de *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 (*Southam*), les questions d’interprétation des lois « sont généralement des questions de droit », étant donné qu’elles sont « susceptible[s] de s’appliquer à un grand nombre de cas ». Dans la présente espèce, l’opération effective d’évaluation et de pondération de divers facteurs accomplie par le Tribunal—c’est-à-dire la question mixte de droit et de fait—est une question secondaire, qui se pose seulement une fois qu’on a établi si le Tribunal a appliqué le critère juridique qui convient. S’il est vrai que le Tribunal possède une expertise en science économique et en droit de la concurrence pour ce qui concerne les conclusions de fait et les conclusions mixtes de droit et de fait qu’exige l’application du critère juridique approprié, cette expertise ne suffit pas à remplacer celle de notre Cour en matière d’interprétation des lois. Or, comme notre Cour l’a déjà établi—et, en fait, les parties ne le contestent pas—, les conclusions du Tribunal sur des questions de droit doivent être contrôlées suivant la norme de la décision correcte : *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, [2001] 3 C.F. 185 (C.A.) (*Supérieur Propane*), au paragraphe 88.

1) Le critère juridique prévu à l’alinéa 79(1)(c)

[35] L’argument de l’appelante m’oblige à examiner la question de l’interprétation correcte de l’alinéa 79(1)(c), que je reproduis ici de nouveau pour la commodité du lecteur :

79. (1) Lorsque, à la suite d’une demande du commissaire, il conclut à l’existence de la situation suivante :

[. . .]

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

[36] Deux aspects de la portée de l’alinéa 79(1)(c) ressortent immédiatement de son libellé. Premièrement, l’effet sur la concurrence doit être évalué par rapport aux trois divisions du temps : il faut prendre en considération l’effet réel dans le passé et dans le présent, et l’effet vraisemblable dans l’avenir. Deuxièmement, l’effet sur la concurrence qui doit être établi pour motiver une ordonnance d’interdiction d’abus de

assessment is thus a relative one: it is not the absolute level of competition in a market which must be substantial, but rather the preventing or lessening of competition that results from the impugned practice must be substantial.

[37] The test mandated by paragraph 79(1)(c) is not whether the relevant markets would or did attain a certain level of competitiveness in the absence of the impugned practice, or whether the level of competitiveness observed in the presence of the impugned practice is “high enough” or otherwise acceptable. These are absolute evaluations, while the statutory language of “effect of preventing or lessening . . . substantially” clearly demands a relative and comparative assessment. In order to achieve the inquiry dictated by the statutory language of paragraph 79(1)(c), the Tribunal must compare the level of competitiveness in the presence of the impugned practice with that which would exist in the absence of the practice, and then determine whether the preventing or lessening of competition, if any, is “substantial”. This comparison must be done with reference to actual effects in the past and present, as well as likely future effects. Only through such a comparative approach can the Tribunal determine, as the statutory provision requires, whether the impugned practice “has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially”.

[38] The comparative interpretation described above is in my view equivalent to the “but for” test proposed by the appellant. Apart from its arguments concerning the evidentiary difficulties involved in the application of such a test at the appeal stage in this case, the respondent did not advance any reasons of principle or statutory interpretation as to why this approach to paragraph 79(1)(c) is incorrect or inappropriate. I would therefore endorse the formulation of the legal test proposed by the appellant: the question that must be assessed for the purposes of paragraph 79(1)(c) is, would the relevant markets—in the past, present or future—be substantially more competitive but for the impugned practice of anti-competitive acts?

position dominante est le fait de l’empêcher ou de la diminuer sensiblement. L’évaluation prescrite revêt donc un caractère relatif : ce n’est pas le niveau absolu de la concurrence sur un marché qui doit être sensible, mais plutôt la mesure dans laquelle la concurrence est empêchée ou diminuée par suite de la pratique attaquée.

[37] Le critère dont l’alinéa 79(1)c) prescrit l’application ne consiste pas à se demander si les marchés pertinents atteindraient ou ont atteint un niveau déterminé de concurrence en l’absence de la pratique attaquée, ou si le niveau de concurrence observé sur le marché tel qu’il est déterminé par la présence de cette pratique est « suffisamment élevé » ou acceptable pour d’autres raisons. Ce sont là des évaluations dans l’absolu, alors que le libellé de la Loi (« pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement ») commande à l’évidence une évaluation relative et comparative. Pour mener à bien l’examen que dicte le libellé de l’alinéa 79(1)c), le Tribunal doit comparer le niveau de concurrence sur le marché caractérisé par la présence de la pratique attaquée au niveau qui existerait en l’absence de cette pratique, pour ensuite établir si la concurrence est empêchée ou diminuée « sensiblement », en supposant qu’elle le soit tant soit peu. Cette comparaison doit se faire en tenant compte des effets réels dans le passé et dans le présent, ainsi que des effets vraisemblables dans l’avenir. Ce n’est que par cette approche comparative que le Tribunal peut établir, comme la disposition applicable l’exige, si la pratique attaquée « a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence ».

[38] Or, l’interprétation comparative que je viens de décrire est à mon sens équivalente au critère de l’« absence hypothétique » proposé par l’appelante. Mis à part ses arguments touchant les difficultés relatives à la preuve qu’entraîne l’application d’un tel critère à l’étape de l’appel dans la présente affaire, l’intimée n’a avancé aucun argument de principe ou d’interprétation des lois qui tendrait à démontrer le caractère erroné ou incorrect de cette manière d’aborder l’alinéa 79(1)c). En conséquence, je suis d’avis de souscrire à la formulation du critère juridique proposée par l’appelante : la question qui doit être examinée pour l’application de l’alinéa 79(1)c) est celle de savoir si les marchés pertinents auraient été, ou seraient actuellement ou dans

[39] It is important to note that the “but for” wording appears in the *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions* issued by the appellant, which Guidelines are expressly intended to “help the general public, business people, and their legal and economic advisors to better understand . . . the general approach taken by the Competition Bureau . . . to enforce these provisions” (see *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions*, section 1.1). In describing the Commissioner’s approach to assessing the effects of anti-competitive acts for the purposes of paragraph 79(1)(c), the Guidelines employ the “but for” wording (see section 3.2.4).

[40] The expression “but for” has also appeared in American antitrust jurisprudence. In *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000), at page 1055, the Court referred to the difficulty of constructing a hypothetical market:

Notwithstanding the complex nature of the conduct at issue, Dr. Hall was required to construct a hypothetical market, a “but for” market, free of the restraints and conduct alleged to be anticompetitive. The difficulty of such a task has long been recognized by courts in antitrust cases. [Emphasis added.]

[41] In substance, the “but for” interpretation of paragraph 79(1)(c) is also accordant with the Tribunal’s interpretations in earlier abuse of dominance cases. Although the “but for” wording does not appear in the statutory provision or in previous Tribunal decisions, this legal test does not, as the respondent alleges, “amount . . . to an attempt by the Commissioner to re-write the Act at the appellate stage of this

l’avenir, sensiblement plus concurrentiels en l’absence de la pratique attaquée d’agissements anti-concurrentiels.

[39] Il est important de noter que les termes « en l’absence de » (*but for*) apparaissent à ce propos dans les *Lignes directrices pour l’application des dispositions sur l’abus de position dominante* publiées par l’appelante, lesquelles, expressément, « s’adressent au grand public, ainsi qu’aux gens d’affaires et à leurs conseillers juridiques et économiques » et ont été conçues « pour les aider à mieux comprendre l’objet des dispositions sur l’abus de position dominante, et l’approche généralement suivie par le Bureau de la concurrence [...] pour assurer leur application » (voir *Lignes directrices pour l’application des dispositions sur l’abus de position dominante*, section 1.1). Dans l’exposé que proposent les Lignes directrices de l’approche suivie par le commissaire dans l’évaluation des effets des agissements anti-concurrentiels pour l’application de l’alinéa 79(1)c), on retrouve textuellement les termes « en l’absence de » (*but for*) (voir la section 3.2.4).

[40] L’expression *but for* (« en l’absence de » ou « absence hypothétique ») apparaît aussi dans la jurisprudence antitrust américaine. On trouve ainsi à la page 1055 de *Concord Boat Corp. v. Brunswick Corp.*, 207 F.3d 1039 (8th Cir. 2000), le passage suivant touchant la difficulté de construire un marché hypothétique :

[TRADUCTION] Malgré la nature complexe du comportement en question, il a été demandé à M. Hall de construire un marché fondé sur l’« absence hypothétique » des restrictions et du comportement dont on affirme le caractère anti-concurrentiel. La difficulté d’une telle tâche est reconnue depuis longtemps par les tribunaux judiciaires appelés à statuer dans des affaires antitrust. [Non souligné dans l’original.]

[41] L’interprétation de l’alinéa 79(1)c) fondée sur le critère de l’« absence hypothétique » s’accorde aussi en substance avec les interprétations données par le Tribunal dans les affaires antérieures d’abus de position dominante. Bien que les expressions « en l’absence de » ou « absence hypothétique » ne figurent à ce propos ni dans la disposition législative applicable ni dans les décisions antérieures du Tribunal, ce critère juridique

proceeding” (respondent’s memorandum of fact and law, paragraph 102). Rather, the “but for” test reflects the plain meaning of the statutory language of paragraph 79(1)(c), and corresponds to the Tribunal’s analysis in its previous decisions with respect to this provision.

[42] The Tribunal’s use of a comparative and relative test for paragraph 79(1)(c) is evident in its descriptions, in previous abuse of dominance cases, of the appropriate analytic approach for determining whether there exists an actual or likely substantial lessening of competition. In *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.) (*Laidlaw*), the Tribunal specifically endorsed an assessment based upon comparison of the competitiveness of the relevant markets with and without the impugned practice (at pages 344-346):

Laidlaw argues that the Director has not demonstrated that there has been any substantial lessening of competition in the relevant markets. It is argued that no analysis has been done of the state of competition in the markets before Laidlaw entered compared to what exists now.

...

It is not just the number of competitors and comparative market shares which are relevant in considering whether a substantial lessening of competition has occurred. . . . [T]he substantial lessening which is to be assessed need not necessarily be proved by weighing the competitiveness of the market in the past with its competitiveness at present. Substantial lessening can also be assessed by reference to the competitiveness of the market in the presence of the anti-competitive acts and its likely competitiveness in their absence. [Emphasis added.]

Similarly, in *Canada (Director of Investigation and Research) v. D & B Companies of Canada Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (*D & B*), the Tribunal described as follows the appropriate approach to assessing the existence of a substantial lessening of competition (at page 267):

n’équivaut pas, comme l’affirme l’intimée, [TRADUCTION] « à une tentative de réécriture de la Loi par la commissaire à l’étape de l’appel de la présente affaire » (exposé des faits et du droit de l’intimée, paragraphe 102). Le critère de l’« absence hypothétique » correspond en effet à la fois au sens manifeste du libellé de l’alinéa 79(1)c) et à l’analyse effectuée par le Tribunal dans ses décisions antérieures pour l’application de cet alinéa.

[42] L’utilisation par le Tribunal d’un critère comparatif et relatif pour l’alinéa 79(1)c) ressort à l’évidence des définitions qu’il a proposées dans les affaires antérieures d’abus de position dominante du mode d’analyse à appliquer pour établir s’il y a eu, s’il y a ou s’il y aura vraisemblablement une diminution sensible de la concurrence. Ainsi aux pages 116, 118 et 119 de *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, CT-1991-002 (*Laidlaw*), le Tribunal a expressément souscrit à l’idée d’une évaluation fondée sur la comparaison des niveaux de concurrence des marchés pertinents selon que la pratique attaquée y est ou non présente :

Laidlaw soutient que le directeur n’a pas fait la preuve qu’il y eu diminution sensible de la concurrence dans les marchés pertinents. Elle soutient qu’aucune analyse n’a été effectuée eu égard à l’état de la concurrence dans ces marchés avant et après l’entrée dans les marchés de Laidlaw.

[. . .]

Il ne faut pas s’en tenir seulement au nombre de concurrents et à leur part relative du marché pour établir s’il y a eu diminution sensible de la concurrence [...] [P]our établir qu’il y a eu diminution sensible de la concurrence, il n’est pas nécessaire de comparer, chiffres à l’appui, le niveau de concurrence qui régnait par le passé dans le marché avec celui qui y règne aujourd’hui. On peut également évaluer la diminution sensible de la concurrence en mesurant le niveau de compétitivité qui existe dans un marché dans lequel une entreprise se livre à des agissements anticoncurrentiels, et estimer le niveau probable de compétitivité en l’absence de ces agissements. [Non souligné dans l’original.]

De même, à la page 88 de *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D & B Companies of Canada Ltd.*, CT-1994-001 (*D & B*), le Tribunal décrivait comme suit la marche à suivre pour établir s’il existe une diminution sensible de la concurrence :

First, we must establish what the conditions of entry would be without the exclusives [the impugned practice of anti-competitive acts] and, then, determine how the anti-competitive acts altered the prospects for economically feasible entry.

The correspondence between these formulations and the “but for” test described above is readily apparent.

[43] The Tribunal’s previous abuse of dominance decisions also highlight the centrality of relative comparison in the test mandated by paragraph 79(1)(c). The test for substantial lessening of competition articulated by the Tribunal in *NutraSweet, Laidlaw*, and *D & B*, in all cases depends upon this relative comparative aspect (*NutraSweet*, at page 47):

The factors to be considered in deciding whether competition has been or is likely to be substantially lessened are similar to those that were discussed in concluding that NSC [NutraSweet Co.] has market power [that is, market share and entry barriers]. In essence, the question to be decided is whether the anti-competitive acts engaged in by NSC preserve or add to NSC’s market power.

The issue with respect to the contract terms associated with exclusivity and the use of the United States patent as leverage in competing for Canadian customers is the degree to which these anti-competitive acts add to the entry barriers into the Canadian market and, additionally therefore, into the industry. [Emphasis added.]

Laidlaw, at pages 347-348:

There is no reason to doubt that based solely on the economics of lift-on-board service that these should be highly competitive markets. The evidence shows, however, that the effect of the contracts is to make entry sufficiently difficult so that it no longer effectively polices the market. The evidence demonstrates that a new firm can acquire a certain number of customers but that it cannot establish a customer base with sufficient rapidity to make entry attractive. In the markets in question there is no doubt that acquisition practices of *Laidlaw* buttressed by the creation of artificial barriers to entry through the contracts have resulted in a substantial lessening of competition. [Emphasis added.]

Premièrement, nous devons déterminer quelles seraient les conditions d’accès au marché en l’absence des clauses d’exclusivité [la pratique d’agissements anti-concurrentiels attaquée], puis dans quelle mesure les agissements anti-concurrentiels ont modifié la perspective d’une entrée économiquement viable sur le marché.

On constate une correspondance manifeste entre ces formulations et le critère de l’« absence hypothétique » défini plus haut.

[43] Les décisions antérieures du Tribunal en matière d’abus de position dominante font également ressortir le caractère central de la comparaison relative dans le critère dont l’alinéa 79(1)c) prescrit l’application. Le critère de la diminution sensible de la concurrence formulé par le Tribunal dans *NutraSweet, Laidlaw* et *D & B*, dépend dans tous les cas de cet aspect relatif et comparatif (*NutraSweet*, à la page 91) :

Les facteurs à prendre en considération pour déterminer si la concurrence a été ou risque d’être diminuée sensiblement sont semblables à ceux qui ont été mentionnés au moment où il a été conclu que NSC [NutraSweet Co.] constitue une puissance sur le marché [ces facteurs sont la part de marché et les obstacles à l’entrée]. Essentiellement, il faut déterminer si les agissements anticoncurrentiels auxquels se livre NSC préservent ou augmentent son emprise sur le marché.

Par rapport aux modalités des contrats relatives à l’exclusivité et à l’utilisation du brevet américain pour gagner les clients canadiens, la question est de savoir dans quelle mesure ces agissements anticoncurrentiels renforcent les obstacles à l’accès au marché canadien et, partant, à l’industrie [Non souligné dans l’original.]

Laidlaw, à la page 123 :

Il n’y a pas lieu de douter qu’en se fondant seulement sur les réalités économiques du service de vidage de conteneurs sur place, il devrait régner une vive concurrence dans les marchés. Toutefois, les éléments de preuve révèlent que les contrats ont pour conséquence de rendre l’entrée dans le marché suffisamment difficile de sorte que l’arrivée de nouvelles entreprises ne s’avère plus un moyen efficace de contrôler les prix. La preuve révèle également qu’une nouvelle entreprise peut recruter un certain nombre de clients mais qu’elle ne peut y parvenir dans un délai suffisamment court pour faire de l’entrée dans un marché une perspective attrayante. Dans les marchés en cause, il n’y a aucun doute que les pratiques d’acquisition de *Laidlaw*, conjuguées à l’imposition d’obstacles artificiels à l’entrée dans le marché, obstacles que constituent les contrats, se sont traduites par une diminution sensible de la concurrence. [Non souligné dans l’original.]

D & B, at pages 266-267:

The central issue to be decided in determining whether the Director has satisfied this third element [of subsection 79(1)] is the effect of the exclusives with retailers and the long-term contracts with customers on the conditions of entry into the market. Or, to paraphrase the words of the Tribunal in *NutraSweet*, in essence, the question to be decided is whether the anti-competitive acts engaged in by Nielsen [*D & B*] preserve or add to Nielsen's market power. [Emphasis added.]

Clearly, the assessment envisaged and undertaken by the Tribunal in all these cases was not merely an absolute evaluation of the level of competition in the relevant markets, but rather a relative comparison: did the impugned practice result in a preventing or lessening of competition as compared to the conditions governing in the absence of the practice, and was this lessening of a degree sufficient to be considered substantial?

[44] Based upon the plain meaning of the statutory language, and supported by the interpretation advanced by the Tribunal in its earlier cases, I conclude therefore that paragraph 79(1)(c) mandates an approach that properly accentuates these comparative and relative aspects, and enables this analysis to be undertaken in respect of each of the three specified time frames (past, present and future). As I have explained, the “but for” test is one such approach. I must emphasize, however, as the Tribunal rightly implied in the passage from *Laidlaw* quoted in paragraph 39 above, that the “but for” test is not necessarily the only correct approach. I therefore expressly leave open the possibility that the Tribunal might in a future abuse of dominance case find evidence corresponding to a different test sufficient to discharge the burden placed upon the Commissioner by virtue of paragraph 79(1)(c). However, as the “but for” test describes an approach that corresponds to the requirements mandated by the statutory language of paragraph 79(1)(c), it is one that the Tribunal must consider in all cases—although it may in future cases choose to consider other appropriate tests as well.

D & B, à la page 88 :

La principale question à trancher lorsqu'il s'agit de décider si le directeur a fait la preuve de ce troisième élément [du paragraphe 79(1)] se rapporte à l'effet des clauses d'exclusivité liant les détaillants et des contrats à long terme conclus avec les clients sur les conditions d'entrée dans le marché. En se basant sur la décision du Tribunal dans l'affaire *NutraSweet*, il faut essentiellement déterminer si les agissements anti-concurrentiels de Nielsen [*D & B*] préservent ou augmentent son emprise sur le marché. [Non souligné dans l'original.]

Manifestement, l'examen envisagé et effectué par le Tribunal dans toutes ces affaires ne consistait pas simplement en une évaluation dans l'absolu du niveau de concurrence sur les marchés pertinents, mais plutôt en une comparaison relative : la pratique attaquée, se demandait-il, a-t-elle eu pour effet d'empêcher ou de diminuer la concurrence en comparaison de la situation définie par l'absence de cette pratique, et cette diminution, le cas échéant, était-elle suffisante pour être considérée comme sensible?

[44] Me fondant sur le sens manifeste du libellé de la Loi et, accessoirement, sur l'interprétation proposée par le Tribunal dans ses décisions antérieures, je conclus que l'alinéa 79(1)c) prescrit une approche mettant l'accent qui convient sur ces aspects comparatifs et relatifs et permettant l'application de cette analyse à chacune des trois divisions du temps visées par la Loi (passé, présent et futur). Comme je l'ai expliqué, le critère de l'« absence hypothétique » est une approche de cette nature. Je dois cependant souligner le fait que, comme le Tribunal le laisse entendre avec raison dans le passage de *Laidlaw* cité au paragraphe 39 du présent exposé, le critère de l'« absence hypothétique » n'est pas nécessairement la seule approche correcte. Je laisse donc expressément ouverte la possibilité que le Tribunal, dans une affaire ultérieure d'abus de position dominante, déclare la preuve correspondant à un critère différent suffisante pour acquitter le commissaire de la charge que prévoit l'alinéa 79(1)c). Cependant, comme le critère de l'« absence hypothétique » est une approche correspondant aux conditions qui doivent obligatoirement être remplies selon le libellé de l'alinéa 79(1)c), le Tribunal doit en envisager l'application dans tous les cas—encore que, dans des affaires ultérieures, il puisse

décider d'envisager également l'utilisation d'autres critères appropriés.

(2) Application of the statutory test for paragraph 79(1)(c)

[45] In practice, the application of the “but for” test, and in particular, determination of the appropriate methodology in any given case, is a matter for which the Tribunal is better qualified than this Court. This Court should not attempt to prescribe in the abstract the “correct” methodology, for “[s]uch a task is beyond the limits of the Court’s competence” (*Superior Propane*, at paragraph 159). As the Supreme Court of Canada observed in *Southam*, at paragraph 52, for the questions of mixed law and fact involved in the application of the legal tests set out in the *Competition Act*, “what is required in the end is an assessment of the economic significance of the evidence; and to this task an economist is almost by definition better suited than is a judge”.

[46] As suggested by the parties in the case at bar, application of the “but for” test could conceivably involve the construction of a hypothetical comparator model, a market identical to reality in all respects except that the impugned practice is absent. In appropriate circumstances, the “but for” test might also be applied by comparing the competitiveness of the market across time, and treating the market conditions before and after the introduction of the impugned practice as proxies for the market with and without the practice. However, I would not want to be seen to suggest that any particular type of evidence would necessarily be required. Ultimately, the Commissioner bears the burden of proof for each requisite element, and the Tribunal must be convinced on the balance of probabilities. The evidence required to meet this burden can only be determined by the Tribunal on a case-by-case basis.

2) L'application du critère prévu à l'alinéa 79(1)c)

[45] Du point de vue pratique, le Tribunal est plus qualifié que notre Cour pour appliquer le critère de l'« absence hypothétique » et, en particulier, pour établir la méthode qui convient à un cas déterminé. Notre Cour ne devrait pas essayer de prescrire dans l'abstrait la méthode « correcte », car « [c]ette tâche va au-delà des limites de sa compétence » (*Supérieur Propane*, au paragraphe 159). Comme le faisait observer la Cour suprême du Canada au paragraphe 52 de *Southam*, à propos des questions mixtes de droit et de fait que soulève l'application des critères juridiques prévus par la *Loi sur la concurrence*, « ce qui est nécessaire, en dernière analyse, c'est l'appréciation de l'importance de la preuve sur le plan économique, et, pour accomplir cette tâche, un économiste est, pratiquement par définition, mieux préparé qu'un juge ».

[46] Ainsi que l'ont fait remarquer les parties à la présente espèce, il se pourrait bien que l'application du critère de l'« absence hypothétique » comporte la construction d'un modèle hypothétique aux fins de comparaison, c'est-à-dire d'un marché identique au marché réel à tous égards, sauf que la pratique attaquée en serait absente. Dans le cas où le contexte s'y prêterait, on pourrait aussi appliquer le critère de l'« absence hypothétique » en comparant les niveaux de concurrence du marché dans le temps et en considérant les caractéristiques du marché avant et après l'introduction de la pratique attaquée comme des valeurs de remplacement des caractéristiques du marché avec et sans la pratique en question. Cependant, je ne voudrais pas qu'on croie que je laisse ici entendre que tel ou tel type de preuve devrait nécessairement être produit. En dernière analyse, c'est au commissaire qu'incombe la charge de la preuve de la réalisation de chaque condition prévue par la Loi, et il doit convaincre le Tribunal suivant la prépondérance de la preuve. La nature des éléments de preuve nécessaires pour s'acquitter de cette charge ne peut être établie que par le Tribunal, au cas par cas.

[47] The Act does, however, provide some guidelines which should be borne in mind in undertaking the assessment mandated by paragraph 79(1)(c). In this regard, I would adopt *mutatis mutandis* the advice provided by Evans J.A. in *Superior Propane* [at paragraph 160] with respect to the methodology appropriate for determining the anti-competitive “effects” of a merger under section 96 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45] of the Act:

Whatever standard is selected (and, for all I know, the same standard may not be equally apposite for all mergers) must be more reflective than the total surplus standard [the methodology adopted by the Tribunal in that case] of the different objectives of the *Competition Act*. It should also be sufficiently flexible in its application to enable the Tribunal fully to assess the particular fact situation before it.

Similarly, whatever methodology the Tribunal chooses in any given case in its application of the “but for” analysis required under paragraph 79(1)(c) must be sufficiently flexible to allow a full assessment of all factors relevant in the particular fact situation at issue, and must be reflective of the different objectives of the Act.

[48] In *Superior Propane*, at paragraphs 104-112, this Court looked to the purposes provision of the Act, section 1.1 [as enacted *idem*, s. 19], to inform its analysis of the meaning of the word “effects” in section 96. Similarly, for the purposes of paragraph 79(1)(c), in undertaking its assessment of whether there is an actual or likely substantial preventing or lessening of competition, the Tribunal must ensure that the methodology chosen to apply the “but for” test reflects the multiple purposes or objectives set out in section 1.1. Four different purposes are described in section 1.1:

1.1 The purpose of this Act is to maintain and encourage competition in Canada in order to promote the efficiency and adaptability of the Canadian economy, in order to expand opportunities for Canadian participation in world markets while at the same time recognizing the role of foreign competition in Canada, in order to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to

[47] La Loi, cependant, donne certaines lignes directrices qu’il convient de ne pas oublier lorsqu’on entreprend l’examen prescrit par l’alinéa 79(1)c). À ce propos, je reprends à mon compte, *mutatis mutandis*, les observations formulées par M. le juge Evans dans *Supérieur Propane* [au paragraphe 160], touchant la méthode appropriée pour établir les « effets » anti-concurrentiels d’un fusionnement sous le régime de l’article 96 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45] de la Loi :

Quel que soit le critère choisi (et, pour ce que j’en sais, il se peut que le même critère ne convienne pas également pour tous les fusionnements), il doit refléter, mieux que ne le fait le critère du surplus total, les différents objectifs de la *Loi sur la concurrence*. Il doit également être d’application suffisamment souple pour permettre au Tribunal d’apprécier pleinement la situation de fait particulière qui lui est présentée.

De même, quelle que soit la méthode que le Tribunal choisisse dans une affaire déterminée pour effectuer l’analyse fondée sur l’« absence hypothétique » qu’exige l’alinéa 79(1)c), elle doit être suffisamment souple pour permettre la pleine appréciation de tous les facteurs pertinents dans la situation de fait particulière qui lui est présentée et elle doit refléter les différents objectifs de la Loi.

[48] Aux paragraphes 104 à 112 de *Supérieur Propane*, notre Cour a examiné la disposition de déclaration d’objet (l’article 1.1 [édicte, *idem*, art. 19]) de la Loi pour éclairer son analyse de la signification du terme « effets » aux fins d’application de l’article 96. De même, pour l’application de l’alinéa 79(1)c), le Tribunal doit s’assurer, avant d’entreprendre son analyse pour établir si la concurrence a été, est ou sera vraisemblablement empêchée ou diminuée sensiblement, que la méthode choisie pour appliquer le critère de l’« absence hypothétique » reflète bien les objets ou objectifs multiples énoncés à l’article 1.1. Cet article énumère quatre objets distincts :

1.1 La présente loi a pour objet de préserver et de favoriser la concurrence au Canada dans le but de stimuler l’adaptabilité et l’efficacité de l’économie canadienne, d’améliorer les chances de participation canadienne aux marchés mondiaux tout en tenant simultanément compte du rôle de la concurrence étrangère au Canada, d’assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l’économie

participate in the Canadian economy and in order to provide consumers with competitive prices and product choices.

All of these purposes must be reflected in the methodology adopted by the Tribunal to assess the existence of an actual or likely substantial lessening of competition for the purposes of paragraph 79(1)(c).

(3) The Tribunal's paragraph 79(1)(c) decision

[49] Having articulated the legal test for paragraph 79(1)(c), I turn now to an analysis of what the Tribunal actually did in the case at bar. The Tribunal's analysis directly concerning paragraph 79(1)(c) is brief, and I will therefore quote it in its entirety (at paragraphs 263-266):

The Tribunal, as stated above, is satisfied that Bibby does exercise market control. This can be traced to a number of factors and specifically to the fact that Bibby is the only Canadian supplier able to supply full product lines. The SDP is certainly an instrument that helps Bibby market its products, but the Tribunal is not satisfied that the SDP has been shown to be a practice of anti-competitive acts. If, however, the Tribunal has erred in this assessment, the Tribunal is also of the view that the SDP has not been shown to be a practice that has substantially lessened or prevented competition, for the reasons that follow.

The Tribunal has accepted the Commissioner's submission that there are three distinct product markets, and six geographic markets. Therefore, the Commissioner has the onus of establishing a substantial lessening or prevention of competition in eighteen separate markets. Yet the Commissioner has not established to the Tribunal's satisfaction that the SDP has led to substantial lessening or prevention of competition in any of these markets.

In Western Canada and in Ontario, which represent approximately 75 percent of Bibby's market, there is significant evidence of competitive pricing, notwithstanding the SDP. This competitive pricing is due to imports and to the emergence of a new manufacturer. Although imports still represent a relatively small portion of the cast iron DWV markets, they have been steadily increasing and have had a noticeable impact on prices of cast iron DWV products. In

canadienne, de même que dans le but d'assurer aux consommateurs des prix compétitifs et un choix dans les produits.

Tous ces objets doivent trouver leur expression dans la méthode qu'adoptera le Tribunal en vue d'établir, sous le régime de l'alinéa 79(1)c), si la concurrence a été, est ou sera vraisemblablement empêchée ou diminuée sensiblement.

3) La décision rendue par le Tribunal sous le régime de l'alinéa 79(1)c)

[49] Après avoir formulé le critère juridique applicable dans le cas de l'alinéa 79(1)c), j'aborderai maintenant l'examen des conclusions que le Tribunal a effectivement établies dans la présente affaire. L'analyse du Tribunal qui concerne directement l'alinéa 79(1)c) est brève, de sorte que j'en citerai ici l'intégralité (aux paragraphes 263 à 266) :

Le Tribunal, comme nous le disions précédemment, constate que Bibby exerce effectivement un contrôle sur le marché. Ce contrôle s'explique par plusieurs facteurs, notamment par le fait que Bibby est le seul fournisseur canadien capable d'offrir des lignes complètes. Le PDS aide certes Bibby à commercialiser ses produits, mais le Tribunal estime qu'il n'a pas été établi que ce programme constitue une pratique d'agissements anticoncurrentiels. Toutefois, pour le cas où cette conclusion serait erronée, le Tribunal conclut aussi qu'il n'a pas été établi que le PDS soit une pratique qui ait eu pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence, et ce, pour les motifs que nous allons exposer.

Le Tribunal a accepté la conclusion de la commissaire selon laquelle nous avons ici affaire à trois marchés de produit distincts et à six marchés géographiques. Par conséquent, il incombe à la commissaire de prouver que la concurrence est empêchée ou diminuée sensiblement sur 18 marchés distincts. Or, elle n'a pas convaincu le Tribunal que le PDS ait eu pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur aucun de ces marchés.

Des éléments de preuve convaincants établissent que, malgré le PDS, des prix concurrentiels ont cours dans l'Ouest canadien et en Ontario, qui représentent environ 75 pour 100 du marché de Bibby. Cette concurrence des prix est attribuable aux importations et à l'émergence d'un nouveau fabricant. Si elles ne forment qu'une proportion relativement restreinte du marché des produits d'évacuation et de ventilation en fonte, les importations progressent régulièrement et exercent un effet

addition, a new competing manufacturer has emerged for the first time in thirty years and has succeeded in capturing 10 percent of the market in Canada within four years, while the SDP was in effect. There is clearly effective entry in the market by Vandem, as evidenced by the lowering of prices for cast iron DWV products in Ontario. As discussed earlier, in these reasons, its viability remains to be determined. It is the Tribunal's view, however, that the evidence shows that a number of factors, unrelated to the SDP, will bear on Vandem's future. In consequence, the Tribunal is of the view that the SDP has not brought about a substantial lessening or prevention of competition for the Ontario and Western markets.

The Tribunal acknowledges that for Quebec and the Maritimes, which represent 25 percent of the market, prices appear not to have been constrained by competition. This, however, does not necessarily lead to a conclusion that the SDP has caused the lack of competition. The data provided by the Commissioner relate only to the period of time when the SDP was operating. Dr. Ross based his arguments concerning market power on pricing information covering the period of January 1998 to September 2003. The Tribunal has no historical data which would allow it to measure the state of competition before and after the SDP came into effect. Canada Pipe bought the assets of Canada's only manufacturer of cast iron DWV products, the Gooding foundries, a well-established player with no significant rivals. As well, Bibby has been and continues to be the only producer of a full line of products. The Tribunal therefore finds that there is insufficient evidence for it to conclude that the SDP is responsible for a substantial lessening or prevention of competition. [Footnote omitted.]

[50] The Tribunal's substantive analysis for the purpose of paragraph 79(1)(c) is contained in two paragraphs, 265 and 266. Paragraph 265 considers the evidence with respect to the geographic markets of Western Canada and Ontario, and paragraph 266 considers that with respect to Quebec and the Maritimes. The Tribunal's stated reasons for concluding that substantial lessening of competition had not been established are very different for the two geographic groupings. In both cases, however, the Tribunal's reasoning evinces errors of law.

[51] For Western Canada and Ontario, the reasons show that the Tribunal's conclusion was based upon its appreciation of three main factors: the existence of

sensible sur les prix de ces produits. De plus, un nouveau fabricant est entré en lice pour la première fois en 30 ans et a réussi à s'emparer de 10 pour 100 du marché canadien en quatre ans, pendant que le PDS était en vigueur. L'entrée de Vandem sur le marché est manifestement productrice d'effet, comme le montre la baisse des prix des produits considérés en Ontario. Ainsi que nous le notions précédemment, la viabilité de Vandem reste à déterminer. Cependant, selon le Tribunal, la preuve montre que l'avenir de Vandem dépend de plusieurs facteurs, qui ne sont pas liés au PDS. En conséquence, le Tribunal conclut que le PDS n'a pas eu pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés de l'Ontario et de l'Ouest.

Le Tribunal reconnaît que, au Québec et dans les Maritimes, qui représentent 25 pour 100 du marché, les prix ne paraissent pas avoir subi l'effet de la concurrence. Mais ce fait ne mène pas nécessairement à la conclusion que l'absence de concurrence soit attribuable au PDS. Les renseignements produits par la commissaire ne portent que sur la période où le PDS était en vigueur. M. Ross a fondé son argumentation concernant la puissance commerciale sur des renseignements relatifs aux prix applicables à la période de janvier 1998 à septembre 2003. Le Tribunal ne dispose pas de données chronologiques qui lui permettraient de mesurer l'état de la concurrence avant et après l'entrée en vigueur du PDS. Tuyauteries Canada a acquis le capital des fonderies de Gooding, entreprise solidement établie et sans rivaux importants, qui était alors le seul fabricant canadien de produits d'évacuation et de ventilation en fonte. En outre, Bibby était et continue d'être la seule entreprise à produire une ligne complète. En conséquence, le Tribunal estime ne pas disposer d'une preuve suffisante pour conclure qu'il faille attribuer au PDS l'effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence. [Note de bas de page omise.]

[50] L'analyse de fond du Tribunal, pour ce qui concerne l'alinéa 79(1)c), tient toute dans les paragraphes 265 et 266. Le paragraphe 265 examine la preuve en ce qui a trait aux marchés géographiques de l'Ouest canadien et de l'Ontario, et le paragraphe 266 fait de même pour le Québec et les Maritimes. Les motifs exposés par le Tribunal pour étayer sa conclusion qu'une diminution sensible de la concurrence n'a pas été établie sont très différents d'un groupement géographique à l'autre. Mais dans les deux cas, son raisonnement est entaché d'erreurs de droit.

[51] Pour ce qui concerne l'Ouest canadien et l'Ontario, l'exposé de ses motifs montre que le Tribunal fonde sa conclusion sur l'appréciation de trois facteurs

competitive pricing, the increasing presence of imported cast iron DWV products, and the effective entry of a new cast iron DWV manufacturer, Vandem. The Tribunal emphasized that these significant features have been observed “notwithstanding the SDP” and “while the SDP was in effect” (paragraph 265), and thus concluded that the SDP had not brought about a substantial lessening or prevention of competition in Western Canada or Ontario.

[52] The occurrence of entry, both by importers and a new manufacturer, was evidently the key consideration in the Tribunal’s analysis with respect to the absence of substantial lessening of competition. In the context of its direct analysis of paragraph 79(1)(c), the Tribunal’s explanation of its use, for the purposes of paragraph 79(1)(c), of the evidence concerning entry is very brief: it merely noted that “a new competing manufacturer has emerged for the first time in thirty years and has succeeded in capturing 10 percent of the market in Canada within four years, while the SDP was in effect”, and concluded that “[t]here is clearly effective entry in the market by Vandem” (paragraph 265). The Tribunal also noted the “steadily increasing” presence of imports, which “[a]lthough imports still represent[ing] a relatively small portion of the cast iron DWV markets”, are said to “have had a noticeable impact on prices” (paragraph 265).

[53] This analysis of the occurrence of entry in the Western Canada and Ontario markets provides no indication that the Tribunal considered expressly whether the SDP was responsible for a substantial increase in the difficulty of gaining entry in the market, and hence a substantial lessening of competition. The occurrence of entry and the consequent existence of a certain level of competition relate to an absolute evaluation of the state of the market in the presence of the SDP, which is neither an equivalent of nor a substitute for the relative and comparative assessment that is required by the statutory language of paragraph 79(1)(c). The fact that entry has been observed in the presence of the SDP, and that barriers to entry are

principaux : l’existence de prix concurrentiels, la progression des importations de produits d’évacuation et de ventilation en fonte, et l’entrée effective d’un nouveau fabricant de tels produits, Vandem. Le Tribunal souligne que ces caractéristiques importantes ont été observées « malgré le PDS » et « pendant que le PDS était en vigueur » (paragraphe 265), et il en conclut que le PDS n’a pas eu pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés de l’Ouest canadien et de l’Ontario.

[52] L’entrée effective de concurrents (*competitors*), à savoir d’importateurs aussi bien que d’un nouveau fabricant, est à l’évidence le principal facteur que le Tribunal a pris en considération dans l’analyse qui l’amène à conclure à l’absence d’une diminution sensible de la concurrence. Dans le contexte de son analyse directe de l’alinéa 79(1)c), le Tribunal n’explique que très brièvement son utilisation, pour l’application de cet alinéa, de la preuve concernant l’entrée : « un nouveau fabricant est entré en lice pour la première fois en 30 ans et a réussi à s’emparer de 10 pour 100 du marché canadien en quatre ans, pendant que le PDS était en vigueur », se contente-t-il de noter, pour ensuite conclure que « [l’]entrée de Vandem sur le marché est manifestement productrice d’effet » (paragraphe 265). Le Tribunal note aussi que les importations « progressent régulièrement » et que « [s]i elles ne forment qu’une proportion relativement restreinte du marché des produits d’évacuation et de ventilation en fonte », elles « exercent un effet sensible sur les prix de ces produits » (paragraphe 265).

[53] Rien n’indique expressément dans cette analyse de l’entrée effective de concurrents sur les marchés de l’Ouest canadien et de l’Ontario que le Tribunal ait pris en considération le point de savoir si le PDS était la cause d’un accroissement sensible de la difficulté d’entrer sur le marché, et donc d’une diminution sensible de la concurrence. L’entrée effective de concurrents et l’existence qui s’ensuit d’un certain niveau de concurrence se rapportent à une évaluation dans l’absolu de l’état du marché où le PDS est appliqué, ce qui n’équivaut pas ni ne peut se substituer à l’appréciation relative et comparative que prescrit le libellé de l’alinéa 79(1)c). Le fait que l’entrée de concurrents ait été constatée alors que le PDS était en

therefore not total, does not by itself address the question of whether, in the absence of the SDP, there would be substantially more competition in the relevant markets, in the past, present or future. In short, the Tribunal's analysis with respect to these geographic markets does not address the "but for" question.

[54] The Tribunal provided different reasoning for its conclusion in this regard concerning the Quebec and Maritimes markets (at paragraph 266). In these geographic markets, the Tribunal acknowledged that competitive pricing is absent, but cautioned that this "does not necessarily lead to a conclusion that the SDP has caused the lack of competition," as the Commissioner had not led any evidence concerning the period before the SDP was in effect. Without "historical data which would allow it to measure the state of competition before and after the SDP came into effect," and in light of other market considerations (Canada Pipe's acquisition of the assets of another cast iron DWV manufacturer, and Bibby's status as the only full-line supplier), the Tribunal concluded that "there is insufficient evidence for it to conclude that the SDP is responsible for a substantial lessening or prevention of competition" (paragraph 266).

[55] The legal error inherent in this portion of the Tribunal's paragraph 79(1)(c) analysis is manifest. As the Tribunal itself recognized in *Laidlaw*, substantial lessening "need not necessarily be proved by weighing the competitiveness of the market in the past with its competitiveness as present", for "[s]ubstantial lessening can also be assessed by reference to the competitiveness of the market in the presence of the anti-competitive acts and its likely competitiveness in their absence" (page 346). For the purposes of paragraph 79(1)(c), it is insufficient to conclude that the Commissioner had not met her burden because no historical data was provided, for the Tribunal was required to also consider whether the evidence on record demonstrated that the SDP had the effect of substantially lessening competition in the past, present or future, as compared to the markets'

vigueur et que les obstacles à l'entrée ne soient donc pas absolus dans ce contexte ne répond pas à la question de savoir si, en l'absence du PDS, il aurait existé dans le passé, ou existerait dans le présent ou l'avenir, sensiblement plus de concurrence sur les marchés pertinents. Bref, l'analyse du Tribunal concernant ces marchés géographiques ne prend pas en considération la question de l'« absence hypothétique ».

[54] Le Tribunal fonde sur un raisonnement différent sa conclusion à cet égard pour ce qui concerne le Québec et les Maritimes (paragraphe 266). Le Tribunal reconnaît que les prix ne sont pas concurrentiels sur ces marchés géographiques, mais ajoute que ce fait « ne mène pas nécessairement à la conclusion que l'absence de concurrence soit attribuable au PDS », la commissaire n'ayant pas produit d'éléments de preuve concernant la période où le PDS n'était pas encore en vigueur. Ne disposant pas de « données chronologiques qui lui permettraient de mesurer l'état de la concurrence avant et après l'entrée en vigueur du PDS » et s'appuyant sur d'autres caractéristiques des marchés (l'acquisition par Tuyauteries Canada du capital d'un autre fabricant de produits d'évacuation et de ventilation en fonte et le fait que Bibby soit la seule entreprise à fournir une ligne complète), le Tribunal déclare « ne pas disposer d'une preuve suffisante pour conclure qu'il faille attribuer au PDS l'effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence » (paragraphe 266).

[55] Cette partie de l'analyse effectuée par le Tribunal sous le régime de l'alinéa 79(1)c) est entachée d'une erreur de droit manifeste. Comme le Tribunal l'a lui-même reconnu dans *Laidlaw*, « pour établir qu'il y a eu diminution sensible de la concurrence, il n'est pas nécessaire de comparer, chiffres à l'appui, le niveau de concurrence qui régnait par le passé dans le marché avec celui qui y règne aujourd'hui », car « [o]n peut également évaluer la diminution sensible de la concurrence en mesurant le niveau de compétitivité qui existe dans un marché dans lequel une entreprise se livre à des agissements anti-concurrentiels, et estimer le niveau probable de compétitivité en l'absence de ces agissements ». Pour l'application de l'alinéa 79(1)c), il ne suffit pas de conclure que la commissaire ne s'est pas acquittée de sa charge au motif qu'elle n'a pas produit

likely competitiveness in the absence of the practice. The failure to consider this possibility in this case constitutes an error of law.

[56] Can it be argued, as the respondent suggests, that the Tribunal implicitly took into account the relative and comparative considerations required under paragraph 79(1)(c)? In this vein, it could be argued that the Tribunal's paragraph 79(1)(c) reasoning depends implicitly upon its analysis undertaken in earlier sections of its decision, for the purposes of its determinations under paragraphs 79(1)(a) and (b), of the evidence concerning entry conditions and the effects of the SDP (paragraphs 141-156; and 204-254 and 260-261, respectively).

[57] However, the Tribunal's treatment in these earlier sections of its decision of the evidence concerning entry and effects reinforces my conclusion that it erred in law in its paragraph 79(1)(c) analysis. In general, this earlier analysis treats the question of entry in an absolute sense, and appears to be guided by such questions as, has entry been prevented completely, or is a certain level of competition observed in the presence of the SDP? The evidence of actual entry is explicitly accorded a dominant and even preeminent role in the Tribunal's analysis (see, for example, paragraphs 149, 156 and 161). Throughout the Tribunal's decision, evidence concerning entry or the effects of the SDP is considered against the standard of "prevention" in an absolute sense, rather than a more relative standard such as that implied by the words "impeding" or "lessening" (see paragraphs 150, 155, 207, 225, 226, 237, 241, 245, 254, 255, 260, 261). The decision does employ the words "impede" or "lessening" at several points (see paragraphs 2, 6, 53, 113, 162, 263-266, 280, 282), but these occur when the Tribunal is citing the text of the statutory provisions or paraphrasing the Commissioner's submissions, and not in the context of the Tribunal's own conclusions or analysis. In short, these earlier sections of the decision provide little if any support for the argument that the Tribunal implicitly took into account the relative and comparative considerations

de données chronologiques : il incombait au Tribunal de se demander également si la preuve au dossier établissait que le PDS avait eu, avait ou aurait pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, par comparaison au niveau de concurrence qui caractériserait vraisemblablement les marchés en cause en l'absence de la pratique attaquée. Le fait de ne pas avoir pris cette possibilité en considération constitue une erreur de droit.

[56] Peut-on soutenir, comme l'intimée le laisse entendre, que le Tribunal a implicitement pris en considération les facteurs relatifs et comparatifs dont l'alinéa 79(1)c prescrit l'examen? Dans cet ordre d'idées, on pourrait faire valoir que le raisonnement du Tribunal touchant l'alinéa 79(1)c dépend implicitement de l'analyse, qu'il a effectuée dans les sections antérieures de sa décision pour l'application des alinéas 79(1)a [paragraphes 141 à 156] et 79(1)b [paragraphes 204 à 254, 260 et 261], de la preuve relative aux conditions d'entrée et aux effets du PDS.

[57] Cependant, l'utilisation que le Tribunal a faite dans ces sections antérieures de la preuve concernant l'entrée et les effets du PDS me conforte dans ma conclusion qu'il a commis une erreur de droit dans son analyse relative à l'alinéa 79(1)c). En général, ces analyses antérieures traitent le sujet de l'entrée dans l'absolu et paraissent être guidées par des questions telles que celles de savoir si l'entrée a été complètement empêchée ou si l'on observe un certain niveau de concurrence sur les marchés caractérisés par la présence du PDS. Le Tribunal attribue explicitement dans son analyse un rôle dominant, et même le rôle principal, à la preuve de l'entrée effective (voir par exemple les paragraphes 149, 156 et 161). Tout au long de sa décision, le Tribunal examine la preuve relative à l'entrée et aux effets du PDS en fonction du critère qu'exprime le verbe « empêcher » entendu au sens absolu, plutôt que d'un critère relatif tel que sous-entendu par l'expression « faire obstacle » ou le terme « diminuer » (voir les paragraphes 150, 155, 207, 225, 226, 237, 241, 245, 254, 255, 260 et 261). On trouve bien l'expression « faire obstacle » ou le terme « diminuer » dans certains passages de la décision (voir les paragraphes 2, 6, 53, 113, 162, 263 à 266, 280 et 282), mais c'est lorsque le Tribunal cite le texte des dispositions applicables ou paraphrase les conclusions de la commissaire, et non dans le contexte de sa propre

required under paragraph 79(1)(c). To the contrary, a careful reading of the Tribunal's reasons indicates that the analysis throughout was conducted from the narrow, absolute perspective of preventing entry and competition, and not from the broader, relative and comparative perspective of "impeding" or "lessening".

analyse ou de ses propres conclusions. Bref, ces sections antérieures de la décision n'étaient guère, si même elles le font tant soit peu, l'argument suivant lequel le Tribunal aurait implicitement pris en considération les facteurs relatifs et comparatifs dont l'alinéa 79(1)c) commande l'examen. La lecture attentive de l'exposé des motifs du Tribunal indique au contraire qu'il a effectué l'ensemble de son analyse du point de vue étroit et absolu de la question de savoir si l'entrée et la concurrence se trouvaient empêchées, et non du point de vue plus large, relatif et comparatif, que traduisent l'expression « faire obstacle » et le terme « diminuer ».

(4) Conclusion with respect to paragraph 79(1)(c)

[58] In summary, the Tribunal should have turned its mind to the question of whether, in each of the relevant markets, competitiveness was substantially lessened in the presence of the SDP, as compared to the likely state of competition in the absence of this practice. In other words, the Tribunal should have considered whether, without the SDP, the relevant product market would be substantially more competitive. Proper examination of this question might include the following considerations: whether entry or expansion might be substantially faster, more frequent or more significant without the SDP; whether switching between products and suppliers might be substantially more frequent; whether prices might be substantially lower; and whether the quality of products might be substantially greater. In this regard, identification of the occurrence of entry, or reference to evidence of competition subsisting in the presence of the impugned practice, is insufficient. I conclude therefore that the Tribunal erred in law in its analysis, for the purposes of paragraph 79(1)(c), as to whether the SDP has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in the relevant markets.

4) Conclusion relative à l'alinéa 79(1)c)

[58] En résumé, le Tribunal aurait dû orienter son attention vers le point de savoir si, sur chacun des marchés pertinents, la concurrence se trouvait sensiblement diminuée avec le PDS, en comparaison de l'état vraisemblable de la concurrence en l'absence de cette pratique. Autrement dit, le Tribunal aurait dû se demander si, en l'absence du PDS, le marché de produit pertinent aurait été sensiblement plus concurrentiel. L'examen de cette question tel qu'il doit être effectué pourrait comprendre l'analyse des points de savoir : si l'entrée ou le développement de concurrents pourrait se révéler sensiblement plus rapide, plus fréquent ou plus important en l'absence du PDS; si le changement de produits et de fournisseurs pourrait être sensiblement plus fréquent; si les prix pourraient être sensiblement plus bas; et si la qualité des produits pourrait être sensiblement supérieure. À cet égard, il ne suffit pas de constater l'entrée effective de concurrents ou d'invoquer les éléments tendant à prouver que la concurrence subsiste malgré la présence de la pratique attaquée. Je conclus donc que le Tribunal a commis une erreur de droit dans l'analyse qu'il a effectuée afin d'établir si, pour l'application de l'alinéa 79(1)c), le PDS a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur les marchés pertinents.

(B) For the purposes of paragraph 79(1)(b), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP constitutes an "anti-competitive act"?

B) Pour l'application de l'alinéa 79(1)b), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS constitue un « agissement anti-concurrentiel »?

[59] The statutory test for an abuse of dominant position set out in section 79 is a conjunctive one: each

[59] Le critère que prévoit l'article 79 pour l'établissement d'un abus de position dominante est de

of the three distinct elements must be found if an order is to issue. The Tribunal found that the market control element required under paragraph 79(1)(a) was established, and this finding, which is the subject of the cross-appeal, is upheld by this Court in separate reasons. This Court must also determine whether the Tribunal erred in its findings with respect to paragraph 79(1)(b).

[60] Paragraph 79(1)(b) calls for a determination as to whether the respondent, through the SDP, “ha[s] engaged in or [is] engaging in a practice of anti-competitive acts”. The Tribunal had no difficulty recognizing the SDP as a “practice”. It wrote, at paragraph 171, that the term entails more than an isolated act but may be one occurrence that is sustained and systemic, or that has had a lasting impact on competition. It explained at paragraph 200 of its reasons that the SDP is structured, organized and applied throughout Canada, albeit with some variations in the multiplier and rebates in the different regions and that the various components of the program add up to a practice. The respondent does not appear to contest this particular finding. The dispute arises with respect to whether the SDP can be characterized as composed of “anti-competitive acts” (*agissements anti-concurrentiels*).

[61] The Commissioner argued that while the Tribunal stated the correct legal test for anti-competitive acts, which was established in previous Tribunal decisions, this was not the test that it ultimately applied in its analysis of the SDP. The Tribunal erred in law, the Commissioner asserts, by requiring proof of a link between the SDP and a decrease in competition, and by improperly extending the scope of the valid business justification doctrine. As a result, according to the Commissioner, the approach to paragraph 79(1)(b) adopted by the Tribunal conflated the discrete statutory tests established by paragraphs 79(1)(b) and 79(1)(c).

[62] This question is further complicated in the case at bar by the fact that this appeal represents the first time that a court has considered the legal test applicable for

nature conjonctive : chacune des trois conditions distinctes doit être remplie pour qu’une ordonnance puisse être rendue. Le Tribunal a conclu qu’était remplie la condition du contrôle du marché que prévoit l’alinéa 79(1)a), et cette conclusion, qui fait l’objet de l’appel incident, est confirmée par notre Cour dans un exposé de motifs distinct. Notre Cour doit aussi établir si le Tribunal a formulé une conclusion erronée pour ce qui concerne l’alinéa 79(1)b).

[60] L’alinéa 79(1)b) exige qu’il soit répondu à la question de savoir si l’intimée, en appliquant le PDS, « se livre [. . .] ou [s’est] livrée [. . .] à une pratique d’agissements anti-concurrentiels ». Le Tribunal a conclu sans difficulté que le PDS est une « pratique ». Il écrit au paragraphe 171 de l’exposé de ses motifs que, même si ce terme désigne plus qu’un acte isolé, un tel acte peut être considéré comme une pratique s’il est prolongé et systémique ou s’il a des répercussions durables sur la concurrence. Il explique au paragraphe 200 que le PDS est un programme structuré, organisé et appliqué à l’échelle nationale, mis à part quelques différences entre les régions sous le rapport des taux d’abattement et de ristourne, et que ses divers éléments composent effectivement une pratique. L’intimée ne semble pas contester cette conclusion. La contestation a pour objet le point de savoir si le PDS peut être défini comme composé d’« agissements anti-concurrentiels » (*anti-competitive acts*).

[61] La commissaire soutient que, si le Tribunal a formulé correctement le critère juridique applicable aux agissements anti-concurrentiels, qu’il a d’ailleurs établi dans des décisions antérieures, ce n’est pas là le critère qu’il a en fin de compte appliqué dans son analyse du PDS. Le Tribunal a commis une erreur de droit, affirme la commissaire, en exigeant la preuve d’un lien entre le PDS et un recul de la concurrence, et en étendant illégitimement la portée de la doctrine de la justification commerciale valable. Par suite, selon la commissaire, l’approche de l’alinéa 79(1)b) adoptée par le Tribunal pêche par la fusion des critères distincts que prévoient les alinéas 79(1)b) et 79(1)c).

[62] Cette question se trouve encore compliquée dans le présent appel par le fait que c’est la première fois qu’un tribunal judiciaire examine le critère juridique

the purposes of paragraph 79(1)(b). The Tribunal has considered, in prior abuse of dominance cases, the legal test and analytic methodology applicable in ascertaining the existence of an “anti-competitive act”. The Tribunal’s jurisprudence on these questions cannot by itself be determinative in the current case, as its views on questions of law are not binding on this Court. The Tribunal’s jurisprudence may however be indicative of what makes sense and what has been working in the past—if, at the same time, it corresponds to the wording of the Act.

(1) The legal test under paragraph 79(1)(b)

[63] The Act does not provide an express definition of “anti-competitive act”. Section 78 provides a list of 11 anti-competitive acts, expressly “without restricting the generality of the term”. These examples are thus illustrative only, and indeed the Tribunal has recognized in its previous decisions that conduct not specifically mentioned in section 78 can constitute an anti-competitive act (*NutraSweet*, at page 34; *Laidlaw*, at pages 331-332; *D & B*, at page 257; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. (3d) (Comp. Trib.), 1 at page 180 (*Tele-Direct*)). While clearly non-exhaustive, the illustrative list in section 78 provides direction as to the type of conduct that is intended to be captured by paragraph 79(1)(b): reasoning by analogy, a non-enumerated anti-competitive act will exhibit the shared essential characteristics of the examples listed in section 78.

[64] In *NutraSweet*, the Tribunal applied this interpretive approach to paragraph 79(1)(b), and suggested (at page 34) the following working definition of “anti-competitive act”:

A number of the acts [mentioned in section 78] share common features but . . . only one feature is common to all: an anti-competitive act must be performed for a purpose, and evidence of this purpose is a necessary ingredient. The purpose common to all acts, save that found in paragraph 78(f), is an intended negative effect on a competitor that is

applicable sous le régime de l’alinéa 79(1)(b). Le Tribunal de la concurrence a lui-même examiné, dans des affaires antérieures d’abus de position dominante, le critère juridique et la méthode d’analyse à adopter pour établir l’existence d’un « agissement anti-concurrentiel ». Mais la jurisprudence du Tribunal sur ces questions ne peut en soi être considérée comme déterminante dans la présente espèce, puisque ses opinions sur les questions de droit n’ont pas valeur contraignante pour notre Cour. La jurisprudence du Tribunal peut cependant donner une idée des solutions logiques et qui se sont révélées efficaces dans le passé—à condition, toutefois, qu’elles soient conformes au libellé de la Loi.

1) Le critère juridique prévu à l’alinéa 79(1)(b)

[63] La Loi ne définit pas formellement l’expression « agissement anti-concurrentiel », mais son article 78 énumère 11 exemples d’agissements anti-concurrentiels, dont le caractère simplement indicatif est attesté par l’emploi du terme « notamment ». En fait, le Tribunal a établi dans des décisions antérieures qu’un comportement non visé explicitement à l’article 78 peut néanmoins constituer un agissement anti-concurrentiel : *NutraSweet*, à la page 65; *Laidlaw*, aux pages 87 et 88; *D & B*, à la page 70; et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, [1997] D.T.C.C. n° 8 (QL), au paragraphe 545 (*Télé-Direct*). Bien que manifestement exemplative et non exhaustive, la liste de l’article 78 donne une idée du type de comportement auquel le législateur veut voir s’appliquer l’alinéa 79(1)(b); il reste possible d’établir par analogie qu’un agissement anti-concurrentiel non spécifié présente les caractéristiques essentielles communes aux exemples énumérés à l’article 78.

[64] Dans *NutraSweet*, le Tribunal a appliqué ce mode d’interprétation à l’alinéa 79(1)(b) et a proposé (à la page 65) la définition opératoire suivante de l’expression « agissement anti-concurrentiel » :

Certains de ces agissements [visés à l’article 78] ont des éléments communs mais [. . .] un seul est commun à tous : l’agissement anti-concurrentiel doit avoir un but particulier dont il est nécessaire de faire la preuve. Le but commun à tous ces agissements, sauf celui de l’alinéa 78f), est l’effet négatif intentionnel sur un concurrent et cet effet doit être abusif,

predatory, exclusionary or disciplinary. [Emphasis added.]

[65] I adopt the above definition, which is very close in substance to the core characteristic of the enumerated list of section 78, save at paragraph 78(1)(f). This exception was noted by the Tribunal in *NutraSweet*.

[66] Two aspects of this definition should be noted. First, an anti-competitive act is identified by reference to its purpose. Second, the requisite purpose is an intended predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor. I will elaborate on each of these aspects in turn.

[67] First, the meaning of the term purpose deserves some comment. As the Tribunal observed in *Tele-Direct*, at page 180, “[p]urpose’ is used in this context in a broader sense than merely subjective intent on the part of the respondent . . . it might be more apt to speak of the overall character of the act in question” (emphasis added). In order to apply paragraph 79(1)(b), the purpose or character of the impugned conduct must therefore be determined. Relevant factors to be considered and weighed to determine this overarching “purpose” include the reasonably foreseeable or expected objective effects of the act (from which intention may be deemed, as I explain further below), any business justification, and any evidence of subjective intent, if available (see *Tele-Direct*, at page 180).

[68] The second aspect describes the type of purpose required in the context of paragraph 79(1)(b): to be considered “anti-competitive” under paragraph 79(1)(b), an act must have an intended predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor. The paragraph 79(1)(b) inquiry is thus focused upon the intended effects of the act on a competitor. As a result, some types of effects on competition in the market might be irrelevant for the purposes of paragraph 79(1)(b), if

viser une exclusion ou une mise au pas. [Non souligné dans l’original.]

[65] J’adopte cette définition, qui se révèle très proche en substance de la caractéristique commune fondamentale des exemples énumérés à l’article 78, exception faite de l’alinéa 78(1)(f). Cette exception est d’ailleurs notée par le Tribunal dans *NutraSweet*.

[66] Deux aspects de cette définition doivent retenir notre attention. Premièrement, l’agissement anti-concurrentiel est défini par rapport à un but (*purpose*). Deuxièmement, le but qu’il faut établir est un effet négatif intentionnel sur un concurrent, qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. Je vais maintenant examiner successivement chacun de ces aspects de manière détaillée.

[67] Premièrement, la signification du terme but (*purpose*) appelle quelques observations. Comme le Tribunal le faisait remarquer au paragraphe 542 de *Télé-Direct* « [l’]’objet” [*purpose*] englobe davantage, dans ce contexte, que la simple intention subjective de la défenderesse [. . .] il pourrait être plus approprié de parler de la nature générale des agissements en cause » (non souligné dans l’original). Il faut donc, pour appliquer l’alinéa 79(1)(b), établir le but, l’objet ou la nature du comportement attaqué. Parmi les facteurs pertinents à examiner et à apprécier pour établir ce « but » ou cet « objet » prépondérant, il faut mentionner les effets objectifs prévus ou raisonnablement prévisibles du comportement en question (effets dont on peut déduire une intention réputée, comme je l’explique plus loin), la justification commerciale s’il y en a une, et tous éléments de preuve dont on dispose tendant à établir l’intention subjective (voir *Télé-Direct*, au paragraphe 543).

[68] Le deuxième aspect de la définition caractérise le but ou l’objet qu’il faut établir sous le régime de l’alinéa 79(1)(b) : pour être considéré comme « anti-concurrentiel » sous ce régime, l’agissement doit avoir un effet négatif intentionnel sur un concurrent, lequel effet doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. L’analyse à effectuer dans le cadre de l’alinéa 79(1)(b) est donc orientée vers les effets intentionnels de l’agissement sur un concurrent (*on a competitor*). Il

these effects do not manifest through a negative effect on a competitor. It is important to recognize that “anti-competitive” therefore has a restricted meaning within the context of paragraph 79(1)(b). While, for the Act as a whole, “competition” has many facets as enumerated in section 1.1, for the particular purposes of paragraph 79(1)(b), “anti-competitive” refers to an act whose purpose is a negative effect on a competitor.

[69] Adopting this interpretive approach to section 79, it is conceivable that a practice might be found to be composed of anti-competitive acts within the meaning of paragraph 79(1)(b), but at the same time, for the purposes of paragraph 79(1)(c), be held not to have the effect of preventing or lessening competition substantially in the market in question.

[70] A final comment should be made with respect to the evidence required to establish an anti-competitive purpose within the meaning of paragraph 79(1)(b). It is clear from the legislative history of paragraph 79(1)(b) that evidence of subjective intent, although certainly probative if available, is not required in order to find that a given act is anti-competitive within the meaning of paragraph 79(1)(b). When Bill C-91, which eventually became the *Competition Act*, was first introduced in Parliament in December 1985, the text of paragraph (b) of the abuse of dominance provision (then section 51) read as follows:

51. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

...

(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and the object of the practice is to lessen competition, and [Emphasis added.]

Perceived problems with the subjective intent requirement implied by the latter part of the proposed

s’ensuit que certains types d’effets sur la concurrence dans le marché pourraient se révéler dénués de pertinence pour l’application de l’alinéa 79(1)(b), s’ils ne se traduisent pas par un effet négatif sur un concurrent. Il est important de bien voir que le terme « anti-concurrentiel » revêt par conséquent une signification restreinte dans le contexte de l’alinéa 79(1)(b). Si, au regard de l’ensemble de la Loi, la « concurrence » présente de multiples aspects comme en témoignent les objets énumérés à son article 1.1, le terme « anti-concurrentiel », pour l’application particulière de l’alinéa 79(1)(b), qualifie un agissement ayant pour but ou pour objet un effet négatif sur un concurrent (*competitor*).

[69] Suivant cette manière d’interpréter l’article 79, il est concevable qu’une pratique puisse être déclarée composée d’agissements anti-concurrentiels au sens de l’alinéa 79(1)(b), mais être dite en même temps, pour l’application de l’alinéa 79(1)(c), ne pas avoir pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché en question.

[70] Une dernière remarque s’impose touchant la preuve nécessaire pour établir l’existence d’un but anti-concurrentiel sous le régime de l’alinéa 79(1)(b). Il ressort à l’évidence de la genèse de l’alinéa 79(1)(b) que, bien que de tels éléments soient certes probants si l’on en produit, il n’est pas nécessaire de disposer de preuve tendant à établir l’intention subjective pour conclure qu’un comportement donné est un agissement anti-concurrentiel au sens de l’alinéa 79(1)(b). Au moment de la première présentation du projet de loi C-91, qui allait devenir la *Loi sur la concurrence*, au Parlement en décembre 1985, l’alinéa b) de l’article relatif à l’abus de position dominante (alors l’article 51) était libellé comme suit :

51. (1) Lorsque le Tribunal, à la suite d’une demande du directeur, conclut :

[. . .]

b) que cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d’agissements anti-concurrentiels dont le but est de réduire la concurrence, et [Non souligné dans l’original.]

Les personnes appelées à témoigner devant le Comité législatif sur le projet de loi C-91 ont été nombreuses à

paragraph (b) were frequently raised in testimony before the House of Commons Legislative Committee on Bill C-91 (see Canada, House of Commons, *Minutes of the Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill C-91*, First session of 33rd Parliament, 1986 at pages 2:8-9, 3:7-9, 3:17, 5:13, 5:15, 5:63-64, 6:9-10; 9:20-21; note also the contrary view expressed at pages 4:55-56, 6:57-58; 7:55-57, 7:60-63 (*Minutes of the Committee on Bill C-91*)). In response, the reference to “the object of the practice” was deleted in paragraph (b), in order to remove any subjective intent requirement from the statutory test for abuse of dominant position (see *Minutes of the Committee on Bill C-91*, at pages 11:3 and 11:32-33).

[71] On the basis of this legislative history, I would endorse the following comment by the Tribunal in *Laidlaw*, at page 342, with respect to the proper role of evidence concerning subjective intent within paragraph 79(1)(b):

Proof of subjective intention on the part of a respondent is not necessary in order to find that a practice of anti-competitive acts has occurred. Such intention is almost impossible of proof in many cases involving corporate entities unless one stumbles upon what is known as a “smoking gun”. (A document which makes it clear that the purpose of the conduct in question was to exclude competitors from the market.) Section 79 of the Act provides for a civil proceeding and civil remedies. In that context corporate actors and individuals are deemed to intend the effects of their actions.

[72] Proof of the intended nature of the negative effect on a competitor can thus be established directly through evidence of subjective intent, or indirectly by reference to the reasonably foreseeable consequences of the acts themselves and the circumstances surrounding their commission, or both.

[73] Even though evidence of subjective intent is neither required nor determinative, intention remains an important ingredient of paragraph 79(1)(b). In particular, intention is relevant in the sense that while a

évoquer les problèmes que poserait selon elles la condition de l'intention subjective impliquée par la dernière partie du texte proposé de l'alinéa b); voir Canada, Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le Projet de loi C-91*, 1^{re} session du 33^e Parlement, 1986 (*Procès-verbaux du Comité sur le projet de loi C-91*), aux pages 2:8-9, 3:7-9, 3:17, 5:13, 5:15, 5:63-64, 6:9-10 et 9:20-21; voir aussi les pages 4:55-56, 6:57-58; 7:55-57, 7:60-63, où l'opinion contraire est exprimée. Par suite, on a rayé de l'alinéa b) la mention du « but » de la pratique, afin d'alléger de toute condition d'intention subjective le critère juridique relatif à l'abus de position dominante; voir *Procès-verbaux du Comité sur le projet de loi C-91*, aux pages 11:3 et 11:32-33.

[71] Me fondant sur cet aspect de la genèse de l'alinéa 79(1)b), j'estime devoir souscrire aux observations suivantes formulées par le Tribunal aux pages 111 et 112 de *Laidlaw*, sur le rôle qu'il convient d'attribuer à la preuve relative à l'intention subjective sous le régime de cet alinéa :

La démonstration de l'intention subjective de la défenderesse ne s'impose pas afin de conclure qu'il y a eu pratique d'agissements anticoncurrentiels. Démontrer qu'il y a eu intention subjective est souvent presque impossible lorsqu'on a affaire à de grandes entreprises, à moins de disposer d'éléments de preuve péremptoirs (par exemple, un document qui établit, sans ambiguïté, que le but visé par la pratique en question est d'évincer des concurrents du marché). L'article 79 de la Loi prévoit et des poursuites et des redressements au civil. Dans ce contexte, qu'il s'agisse d'entreprises ou d'individus, ils sont réputés avoir eu l'intention de tirer profit des effets découlant de leurs agissements.

[72] On peut donc faire la preuve de la nature intentionnelle de l'effet négatif sur un concurrent soit directement, au moyen d'éléments établissant l'intention subjective, soit indirectement, en se fondant sur les conséquences raisonnablement prévisibles des agissements eux-mêmes et/ou sur les circonstances de ceux-ci.

[73] Même si la preuve de l'intention subjective n'est ni requise ni déterminante, l'intention reste un élément important de l'alinéa 79(1)b). Plus précisément, l'intention est pertinente dans la mesure où, s'il ne peut

respondent cannot disavow responsibility for the reasonably foreseeable consequences of its acts, a respondent might nevertheless be able to establish that such consequences should not, in the context of the paragraph 79(1)(b) inquiry, be considered the intended “purpose” or “overall character” of the acts in question. In appropriate circumstances, proof of a valid business justification for the conduct in question can overcome the deemed intention arising from the actual or foreseeable effects of the conduct, by showing that such anti-competitive effects are not in fact the overriding purpose of the conduct in question. In essence, a valid business justification provides an alternative explanation as to why the impugned act was performed. To be relevant in the context of paragraph 79(1)(b), a business justification must be a credible efficiency or pro-competitive rationale for the conduct in question, attributable to the respondent, which relates to and counterbalances the anti-competitive effects and/or subjective intent of the acts. The appropriate application of the valid business justification doctrine in the context of paragraph 79(1)(b) will be further considered below, in my discussion of the Tribunal’s analysis in the case at bar.

(2) The Tribunal’s paragraph 79(1)(b) decision

[74] In the case at bar, it would appear that the Tribunal correctly articulated the legal test. At paragraph 171 of its reasons, at the outset of its review of the Tribunal’s definition of “anti-competitive acts” in its previous cases, the Tribunal stated:

In order to determine whether acts are anti-competitive, the Tribunal must consider the nature and purpose of the acts in question, as well as the impact they have or may have on the relevant market. (*Nielsen* at 257; *Laidlaw* at 333; *NutraSweet* at 34) In both *Tele-Direct* and *Laidlaw*, the Tribunal assessed the alleged anti-competitive practices by taking into account what effect they had had on competitors. [Emphasis added.]

In the course of quoting a longer passage from *Tele-Direct*, the Tribunal reproduced (at paragraph 178)

se décharger de la responsabilité des conséquences raisonnablement prévisibles de ses actes, le défendeur pourrait néanmoins se révéler capable d’établir que ces conséquences, dans le contexte de l’analyse que commande l’alinéa 79(1)(b), ne devraient pas être considérées comme le « but », l’« objet » ou la « nature générale » des actes en question. Si le contexte s’y prête, la preuve d’une justification commerciale valable du comportement en cause peut l’emporter sur l’intention réputée découlant des effets réels ou prévisibles de ce comportement, en montrant que ces effets anti-concurrentiels ne constituent pas en fait l’objet prépondérant dudit comportement. Essentiellement, la justification commerciale valable forme une autre explication possible des motifs du comportement attaqué. Pour être pertinente dans le contexte de l’alinéa 79(1)(b), la justification commerciale doit être une raison fondée sur l’efficacité ou proconcurrentielle du comportement en question, raison attribuable au défendeur, qui se rapporte aux effets anti-concurrentiels et/ou à l’intention subjective de ce comportement et leur fait contrepoids. Je reviendrai plus loin sur l’application appropriée de la doctrine de la justification commerciale valable au contexte de l’alinéa 79(1)(b) lorsque j’examinerai l’analyse effectuée par le Tribunal dans la présente affaire.

2) La décision rendue par le Tribunal sous le régime de l’alinéa 79(1)(b)

[74] Dans la présente espèce, il semblerait que le Tribunal ait correctement formulé le critère juridique applicable. On peut lire ce qui suit au paragraphe 171 de l’exposé de ses motifs, au début de son examen de la définition que donne sa jurisprudence de l’expression « agissements anti-concurrentiels » :

Pour établir si des agissements donnés sont anti-concurrentiels, le Tribunal doit prendre en considération la nature et l’objet de ces agissements, ainsi que l’incidence qu’ils ont ou peuvent avoir sur le marché pertinent. (*Nielsen*, à la page 257; *Laidlaw*, à la page 333; et *NutraSweet*, à la page 34.) Dans *Télé-Direct* aussi bien que *Laidlaw*, le Tribunal a évalué les agissements dont on alléguait le caractère anti-concurrentiel en tenant compte de leurs effets sur les concurrents. [Non souligné dans l’original.]

Citant un long passage de *Télé-Direct*, le Tribunal a reproduit (au paragraphe 178) la phrase clé qu’on trouve

the key sentence from *NutraSweet*, at page 34, to the effect that the feature common to anti-competitive acts is that they are all performed for a “purpose”, namely “an intended negative effect on a competitor that is predatory, exclusionary or disciplinary”. This formulation was also repeated in the concluding section of the Tribunal’s decision (at paragraph 284).

[75] However, despite this correct articulation of the test, the Tribunal’s analysis of the salient features of the applicable legal test is a cause for concern. At the end of the portion of its paragraph 79(1)(b) analysis entitled “The Law”, the Tribunal summarized as follows its understanding of key aspects of the legal test (at paragraph 191):

The Tribunal [in *Tele-Direct*] has stated that there must be a link between the impugned practice and a decrease in competition. Moreover, if a practice does not appear to have an exclusionary effect or cause detriment to the consumer, it cannot be said to be anti-competitive. [Emphasis added.]

[76] This statement is incorrect, in at least two respects.

[77] First, for the purposes of paragraph 79(1)(b), a link need not be proven between the impugned practice and a decrease in competition. Quite simply, such a causal link is not part of the legal test for an anti-competitive act. Moreover, an emphasis upon evidence of this type runs the risk of obscuring the correct focus of the paragraph 79(1)(b) test. An anti-competitive act is one whose purpose is an intended negative effect on a competitor that is predatory, exclusionary or disciplinary. The focus of analysis is thus on the act itself, to discern its purpose. The questions as to whether a decrease in competition in the market is evident, or whether any such decrease can be causally attributed to the impugned practice, are not directly relevant for this task. Certainly, such findings are not requisite elements of the test for an anti-competitive act.

à la page 65 de *NutraSweet*, comme quoi les agissements anti-concurrentiels ont pour caractéristique commune d’avoir un « but » particulier, à savoir d’entraîner un « effet négatif intentionnel sur un concurrent [. . .] [effet qui] doit être abusif, viser une exclusion ou une mise au pas ». Le Tribunal a aussi répété cette formule dans la conclusion de sa décision (au paragraphe 284).

[75] Cependant, bien que le Tribunal ait ainsi formulé correctement le critère juridique applicable, son analyse des caractères saillants de ce critère pose problème. À la fin de la partie de son analyse de l’application de l’alinéa 79(1)(b) intitulée « Le droit », soit au paragraphe 191, le Tribunal résume comme suit son interprétation des aspects principaux de ce critère juridique :

Le Tribunal a déclaré [dans *Télé-Direct*] qu’il doit y avoir un lien entre la pratique attaquée et la diminution de la concurrence. En outre, ne peuvent être considérées comme anti-concurrentielles les pratiques qui ne se révèlent pas avoir d’effet tendant à exclure ou causer de préjudice aux consommateurs. [Non souligné dans l’original.]

[76] Cette proposition est erronée, au moins à deux égards.

[77] Premièrement, pour l’application de l’alinéa 79(1)(b), il n’est pas nécessaire d’établir un lien entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence. L’établissement d’un tel lien de causalité ne fait tout simplement pas partie du critère juridique applicable aux agissements anti-concurrentiels. En outre, en mettant l’accent sur la nécessité d’une preuve de cette nature, on court le risque de faire dévier ce qui doit rester l’axe du critère de l’alinéa 79(1)(b). Un agissement anti-concurrentiel est un comportement ayant pour but un effet négatif intentionnel sur un concurrent, effet qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. L’analyse doit donc être axée sur le comportement lui-même, dont il s’agit de discerner le but. Les questions de savoir si l’on peut constater une diminution de la concurrence sur le marché ou si la cause d’une telle diminution peut être attribuée à la pratique attaquée ne sont pas directement pertinentes à l’égard de cette tâche. De telles conclusions ne sont certainement pas des éléments nécessaires du critère de l’existence d’un agissement anti-concurrentiel.

[78] Obviously, if an act is to be found anti-competitive, there must be evidence linking the impugned practice to the requisite intended negative effect on a competitor: the practice must be found to cause or at least contribute to the intended negative effect. Such a negative effect on a competitor must also be found to be the “purpose” of the practice in question, and to this end, all relevant factors must be taken into account and weighed to determine if the requisite purpose is established. One must remember, however, that in the context of paragraph 79(1)(b), evidentiary factors are relevant only in so far as they shed light upon the paragraph 79(1)(b) statutory test, that is upon the purpose of the act vis-à-vis competitors. Evidence concerning other types of effects of the impugned act that are not related to competitors—while perhaps pertinent in respect of the paragraph 79(1)(c) assessment of competition—are not directly relevant for paragraph 79(1)(b). Similarly, evidence concerning the general competitive state and structure of the relevant market, and whether such features can be causally attributed to the impugned act, are not the direct focus of the paragraph 79(1)(b) analysis, and are more properly considered under paragraph 79(1)(c). In short, paragraph 79(1)(b) simply concerns whether the act displays the requisite intended effect on competitors; it is not directly concerned with the state of competition in the market or the general causes thereof. In directing itself to the contrary, and requiring proof of a causal link between the impugned act and a decrease in competition, the Tribunal erred.

[79] Second, the Tribunal appears mistakenly to suggest in the above-quoted passage that the impugned practice’s effects on the consumer should or could be considered within the paragraph 79(1)(b) analysis. However, contrary to what the Tribunal implies in the above quotation, “detriment to the consumer” is not a relevant independent consideration for the purposes of paragraph 79(1)(b), as evidence of this type does not relate directly to whether an act has the requisite defining characteristic of an intended negative effect on

[78] À l’évidence, pour que la pratique attaquée puisse être déclarée anti-concurrentielle, il doit y avoir des éléments de preuve qui en démontrent le lien avec le facteur nécessaire qu’est l’effet négatif intentionnel sur un concurrent : il faut établir que cette pratique cause ledit effet ou, à tout le moins, y contribue. Il faut aussi établir qu’un tel effet négatif sur un concurrent constitue le « but » ou l’« objet » de la pratique en question, et il faut à cette fin prendre en considération et apprécier tous les facteurs pertinents. On doit cependant se garder d’oublier que, dans le contexte de l’alinéa 79(1)b), les facteurs de preuve n’ont de pertinence que dans la mesure où ils éclairent l’application du critère juridique de cet alinéa, c’est-à-dire le but de la pratique par rapport aux concurrents. La preuve concernant d’autres sortes d’effets du comportement attaqué qui ne sont pas liés aux concurrents, si elle peut se révéler pertinente à l’égard de l’évaluation du niveau de concurrence sous le régime de l’alinéa 79(1)c), n’a pas de pertinence directe relativement à l’alinéa 79(1)b). De même, les éléments de preuve concernant la structure et l’état généraux de la concurrence sur le marché pertinent et le point de savoir si la cause de ces caractéristiques peut être attribuée à la pratique attaquée n’intéressent pas directement l’analyse relevant de l’alinéa 79(1)b), et doivent plutôt être examinés sous le régime de l’alinéa 79(1)c). Bref, l’alinéa 79(1)b) pose purement et simplement la question de savoir si le comportement considéré a sur les concurrents l’effet intentionnel de la nature requise; il n’a pas de rapport direct avec l’état de la concurrence sur le marché ou ses causes générales. En orientant son analyse dans le sens contraire et en exigeant la preuve d’un lien de causalité entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence, le Tribunal a commis une erreur.

[79] Deuxièmement, dans le même passage cité plus haut, le Tribunal paraît se fonder sur l’idée erronée que l’on devrait ou pourrait prendre en considération les effets de la pratique attaquée sur les consommateurs dans le cadre de l’analyse relevant de l’alinéa 79(1)b). Or, contrairement à ce que le Tribunal laisse entendre dans ce passage, le « préjudice aux consommateurs » n’est pas un facteur indépendant pertinent à prendre en considération pour l’application de l’alinéa 79(1)b), étant donné que les éléments de preuve tendant à établir

a competitor. The effect of an act on consumers may in some circumstances be relevant in assessing the credibility and weight of a proffered business justification, as I explain further below. Otherwise, however, such evidence is largely irrelevant for the purposes of the paragraph 79(1)(b) assessment, and is more appropriately considered under paragraph 79(1)(c). To the extent that the Tribunal suggests in the above-quoted sentence that “detriment to the consumer” is an independently relevant consideration for the purposes of paragraph 79(1)(b), the Tribunal therefore erred.

[80] The Tribunal thus embarked on its paragraph 79(1)(b) analysis from an incorrect foundation: it erroneously believed itself obliged to consider factors which are not relevant in the correct legal test. The Supreme Court stated in *Southam*, at paragraph 41 that “[i]f the Tribunal did ignore items of evidence that the law requires it to consider, then the Tribunal erred in law.” Logically, this statement can be extended to encompass the situation of the case at bar: if the Tribunal considered items of evidence that the law requires it not to consider, then the Tribunal also erred in law. Moreover, these irrelevant factors may well have played a decisive role in this case: according to the Tribunal’s own articulation, evidence of a link between the practice and a decrease in competition was considered to be required for the purposes of paragraph 79(1)(b). Thus, to the extent that the Tribunal misdirected itself as to the applicable legal test, and as a consequence considered irrelevant factors in making its paragraph 79(1)(b) determination, the Tribunal committed a reversible error of law.

[81] The Tribunal’s erroneous interpretation of the paragraph 79(1)(b) test played a significant role in its analysis of the SDP. It is clear that in concluding that the

un tel préjudice ne se rapportent pas directement au point de savoir si un comportement donné remplit la condition nécessaire d’avoir un effet négatif intentionnel sur un concurrent. L’effet d’un comportement sur les consommateurs peut dans certains cas se révéler pertinent aux fins d’évaluation de la crédibilité d’une justification commerciale invoquée et de son poids, comme je l’expliquerai plus loin. Autrement, la preuve de cette nature est dans une large mesure dénuée de pertinence aux fins de l’analyse qu’exige l’alinéa 79(1)(b) et doit plutôt être prise en considération dans le cadre de l’alinéa 79(1)(c). Dans la mesure où il donne à entendre dans la phrase citée plus haut que le « préjudice aux consommateurs » est un facteur pertinent indépendant à prendre en considération pour l’application de l’alinéa 79(1)(b), le Tribunal a donc aussi commis une erreur.

[80] Le Tribunal a ainsi entrepris son analyse relative à l’alinéa 79(1)(b) à partir d’un principe erroné : il s’est cru à tort obligé de prendre en considération des facteurs qui ne sont pas pertinents du point de vue du critère juridique applicable. La Cour suprême fait observer au paragraphe 41 de *Southam*, que « [s]i le Tribunal a effectivement fait abstraction d’éléments de preuves que le droit lui commande de prendre en considération, il a alors commis une erreur de droit ». Logiquement, on peut étendre le sens de cette proposition de manière qu’elle s’applique à la présente espèce : si le Tribunal a pris en considération des éléments de preuve dont le droit lui commande de ne pas tenir compte, il a alors aussi commis une erreur de droit. En outre, il se pourrait bien que ces facteurs non pertinents aient joué un rôle décisif dans l’affaire qui nous occupe; si l’on en croit sa propre formulation, le Tribunal estimait nécessaire, pour l’application de l’alinéa 79(1)(b), que la preuve fût faite de l’existence d’un lien entre la pratique attaquée et une diminution de la concurrence. Par conséquent, dans la mesure où il s’est mépris sur le critère juridique applicable et a par suite pris en considération des facteurs non pertinents pour rendre sa décision sous le régime de l’alinéa 79(1)(b), le Tribunal a commis une erreur de droit donnant lieu à révision.

[81] L’interprétation erronée par le Tribunal du critère de l’alinéa 79(1)(b) a joué un rôle important dans son analyse du PDS. Il est évident que, pour conclure que le

SDP was not anti-competitive, the Tribunal relied heavily upon its mistaken understanding that a demonstrable link must exist between the impugned act and a decrease in competition. Indeed, the Tribunal expressly stated that this factor was “the most striking” basis for its conclusion (at paragraph 261):

The most striking argument against the alleged anti-competitive effect of the SDP is the fact that it has not prevented entry nor competition in certain regions. The SDP has not prevented an increase in imports, nor has it prevented the emergence, for the first time in thirty years, of a new manufacturer of cast iron DWV products. For a practice to be found anti-competitive, it must have a negative effect on competition. As was stated in *Tele-Direct*, there has to be a link between the practice and its alleged anti-competitive effect. In the instant case, the link has not been established to the Tribunal’s satisfaction. The Tribunal recognizes that entry may be difficult, but this appears unrelated to the SDP. Several other factors come into play: Bibby is a known manufacturer that offers a complete line of products; the market is not a growth market, thus limiting investment potential. Yet, it has been possible for competitors to match Bibby’s price and offer a reliable supply, to the point of making it an interesting proposition for distributors or contractors to change suppliers. This has occurred, notwithstanding the SDP, as illustrated by new entrants such as Sierra and Vandem, and by new arrangements such as Wolseley’s change of suppliers.

[82] As this passage shows, the Tribunal’s incorrect assumption that a link to a reduction in competition was required under paragraph 79(1)(b) critically influenced its reasoning. Instead of enquiring as to whether the SDP’s purpose was an intended negative effect on competitors, the Tribunal asked whether there was evidence of a decrease in competition in the relevant market, in the abstract, and whether the identified competitive problems could be causally attributed to the SDP and hence be considered its “effects”. This approach, of focussing on the general state of competition in the market rather than on the purpose of the impugned act, led the Tribunal to adopt an unwarrantedly and incorrectly narrow test for paragraph 79(1)(b): essentially, the Tribunal’s reasoning would imply that unless an impugned act prevents entry of

PDS n’était pas anti-concurrentiel, le Tribunal s’est fondé dans une large mesure sur sa conception erronée qu’il doit exister un lien démontrable entre le comportement attaqué et une diminution de la concurrence. En fait, le Tribunal écrit en toutes lettres que ce facteur est l’argument « le plus fort » qui a déterminé sa conclusion (au paragraphe 261) :

L’argument le plus fort avancé contre la thèse de l’effet anticoncurrentiel du PDS est le fait que celui-ci n’a pas empêché l’entrée ni la concurrence dans certaines régions. Le PDS n’a pas empêché la progression des importations, pas plus que l’émergence, pour la première fois en 30 ans, d’un nouveau fabricant de produits d’évacuation et de ventilation en fonte. Pour être déclarée anticoncurrentielle, une pratique doit avoir un effet défavorable sur la concurrence. Comme le Tribunal l’a fait observer dans *Télé-Direct*, il doit y avoir un lien entre la pratique attaquée et l’effet anticoncurrentiel qu’on lui attribue. Dans la présente espèce, un tel lien n’a pas été établi de manière à convaincre le Tribunal. Ce dernier reconnaît que l’entrée sur le marché considéré peut être difficile, mais cette difficulté ne paraît pas liée au PDS. D’autres facteurs jouent ici : Bibby est un fabricant bien connu qui offre une ligne complète; et le marché ne présente pas de perspectives de croissance, ce qui limite les possibilités d’investissement. Pourtant, il s’est révélé possible pour les concurrents de Bibby d’offrir des prix comparables aux siens, à tel point que le changement de fournisseur a pu paraître avantageux à certains distributeurs ou entrepreneurs. C’est ainsi que, malgré le PDS, de nouvelles entreprises telles que Sierra et Vandem ont pris pied sur le marché, et que Wolseley a accordé sa clientèle à un autre fournisseur.

[82] Comme le montre ce passage, l’hypothèse erronée du Tribunal que l’alinéa 79(1)(b) exigeait la démonstration d’un lien avec une réduction de la concurrence a exercé une influence cruciale sur son raisonnement. Au lieu de se poser la question de savoir si le PDS avait pour but un effet négatif intentionnel sur les concurrents, le Tribunal s’est demandé s’il y avait des éléments de preuve établissant une diminution de la concurrence sur le marché pertinent, dans l’abstrait, et si l’on pouvait attribuer la cause des problèmes de concurrence constatés au PDS et par conséquent les considérer comme les « effets » de ce dernier. Cette approche consistant à orienter l’attention vers l’état général de la concurrence sur le marché plutôt que vers le but de la pratique attaquée a amené le Tribunal à adopter de manière injustifiable et erronée un critère

competitors or otherwise prevents competition, or unless it is the (predominant) cause of the uncompetitive attributes observed in the market, the act cannot be considered anti-competitive. This result is clearly incorrect.

[83] In my view, the Tribunal's error of law with respect to paragraph 79(1)(b) is partly attributable to a conflation of the legal test for paragraph 79(1)(c) with that applicable for paragraph 79(1)(b). As I mentioned above at the outset of my analysis, the multi-element structure of section 79 suggests that upon proper interpretation, each statutory element must give rise to a distinct legal test. To repeat, paragraph 79(1)(b) relates to whether the impugned act exhibits the requisite anti-competitive purpose *vis-à-vis* competitors, while paragraph 79(1)(c) concerns the broader state of competition, and whether the practice has the effect of substantially lessening competition in the relevant market. A particular indirect evidentiary indicator may serve subtly different—yet importantly distinct—purposes in regard to paragraph 79(1)(b) as compared to paragraph 79(1)(c). Since paragraph 79(1)(b) focuses on whether the impugned act was performed for a particular purpose with respect to competitors, the relevant factors—that is, evidence concerning its foreseeable effects on competitors, business justifications for its adoption, and subjective intent—are to be interpreted in this particular light. By contrast, paragraph 79(1)(c) mandates an assessment of the substantiality of the practice's actual or likely effects on competition in the relevant market(s), a task that proceeds from the vantage point of the market as a whole and invites consideration of a wider range of effects of the practice in question. The approach adopted by the Tribunal in this case does not properly recognize or maintain these important conceptual distinctions between the statutory elements of paragraphs 79(1)(b) and 79(1)(c).

trop étroit pour l'application de l'alinéa 79(1)b); essentiellement, le raisonnement du Tribunal impliquerait que, à moins d'empêcher l'entrée de concurrents ou d'empêcher autrement la concurrence, ou à moins de constituer la cause (principale) des caractéristiques anti-concurrentielles observées sur le marché, le comportement attaqué ne peut être considéré comme un agissement anti-concurrentiel. Cette proposition est à l'évidence erronée.

[83] À mon sens, l'erreur de droit du Tribunal touchant l'alinéa 79(1)b) est en partie attribuable à une fusion du critère juridique applicable à l'alinéa 79(1)c) et de celui qui correspond à l'alinéa 79(1)b). Comme je le disais plus haut au début de mon analyse, la pluralité des conditions prévues à l'article 79 donne à penser que, si on l'interprète bien, à chacune de ces conditions doit correspondre un critère juridique distinct. Pour le redire encore une fois, l'alinéa 79(1)b) porte sur le point de savoir si la pratique attaquée a bien le but anti-concurrentiel qu'elle doit avoir à l'égard des concurrents, tandis que l'alinéa 79(1)c) concerne l'état général de la concurrence et la question de savoir si ladite pratique a pour effet de diminuer sensiblement la concurrence sur le marché pertinent. Un élément donné de preuve indirecte peut remplir des fonctions subtilement différentes—mais dont il est important de voir qu'elles restent bien distinctes—relativement aux alinéas 79(1)b) et 79(1)c). Comme l'alinéa 79(1)b) porte avant tout sur le point de savoir si le comportement attaqué avait un but particulier pour ce qui concerne les concurrents, les facteurs pertinents—c'est-à-dire la preuve concernant ses effets prévisibles sur les concurrents, les justifications commerciales de son adoption et l'intention subjective—doivent être interprétés dans ce cadre déterminé. L'alinéa 79(1)c), quant à lui, commande une appréciation du caractère sensible ou non des effets réels ou vraisemblables de ce comportement sur la concurrence dans le ou les marchés pertinents, tâche qu'il faut remplir à partir d'une vue d'ensemble du marché et qui appelle l'examen d'un ensemble plus vaste d'effets du comportement en question. Or, le Tribunal a adopté dans la présente affaire une approche qui ne prend pas en compte ou ne maintient pas comme il faudrait ces importantes distinctions conceptuelles entre les conditions que prévoient respectivement les alinéas 79(1)b) et 79(1)c).

(3) The valid business justification and paragraph 79(1)(b)

[84] The Tribunal's conflation of the legal tests for paragraphs 79(1)(b) and 79(1)(c) is also apparent in its discussion of the business justification arguments proffered by the respondent. The Tribunal noted two business justifications suggested by the respondent: first, that the SDP's uniform rebate structure encourages competition, by creating a level playing field between small and large distributors; and second, that the SDP makes possible the high-volume sales necessary to enable Bibby to maintain a full line of products.

[85] The Tribunal rejected the first business justification proposed by the respondent, but was persuaded by the second. With respect to the first justification, the Tribunal concluded (at paragraph 209) that although the creation of equitable opportunities for small- and medium-sized enterprises to participate in the Canadian economy is an objective of the Act set out in section 1.1, this is not a relevant consideration for the purposes of section 79:

While the Tribunal acknowledges this to be an enunciated purpose of the Act, the Tribunal is of the view that this purpose is unrelated to the issue of abuse of dominance. Competition between distributors is not at issue. Rather, the case is about competition between Bibby and other suppliers of cast iron DWV products. The equitable characteristics of the SDP as it relates to distributors have little to do with whether Bibby is exercising its market power in a way that precludes competition between suppliers of the product. In consequence, this argument of business justification must fail.

[86] The Tribunal was persuaded, however, by the second business justification put forward by the respondent. It explained its reasoning as follows (at paragraphs 212 and 259):

High-volume sales are also important in a business which is volume-driven, as Mr. Leonard, General Manager of Bibby, explained. Bibby argues that it needs the sales to ensure efficiencies and to lower its cost of production; the Commissioner did not challenge this assertion. The rebate

3) La justification commerciale valable et l'alinéa 79(1)b)

[84] La fusion opérée par le Tribunal entre les critères juridiques correspondant respectivement aux alinéas 79(1)b) et 79(1)c) est également manifeste dans son analyse des arguments présentés par l'intimée au titre des justifications commerciales. Le Tribunal note deux justifications commerciales avancées par l'intimée : premièrement, le fait que le système uniforme d'abattements et de ristournes du PDS favoriserait la concurrence en égalisant les chances pour les petits et les grands distributeurs; et deuxièmement, le fait que le PDS rendrait possible les ventes en grandes quantités dont Bibby a besoin pour maintenir une ligne complète de produits.

[85] Le Tribunal rejette la première justification commerciale proposée par l'intimée, mais accueille la seconde. Pour ce qui concerne la première, le Tribunal conclut (au paragraphe 209) que, si l'un des objets explicites de la Loi, énoncés à son article 1.1, est effectivement d'assurer à la petite et à la moyenne entreprise une chance honnête de participer à l'économie canadienne, cet objet n'est pas un facteur pertinent pour l'application de l'article 79 :

Le Tribunal reconnaît qu'il s'agit là d'un objet explicite de la Loi, mais estime que cet objet n'est pas lié à la question de l'abus de position dominante. La concurrence entre les distributeurs n'est pas ici en question. La présente espèce concerne plutôt la concurrence entre Bibby et les autres fournisseurs de produits d'évacuation et de ventilation en fonte. Le caractère équitable du PDS par rapport aux distributeurs n'a pas grand-chose à voir avec le point de savoir si Bibby exerce sa puissance commerciale d'une manière qui entraverait la concurrence entre fournisseurs des produits susdits. En conséquence, cette justification commerciale n'est pas recevable.

[86] Le Tribunal se laisse cependant convaincre du bien-fondé de la seconde justification commerciale avancée par l'intimée. Il explique son raisonnement comme suit (aux paragraphes 212 et 259) :

En outre, la vente de volumes considérables s'avère importante dans un secteur où la quantité de la production est un facteur déterminant, ainsi que l'a expliqué M. Leonard, directeur général de Bibby. Celle-ci fait valoir qu'elle a besoin de fortes ventes pour assurer son efficacité et pour diminuer

structure provided for in the SDP does encourage distributors to deal with Bibby for all three products if they choose Bibby to supply one of them and in consequence Bibby's sales are increased. As was stated in *Laidlaw*, the self-interest justification is not sufficient. However, in this case, the Tribunal accepts, based on Mr. Leonard's evidence, that high volumes allow Bibby to maintain in inventory smaller, less profitable but nevertheless important products. As a result, items that are used less often remain available in the market. This availability serves the interests of distributors and contractors, whether or not they belong to the SDP, and ultimately benefits the consumer.

...

The Respondent's business argument that Bibby needs to sell a certain volume in all three products to be able to maintain full production of all product lines is valid. There are certainly recognizable advantages in having a reliable source able to manufacture and supply a full line of cast iron pipe DWV products for the Canadian market.

[87] This analysis is problematic, as the Tribunal appears to have lost sight of the role of the valid business justification doctrine within paragraph 79(1)(b), and instead seems to grant it an independent role. A business justification for an impugned act is properly relevant only in so far as it is pertinent and probative in relation to the determination required by paragraph 79(1)(b), namely the determination as to whether the purpose for which the act was performed was a predatory, exclusionary or disciplinary negative effect on a competitor. As I explained above in the discussion of the intentionality aspect of the paragraph 79(1)(b) test, a valid business justification can, in appropriate circumstances, overcome the deemed intention arising from the actual or foreseeable negative effects of the conduct on competitors, by demonstrating that such anti-competitive effects are not in fact the overriding purpose of the conduct in question. In this way, a valid business justification essentially provides an alternative explanation as to why the impugned act was performed, which in the right circumstances might be sufficient to counterbalance the evidence of negative

son coût de production, affirmation que la commissaire n'a pas contestée. Or, la structure des abattements et ristournes que prévoit le PDS incite effectivement les distributeurs qui choisissent Bibby comme fournisseur d'un produit donné à acheter l'ensemble des trois à cette même entreprise, de sorte que les ventes de Bibby s'en trouvent augmentées. Comme le Tribunal l'a fait observer dans *Laidlaw*, l'intérêt propre n'est pas une justification commerciale suffisante. Cependant, dans la présente espèce, le Tribunal, se fondant sur le témoignage de M. Leonard, accepte l'argument que la vente de forts volumes permet à Bibby de garder en stock des produits qui se vendent moins et ne sont pas aussi rentables que les autres, mais qui restent néanmoins importants. Par suite, les articles d'usage peu fréquent demeurent disponibles sur le marché. Cette disponibilité sert les intérêts des distributeurs et des entrepreneurs, qu'ils soient ou non inscrits au PDS, et, en dernière analyse, les intérêts des consommateurs.

[...]

Le Tribunal estime valable l'argument commercial de la défenderesse selon lequel Bibby doit vendre un volume déterminé de chacun des trois produits pour pouvoir continuer la production intégrale de l'ensemble de ses gammes. On ne peut certainement s'empêcher de reconnaître les avantages que présente l'existence d'une entreprise fiable capable de fabriquer et de fournir une ligne complète de produits d'évacuation et de ventilation en fonte sur le marché canadien.

[87] Cette analyse fait problème, étant donné que le Tribunal paraît y avoir perdu de vue le rôle de la doctrine de la justification commerciale valable dans le cadre de l'alinéa 79(1)b, et semble plutôt lui attribuer un rôle indépendant. La justification commerciale d'une pratique attaquée ne peut être prise en considération que dans la mesure où elle est pertinente et probante par rapport à la décision qu'exige l'alinéa 79(1)b, soit celle du point de savoir si le comportement attaqué avait pour but un effet négatif sur un concurrent, effet qui doit être abusif, ou viser une exclusion ou une mise au pas. Comme je l'ai expliqué plus haut dans l'analyse de l'aspect relatif à l'intention du critère applicable à l'alinéa 79(1)b, une justification commerciale valable peut, si le contexte le permet, l'emporter sur l'intention réputée découlant des effets négatifs, réels ou prévisibles, du comportement attaqué sur les concurrents, en démontrant que ces effets anti-concurrentiels ne sont pas en fait le but prédominant de ce comportement. De cette façon, une justification commerciale valable constitue une autre explication possible des motifs du comportement attaqué, laquelle, si la situation s'y prête,

effects on competitors or subjective intent in this vein.

[88] The valid business justification doctrine is not an absolute defence for paragraph 79(1)(b). Rather, a business justification is properly employed to counterbalance or neutralize other evidence of an anti-competitive purpose, prior to making a determination under 79(1)(b). As the Tribunal observed in *D & B*, a business justification proffered by a respondent must therefore be “weigh[ed]. . . in light of any anti-competitive effects to establish the overriding purpose” of the impugned act (at page 262, also quoted in *Tele-Direct*, at page 180). In *D & B*, the Tribunal properly emphasized this balancing exercise (at page 265):

Proof of the existence of a business motive for long-term contracts [the impugned conduct] that was unrelated to an anti-competitive purpose would undoubtedly be relevant to an evaluation of an allegation of anti-competitive acts. The mere proof of *some* legitimate business purpose would be, however, hardly sufficient to support a finding that there is no anti-competitive act. All known factors must be taken into account in assessing the nature and purpose of the acts alleged to be anti-competitive.

[89] In the case at bar, the Commissioner argued that the business justification accepted by the Tribunal is actually a self-interest argument based on selling more product, and therefore cannot qualify as a business justification for the purposes of paragraph 79(1)(b). The respondent countered that this was a mischaracterization of the Tribunal’s reasons, as in its view the business justification actually accepted by the Tribunal related to the maintenance of a full product line and the consequent benefits for consumers: according to the respondent, “it is crystal clear from the Tribunal’s reasons that the Tribunal accepted the SDP’s business purpose on the basis of its benefits to customers and end consumers, rather than Canada Pipe” (respondent’s memorandum of fact and law, at paragraph 83, emphasis in original).

peut suffire à contrebalancer la preuve des effets négatifs sur les concurrents ou d’une intention subjective orientée dans ce sens.

[88] La doctrine de la justification commerciale valable n’est pas un moyen de défense absolu dans le cadre de l’alinéa 79(1)b). Son usage légitime est autre : on doit plutôt se demander, avant de rendre une décision sous le régime de cet alinéa, si la justification commerciale contrebalance ou neutralise les éléments de preuve tendant à établir l’existence d’un but anti-concurrentiel. Comme le Tribunal l’a fait observer à la page 80 de *D & B*, il faut « évaluer [une justification commerciale avancée par un défendeur] en fonction des effets anti-concurrentiels pour établir l’objectif prépondérant » de la pratique attaquée (passage également cité au paragraphe 543 de *Télé-Direct*). Le Tribunal a mis l’accent avec raison sur cette opération d’évaluation comparative aux pages 85 et 86 de *D & B* :

La preuve de l’existence d’un motif d’ordre commercial justifiant les contrats à long terme [qui constituent le comportement attaqué], à l’exclusion de toute fin anti-concurrentielle, est sans aucun doute pertinente dans le cadre de l’évaluation d’une allégation d’agissements anti-concurrentiels. Toutefois, la seule preuve d’une *quelconque* fin commerciale légitime peut difficilement justifier une conclusion selon laquelle il n’y a pas d’agissements anti-concurrentiels. Tous les facteurs connus doivent être pris en considération pour déterminer la nature et la fin des agissements que l’on prétend être anti-concurrentiels.

[89] Dans la présente espèce, la commissaire soutient que la justification commerciale acceptée par le Tribunal est en fait un argument fondé sur l’intérêt propre, soit l’intérêt qu’il y a à vendre plus de produits, et n’est donc pas recevable pour l’application de l’alinéa 79(1)b). L’intimée réplique qu’il s’agit là d’une représentation inexacte des motifs du Tribunal. Selon elle, la justification commerciale que ce dernier a en fait accueillie se rapportait au maintien d’une ligne complète de produits et aux avantages qui s’ensuivent pour les consommateurs; [TRADUCTION] « il ressort à l’évidence de l’exposé de ses motifs [fait valoir l’intimée] que le Tribunal a accepté la justification commerciale du PDS sur le fondement de ses avantages pour les clients et pour les consommateurs finaux, plutôt que pour Tuyauteries Canada » (exposé des faits et du droit de l’intimée, paragraphe 83; souligné dans l’original).

[90] In my view, the respondent's interpretation of the Tribunal's reasons with respect to the second business justification is apt. However, this reasoning, which relies solely upon consumer welfare benefits to establish the business justification, is at the core of the Tribunal's error. Simply stated, improved consumer welfare is on its own insufficient to establish a valid business justification for the purposes of paragraph 79(1)(b). A valid business justification must provide a credible efficiency or pro-competitive explanation, unrelated to an anti-competitive purpose, for why the dominant firm engaged in the conduct alleged to be anti-competitive. The business justification must therefore be attributable to the respondent, for it is the latter's allegedly anti-competitive conduct which is sought to be explained.

[91] In the case at bar, the Tribunal's reasons do not establish the requisite efficiency-related link between the SDP and the respondent, and hence do not supply a legitimate explanation for the latter's choice to engage in the impugned conduct, unrelated to an anti-competitive purpose. Without such a link, self-interest remains as the only justification for the SDP which is attributable to the respondent for the purposes of paragraph 79(1)(b). The Tribunal thus erred in concluding, on the basis of the reasoning provided in its decision, that the respondent had established a valid business justification for the SDP. While this error may not ultimately have been determinative, in that a valid business justification is at most a factor to be balanced within the paragraph 79(1)(b) determination, it may well have played an important supporting role in the Tribunal's decision with respect to paragraph 79(1)(b).

(4) Conclusion with respect to paragraph 79(1)(b)

[92] In sum, the aspects of the Tribunal's decision discussed above admittedly represent short extracts of a long and complex analysis. However, the identified errors suggest a basic misapprehension and misapplication of the legal test for paragraph 79(1)(b),

[90] L'intimée donne là à mon sens une interprétation exacte des motifs du Tribunal pour ce qui concerne la seconde justification commerciale. Or, ce raisonnement, qui se fonde seulement sur l'accroissement du bien-être des consommateurs pour établir la justification commerciale, joue un rôle central dans l'erreur du Tribunal. Pour dire les choses simplement, l'accroissement du bien-être des consommateurs ne suffit pas à lui seul à démontrer le caractère valable d'une justification commerciale pour l'application de l'alinéa 79(1)b). Une justification commerciale valable doit être une explication crédible, fondée sur l'efficacité ou de nature proconcurrentielle, et sans lien avec un but anti-concurrentiel, des motifs qu'avait l'entreprise dominante de se livrer au comportement attaqué comme étant anti-concurrentiel. La justification commerciale doit donc être attribuable au défendeur, puisque c'est le comportement supposé anti-concurrentiel de ce dernier qu'il s'agit d'expliquer.

[91] Dans la présente espèce, l'exposé des motifs du Tribunal n'établit pas l'existence du lien nécessaire, fondé sur l'efficacité, entre le PDS et l'intimée, et ne donne donc pas une explication légitime, non liée à un but anti-concurrentiel, de la décision de l'intimée de se livrer au comportement attaqué. À défaut d'un tel lien, l'intérêt propre reste la seule justification du PDS qui soit attribuable à l'intimée pour l'application de l'alinéa 79(1)b). Le Tribunal a donc commis une erreur en concluant, sur le fondement du raisonnement exposé dans sa décision, que l'intimée avait établi une justification commerciale valable du PDS. S'il se peut que cette erreur n'ait pas en fin de compte été déterminante, au sens où une justification commerciale valable n'est tout au plus qu'un facteur parmi d'autres à prendre en compte pour la décision relevant de l'alinéa 79(1)b), elle pourrait bien avoir joué un rôle de soutien important dans la décision que le Tribunal a rendue sous le régime de cet alinéa.

4) Conclusion relative à l'alinéa 79(1)b)

[92] Somme toute, les aspects de la décision du Tribunal examinés plus haut ne représentent, j'en conviens, que de courts extraits d'une longue et complexe analyse. Cependant, les erreurs constatées témoignent d'une idée fautive et d'une application

and a troubling conflation between paragraphs 79(1)(b) and (c). Thus, at the very least, the extracts highlighted above render suspect the Tribunal's analysis of the relevant factors in the context of paragraph 79(1)(b). I can only conclude that the matter should be returned to the Tribunal for a reconsideration of its paragraph 79(1)(b) determination in light of the correct legal test.

(C) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP has the result that competition is or is likely to be lessened substantially?

[93] As I described above at paragraph 21 of these reasons, there is a parallel structure and logic between the requisite statutory elements for exclusive dealing under subsection 77(2) and abuse of dominant position under subsection 79(1). The parties did not present separate arguments with respect to the substantial lessening of competition element of subsection 77(2), and instead simply referred the Court to their arguments concerning this element in the context of section 79. This same approach was adopted by the Tribunal, which concluded, “[f]or the same reasons. . . as in our analysis under section 79,” that the Commissioner had failed to establish that the exclusive dealing practice has lessened competition substantially (paragraph 282).

[94] In *NutraSweet*, the Tribunal observed that “the fundamental test of substantial lessening of competition is the same in both sections of the Act [section 79 and subsection 77(2)]” (page 56). The similarity between this element in section 79 and subsection 77(2) is indeed strong, in that both provisions employ the key concepts of substantial lessening and competition. However, the two provisions also contain some differences in wording. In particular, the scope of section 79 appears to include events of the past, which are not expressly included for the purposes of subsection 77(2): paragraph 79(1)(c) encompasses three time frames (“has had, is having or is likely to have”), while subsection 77(2) refers to only two (“is or is likely to”).

impropre du critère juridique relatif à l’alinéa 79(1)b), ainsi que d’une fusion gênante des éléments respectifs des alinéas 79(1)b) et c). Par conséquent, les extraits relevés plus haut font à tout le moins peser un soupçon sur l’analyse proposée par le Tribunal des facteurs pertinents dans le contexte de l’alinéa 79(1)b). Force m’est donc de conclure que l’affaire devrait être renvoyée au Tribunal pour qu’il réexamine sa décision relative à l’alinéa 79(1)b) en fonction du critère juridique approprié.

C) Pour l’application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si la concurrence est ou sera vraisemblablement réduite sensiblement en conséquence du PDS?

[93] Comme je le disais plus haut au paragraphe 21, il existe un parallélisme structurel et logique entre, d’une part, les conditions prévues au paragraphe 77(2) concernant l’exclusivité, et, d’autre part, celles prévues au paragraphe 79(1) touchant l’abus de position dominante. Les parties n’ont pas exposé de moyens distincts à propos de la condition de diminution sensible de la concurrence que prévoit l’alinéa 77(2) et se sont plutôt contentées de renvoyer la Cour aux arguments qu’elles avaient avancés relativement à cet élément dans le contexte de l’article 79. Le Tribunal a adopté la même approche et a conclu, « [a]ux mêmes motifs [. . .] que ceux [qu’il avait] formulés dans [son] analyse fondée sur l’article 79 », que la commissaire n’avait pas établi que la pratique d’exclusivité eût diminué sensiblement la concurrence (paragraphe 282).

[94] Dans *NutraSweet*, le Tribunal faisait observer que « le critère fondamental de la diminution sensible de la concurrence est le même dans les deux articles de la Loi [soit l’article 79 et le paragraphe 77(2)] » (page 111). La ressemblance entre cet élément considéré dans le contexte de l’article 79 et cet élément considéré du point de vue du paragraphe 77(2) est effectivement forte, en ce que les deux dispositions mettent en œuvre les concepts clés de diminution sensible et de concurrence. Cependant, il y a aussi certaines différences entre les textes de ces deux dispositions. En particulier, la portée de l’article 79 s’étend aux événements du passé, qui ne sont pas expressément compris dans le champ d’application du paragraphe

[95] For the purposes of this appeal, I need not consider whether the differences in wording between paragraph 79(1)(c) and subsection 77(2) might in particular cases properly yield substantively different results with respect to the substantial lessening of competition element. In the case at bar, it is clear that the Tribunal simply adopted the same legal test and analysis in respect of the substantial lessening of competition element for both section 79 and subsection 77(2). To the extent that the Tribunal erred in law in the context of paragraph 79(1)(c) in its interpretation of the test for substantial lessening of competition, the same errors of law apply with respect to subsection 77(2).

(D) For the purposes of subsection 77(2), did the Tribunal err in its determination with respect to whether the SDP is likely to impede entry or expansion of a firm or a product in a market or have any other exclusionary effect in a market?

[96] The parallel structure of subsections 77(2) and 79(1) is also apparent in comparing the second elements required by the two statutory provisions: both provisions call for the identification of a particular type of impugned conduct, namely a practice of exclusive dealing with an exclusionary effect in the case of subsection 77(2), and a practice of anti-competitive acts in the case of paragraph 79(1)(b). The parties did not present separate arguments concerning this element of subsection 77(2), but rather appear to have assimilated this element into their arguments concerning section 79.

[97] The Tribunal was satisfied that the SDP was a practice of exclusive dealing according to the statutory definition provided in paragraph 77(1)(b) (paragraph

77(2); en effet, l'alinéa 79(1)c) englobe les trois divisions du temps (« a, a eu ou aura vraisemblablement »), tandis que le paragraphe 77(2) ne s'applique qu'au présent et à l'avenir (« est ou sera vraisemblablement »).

[95] Je n'ai pas à me demander, pour les besoins du présent appel, si les différences de libellé de l'alinéa 79(1)c) et du paragraphe 77(2) pourraient à bon droit, dans des cas particuliers, donner lieu à des conclusions de fond différentes touchant la condition de diminution sensible de la concurrence. Dans la présente espèce, il apparaît à l'évidence que le Tribunal a tout simplement appliqué le même critère juridique et la même analyse à la condition de diminution sensible de la concurrence considérée dans le cadre de l'article 79 et du paragraphe 77(2). Dans la mesure où le Tribunal a commis des erreurs de droit dans son interprétation du critère de la diminution sensible de la concurrence dans le contexte de l'alinéa 79(1)c), il peut être dit avoir commis les mêmes erreurs de droit relativement au paragraphe 77(2).

D) Pour l'application du paragraphe 77(2), le Tribunal a-t-il formulé une conclusion erronée touchant le point de savoir si le PDS aura vraisemblablement, sur un marché, soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme, ou encore au lancement ou à l'expansion des ventes d'un produit, soit quelque autre effet tendant à exclure?

[96] Le parallélisme de structure entre les paragraphes 77(2) et 79(1) est également manifeste lorsque l'on compare les conditions qu'ils prévoient en second lieu : les deux paragraphes exigent du commissaire l'établissement d'un comportement déterminé, savoir une pratique d'exclusivité à effet tendant à exclure dans le cas du paragraphe 77(2), et une pratique d'agissements anti-concurrentiels dans le cas de l'alinéa 79(1)(b). Les parties n'ont pas fait valoir de moyens distincts au sujet de cet élément du paragraphe 77(2), mais paraissent plutôt l'avoir incorporé dans leurs argumentations respectives touchant l'article 79.

[97] La commissaire a convaincu le Tribunal que le PDS constituait une pratique d'exclusivité selon la définition de l'alinéa 77(1)(b) (paragraphe 279).

279). However, the Tribunal concluded that an exclusionary effect had not been established, based on its analysis under section 79 (at paragraphs 281 and 282):

We have concluded under section 79 that the SDP is not an anti-competitive practice because we found insufficient evidence to show that the SDP in itself had an exclusionary effect.

...

For the same reasons therefore as in our analysis under section 79, we find that the Commissioner has failed to establish that the exclusive dealing practice impedes or is likely to impede entry of a new competitor or have any exclusionary effect. . .

[98] For the purposes of this appeal, I need not decide the precise scope or nature of the similarity between the statutory element of subsection 77(2) concerning exclusionary effects, and paragraph 79(1)(b). There may well be differences between the two provisions, which could prove pertinent in a future case. However, it is sufficient in the circumstances of this case to note that the exclusionary effects required under subsection 77(2) are clearly of a relative nature, as indicated by use of the word “impede” in paragraphs 77(2)(a) and (b), rather than a more categorical verb, such as “prevent”. I have already considered in detail the Tribunal’s treatment of the evidence concerning barriers to entry and the effects of the SDP, and it is unnecessary to repeat this analysis here. My conclusion, stated above at paragraph 58, is equally applicable for the purposes of the Tribunal’s determination with respect to the exclusionary effects element of subsection 77(2): the Tribunal’s analysis of the evidence concerning barriers to entry and the effects of the SDP was conducted from the narrow perspective of prevention, and not the broader perspective implied by the word “impede”. The adoption of this unduly narrow perspective constitutes reversible error.

[99] Moreover, it should be noted that like subsection 79(1), subsection 77(2) establishes distinct statutory

Cependant, le Tribunal a aussi conclu, sur le fondement de son analyse relative à l’article 79, que la commissaire n’avait pas établi l’existence d’un effet tendant à exclure (aux paragraphes 281 et 282) :

Nous avons conclu sous le régime de l’article 79 que le PDS n’est pas une pratique anticoncurrentielle, au motif de l’insuffisance des éléments produits pour établir que le PDS aurait en soi un effet tendant à exclure

[. . .]

Aux mêmes motifs, donc, que ceux que nous avons formulés dans notre analyse fondée sur l’article 79, nous concluons que la commissaire n’a pas établi que la pratique d’exclusivité ait, ou doive vraisemblablement avoir, soit pour effet de faire obstacle à l’entrée d’un nouveau concurrent, soit quelque autre effet tendant à exclure [. . .]

[98] Je n’ai pas à décider, pour les besoins du présent appel, la portée ou la nature exactes de la similarité entre la condition relative aux effets tendant à exclure que prévoit le paragraphe 77(2) et la condition prévue à l’alinéa 79(1)(b). Il se pourrait bien qu’il y ait des différences entre ces deux dispositions, et que ces différences se révèlent pertinentes dans une affaire ultérieure. Cependant, il suffit de noter, dans le contexte des faits de la présente espèce, que les effets tendant à exclure dont le paragraphe 77(2) exige l’établissement sont manifestement de nature relative, comme l’indique l’emploi, aux alinéas 77(2)(a) et (b), de l’expression « faire obstacle » plutôt que d’un verbe plus catégorique comme « empêcher ». J’ai déjà examiné en détail l’utilisation par le Tribunal des éléments de preuve concernant les obstacles à l’entrée et les effets du PDS, et il est inutile que je répète ici cette analyse. La conclusion que j’ai formulée au paragraphe 58 ci-dessus s’applique également à la conclusion du Tribunal touchant la condition relative aux effets tendant à exclure que prévoit le paragraphe 77(2) : le Tribunal a analysé la preuve concernant les obstacles à l’entrée et les effets du PDS du point de vue étroit qu’exprime le terme « empêcher » et non du point de vue plus large qu’appelle l’expression « faire obstacle ». L’adoption de ce point de vue indûment étroit constitue une erreur susceptible de révision.

[99] En outre, il est à noter que, comme le paragraphe 79(1), le paragraphe 77(2) énumère des conditions

elements, each of which must be established before an order prohibiting exclusive dealing can issue. These distinct statutory elements must not be conflated: the existence of the various exclusionary effects described in paragraphs 77(2)(a), (b) and (c) must be considered separately from the question of whether there has been a substantial lessening of competition. Since the Tribunal relied, for the purpose of its subsection 77(2) determination concerning exclusionary effects, upon its erroneous paragraph 79(1)(b) reasoning, its conclusion in this regard cannot stand.

V. CONCLUSION

[100] For the above reasons, I would allow the appeal with costs, I would set aside the Tribunal's decision in this regard, and I would refer the matter back to the Tribunal for a redetermination in accordance with these reasons and on the basis of the evidence currently on record.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

PELLETIER J.A.: I concur.

distinctes, dont chacune doit être remplie pour que puisse être rendue une ordonnance interdisant de pratiquer l'exclusivité. Ces conditions distinctes que prévoit la Loi ne doivent pas être fusionnées : l'existence des divers effets tendant à exclure que définissent les alinéas 77(2)a), b) et c) doit être examinée séparément de la question de savoir s'il y a eu diminution sensible de la concurrence. Or, comme le Tribunal a fondé la conclusion qu'il a formulée touchant les effets tendant à exclure dans le cadre du paragraphe 77(2) sur son raisonnement erroné à propos de l'alinéa 79(1)b), cette conclusion ne peut être maintenue.

V. CONCLUSION

[100] Pour les motifs exposés ci-dessus, j'accueillerais l'appel avec dépens, j'annulerais la décision du Tribunal à l'égard des questions en litige dans l'appel, et je lui renverrais l'affaire pour qu'il procède à un nouvel examen conformément aux présents motifs et sur le fondement de la preuve actuellement au dossier.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

A-106-05
2006 FCA 236A-106-05
2006 CAF 236**Commissioner of Competition** (*Appellant*)**La commissaire de la concurrence** (*appelante*)

v.

c.

Canada Pipe Company Ltd./Tuyauteries Canada Ltée (*Respondent*)**Tuyauteries Canada Ltée/Canada Pipe Company Ltd.** (*intimée*)**INDEXED AS: CANADA (COMMISSIONER OF COMPETITION) v. CANADA PIPE CO. (F.C.A.)****RÉPERTORIÉ : CANADA (COMMISSAIRE DE LA CONCURRENCE) c. TUYAUTERIES CANADA LTÉE (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Desjardins, Létourneau and Pelletier J.J.A.—Ottawa, February 7, 9 and June 23, 2006.

Court d'appel fédérale, juges Desjardins, Létourneau et Pelletier, J.C.A.—Ottawa, 7 et 9 février et 23 juin 2006.

Competition — Cross-appeal from Competition Tribunal's dismissal of Commissioner of Competition's application for order under Competition Act, ss. 77, 79 — Tribunal holding respondent dominant in each of relevant markets in Canada for cast iron drain, waste and vent (DWV) products — Cross-appeal concerning Tribunal's assessment of product market definition, market power, both pertaining to finding respondent dominant in relevant markets — Tribunal's conclusion applicable market not including DWV products made from variety of different materials, because cast iron treated as separate market by distributors, not unreasonable — Conclusion respondent had market power in relevant markets also open to Tribunal — Cross-appeal dismissed, Pelletier J.A. dissenting as to issue of market power.

Concurrence — Appel incident d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté une demande de la commissaire de la concurrence visant à obtenir une ordonnance d'interdiction en vertu des art. 77 et 79 de la Loi sur la concurrence — Le Tribunal a conclu que l'intimée occupait une position dominante sur chacun des marchés pertinents des produits d'évacuation et de ventilation au Canada — L'appel incident portait sur la définition du marché pertinent et l'évaluation de la puissance commerciale du Tribunal, ces deux notions se rattachant à la conclusion relative à la position dominante — La conclusion du Tribunal portant que le marché de produit applicable ne comprend pas les produits d'évacuation et de ventilation faits de toutes sortes de matières parce que les produits en fonte sont traités comme un marché distinct par les distributeurs n'était pas déraisonnable — Il était aussi loisible au Tribunal de conclure que l'intimée disposait d'une puissance commerciale sur les marchés pertinents — Appel incident rejeté, le juge Pelletier, J.C.A., étant dissident à l'égard de la question de la puissance commerciale.

This was a cross-appeal from a decision of the Competition Tribunal dismissing the Commissioner of Competition's application for an order against the respondent under sections 77 and 79 of the *Competition Act*. The application related to the respondent's Stocking Distributor Program (SDP) for the sale and supply of its cast iron drain, waste and vent (DWV) products. The Tribunal held that the respondent was dominant in each of the relevant markets in Canada for cast iron DWV products, that it was a "major supplier" of cast iron products, and that by marketing its cast iron DWV products using the SDP, the respondent had engaged in a practice of exclusive dealing. At issue in the cross-appeal was the Tribunal's assessment of product market definition and market power (*Competition Act*, paragraph 79(1)(a)). The respondent submitted that if the Tribunal had followed the analytical approach it was required by law to adopt, it would have had to

Il s'agissait d'un appel incident d'une décision par laquelle le Tribunal de la concurrence a rejeté la demande formée par la commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction contre l'intimée en vertu des articles 77 et 79 de la *Loi sur la concurrence*. La demande portait sur le programme des distributeurs stockistes (PDS) qu'a adopté l'intimée pour la vente et la fourniture de ses produits d'évacuation et de ventilation en fonte. Le Tribunal a conclu que l'intimée occupait une position dominante sur chacun des marchés pertinents des produits d'évacuation et de ventilation en fonte au Canada, qu'elle était un « fournisseur important » de produits en fonte et que, en commercialisant ses produits d'évacuation et de ventilation en fonte au moyen du PDS, elle s'était livrée à une pratique d'exclusivité. Dans le cadre de l'appel incident, l'intimée a soutenu que le Tribunal avait commis une erreur dans sa définition du marché

define the applicable market to include competing DWV products made from a variety of different materials. The issue of market power would not have arisen in such a properly defined product market as the respondent's market share would not have exceeded approximately 10 %.

Held (Pelletier J.A. dissenting), the cross-appeal should be dismissed.

Per Desjardins J.A. (Létourneau J.A. concurring): The Tribunal correctly identified the legal principles applicable to the determination of the product market, and adopted an appropriate methodology to apply these principles in the particular case of the respondent. The Tribunal considered "substitutability", that is, whether there exist sufficiently close substitutes to the product at issue, such that the market for that product includes those substitutes. As no direct evidence was presented to the Tribunal on the cross-elasticity of demand, the Tribunal proceeded to consider the indirect evidence by reference to the topics enumerated in the *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions*. It concluded that cast iron still played a distinct role in the DWV industry and was treated as a separate market by distributors. Moreover, because of the significant price variation in cast iron DWV products, from region to region, the Tribunal found there were six geographic markets. Since the Tribunal considered the appropriate elements and arrived at a reasonable conclusion, these findings were immune from judicial intervention.

The Tribunal also correctly identified and articulated the principles applicable to the determination concerning market power, including both the direct and indirect approaches to this issue. It concluded that the evidence established the respondent could and did exercise market power in the relevant markets. Considering the evidence, it was open to the Tribunal to conclude on the direct approach that the respondent was pricing pipe and fittings with "hefty margins", and that for pipe, fittings and mechanical joint couplings, it had a "significant ability to vary prices across the regions." This indicated supra-competitive pricing. On the indirect approach, it was open to the Tribunal to conclude that the respondent had market power.

pertinent et son évaluation de la puissance du commerciale (alinéa 79(1)a) de la *Loi sur la concurrence*). L'intimée a soutenu que si le Tribunal avait suivi l'approche d'analyse que la loi l'obligeait à adopter, il aurait dû définir le marché de produit applicable de manière à y inclure les produits d'évacuation et de ventilation concurrents faits de toutes sortes de matières. La question de la puissance commerciale ne se serait pas posée dans un marché de produit ainsi défini comme il aurait dû l'être puisque la part de marché de l'intimée n'aurait pas dépassé environ 10 %.

Arrêt (le juge Pelletier, J.C.A., dissident), l'appel incident doit être rejeté.

La juge Desjardins, J.C.A. (le juge Létourneau, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : Le Tribunal a correctement établi les principes juridiques applicables à la définition du marché de produit et a adopté une méthode appropriée pour appliquer ces principes au cas particulier de l'intimée. Le Tribunal a pris en considération la « substitutabilité », autrement dit le point de savoir s'il existe des substituts suffisamment proches du produit considéré pour que le marché de ce produit puisse être dit comprendre ces substituts. Aucun élément de preuve directe touchant l'élasticité croisée de la demande n'ayant été produit, le Tribunal a examiné la preuve indirecte en fonction des facteurs énumérés dans les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*. Il a conclu que la fonte jouait toujours un rôle particulier dans l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation et qu'elle était traitée comme un marché distinct par les distributeurs. Le Tribunal a en outre conclu que, étant donné les différences notables de prix des produits d'évacuation et de ventilation en fonte d'une région à l'autre, il existait six marchés géographiques distincts. Comme le Tribunal a pris en considération les éléments qu'il fallait et est arrivé à une conclusion raisonnable, cette conclusion n'était pas susceptible de révision judiciaire.

De même, le Tribunal a défini et formulé de manière juste les principes applicables à la décision relative à la puissance commerciale, dans le cadre des approches directe aussi bien qu'indirecte. Il a conclu que ces éléments de preuve établissaient que l'intimée pouvait exercer, et exerçait effectivement, une puissance commerciale sur les marchés pertinents. Vu la preuve, il était loisible au Tribunal de conclure, dans le cadre de l'approche directe, que l'intimée fixait le prix de ses tuyaux et de ses raccords en se réservant des « marges considérables » et que, pour ce qui concerne les tuyaux, les raccords et les joints mécaniques, elle présentait une « aptitude marquée à faire varier ses prix d'une région à l'autre ». Cette situation témoignait de la fixation de prix supraconcurrentiels. Dans le cadre de l'approche indirecte, il était loisible au Tribunal de conclure que l'intimée disposait d'une puissance commerciale.

Per Pelletier J.A. (dissenting): The Tribunal's conclusion with respect to market power was unreasonable. Given the Tribunal's definition of market power as the ability to set prices above competitive levels for a considerable period, it was difficult to see on what basis the Tribunal could conclude that the respondent had market power in four of the six geographic markets identified. The respondent lowered its prices after the emergence of competing suppliers of cast iron products in those markets. The fact of lowering prices to respond to the emergence of new competitors is inconsistent with the definition of market power.

Le juge Pelletier, J.C.A. (dissident) : La conclusion du Tribunal touchant la puissance commerciale était déraisonnable. Compte tenu de la définition de la puissance commerciale (soit la capacité à fixer des prix supraconcurrentiels et à les maintenir sur une longue période), on ne voyait pas bien sur quelle base le Tribunal avait pu conclure que l'intimée disposait d'une telle puissance sur quatre des six marchés géographiques qui avaient été identifiés. L'intimée a réduit ses prix en réaction à l'émergence de nouveaux fournisseurs concurrents de produits en fonte sur ces marchés. La réduction des prix en réaction à l'émergence de nouveaux concurrents n'est pas compatible avec la définition de la puissance commerciale.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Combines Investigation Act, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 51 (as enacted by S.C. 1986, c. 26, s. 47).

Competition Act, R.S.C., 1985, c. C-34, ss. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19), 1.1 (as enacted *idem*), 77 (as am. *idem*, s. 45; S.C. 1999, c. 2, ss. 23, 37(y); c. 31, s. 52 (F); 2002 c. 16, ss. 11.2, 11.3), 79 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1990, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37(z); 2002, c. 16, s. 11.4).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc. [1997] 1 S.C.R. 748; (1996), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 admin. L.R. (3d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20 (as to standard or review); *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226; (2003), 223 D.L.R. (4th) 599; [2003] 5 W.W.R. 1; 11 B.C.L.R. (4th) 1; 48 Admin. L.R. (3d) 1; 179 B.C.A.C. 170; 302 N.R. 34; 2003 SCC 19 (as to standard or review); *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247; (2003), 257 N.B.R. (2d) 207; 223 D.L.R. (4th) 577; 48 Admin. L.R. (3d) 33; 31 C.P.C. (5th) 1; 302 N.R. 1; 2003 SCC 20 (as to standard of review); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; (1992), 114 N.S.R. (2d) 91; 93 D.L.R. (4th) 36; 313 A.P.R. 91; 74 C.C.C. (3d) 289; 43 C.P.R. (3d) 1; 15 C.R. (4th) 1; 10 C.R.R. (2d) 34; 139 N.R. 241.

CONSIDERED:

Canada (Commissioner of Competition) v. Canada Pipe Co., [2007] 1 F.C.R. 3; (2006), 268 D.L.R. (4th) 193; 49 C.P.R. (4th) 241; 350 N.R. 291; 2006 FCA 233; *Canada*

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 51 (édicte par S.C. 1986, ch. 26, art. 47).

Loi sur la concurrence, L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19), 1.1 (édicte, *idem*), 77 (mod., *idem*, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 23, 37y); ch. 31, art. 52(F); 2002, ch. 16, art. 11.2, 11.3), 79 (édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1990, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37z); 2002, ch. 16, art. 11.4).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748 (quant à la norme de contrôle); *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226; 2003 CSC 19 (quant à la norme de contrôle); *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247; 2003 CSC 20 (quant à la norme de contrôle); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Tuyauteries Canada Ltée, [2007] 2 R.C.F. 3; 2006 CAF 233; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.*,

(Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co. (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1995] 3 F.C. 557; (1995), 127 D.L.R. (4th) 263; 21 B.L.R. (2d) 1; 63 C.P.R. (3d) 1; 185 N.R. 321 (C.A.); rev'd on other grounds [1997] 1 S.C.R. 748; (1996), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289 (Comp. Trib.).

REFERRED TO:

Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc. (2000), 7 C.P.R. (4th) 385 (Comp. Trib.); rev'd on other grounds, [2001] 3 F.C. 185; (2001), 199 D.L.R. (4th) 130; 11 C.P.R. (4th) 289; 269 N.R. 109; 2001 FCA 204; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 161 (Comp. Trib.); *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.); *The Queen v. J. W. Mills & Son Ltd. et al.*, [1968] 2 Ex. C.R. 275; (1968), 56 C.P.R. 1; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20.

AUTHORS CITED

Competition Bureau. *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions*. Industry Canada: Ottawa, 2001.

CROSS-APPEAL from a decision of the Competition Tribunal ((2005), 40 C.P.R. (4th) 453 (Comp. Trib.)) which, although dismissing the Commissioner of Competition's application for an order against the respondent under sections 77 and 79 of the *Competition Act*, found that the respondent was dominant in each of the relevant markets. Cross-appeal dismissed, Pelletier J.A. dissenting.

APPEARANCES:

Randall Hofley and *Leslie J.F. Milton* for appellant.

CT-1989-002 (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1995] 3 C.F. 557 (C.A.); infirmée pour d'autres motifs [1997] 1 R.C.S. 748; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, [1997] D.T.C.C. n° 8 (Trib. conc.) (QL); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, CT-1991-002 (Trib. conc.).

DÉCISIONS CITÉES :

Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc., CT-1998-002 (Trib. conc.); infirmée pour d'autres motifs [2001] 3 C.F. 185; 2001 CAF 204; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, CT-1990-001 (Trib. conc.); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.*, CT-1989-002 (Trib. conc.); *The Queen v. J. W. Mills & Son Ltd. et al.*, [1968] 2 R.C.É. 275; (1968), 56 C.P.R. 1; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

DOCTRINE CITÉE

Bureau de la concurrence. *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante*. Industrie Canada : Ottawa, 2001.

APPEL INCIDENT d'une décision (CT-2002-006 (Trib. conc.)) par laquelle le Tribunal de la concurrence, même s'il a rejeté une demande formée par la commissaire de la concurrence en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction contre l'intimée en vertu des articles 77 et 79 de la *Loi sur la concurrence*, a conclu que l'intimée occupait une position dominante sur chacun des marchés pertinents. Appel incident rejeté, le juge Pelletier, J.C.A., étant dissident.

ONT COMPARU :

Randall Hofley et *Leslie J.F. Milton* pour l'appelante.

Kent E. Thomson, James W. E. Doris and Charles E. Tingley for respondent.

Kent E. Thomson, James W. E. Doris et Charles E. Tingley pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD:

Johnston & Buchan LLP, Ottawa, and *Deputy Attorney General of Canada* for appellant.

Davies Ward Phillips & Vineberg LLP, Toronto, for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DESJARDINS J.A.: The Competition Tribunal (the Tribunal) dismissed an application by the appellant Commissioner of Competition (the Commissioner) seeking an order against the respondent (Canada Pipe or Bibby, which is a division of the respondent) under sections 77 [as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1999, c. 2, ss. 23, 37(y); c. 31, s. 52(F); 2002, c. 16, ss. 11.2, 11.3] and 79 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 45; S.C. 1998, c. 37, s. 31; 1999, c. 2, s. 37(z); 2002, c. 16, s. 11.4] of the *Competition Act* [R.S.C., 1985, c. C-34, s. 1 (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19)] (reported as (2005), 40 C.P.R. (4th) 453 (Comp. Trib.)).

[2] The application related to the marketing strategy—referred to as the Stocking Distributor Program or SDP—adopted by Canada Pipe for the sale and supply of its cast iron drain, waste and vent (DWV) products. The Tribunal held that Canada Pipe is dominant in each of the relevant markets in Canada for cast iron DWV products, that Canada Pipe is a “major supplier” of cast iron products, and that by marketing its cast iron DWV products using the SDP, Canada Pipe has engaged in a practice of exclusive dealing. The Tribunal further held, however, that the Commissioner had failed to establish that Canada Pipe has engaged in a practice of anti-competitive acts that has, is or is likely to result in a substantial lessening or prevention of competition in the relevant markets, or that Canada Pipe’s practice of exclusive dealing is likely to impede entry or expansion of a firm in a market or have any other exclusionary effect in a market such that

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Johnston & Buchan LLP, Ottawa, et le *sous-procureur général du Canada* pour l’appelante.

Davies Ward Phillips & Vineberg S.E.N.C.R.L., s.r.l., Toronto, pour l’intimée.

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

[1] LA JUGE DESJARDINS, J.C.A. : Le Tribunal de la concurrence (le Tribunal), dans une décision publiée sous la référence CT-2002-006, a rejeté une demande de l’appelante, la commissaire de la concurrence (la commissaire), visant à obtenir une ordonnance d’interdiction contre l’intimée (Tuyauteries Canada ou Bibby, qui est une division de l’intimée) en vertu des articles 77 [mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1999, ch. 2, art. 23, 37y); ch. 31, art. 52(F); 2002, ch. 16, art. 11.2, 11.3] et 79 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 45; L.C. 1998, ch. 37, art. 31; 1999, ch. 2, art. 37z); 2002, ch. 16, art. 11.4] de la *Loi sur la concurrence* [L.R.C. (1985), ch. C-34, art. 1 (mod. par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19)].

[2] La demande de la commissaire portait sur une stratégie de commercialisation—désignée « programme des distributeurs stockistes » ou « PDS »—qu’a adoptée Tuyauteries Canada pour la vente et la fourniture de ses produits d’évacuation et de ventilation en fonte. Le Tribunal a conclu que Tuyauteries Canada occupe une position dominante sur chacun des marchés pertinents des produits d’évacuation et de ventilation en fonte au Canada, que cette entreprise est un « fournisseur important » de produits en fonte et que, en commercialisant ses produits d’évacuation et de ventilation en fonte au moyen du PDS, elle s’est livrée à une pratique d’exclusivité. Le Tribunal a aussi conclu, cependant, que la commissaire n’avait pas établi que Tuyauteries Canada se soit livrée à une pratique d’agissements anti-concurrentiels ayant, ayant eu ou devant vraisemblablement avoir pour effet d’empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur les

competition is or is likely to be lessened substantially.

[3] The appeal by the Commissioner is disposed of in separate reasons [[2007] 2 F.C.R. 3 (F.C.A.)].

[4] We are seized of the cross-appeal whereby Canada Pipe claims that the Tribunal erred in its assessment of product market definition and market power.

[5] Canada Pipe's cross-appeal is confined to the Tribunal's treatment of paragraph 79(1)(a) of the Act and to its determinations concerning the issues of product market and market power. (In a footnote to its memorandum of fact and law, paragraph 119, Canada Pipe adds, however, that these submissions have equal application to the exclusive dealings provisions of the Act in subsection 77(2). The determination of whether a market participant is a "major supplier" of a product in a market within the meaning of subsection 77(2) also hinges on the issues of market definition and market power.)

[6] The purpose of defining the relevant product market is to identify the possibility for the exercise of market power (*Canada (Commissioner of Competition) v. Superior Propane Inc.* (2000), 7 C.P.R. (4th) 385 (Comp. Trib.), at paragraph 47, rev'd on other grounds [2001] 3 F.C. 185 (C.A.)). Market power has been defined as the ability to set prices above competitive levels for a considerable period of time (*Canada (Director of Investigations and Research) v. Southam, Inc.* (1992), 43 C.P.R. (3d) 161 (Comp. Trib.), at page 177; *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* (1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.), at page 28).

[7] Canada Pipe submits that if the Tribunal had followed the analytical approach it was required by law to adopt in respect of these issues, it would have had to

marchés pertinents, ou que la pratique d'exclusivité de Tuyauteries Canada doit vraisemblablement avoir, sur un marché, soit pour effet de faire obstacle à l'entrée ou au développement d'une firme, soit quelque autre effet tendant à exclure, et que la concurrence soit ou doit vraisemblablement être réduite sensiblement en conséquence.

[3] L'appel de la commissaire fait l'objet d'un exposé de motifs distinct [[2007] 2 R.C.F. 3 (C.A.F.)].

[4] La Cour est ici saisie de l'appel incident par lequel Tuyauteries Canada soutient que le Tribunal a commis une erreur dans sa définition du marché pertinent et son évaluation de la puissance commerciale.

[5] L'appel incident de Tuyauteries Canada se limite à l'application par le Tribunal de l'alinéa 79(1)a) de la Loi et à ses conclusions sur les questions du marché de produit et de la puissance commerciale. (Dans une note de bas de page de son exposé des faits et du droit, au paragraphe 119, Tuyauteries Canada ajoute cependant que ces allégations s'appliquent également aux dispositions du paragraphe 77(2) de la Loi touchant les pratiques d'exclusivité. Le point de savoir si un acteur du marché est un « fournisseur important » d'un produit sur un marché, au sens du paragraphe 77(2), dépend aussi de la définition du marché et de la question de la puissance commerciale.)

[6] La définition du marché de produit pertinent a pour objet de dégager la possibilité de l'exercice d'une puissance commerciale : *Canada (Commissaire de la concurrence) c. Supérieur Propane Inc.*, CT-1998-002, (Trib. conc.) au paragraphe 47, infirmée sur d'autres points par [2001] 3 C.F. 185 (C.A.). La puissance commerciale a été définie comme étant la capacité à fixer des prix supraconcurrentiels et à les maintenir sur une longue période : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam, Inc.*, CT-1990-001 (Trib. conc.), à la page 32; et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.*, CT-1989-002 (Trib. conc.), à la page 47.

[7] Tuyauteries Canada soutient que si le Tribunal avait suivi l'approche d'analyse que la loi l'obligeait à adopter à l'égard de ces questions, il aurait dû définir le

define the applicable product market to include competing DWV products made from a variety of different materials, including plastic, copper, stainless steel, asbestos cement and cast iron. Canada Pipe's market share in such a properly defined product market would not have exceeded approximately 10% at any relevant point in time. Canada Pipe says this is so regardless of the manner in which the applicable geographic markets are defined and regardless of whether the product market is further subdivided into pipe, fittings and couplings. The issue of market power, says Canada Pipe, simply does not arise in respect of a market participant having a market share in the range of 10%. There has never been, it says, an abuse of dominance case brought against a market participant having a market share of less than 10% (memorandum of fact and law of the respondent Canada Pipe, paragraph 119).

PRODUCT MARKET—ANALYSIS OF THE LAW AND THE EVIDENCE

[8] Defining the relevant product market is a necessary first step under paragraph 79(1)(a) of the Act, as the Tribunal clearly recognized.

[9] Paragraph 79(1)(a) provides:

79. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business, [Emphasis is mine.]

[10] The Tribunal was careful in defining the operative terms of this provision of the Act (paragraphs 65, 66 and 67 of its reasons and order):

A "class or species of business" has been interpreted by the Tribunal in abuse of dominance cases to mean the relevant product market. The expression "Canada or any area thereof" is to be understood as the geographic market, while "control" has been found to be synonymous with market power (*Canada (Director of Investigation and Research) v. D & B Companies of Canada Ltd.* ((1995), 64 C.P.R. (3d) 216 (hereinafter *Nielsen decision*)); *Canada (Director of Investigation and*

marché de produit applicable de manière à y inclure les produits d'évacuation et de ventilation concurrents faits de toutes sortes de matières, notamment le plastique, le cuivre, l'acier inoxydable, l'amiante-ciment et la fonte. La part de Tuyauteries Canada dans un marché de produit ainsi défini comme il aurait dû l'être n'aurait pas dépassé environ 10 % à n'importe quel moment. Il en va ainsi, soutient Tuyauteries Canada, de quelque manière qu'on définisse les marchés géographiques applicables et qu'on divise ou non le marché de produit en sous-marchés des tuyaux, des raccords et des joints. La question de la puissance commerciale, selon Tuyauteries Canada, ne se pose tout simplement pas à propos d'une entreprise dont la part de marché s'établit à quelque 10 %. On n'a jamais fait valoir l'abus de position dominante, ajoute-t-elle, contre une entreprise dont la part de marché était inférieure à 10 %. (Exposé des faits et du droit de l'intimée Tuyauteries Canada, paragraphe 119.)

LE MARCHÉ DE PRODUIT—ANALYSE DU DROIT ET DE LA PREUVE

[8] La définition du marché de produit pertinent est la première tâche nécessaire sous le régime de l'alinéa 79(1)a) de la Loi, ainsi que le Tribunal l'a clairement reconnu.

[9] L'alinéa 79(1)a) dispose ce qui suit :

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions; [Non souligné dans l'original.]

[10] Le Tribunal a soigneusement défini les termes essentiels de cette disposition de la Loi aux paragraphes 65, 66 et 67 de l'exposé de ses motifs :

La jurisprudence montre que, dans les affaires d'abus de position dominante, le Tribunal attribue à l'expression « une catégorie ou une espèce d'entreprises » le sens de marché de produit pertinent et à l'expression « à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions » la signification de marché géographique, et qu'il assimile le terme « contrôlent » à la puissance commerciale : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. D&B Companies of Canada Ltd.* ((1995) 64

Research) v. *Laidlaw Waste Systems Ltd.* ((1992), 40 C.P.R. (3d) 289, [1992] C.C.T.D. No. 1 (QL) (Comp. Trib.) (*Laidlaw*)); *Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co.* ((1990), 32 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.) (*NutraSweet*)); *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.* ((1997), 73 C.P.R. (3d) 1 (*Tele-Direct*)). [Emphasis is mine.]

[11] The Tribunal further explained:

The Act does not specify how the analysis under paragraph 79(1)(a) of the Act is to proceed. However, in the above-mentioned cases, the analysis begins with a definition of the product market. This approach is also the one adopted by the Competition Bureau's (the "Bureau") *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions* (the "Guidelines"). Although the Guidelines have no binding effect on the Tribunal, they are useful in that they serve to indicate how the Bureau will proceed in an abuse of dominance case. At section 3.2.1 the Guidelines underscore the importance of defining the product market:

This paragraph [79(1)(a)] of the Act contains a number of elements that need to be separately clarified: (i) the existence of a class or species of business in Canada or any area thereof; (ii) the meaning of "control"; and (iii) the meaning of "one or more persons."

3.2.1(a) "Class or species of business"—Product Market Definition

A precondition for assessing market power is identifying existing competitors that are likely to constrain the ability of the firm or firms to profitably raise prices or otherwise restrict competition. The 1986 provisions adopted the term "class or species of business" rather than the term "market" in the context of the control element. The Bureau approach is to consider defining a "class or species of business" as synonymous with defining a relevant product. The analysis begins by examining the product market(s) within which the alleged abuse of dominance has occurred or is occurring.

The Tribunal restates the same principle in *Tele-Direct*, and adds that the exercise is also necessary for the purposes of section 77:

A necessary first step in deciding this case is to define the relevant market. This must be done for purposes of

C.P.R. (3d) 216 (décision *Nielsen*)); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.* ((1992) 40 C.P.R. (3d) 289, [1992] D.T.C.C. n° 1 (*Laidlaw*)); *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. NutraSweet Co.* ((1990) 32 C.P.R. (3d) 1 (*NutraSweet*)); et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct* ((1997) 73 C.P.R. (3d) 1 (*Télé-Direct*)). [Non souligné dans l'original.]

[11] Le Tribunal poursuit son examen en ces termes :

La Loi ne précise pas les modalités de l'analyse à effectuer sous le régime de son alinéa 79(1)a). Cependant, dans les décisions que nous venons d'énumérer, l'analyse commence par une définition du marché de produit. Cette approche est aussi celle qu'a adoptée le Bureau de la concurrence (le Bureau) dans les *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* (les Lignes directrices). S'il est vrai que les Lignes directrices n'ont pas d'effet contraignant sur le Tribunal, elles se révèlent utiles en ce qu'elles indiquent la méthode que suit le Bureau dans les affaires d'abus de position dominante. Le paragraphe 3.2.1 des Lignes directrices souligne l'importance de définir le marché de produit :

Cette disposition de la Loi [l'alinéa 79(1)a)] renferme un certain nombre d'éléments qui doivent être examinés séparément : (i) l'existence d'une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions; (ii) le sens du mot « contrôle » et (iii) le sens de l'expression « une ou plusieurs personnes ».

3.2.1a) « Catégorie ou espèce d'entreprises »—Définition du marché de produits

Pour évaluer la puissance commerciale, il faut d'abord déterminer quels sont les concurrents qui, dans un tel marché défini, seraient en mesure de limiter la capacité de l'entreprise ou des entreprises d'augmenter les prix de façon rentable ou de restreindre la concurrence d'une autre façon. Dans la loi promulguée en 1986, le législateur a utilisé les mots « catégorie ou espèce d'entreprises » plutôt que le mot « marché » dans le contexte de l'élément « contrôle ». Pour sa part, le Bureau estime que les mots « catégorie ou espèce d'entreprises » désignent en réalité le produit pertinent. L'analyse débute par l'examen du marché de produits dans lequel, selon l'allégation, il y a ou il y a eu abus de position dominante.

Le Tribunal formule le même principe dans la décision *Télé-Direct* et ajoute que la même opération est nécessaire pour l'application de l'article 77 :

La définition du marché pertinent est la première étape obligée de la résolution de la présente affaire. Cette

section 79 in order to determine if *Tele-Direct*, as alleged by the Director, “substantially or completely control[s] throughout Canada or any area thereof, a class or species of business”. The Tribunal decided in *Canada (Director of Investigation and Research) v. D & B Companies of Canada Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216, [1995] C.C.T.D. No. 20 (QL) (Comp. Trib.), that “class or species of business” means product market and “control” means market power. . . . [Emphasis is mine.]

[12] The Tribunal then explained (at paragraph 68 of its reasons and order) that in determining the relevant product market, it had to consider “substitutability”. This meant whether there exist sufficiently close substitutes to the product at issue, such that the market for that product includes those substitutes.

[13] The Tribunal [at paragraph 68] adopted the definition of “substitutability” which is found in the decision of this Court in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1995] 3 F.C. 557, at pages 632 and 633, rev'd on other grounds [1997] 1 S.C.R. 748.

In determining the relevant product market one considers substitutability—in other words, whether there exist sufficiently close substitutes to the product at issue, such that the market for that product includes those substitutes. In *Tele-Direct*, the Tribunal cites the market definition set out in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, ([1995] 3 F.C. 557, 63 C.P.R. (3D) 1 (F.C.A.)), where the Federal Court of Appeal defines what is meant by substitutability:

Products can be said to be in the same market if they are close substitutes. In turn, products are close substitutes if buyers are willing to switch from one product to another in response to a relative change in price, i.e. if there is buyer price sensitivity. Direct evidence of substitutability includes both statistical evidence of buyer price sensitivity and anecdotal evidence, such as the testimony of buyers on past or hypothetical responses to price changes. However, since direct evidence may be difficult to obtain, it is also possible to measure substitutability and thereby infer price sensitivity through indirect means. Such indirect evidence focusses on certain practical indicia, such as functional interchangeability and industry views/behaviour, to show that products are close

définition, pour les fins de l'article 79, a pour objet de déterminer si Télé-Direct « contrôle [. . .] sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions », ainsi que le déclare le directeur. Le Tribunal a statué, dans l'affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. D & B Companies of Canada Ltd.* (1995), 64 C.P.R. (3d) 216, [1995] D.T.C.C. n° 20 (QL) (Trib. conc.), que par les mots « catégorie ou espèce d'entreprises » on entendait le marché du produit et par le mot « contrôle », la puissance commerciale [. . .] [Non souligné dans l'original.]

[12] Le Tribunal explique ensuite (au paragraphe 68 de l'exposé de ses motifs) que, pour déterminer le marché de produit pertinent, il a dû prendre en considération la « substituabilité », autrement dit le point de savoir s'il existe des substituts suffisamment proches du produit considéré pour que le marché de ce produit puisse être dit comprendre ces substituts.

[13] Le Tribunal [au paragraphe 68] a adopté pour le concept de « substituabilité » (ou de « caractère substitutif ») la définition qu'en a donnée notre Cour aux pages 632 et 633 de *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1995] 3 C.F. 557, infirmé sur d'autres points par [1997] 1 R.C.S. 748.

Pour déterminer le marché de produit pertinent, on prend en considération la substituabilité, autrement dit le point de savoir s'il existe des substituts suffisamment proches du produit considéré pour que le marché de ce produit puisse être dit comprendre ces substituts. Dans *Télé-Direct*, le Tribunal cite le passage relatif à la définition du marché de l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, ([1995] 3 C.F. 557 (C.A.)), où la Cour d'appel fédérale définit ce qu'on entend par substituabilité (ou caractère substitutif) :

On peut dire que des produits sont sur le même marché s'ils sont de proches substituts. Des produits sont de proches substituts si les acheteurs sont prêts à passer de l'un à l'autre en réaction à un changement relatif dans le prix, c'est-à-dire s'il existe une sensibilité aux prix de la part des acheteurs. La preuve directe du caractère substitutif comprend à la fois la preuve statistique de la sensibilité aux prix des acheteurs et la preuve anecdotique [. . .] comme le témoignage d'acheteurs portant sur des réactions passées ou hypothétiques à des variations de prix. Toutefois, comme il peut être difficile d'obtenir une preuve directe, on peut aussi mesurer le caractère substitutif et, de cette façon, induire la sensibilité aux prix par des moyens indirects. Cette preuve indirecte

substitutes. (*Ibid*, at paragraph 161). [Emphasis is mine.]

[14] The Tribunal noted, at paragraphs 69 and 71, that no direct evidence was presented to the Tribunal on the cross-elasticity of demand—that is, whether increasing the price of DWV cast iron products would lead to an increased demand for DWV products made of other materials. Therefore, the product market could not be determined directly.

[15] Given the importance of determining whether other products would constrain price increases of cast iron DWV products, the Tribunal proceeded to consider the indirect evidence by reference to the topics enumerated in the *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions* (the Guidelines), which include such headings as the views, strategies, behaviour and identity of buyers; trade views, strategies and behaviours; end use, physical and technical characteristics; price relationship and relative price levels; substitutability; and three product markets or one.

[16] The Tribunal thus correctly identified the legal principles applicable to the determination of the product market, and adopted an appropriate methodology to apply these principles in the particular case of Canada Pipe. The Tribunal considered the indirect evidence under each of the topics suggested in the Guidelines. Its conclusions on the basis of this evidence included the following findings.

[17] First, the Tribunal, at paragraph 82 of the reasons and order, under the heading “Trade Views, Strategies and Behaviour”, made the finding that “in high-rise buildings, cast iron offers the advantage of meeting all requirements for fire and life safety purposes, and that only non-combustible materials, essentially cast iron, can be used in vertical shafts.”

consiste en certains indices pratiques, comme l’interchangeabilité fonctionnelle et les opinions et le comportement de l’industrie, qui montrent que des produits sont de proches substituts. (*Ibid*, au paragraphe 161). [Non souligné dans l’original.]

[14] Le Tribunal fait observer aux paragraphes 69 et 71 qu’il n’a pas été produit devant lui d’éléments de preuve directe touchant l’élasticité croisée de la demande, c’est-à-dire le point de savoir si l’augmentation des prix des produits d’évacuation et de ventilation en fonte entraînerait un accroissement de la demande des mêmes produits faits d’autres matières. Par conséquent, le marché de produit ne pouvait être défini directement.

[15] Étant donné l’importance d’établir si des produits d’évacuation et de ventilation faits d’autres matières limiteraient l’augmentation des prix des mêmes produits en fonte, le Tribunal a examiné la preuve indirecte en fonction des facteurs énumérés dans les *Lignes directrices pour l’application des dispositions sur l’abus de position dominante* (les Lignes directrices), dans des sections portant sur les facteurs suivants : les opinions, les stratégies, le comportement et l’identité des acheteurs; les opinions, les stratégies et le comportement des intervenants du milieu commercial; l’utilisation finale; les caractéristiques physiques et techniques; les liens entre les prix et les niveaux de prix relatifs; la substituabilité; et le point de savoir s’il y a trois marchés de produits ou un seul.

[16] Le Tribunal a ainsi correctement établi les principes juridiques applicables à la définition du marché de produit et a adopté une méthode appropriée pour appliquer ces principes au cas particulier de Tuyauteries Canada. Le Tribunal a examiné la preuve indirecte en fonction de chacun des facteurs proposés par les Lignes directrices. De l’examen de cette preuve, il a tiré les conclusions suivantes.

[17] Premièrement, au paragraphe 82 de l’exposé de ses motifs, sous le titre « Les opinions, les stratégies et le comportement des intervenants du milieu commercial », le Tribunal conclut que « dans les bâtiments élevés, la fonte présente l’avantage de remplir toutes les prescriptions axées sur la sûreté des personnes et la protection contre les incendies et que seuls les matériaux

[18] Second, with respect to end use, other advantages of cast iron were noted, namely strength, durability and lower level noise. The Tribunal then indicated (at paragraph 92 of the reasons and order) that although plastic may eventually replace cast iron entirely, “this has yet to happen, and cast iron continues to be in a class of its own” (my emphasis).

[19] Third, the Tribunal noted, at paragraph 97 of the reasons and order, under the heading “Price Relationships and Relative Price Levels”, that the evidence showed that Canada Pipe had reacted to the entry of new cast iron suppliers, whether manufacturers (Vandem) or imports (Sierra, New Centurion), by aggressively lowering its prices. In Quebec and the Maritimes, where no such competition exists, prices had increased since 1998.

[20] Fourth, at paragraphs 101 and 102 of the reasons and order, under the heading “Substitutability” with regard to paragraph 102, the Tribunal said the following:

The competition with plastics appears to have had little effect on the prices of cast iron. Bibby devotes considerable effort to promoting the physical characteristics of cast iron products as compared to plastics, but these efforts do not lead to a reduction in price for cast iron products. From the evidence, it appears that the use of plastics is prevalent and increasing across the country. The prices of cast iron have not been decreasing with the increased use of plastics. Prices of cast iron DWV products have increased in Quebec and the Maritimes. They have decreased where Bibby has met cast iron competition—in Ontario with Vandem, in the West with importers. In other words, even though the Respondent claims that plastic is a competing material, there is no evidence that plastic products have had a constraining effect on prices of cast iron DWV products.

The experts on both sides agreed that there was a lack of data for calculating the elasticity of the demand, such that a

incombustibles, soit essentiellement la fonte, peuvent être utilisés dans les gaines verticales ».

[18] Deuxièmement, pour ce qui concerne l’utilisation finale, le Tribunal note d’autres avantages de la fonte, soit la force, la durabilité et l’absorption acoustique. Il fait ensuite observer (au paragraphe 92 de l’exposé de ses motifs) que, s’il est vrai que le plastique pourrait en fin de compte remplacer entièrement la fonte, « cette éventualité ne s’est pas encore matérialisée, et la fonte continue d’occuper une place à part » (non souligné dans l’original).

[19] Troisièmement, le Tribunal note au paragraphe 97 de l’exposé de ses motifs, sous le titre « Les liens entre les prix et les niveaux de prix relatifs », que la preuve montre que Tuyauteries Canada a réagi à l’entrée de nouveaux fournisseurs de produits en fonte—qu’il s’agisse du fabricant Vandem ou des importateurs Sierra et New Centurion—par une stratégie offensive de réduction de ses prix. Or, au Québec et dans les Maritimes, où une telle concurrence n’existait pas, les prix avaient augmenté depuis 1998.

[20] Quatrièmement, le Tribunal fait observer ce qui suit aux paragraphes 101 et 102 de l’exposé de ses motifs (ce dernier paragraphe apparaissant sous le titre « La substituabilité ») :

La concurrence avec les matières plastiques paraît n’avoir guère eu d’effet sur les prix de la fonte. Bibby déploie des efforts considérables pour promouvoir les caractéristiques physiques de la fonte par rapport à celles des matières plastiques, mais ces efforts ne mènent pas à une réduction des prix des produits en fonte. La preuve montre que l’utilisation des matières plastiques est répandue au pays et qu’elle y progresse. Or, les prix de la fonte n’ont pas diminué parallèlement à la progression des matières plastiques. Les prix des produits d’évacuation et de ventilation en fonte ont même augmenté au Québec et dans les Maritimes. Ces prix n’ont diminué que là où Bibby s’est heurtée à la concurrence de produits en fonte—soit en Ontario avec Vandem et dans l’Ouest avec les importateurs. Autrement dit, même si la défenderesse soutient que le plastique est un matériau concurrent, la preuve n’établit pas que les produits de plastique aient exercé un effet de discipline sur les prix des produits de fonte.

Les experts des deux parties étaient d’accord pour dire qu’il n’existait pas suffisamment de données pour calculer

direct measure of substitutability was impossible. The Tribunal does not have sufficient evidence to show whether consumers (in this case, distributors) would change their behaviour because of a rise in prices. In the present context, such an analysis is impossible, and not only because of a lack of data. The fact is that the choice to buy cast iron over other products is not only a matter of price; as seen earlier in these reasons, other important considerations come into play. From the evidence of Mr. Zorko and others, we find that for certain applications, such as in vertical shafts, non-combustible material remains the only acceptable material, which in practical terms means cast iron. In certain other applications, where considerations of safety and non-combustibility are paramount (based on use, occupancy, and height of building) the use of material other than metal will be constrained. For example, a sprinkler system may be compulsory or fire separation sealants will be required. The Respondent sought to convince the Tribunal that this situation was evolving, and that plastics in particular were offering true competition. On the evidence, the Tribunal is satisfied that for certain applications, cast iron has no economic substitute. [Emphasis is mine.]

[21] On the basis of its review of the indirect evidence, the Tribunal concluded as follows on product market and geographic markets (paragraph 112 of the reasons and order):

The evidence reflects a market that is changing because of the increasing importance of plastics in the DWV industry. We find the American data presented by Dr. Ware on plastics replacing cast iron of limited assistance in the Canadian context, given the impact of Canadian regulations on the choice of materials and the absence of statistical evidence showing a similar trend in Canada. From the evidence we have heard, however, plastics seem to offer a number of advantages to the construction industry and appear to be increasingly used. Nevertheless, the Tribunal is of the view that cast iron still plays a distinct role in the DWV industry, and it is treated as a separate market by distributors and contractors. More importantly, it is treated differently by Bibby itself, in its marketing and its pricing policies. In consequence, the Tribunal finds that the product market is the cast iron DWV product market, within which three distinct markets can be identified: cast iron pipe and fittings and MJ couplings. Because of the significant price variations in cast iron DWV products from region to region, we find that there are six distinct geographic markets: British Columbia, Alberta,

l'élasticité de la demande, de sorte qu'il était impossible de mesurer directement la substituabilité. Le Tribunal ne dispose pas de suffisamment d'éléments de preuve pour établir si les consommateurs (les distributeurs en l'occurrence) modifieraient leur comportement du fait d'une hausse des prix. Dans le présent contexte, une telle analyse est impossible, et pas seulement à cause du manque de données. Le fait est que le choix d'acheter des produits en fonte plutôt que d'autres ne dépend pas seulement des prix; comme on l'a vu précédemment, d'autres considérations importantes influent sur cette décision. La preuve de M. Zorko et d'autres témoins nous amène à conclure que, pour certaines applications, par exemple la tuyauterie des gaines verticales, les matériaux incombustibles—ce qui veut dire la fonte en pratique—restent les seuls autorisés. Pour certaines autres applications, où les considérations de sûreté et d'incombustibilité sont d'une extrême importance (du fait de l'usage, de l'occupation et de la hauteur du bâtiment), l'utilisation de matériaux autres que les métaux est soumise à des restrictions. Par exemple, il peut être obligatoire d'installer un réseau de gicleurs, ou des coupe-feu là où les tuyaux traversent des séparations coupe-feu. La défenderesse a essayé de convaincre le Tribunal que cette situation était en train de changer et que les matières plastiques en particulier créaient une véritable concurrence. Or, vu la preuve, le Tribunal constate que, pour certaines applications, il n'existe pas de substitut économique à la fonte. [Non souligné dans l'original.]

[21] De son examen de la preuve indirecte, le Tribunal tire les conclusions suivantes sur le marché de produit et les marchés géographiques (au paragraphe 112 de l'exposé de ses motifs) :

La preuve révèle un marché en évolution du fait de l'importance croissante des matières plastiques dans l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation. Les données présentées par M. Ware sur la progression des matières plastiques aux dépens de la fonte aux États-Unis ne nous aident guère dans l'étude du contexte canadien, étant donné l'effet de la réglementation canadienne sur le choix des matériaux et l'absence d'éléments statistiques qui établiraient l'existence d'une tendance semblable au Canada. Cependant, d'après la preuve produite, les matières plastiques semblent présenter un certain nombre d'avantages dans le bâtiment et paraissent y être de plus en plus utilisées. Le Tribunal estime néanmoins que la fonte joue encore un rôle particulier dans l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation et qu'elle est traitée comme un marché distinct par les distributeurs et les entrepreneurs. Chose plus importante, Bibby la traite elle-même différemment dans ses politiques de commercialisation et de prix. En conséquence, le Tribunal conclut que le marché de produit est le marché des produits d'évacuation et de ventilation en fonte, à l'intérieur duquel

the Prairies, Ontario, Quebec and the Maritimes. [Emphasis is mine.]

[22] The Tribunal was therefore of the view (paragraph 112 of the reasons and order) that cast iron still played a distinct role in the DWV industry and was treated as a separate market by distributors and contractors, and by Canada Pipe itself. It found that the product market was the cast iron DWV product market, within which three distinct markets were identified: cast iron pipe, fittings and MJ couplings. Moreover, because of the significant price variations in cast iron DWV products, from region to region, the Tribunal found there were six distinct geographic markets: British Columbia, Alberta, the Prairies, Ontario, Quebec and the Maritimes.

MARKET POWER—ANALYSIS OF THE LAW AND THE EVIDENCE

[23] The Tribunal then addressed the issue of market power. Its analysis in this regard was divided into two sections, titled “Direct approach” and “Indirect approach”. The Tribunal explained the distinction between the two approaches as follows (at paragraph 122):

Market power is defined as the ability to set prices above competitive levels for a considerable period. The direct approach involves showing that prices are indeed above the competitive level. In *Tele-Direct*, for example, the Tribunal found that the very large accounting profits were a direct indication of market power. However, as was the case in *Laidlaw, Nielsen and NutraSweet*, this approach is not always feasible. If a market is monopolized or not perfectly competitive because of a trade restraint imposed by a major supplier, it may be difficult to determine what would be the relevant competitive benchmark. In such a case, an indirect approach can be taken, which will consider such indicia as market share, barriers to entry and customer countervailing

trois marchés distincts peuvent être définis, soit ceux des tuyaux en fonte, des raccords en fonte et des joints mécaniques. Étant donné les différences notables de prix des produits d'évacuation et de ventilation en fonte d'une région à l'autre, nous concluons qu'il existe six marchés géographiques distincts : la Colombie-Britannique, l'Alberta, les Prairies, l'Ontario, le Québec et les Maritimes. [Non souligné dans l'original.]

[22] Le Tribunal estimait donc (comme il l'écrivait au paragraphe 112 de l'exposé de ses motifs) que la fonte jouait encore un rôle particulier dans l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation et qu'elle était traitée comme un marché distinct par les distributeurs et les entrepreneurs, ainsi que par Tuyauteries Canada elle-même. Il a conclu que le marché de produit était le marché des produits d'évacuation et de ventilation en fonte, à l'intérieur duquel trois marchés distincts pouvaient être définis, soit ceux des tuyaux en fonte, des raccords en fonte et des joints mécaniques. Le Tribunal a en outre conclu que, étant donné les différences notables de prix des produits d'évacuation et de ventilation en fonte d'une région à l'autre, il existait six marchés géographiques distincts : la Colombie-Britannique, l'Alberta, les Prairies, l'Ontario, le Québec et les Maritimes.

LA PUISSANCE COMMERCIALE—ANALYSE DU DROIT ET DE LA PREUVE

[23] Le Tribunal s'attaque ensuite à la question de la puissance commerciale. Son analyse de cette question est divisée en deux sections, respectivement intitulées « L'approche directe » et « L'approche indirecte ». Le Tribunal explique dans les termes suivants la distinction entre ces deux approches (au paragraphe 122) :

La puissance commerciale est la capacité à fixer des prix supraconcurrentiels et à les maintenir sur une longue période. L'approche directe consiste à établir que les prix sont effectivement supérieurs au niveau concurrentiel. Dans *Télé-Direct*, par exemple, le Tribunal a conclu que le caractère très élevé des bénéfices comptables était une indication directe de puissance commerciale. Cependant, cette approche n'est pas toujours possible, comme le montrent les décisions *Laidlaw, Nielsen et NutraSweet*. Si le marché est monopolisé, ou si la concurrence y est imparfaite, à cause d'une restriction au commerce imputable à un fournisseur important, il peut se révéler difficile d'établir un niveau concurrentiel de référence qui soit pertinent. Dans un tel cas, on peut adopter une

power. [Emphasis is mine.]

[24] Later in its decision, the Tribunal explained the principles underpinning the indirect approach (at paragraphs 138 and 139):

As stated in *Laidlaw* and *Nielsen*, a large market share leads to a *prima facie* conclusion that the firm likely has market power. In order to establish market power, this conclusion must be supported by other findings on issues such as the existence of barriers to entry, the number of other competitors, excess capacity and the state of the market. Where barriers to entry are non-existent, even a very large market share will not support a finding of market power. In the case of cast iron DWV products, it would appear that the following barriers to entry should be considered: sunk costs, cost of entry, incumbent advantage and the Stocking Distributor Program.

The Tribunal must also review evidence of actual entry into the market, which would serve to negate the presence of barriers. Entry, of course, must be both effective and viable to be significant. In addition, the Tribunal must consider customer countervailing power and the state of the market. [Emphasis is mine.]

[25] It is apparent that the Tribunal correctly identified and articulated the principles applicable to the determination concerning market power, including both the direct and indirect approaches to this issue. The above-quoted passages show that the Tribunal properly understood the analytic purpose and role of the different types of direct and indirect evidence adduced with respect to the issue of market power.

[26] The Tribunal summarized the direct and indirect evidence adduced by the Commissioner on the issue of the market power (paragraphs 114 to 117 of the reasons and order) in the following manner:

The Commissioner's case for market power relies heavily on Dr. Ross's analysis of the direct evidence—i.e. evidence

approche indirecte, c'est-à-dire prendre en considération des indices tels que la part de marché, les obstacles à l'entrée et le pouvoir compensateur des consommateurs. [Non souligné dans l'original.]

[24] Plus loin dans sa décision, le Tribunal expose les principes qui sous-tendent l'approche indirecte (aux paragraphes 138 et 139) :

Selon les décisions *Laidlaw* et *Nielsen*, l'existence d'une part de marché importante mène à la conclusion *prima facie* que l'entreprise considérée dispose vraisemblablement d'une puissance commerciale. Si l'on veut établir l'existence d'une puissance commerciale, cette conclusion doit être étayée par d'autres constatations touchant par exemple la présence d'obstacles à l'entrée, le nombre des concurrents, la capacité excédentaire et l'état du marché. Dans les cas où il n'y a pas d'obstacles à l'entrée, même une part de marché considérable n'étayera pas l'existence d'une puissance commerciale. Dans le cas des produits d'évacuation et de ventilation en fonte, il semble qu'il faille tenir compte des obstacles suivants à l'entrée : les coûts irrécupérables, les coûts d'entrée, l'avantage de l'entreprise en place et le programme des distributeurs stockistes.

Le Tribunal doit aussi examiner les éléments de preuve attestant l'entrée effective d'entreprises sur le marché, qui tendraient à infirmer la présence d'obstacles. L'entrée doit évidemment être à la fois efficace et viable pour pouvoir être prise en considération. En outre, le Tribunal doit tenir compte du pouvoir compensateur des consommateurs et de l'état du marché. [Non souligné dans l'original.]

[25] Le Tribunal a manifestement défini et formulé de manière juste les principes applicables à la décision relative à la puissance commerciale, dans le cadre des approches directe aussi bien qu'indirecte. Les passages cités ci-dessus montrent que le Tribunal a bien compris l'objet et le rôle respectifs, pour les besoins de l'analyse, des divers types d'éléments de preuve directe et indirecte produits à l'égard de la question de la puissance commerciale.

[26] Le Tribunal résume dans les termes suivants (aux paragraphes 114 à 117 de l'exposé de ses motifs) les éléments de preuve directe et indirecte produits par la commissaire touchant la question de la puissance commerciale :

L'argumentation de la commissaire sur la puissance commerciale repose pour beaucoup sur l'analyse proposée par

that Bibby has the ability to raise and maintain prices above competitive levels for a significant period of time. Dr. Ross never defines what the competitive price levels would be; rather, he postulates that the direct information on prices and margins leads to the conclusion that Bibby's prices are supra-competitive. More specifically, Dr. Ross relies on three elements of direct evidence to conclude that Bibby has market power in the relevant markets: 1) high profit margins; 2) prices well above the landed prices of imports; and 3) Bibby's capacity to set prices, as shown by the high prices where no competition exists (Quebec and the Maritimes) and its capacity to lower its prices dramatically in the face of competition. (Expert Report of Dr. Ross at paragraph 31.)

There are as well, according to Dr. Ross, indirect indicators of Bibby's market power: Bibby's considerable market share and little or no sustained and successful entry for the last several years. His conclusions on this last point are summarized as follows:

While imports have made inroads periodically, they have been met by aggressive responses from Bibby, and Bibby's market share remains very high. Similarly, Vandem has been trying to establish itself as a largely domestic competitor, but has had considerable difficulty. (Expert Report of Dr. Ross at paragraph 32.)

Dr. Ross is of the view that there are several barriers to entry. First, he states that it would be difficult to establish a new foundry, or adapt a current foundry to produce cast iron DWV pipe and fittings. Secondly, since there is excess capacity in the industry, the industry may not be likely to attract new investment. Adapting an existing foundry to produce DWV cast iron products could represent risky sunk costs. Given the fact that Bibby itself holds much of the excess capacity, it could use or threaten to use this capacity to produce large quantities to be sold at low prices. (Expert Report of Dr. Ross at paragraph 68.) In addition, although not a barrier *per se*, both parties agree that the cast iron DWV industry is a mature industry, not one in which one can expect great growth or innovation.

M. Ross de la preuve directe, c'est-à-dire des éléments tendant à établir que Bibby est capable de hausser les prix au-dessus des niveaux concurrentiels et de les y maintenir durablement. M. Ross ne définit jamais les niveaux de prix concurrentiels; il postule plutôt que les éléments de preuve directe relatifs aux prix et aux marges mènent à la conclusion que les prix de Bibby sont supraconcurrentiels. Plus précisément, M. Ross invoque trois éléments de preuve directe pour conclure que Bibby dispose de puissance commerciale sur les marchés pertinents : 1) des marges bénéficiaires considérables; 2) des prix nettement supérieurs aux prix débarqués des importations; et 3) la capacité de Bibby à fixer les prix, comme l'attestent les prix élevés qu'elle demande là où elle n'a pas de concurrence (au Québec et dans les Maritimes) et son aptitude à diminuer ses prix dans une mesure spectaculaire en réaction à la concurrence. (Rapport d'expert de M. Ross, au paragraphe 31.)

Il y a aussi, selon M. Ross, des indicateurs indirects de la puissance commerciale de Bibby : la part considérable du marché qu'elle détient et le fait qu'on n'y ait pas vu, ou guère vu, ces dernières années de nouveaux venus au succès durable. Il résume dans les termes suivants ses conclusions sur ce dernier point :

[TRADUCTION] S'il est vrai que les importations ont périodiquement pris pied sur le marché, Bibby y a réagi par des stratégies offensives et sa part du marché reste très grande. De même, Vandem a essayé de s'imposer comme fournisseur concurrent de produits d'origine principalement nationale, mais a rencontré dans cet effort des difficultés considérables. (Rapport d'expert de M. Ross, au paragraphe 32.)

M. Ross voit plusieurs obstacles à l'entrée de concurrents. Premièrement, fait-il valoir, il serait difficile d'établir une nouvelle fonderie, ou de modifier l'équipement d'une fonderie existante, pour produire des tuyaux et des raccords de tuyaux d'évacuation et de ventilation en fonte. Deuxièmement, du fait de son excédent de capacité, l'industrie semble peu susceptible d'attirer de nouveaux investissements. Le réoutillage d'une fonderie existante en vue de fabriquer des produits d'évacuation et de ventilation en fonte pourrait entraîner des coûts irrécupérables risqués. Comme Bibby elle-même détient une grande part de la capacité excédentaire, elle pourrait l'utiliser, ou menacer de l'utiliser, pour fabriquer de grandes quantités de produits à vendre à bas prix. (Rapport d'expert de M. Ross, au paragraphe 68.) En outre, même s'il ne s'agit pas là d'un obstacle à l'entrée en soi, les deux parties sont d'accord pour dire que l'industrie des produits d'évacuation et de ventilation en fonte est un secteur mûr, où l'on ne peut s'attendre à une croissance considérable ou à beaucoup d'innovation.

Thirdly, Dr. Ross maintains that imports face barriers of their own. Bibby is a well-established manufacturer, offering complete lines of products. Imported product lines may be less complete, and buyers may be wary of their quality and of the warranties attached. Fourthly, Bibby's vigorous response to entry by imports and by Vandem may have had a chilling effect on potential entrants. Finally, and most importantly, the SDP program is itself a barrier to entry: entrants, whether importers or manufacturers, have difficulty having access to the distributors, already tied into Bibby's loyalty program. [Emphasis is mine.]

[27] The Tribunal then considered the direct and the indirect evidence concerning market power that was adduced before it, as the following summary and extracts demonstrate.

[28] The direct evidence related to Dr. Ross' submission in three main areas: high margins, prices substantially above import prices, and high prices absent competition with the corollary of being able to significantly lower prices where competition occurred.

[29] With regard to high margins, the Tribunal stated (at paragraph 124):

When studied closely, Dr. Ross's [sic] presentation on high margins appears somewhat strained. The margins are based on cost of production (fittings and pipe) and do not include MJ couplings (which Bibby imports). In addition, the analysis is centred on margins, not profits. Dr. Ross cautions that marginal costs do not necessarily give us an exact idea of Bibby's profits, because the costs are extrapolated from Bibby data without complete information on how those costs were established. We have no information on whether the costs include only variable costs, or also fixed costs. (Expert Report of Dr. Ross at paragraph 17 and footnote 6.) However, the Tribunal is prepared to accept Dr. Ross' calculations of production costs and variable costs, from which he derives gross profit margins and contribution margins. (Expert Report of Dr. Ross at Appendix 3, p. 6.) We note that the marginal costs are only based on the cost of production of pipe and fittings; they therefore exclude MJ couplings, which Bibby does not manufacture but imports from a sister company. [Emphasis is mine.]

Troisièmement, toujours selon M. Ross, les importations font face à un obstacle qui leur est propre. Bibby est un fabricant solidement établi, qui offre des lignes complètes de produits. Les lignes importées peuvent ne pas être complètes, et les acheteurs risquent de se méfier de leur qualité et des garanties qui les accompagnent. Quatrièmement, la vigoureuse réaction de Bibby à l'entrée des importateurs et de Vandem pourrait avoir eu un effet paralysant sur les entreprises susceptibles de s'établir sur le marché. Enfin, et c'est là le plus important, le PDS est lui-même un obstacle à l'entrée : les nouveaux venus, qu'ils soient importateurs ou fabricants, ont du mal à trouver accès aux distributeurs, déjà liés par ce programme de fidélisation de Bibby. [Non souligné dans l'original.]

[27] Le Tribunal a ensuite examiné les éléments de preuve directe et indirecte produits devant lui au sujet de la puissance commerciale, comme le montrent le résumé et les citations qui suivent.

[28] La preuve directe se rapportait à l'exposé de M. Ross à l'égard de trois points principaux : le niveau élevé des marges; le fait que les prix de l'intimée étaient sensiblement supérieurs à ceux des importations; et le niveau élevé des prix en l'absence de concurrence, avec pour corollaire la capacité à les baisser notablement dans les cas où la concurrence était présente.

[29] Le Tribunal formule les observations suivantes à propos du niveau élevé des marges (au paragraphe 124) :

Si on l'étudie de près, l'exposé de M. Ross sur le niveau élevé des marges paraît un peu forcé. Les marges sont fondées sur le coût de production (des tuyaux et des raccords) et ne comprennent pas les joints mécaniques (que Bibby importe). En outre, l'analyse est centrée sur les marges, et non les bénéfices. M. Ross prévient le lecteur que les coûts marginaux ne donnent pas nécessairement une idée exacte des bénéfices de Bibby, étant donné que ces coûts sont obtenus par extrapolation à partir de données communiquées par cette entreprise sans qu'on dispose d'information complète sur la manière dont ils ont été établis. Nous ne savons pas si les coûts en question sont seulement les coûts variables ou s'ils comprennent aussi les coûts fixes. (Rapport d'expert de M. Ross, au paragraphe 17 et à la note 6.) Néanmoins, le Tribunal est disposé à accepter les calculs que propose M. Ross des coûts de production et des coûts variables, dont il tire des marges bénéficiaires brutes et des marges sur coûts variables. (Rapport d'expert de M. Ross, à la page 6 de l'annexe 3.) Nous notons que les coûts marginaux ne sont fondés que sur

[30] The Tribunal was apparently very critical of Dr. Ross' analysis, as also shown in paragraphs 127, 131 and 135, but nevertheless noted at paragraph 137 that Canada Pipe had offered no evidence to rebut the Commissioner's assertions of high margins.

[31] Turning to the indirect evidence of market power, the Tribunal first considered Canada Pipe's market share. It stated (at paragraph 140 of the reasons and order):

The concentration of the market in Bibby's hands, through the various buy-outs, consolidations and marketing arrangements with American sister companies, has given Bibby an overwhelming share of the market. Evidence shows that Bibby controls between 80 and 90% of the market in cast iron DWV products. Market share can be a significant indicator of market power, absent evidence of ease of entry for competitors (Tele-Direct). What needs to be considered, therefore, is whether the barriers to entry or other factors preclude other competitors from entering the market. [Emphasis is mine.]

[32] The Tribunal considered under the heading of "Barriers to Entry": sunk costs, cost of entry, incumbent advantage, stock distributor program, and actual entry. Under the heading "Other Factors", it considered countervailing power and the state of the market.

[33] Sunk costs were defined by the Tribunal as costs that cannot be recovered if investment is made to enter the market and that attempt fails. While sunk costs could be a significant barrier to entry, the Tribunal did not find them significant considering the paucity of explanation given by the Commissioner on the question (paragraph 141 of the reasons and order).

le coût de production des tuyaux et des raccords; en sont par conséquent exclus les joints mécaniques, que Bibby ne fabrique pas, mais importe d'une société sœur. [Non souligné dans l'original.]

[30] Le Tribunal avait apparemment de sérieuses réserves à propos de l'analyse de M. Ross, comme le montrent aussi les paragraphes 127, 131 et 135, mais il a néanmoins noté au paragraphe 137 que Tuyauteries Canada n'avait pas produit d'éléments de preuve pour réfuter les allégations de la commissaire lui attribuant des marges élevées.

[31] Abordant ensuite la preuve indirecte de la puissance commerciale, le Tribunal examine d'abord la part de marché de Tuyauteries Canada. Il écrit à ce sujet au paragraphe 140 de l'exposé de ses motifs :

La concentration du marché entre ses mains, obtenue au moyen de prises de contrôle, de fusions et d'accords de commercialisation avec des sociétés sœurs américaines, a donné à Bibby une part écrasante du marché. La preuve montre en effet que Bibby contrôle de 80 à 90 pour 100 du marché des produits d'évacuation et de ventilation en fonte. La part de marché peut constituer un indice révélateur de puissance commerciale en l'absence d'éléments tendant à établir la facilité d'entrée sur le marché pour d'autres entreprises (Télé-Direct). Il faut donc maintenant se demander si des obstacles à l'entrée ou d'autres facteurs empêchent d'autres entreprises de faire concurrence à Bibby. [Non souligné dans l'original.]

[32] Le Tribunal examine sous le titre « Les obstacles à l'entrée » les éléments suivants : les coûts irrécupérables, le coût de l'entrée, l'avantage de l'entreprise en place, le programme des distributeurs stockistes et l'entrée effective. Sous le titre « Autres facteurs », il étudie ensuite le pouvoir compensateur des consommateurs et l'état du marché.

[33] Le Tribunal définit les coûts irrécupérables comme étant les coûts que ne peut recouvrer en cas d'échec l'entreprise qui investit pour s'établir sur le marché. Il conclut que si ce facteur peut s'avérer un obstacle important à l'entrée, il ne convient pas de lui accorder de poids en l'espèce, étant donné l'insuffisance des explications données par la commissaire sur cette question (paragraphe 141 de l'exposé des motifs du Tribunal.)

[34] The cost of entry, wrote the Tribunal, involved either refitting an existing foundry or buying imported goods. The Tribunal estimated that the viability of the current importers did not seem threatened and imports were steadily on the rise (paragraphs 142 and 143 of the reasons and order).

[35] On the topic of the incumbent advantage, the Tribunal noted that Canada Pipe was a well-known and well-established manufacturer and that a new entrant would probably have difficulty competing with the quality and quantity of products Canada Pipe was able to offer. No other supplier, it said, had a strong national presence (paragraph 144 of the reasons and order).

[36] With regard to the factor of the Stocking Distributor Program, the Tribunal was satisfied that it had an impact in the market. There was, however, no direct evidence that would support the conclusion that it was a barrier to entry (paragraph 149 of the reasons and order).

[37] With respect to the factor of actual entry, the Tribunal came to the conclusion that successful entry was possible—but limited, considering that Canada Pipe maintained a considerable market share (paragraph 156 of the reasons and order).

[38] The Tribunal was of the view that distributors had little countervailing power, considering that Canada Pipe had maintained its SDP since 1998 (paragraph 159 of the reasons and order).

[39] The Tribunal accepted that the market was mature, i.e., it was a market with little real growth potential. This factor could therefore discourage more active entry (paragraph 160 of the reasons and order).

[40] Ultimately, the Tribunal accepted Dr. Ross' analysis that the direct and indirect evidence together established that Canada Pipe could and did exercise market power in the relevant markets (paragraph 161 of the reasons and order). This conclusion of the Tribunal

[34] Le coût de l'entrée, fait observer le Tribunal, est lié soit au réoutillage d'une fonderie existante, soit à l'achat de produits importés. La viabilité des importateurs actuels ne lui paraît pas menacée, et il constate une progression régulière des importations (paragraphes 142 et 143 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[35] À propos de l'avantage de l'entreprise en place, le Tribunal fait remarquer que Tuyauteries Canada est un fabricant réputé et solidement établi, et qu'un nouveau venu aurait probablement du mal à rivaliser avec la qualité et la quantité que cette entreprise est capable d'offrir. Aucun autre fournisseur, ajoute-t-il, ne peut se targuer d'une solide présence nationale (paragraphe 144 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[36] En ce qui a trait au programme des distributeurs stockistes, le Tribunal se déclare convaincu qu'il a eu une incidence sur le marché, mais constate l'absence de preuve directe qui étayerait la conclusion que ce programme soit un obstacle à l'entrée (paragraphe 149 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[37] Touchant l'entrée effective, le Tribunal arrive à la conclusion qu'il est possible d'entrer sur le marché et d'y réussir, mais aussi que l'entrée y est limitée, comme le montre la part considérable de ce marché que conserve Tuyauteries Canada (paragraphe 156 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[38] Le Tribunal exprime l'opinion que les distributeurs ne disposent que d'un faible pouvoir compensateur, étant donné que Tuyauteries Canada maintient son PDS depuis 1998 (paragraphe 159 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[39] Le Tribunal souscrit à la thèse de la maturité du marché, c'est-à-dire à l'idée que celui-ci n'offre guère de possibilités de croissance réelle, facteur qui est susceptible de désinciter à des efforts vigoureux d'entrée (paragraphe 160 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[40] En fin de compte, le Tribunal accepte la thèse de M. Ross que, considérées ensemble, la preuve directe et la preuve indirecte établissent que Tuyauteries Canada peut exercer, et exerce effectivement, une puissance commerciale sur les marchés pertinents (paragraphe 161

will be considered in more detail further below.

THE STANDARD OF REVIEW AND ITS APPLICATION

[41] I agree with Pelletier J.A. that to be successful on the cross-appeal, Canada Pipe must demonstrate that the Tribunal acted unreasonably, considering that product market and market power raise issues of mixed fact and law. As examined in detail above, the Tribunal articulated the correct legal tests in the course of its *determinations concerning product market and market power*. The Supreme Court's conclusion in *Southam* therefore applies with equal force in this case: "if the Tribunal erred, it was in applying the law to the facts; and that is a matter of mixed law and fact" (paragraph 44).

[42] The nature of the question is an important factor in determining the standard of review according to the pragmatic and functional approach. In general, all else being equal, a question of mixed fact and law attracts the reasonableness standard of review. However, the jurisprudence has recognized the existence of different types of questions of mixed fact and law: as McLachlin C.J. explained in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 S.C.R. 226, a question of mixed fact and law "will call for more deference if the question is fact-intensive, and less deference if it is law-intensive" (paragraph 34). In *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, [2003] 1 S.C.R. 247, the Court applied this analysis, observing that the question of mixed fact and law at issue in that case contained fact-intensive elements which did "not involve easily extracted and discretely framed questions of law" (paragraph 41).

[43] The issues raised in the case at bar contain fact-intensive elements which do not involve easily extracted and discretely framed questions of law.

de l'exposé des motifs du Tribunal). Cette conclusion du Tribunal fera ci-dessous l'objet d'un examen plus détaillé.

LA NORME DE CONTRÔLE ET SON APPLICATION

[41] Je pense comme le juge Pelletier que, pour voir accueillir son appel incident, Tuyauteries Canada doit établir que le Tribunal a rendu une décision déraisonnable, étant donné que le marché de produit et la puissance commerciale soulèvent des questions mixtes de droit et de fait. Comme nous l'avons vu en *détail plus haut*, le Tribunal a formulé les critères juridiques appropriés pour arriver à ses conclusions sur le marché de produit et la puissance commerciale. La conclusion à laquelle se trouve amenée la Cour suprême dans *Southam* s'applique donc tout autant à la présente espèce : « si le Tribunal a commis une erreur c'est en appliquant le droit aux faits; ce qui est une question de droit et de fait » (au paragraphe 44).

[42] La nature de la question est un facteur important dans l'établissement de la norme de contrôle suivant l'approche pragmatique et fonctionnelle. En général, toutes choses égales d'ailleurs, c'est la norme de la décision raisonnable qu'il convient d'appliquer à une question mixte de droit et de fait. Cependant, la jurisprudence reconnaît l'existence de différents types de questions mixtes de droit et de fait; comme l'expliquait la juge en chef McLachlin au paragraphe 34 de *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, [2003] 1 R.C.S. 226, « sur les questions mixtes de fait et de droit, ce facteur appelle une déférence plus grande si la question est principalement factuelle, et moins grande si elle est principalement de droit ». La Cour suprême a appliqué cette analyse dans *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, [2003] 1 R.C.S. 247, faisant observer (au paragraphe 41) que la question mixte de droit et de fait qui se posait dans cette affaire comprenait des éléments *fortement factuels* qui ne « comport[aient] pas de questions de droit faciles à cerner et à formuler distinctement ».

[43] Les points que soulève la présente espèce comprennent des éléments *fortement factuels* qui ne comportent pas de questions de droit faciles à cerner et à formuler distinctement.

[44] I agree with Pelletier J.A. that the analysis of the categories or factors referred to in the Guidelines as indirect evidence for the determination of product market (namely the views, strategies, behaviour and identity of buyers; trade views, strategies and behaviours; end use; physical and technical characteristics; and price relationships and relative price levels) is a matter of weighing evidence. It therefore falls within the province of the Tribunal. Consequently, unless the Tribunal's conclusion is unreasonable, it is of no concern to this Court. Substitutability is always a question of degree (*The Queen v. S.J. Mills & Sons Ltd. et al.*, [1968] Ex.C. R. 275, cited with approval in *Canada (Director of Investigation and Reserach) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748). Since the Tribunal considered the appropriate elements and arrived at a reasonable conclusion, its finding on product market is therefore immune from judicial intervention.

[45] I do not share Pelletier J.A.'s view, however, that the Tribunal's findings on market power in four of the six geographic markets, namely British Columbia, Alberta, the Prairies and Ontario, are flawed and warrant the intervention of this Court.

[46] My analysis with respect to the Tribunal's determination on market power is the following.

[47] As stated earlier, the Tribunal was highly critical of Dr. Ross' analysis of the direct evidence of market power, as evidenced in paras 124 to 137 of the reasons and order, and of Canada Pipe's lack of response on the topic (paragraph 137 of the reasons and order).

[48] The Tribunal, with hesitation, I would say, accepted Dr. Ross' calculations of production costs and variable costs from which he derived gross profit margins and contribution margins. However, the Tribunal noted (at paragraph 124 of the reasons and

[44] Je suis d'accord avec le juge Pelletier pour dire que l'analyse des catégories ou facteurs énumérés dans les Lignes directrices au chapitre de la preuve indirecte pour la définition du marché de produit (soit : les opinions, les stratégies, le comportement et l'identité des acheteurs; les opinions, les stratégies et le comportement des intervenants du milieu commercial; l'utilisation finale; les caractéristiques physiques et techniques; et les liens entre les prix et les niveaux de prix relatifs) relève de l'appréciation de la preuve et ressortit donc au Tribunal. Par conséquent, notre Cour n'a pas à remettre en cause la conclusion du Tribunal à moins qu'elle ne soit déraisonnable. La substituabilité est toujours une question de degré : *The Queen v. J.W. Mills & Sons Ltd. Et al.*, [1968] R.C.É. 275, citée avec approbation dans *Caada (Directeur des enquêtes et recherches Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748. Comme le Tribunal, relativement au marché de produit, a pris en considération les éléments qu'il fallait et est arrivé à une conclusion raisonnable, cette conclusion n'est pas susceptible de révision judiciaire.

[45] Je ne partage cependant pas l'opinion du juge Pelletier selon laquelle les conclusions du Tribunal sur la puissance commerciale à l'égard de quatre des six marchés géographiques—soit la Colombie-Britannique, l'Alberta, les Prairies et l'Ontario—seraient défectueuses et justifieraient l'intervention de notre Cour.

[46] Mon analyse des conclusions du Tribunal sur la puissance commerciale est la suivante.

[47] Comme nous l'avons vu plus haut, le Tribunal émet de sérieuses réserves sur l'analyse proposée par M. Ross de la preuve directe relative à la puissance commerciale, ainsi que le montrent les paragraphes 124 à 137 de l'exposé de ses motifs, tout comme il s'explique mal que Tuyauteries Canada n'essaie pas de réfuter la thèse de la commissaire sur ce point (paragraphe 137 du même exposé).

[48] Le Tribunal—non sans hésitation—a accepté les calculs des coûts de production et des coûts variables proposés par M. Ross, dont ce dernier a tiré les marges bénéficiaires brutes et les marges sur coûts variables. Cependant, le Tribunal note au paragraphe 124 de

order) that the marginal costs were only based on the cost of production of pipe and fittings: they therefore excluded MJ couplings which Canada Pipe did not manufacture but imported from its sister company. The Tribunal indicated that Dr. Ware, for Canada Pipe, cast some doubt on Dr. Ross' calculations.

[49] The Tribunal concluded, at paragraph 136 and 137 of the reasons and order:

Notwithstanding the statistical debate between the two experts, the fact remains that prices in the West are significantly lower than prices in the East, and the obvious explanation, confirmed by witnesses appearing before the Tribunal, is the presence of imports. Prices for Bibby products are lower in British Columbia than in Quebec, yet the products are manufactured in Quebec, and the cost of transport has to be added to the cost of production for items sold in British Columbia. The Tribunal is therefore satisfied, from consideration of the price differentials, particularly in British Columbia and Alberta, that imports have had an impact on prices of cast iron DWV products. Similarly, the Tribunal is satisfied that Vandem's entry in Ontario has exerted downward pressure on the prices in that province. No such movement is noted in Quebec and the Maritimes.

It is somewhat puzzling that Bibby offers no evidence to rebut the Commissioner's assertions of high margins. Dr. Ware and counsel for the Respondent certainly have shown the frailties of the Commissioner's position, but the Tribunal notes that no cost calculations are provided in response. It would have been within Bibby's power to present the true profitability of pipe and fittings sales. No such evidence is before us. We are left with Bibby's hefty margins and its significant ability to vary prices across the regions. [Emphasis is mine.]

[50] The Tribunal bolstered the conclusions derived from the direct evidence with a careful analysis of the elements contained in the indirect approach, stressing the positive elements and the drawbacks. The Tribunal then concluded (at paragraph 161):

The Tribunal is of the view that Bibby can and does exercise market control in the three product markets and the six geographic regions. The evidence provided by the direct approach was incomplete, since the high margins dealt only with two of the three products. For those two products, the Tribunal finds that Bibby is pricing above marginal cost. For

l'exposé de ses motifs que les coûts marginaux ne sont fondés que sur le coût de production des tuyaux et des raccords, de sorte qu'en sont exclus les joints mécaniques, que Tuyauteries Canada ne fabrique pas, mais importe de sa société sœur. Il ajoute que M. Ware, l'expert de Tuyauteries Canada, a émis des doutes sur les calculs de M. Ross.

[49] Le Tribunal conclut dans les termes suivants aux paragraphes 136 et 137 de l'exposé de ses motifs :

Malgré le débat statistique entre les deux experts, il reste que les prix sont notablement plus bas dans l'Ouest que dans l'Est et que la raison évidente, confirmée par les témoins qui ont comparu devant le Tribunal, en est la présence d'importations. Les prix des produits de Bibby sont plus bas en Colombie-Britannique qu'au Québec: pourtant, ils sont fabriqués au Québec, et le coût du transport doit être ajouté au coût de production des articles vendus en Colombie-Britannique. L'examen des différences de prix, en particulier en Colombie-Britannique et en Alberta, convainc par conséquent le Tribunal que les importations ont influé sur les prix des produits d'évacuation et de ventilation en fonte. De même, le Tribunal est amené à conclure que l'entrée de Vandem en Ontario a exercé une pression à la baisse sur les prix dans cette province. On ne constate en effet aucune variation de cette nature au Québec ou dans les Maritimes.

On s'explique mal que Bibby n'ait pas produit d'éléments de preuve pour réfuter les conclusions de la commissaire touchant le niveau élevé des marges. M. Ware et l'avocat de la défenderesse ont certes attiré l'attention sur les points faibles de la position de la commissaire, mais ils n'ont pas produit de calculs des coûts en réponse. Or, il aurait été possible pour Bibby de faire état de la rentabilité réelle de ses ventes de tuyaux et de raccords. Ne disposant d'aucun élément de preuve de cet ordre, le Tribunal ne peut que constater les marges considérables de Bibby et son aptitude marquée à faire varier ses prix d'une région à l'autre. [Non souligné dans l'original.]

[50] Le Tribunal étaye les conclusions tirées de la preuve directe par une analyse rigoureuse des éléments de l'approche indirecte, relevant à cet égard aussi bien les aspects positifs que les lacunes. Il formule ensuite la conclusion suivante (au paragraphe 161) :

Le Tribunal estime que Bibby peut exercer, et exerce effectivement, un contrôle sur les trois marchés de produit et les six marchés géographiques. La preuve découlant de l'approche directe était incomplète, puisque le niveau élevé des marges ne concernait que deux des trois produits considérés. Pour ces deux produits, le Tribunal conclut que

all three products, Bibby's ability to lower prices indicates supra-competitive pricing. With regards to the indirect approach, the Tribunal finds that on balance the evidence indicates that Bibby has market power. The evidence on barriers to entry is not entirely conclusive. However, Bibby's large market share, its range of products and national presence, the limited penetration of competitors and the fact that this market offers only limited growth potential are sufficient to establish that Bibby does control a substantial part of the cast iron DWV products market. [Emphasis is mine.]

[51] Considering the evidence, with all its flaws, left uncontradicted by Canada Pipe, it was open to the Tribunal to conclude on the direct approach that Canada Pipe was pricing pipe and fittings with "hefty margins" (paragraph 137 of the reasons and order), and that for pipe, fittings and MJ couplings, Canada Pipe had a "significant ability to vary prices across the regions" (paragraph 137 of the reasons and order). This indicated supra-competitive pricing. On the indirect approach, it was open to the Tribunal, on the balance of the evidence, to conclude that Canada Pipe had market power.

CONCLUSION

[52] The Tribunal correctly interpreted and applied the law with respect to paragraph 79(1)(a) throughout in its reasons. Market power is not an easy concept to handle. In *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at paragraph 101, the Supreme Court of Canada noted that with regard to paragraph 79(1)(a) of the Act (formerly section 51 [*Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 51 (as enacted by S.C. 1986, c. 26, s. 47)]), alleged holders of a dominant position must be shown to "substantially or completely control, throughout Canada or any other area thereof, a class or species of business". Gonthier J. for the Court added "The required degree of market power under s. 51 of the Act comprises 'control', and not simply the ability to behave independently of the

Bibby fixe des prix supérieurs aux coûts marginaux. Pour l'ensemble des trois produits, la capacité de Bibby à baisser ses prix atteste la fixation de prix supraconcurrentiels. En ce qui a trait à l'approche indirecte, le Tribunal conclut que la preuve, considérée dans son ensemble, indique que Bibby dispose d'une puissance commerciale. La preuve relative aux obstacles à l'entrée n'est pas entièrement concluante. Cependant, la part de marché considérable que Bibby détient, l'éventail de ses produits, sa présence nationale, le caractère restreint de la pénétration de ses concurrents et le fait que le marché en question ne présente que des possibilités limitées de croissance suffisent à établir que Bibby contrôle effectivement une part substantielle du marché des produits d'évacuation et de ventilation en fonte. [Non souligné dans l'original.]

[51] Vu la preuve, que, malgré ses défauts, Tuyauteries Canada n'avait pas essayé de réfuter, il était loisible au Tribunal de conclure, dans le cadre de l'approche directe, que cette entreprise fixait les prix de ses tuyaux et de ses raccords en se réservant des « marges considérables » (paragraphe 137) et que, pour ce qui concerne les tuyaux, les raccords et les joints mécaniques, elle présentait une « aptitude marquée à faire varier ses prix d'une région à l'autre » (paragraphe 137). Cette situation témoignait de la fixation de prix supraconcurrentiels. Dans le cadre de l'approche indirecte, il était loisible au Tribunal de conclure, suivant la prépondérance de la preuve, que Tuyauteries Canada disposait d'une puissance commerciale.

CONCLUSION

[52] Pour ce qui concerne l'alinéa 79(1)a), le Tribunal a correctement interprété et appliqué le droit tout au long de l'exposé de ses motifs. La puissance commerciale n'est pas un concept facile à manier. Au paragraphe 101 de *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, la Cour suprême rappelait que, sous le régime de l'alinéa 79(1)a) de la Loi (dont les dispositions se trouvaient auparavant à l'article 51 [*Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 51 (édicte par S.C. 1986, ch. 26, art. 47)]), il faut montrer que les personnes qu'on affirme détenir une position dominante « contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions ». « Le degré requis de puissance commerciale au sens de l'art.

market.” The Tribunal in the case at bar complied with this analysis.

[53] The factual analysis by the Tribunal is sometimes not as clearly stated and analyzed as one might have wished. This may be explained in part by the variety of factors the Tribunal was called upon to consider. But one cannot ignore, on the point raised by Pelletier J.A., that the Tribunal considered not only the direct evidence of market power, but also extensive indirect evidence. On both approaches, it was satisfied that Canada Pipe exercised market power. I cannot say that the Tribunal acted unreasonably in so concluding: the Tribunal demonstrably “had its reasons for doing so, and those reasons cannot be said to be without foundation or logical coherence” (S.C.C., *Southam*, at paragraph 68).

[54] Considering the standard of review and the intense fact-finding character of these issues, the further intervention of this Court is, in my view, unwarranted.

[55] I would dismiss this cross-appeal with costs.

LÉTOURNEAU J.A.: I concur.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

PELLETIER J.A. (dissenting):

INTRODUCTION

[56] In response to the Commissioner’s appeal of the dismissal of her application, Canada Pipe has cross-appealed from the Competition Tribunal’s (the Tribunal) finding that it dominated the market for cast iron DWV pipes, joints and fittings. Canada Pipe attacks both aspects of that finding, namely the definition of the

51 de la Loi [ajoutait le juge Gonthier au nom de la Cour] comprend le “contrôle” et non simplement la capacité d’agir indépendamment du marché. » Le Tribunal s’est conformé à cette analyse dans la présente espèce.

[53] Il arrive parfois que l’analyse du Tribunal ne soit pas conduite et formulée de manière aussi claire qu’on aurait voulu. Cela peut s’expliquer en partie par la variété des facteurs qu’il était appelé à prendre en considération. Mais on ne peut s’empêcher de constater, pour ce qui concerne la question soulevée par le juge Pelletier, que le Tribunal a examiné non seulement les éléments de preuve directe tendant à établir l’existence d’une puissance commerciale, mais aussi une quantité considérable d’éléments de preuve indirecte. Dans le cadre des deux approches, la preuve l’a convaincu que Tuyauteries Canada exerçait une puissance commerciale. Je ne puis dire que le Tribunal ait agi de manière déraisonnable en arrivant à cette conclusion : visiblement, il « avait ses raisons pour le faire, et il est impossible d’affirmer que ces raisons sont sans fondement ou cohérence logique » (C.S.C., *Southam*, au paragraphe 68).

[54] Vu la norme de contrôle applicable et la nature fortement factuelle de ces questions, il n’y a pas lieu, à mon sens, que notre Cour intervienne à cet égard.

[55] Je rejetterais le présent appel incident, avec dépens.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

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

LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (dissent) :

INTRODUCTION

[56] En réponse à l’appel interjeté par la commissaire contre le rejet de sa demande, Tuyauteries Canada interjette un appel incident de la conclusion du Tribunal de la concurrence (le Tribunal) selon laquelle elle occupe une position dominante sur le marché des produits d’évacuation et de ventilation en fonte, soit les

product and geographic markets, as well as the finding that it has market power in the relevant markets.

[57] As my colleague Desjardins J.A.'s reasons allowing the Commissioner's appeal make clear, the Tribunal was required to decide a number of discrete questions in disposing of the Commissioner's application for an order against Canada Pipe pursuant to section 79 of the *Competition Act*, R.S.C., 1985, c. C-34 (the Act). The Commissioner's appeal deals with two of those questions, namely whether Canada Pipe's Stocking Distributor Program (SDP) was a practice of anti-competitive acts, and whether the SDP had the effect of substantially preventing or lessening competition in a market. This cross-appeal deals with the issue of whether Canada Pipe occupies a dominant position in that market; in other words, does Canada Pipe "substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business", to use the words of paragraph 79(1)(a) of the Act?

[58] That question can be broken down into two other questions: the definition of the product and geographic markets in which Canada Pipe trades, and whether Canada Pipe exercises market power within those markets. The Tribunal decided that there were three product markets, namely the markets for cast iron pipe, cast iron fittings and cast iron joints, and six geographical markets, namely British Columbia, Alberta, the Prairies, Ontario, Quebec and the Maritimes. It also decided that Canada Pipe exercised market power in all those markets and that, as a result, the conditions of paragraph 79(1)(a) of the Act were satisfied. It is those conclusions which are in issue in this cross-appeal.

[59] As an aside, the Tribunal decision refers to Canada Pipe as Bibby because the Stocking Distributor Program is operated by its Bibby Ste-Croix division. In these reasons, I will refer to the cross-appellant as Canada Pipe and to the respondent by cross-appeal as

tuyaux, les raccords et les joints. Tuyauteries Canada conteste les deux aspects de cette conclusion, à savoir la définition des marchés de produit et géographiques, ainsi que la constatation voulant qu'elle exerce une puissance commerciale sur les marchés pertinents.

[57] Comme il ressort clairement de l'exposé des motifs de ma collègue la juge Desjardins, le Tribunal avait à répondre à un certain nombre de questions distinctes pour trancher la demande de la commissaire tendant à obtenir une ordonnance contre Tuyauteries Canada sous le régime de l'article 79 de la *Loi sur la concurrence*, L.R.C. (1985), ch. C-34 (la Loi). L'appel de la commissaire concerne deux de ces questions, soit les points de savoir si le programme des distributeurs stockistes de Tuyauteries Canada (le PDS) est une pratique d'agissements anti-concurrentiels, et si le PDS a pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence sur un marché. Le présent appel incident a pour objet la question de savoir si Tuyauteries Canada occupe une position dominante sur le marché, autrement dit, si cette société « contrôle [...] sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions », pour reprendre les termes de l'alinéa 79(1)a) de la Loi.

[58] Cette question peut se diviser en deux sous-questions : la définition des marchés de produit et géographiques sur lesquels opère Tuyauteries Canada, et le point de savoir si elle exerce une puissance commerciale sur ces marchés. Le Tribunal a conclu à l'existence de trois marchés de produit—les tuyaux en fonte, les raccords en fonte et les joints mécaniques pour produits en fonte—et de six marchés géographiques—la Colombie-Britannique, l'Alberta, les Prairies, l'Ontario, le Québec et les Maritimes. Il a aussi conclu que Tuyauteries Canada exerçait une puissance commerciale sur tous ces marchés, de sorte qu'étaient remplies les conditions de l'alinéa 79(1)a) de la Loi. Ce sont ces conclusions qui sont en litige dans le présent appel incident.

[59] Soit dit par parenthèse, la décision du Tribunal parle de Bibby plutôt que de Tuyauteries Canada, parce que le programme des distributeurs stockistes est géré par sa division Bibby Ste-Croix. Dans le présent exposé de mes motifs, je désignerai la contre-appelante

the Commissioner.

THE TRIBUNAL DECISION

[60] The first question which the Tribunal had to address was the definition of the product and geographic markets in which Canada Pipe trades. This question is fundamental because any finding of abuse of market dominance must be in relation to those markets.

[61] This Court took up the question of the definition of a product market in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1995] 3 F.C. 557 (*Southam*, F.C.A.) where the following appears (at page 632):

Products can be said to be in the same market if they are close substitutes. In turn, products are close substitutes if buyers are willing to switch from one product to another in response to a relative change in price, i.e. if there is buyer price sensitivity.

Whether products are close substitutes for one another can be proven either directly or indirectly (at paragraph 161):

Direct evidence of substitutability includes both statistical evidence of buyer sensitivity and anecdotal evidence, such as the testimony of buyers on past or hypothetical responses to price changes. However, since direct evidence may be difficult to obtain, it is also possible to measure substitutability and thereby infer price sensitivity through indirect means. Such indirect evidence focusses on certain practical indicia, such as functional interchangeability and industry views/behaviour, to show that products are close substitutes.

The Tribunal noted that direct evidence of substitutability was not available and went on to examine the indirect evidence. It considered the views, strategies, behaviour and identity of buyers, the trade's views, strategies and behaviour, end use, physical and technical characteristics, price relationships and relative price levels, and substitutability.

« Tuyauteries Canada » et la contre-intimée « la commissaire ».

LA DÉCISION DU TRIBUNAL

[60] La première question que le Tribunal devait examiner était la définition des marchés de produit et de marchés géographiques sur lesquels opère Tuyauteries Canada. Cette question est fondamentale, parce que toute conclusion sur l'abus de position dominante doit être établie par rapport à ces marchés.

[61] Notre Cour a examiné la question de la définition du marché de produit dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1995] 3 C.F. 557 (*Southam*, C.A.F.), où l'on peut lire les observations suivantes (à la page 632) :

On peut dire que des produits sont sur le même marché s'ils sont de proches substituts. Des produits sont de proches substituts si les acheteurs sont prêts à passer de l'un à l'autre en réaction à un changement relatif dans le prix, c'est-à-dire s'il existe une sensibilité aux prix de la part des acheteurs.

La preuve que des produits sont de proches substituts l'un de l'autre peut se faire directement ou indirectement (au paragraphe 161) :

La preuve directe du caractère substitutif comprend à la fois la preuve statistique de la sensibilité aux prix des acheteurs et la preuve anecdotique comme les témoignages d'acheteurs portant sur des réactions passées ou hypothétiques à des variations de prix. Toutefois, comme il peut être difficile d'obtenir une preuve directe, on peut aussi mesurer le caractère substitutif et, de cette façon, induire la sensibilité aux prix par des moyens indirects. Cette preuve indirecte consiste en certains indices pratiques, comme l'interchangeabilité fonctionnelle et les opinions et le comportement de l'industrie, qui montrent que des produits sont de proches substituts.

Le Tribunal, ayant constaté qu'il n'était pas possible d'obtenir de preuve directe relative à la substitutabilité (c'est-à-dire le « caractère substitutif », selon la terminologie de *Southam*), a examiné la preuve indirecte y afférente. Il a pris en considération les facteurs suivants : les opinions, les stratégies, le comportement et l'identité des acheteurs; les opinions, les stratégies et le comportement des intervenants du milieu commercial; l'utilisation finale; les caractéristiques physiques et techniques; les liens entre les prix et les niveaux de prix relatifs; et la substitutabilité.

[62] Under the heading of views, strategies, behaviour and identity of buyers, the Tribunal noted that while contractors used both plastic and cast iron products, cast iron was the product of choice for certain applications. As for the trade's views and strategies, the Tribunal found that the fact that the National Building Code specifies cast iron for certain applications, notably vertical shafts in highrise buildings, was an important consideration. The industry view appeared to be that there was no substitute for cast iron in that application, notwithstanding the development of non-combustible plastic pipe. The Tribunal's conclusion was that "in high-rise buildings, cast iron offers the advantage of meeting all requirements for fire and life safety purposes, and that only non-combustible materials, essentially cast iron, can be used in vertical shafts" (Tribunal reasons, paragraph 82).

[63] The Tribunal then considered the issue of functional interchangeability under the heading of "End Use". In other words, are plastic DWV (drain, waste and vent) products and cast iron DWV products interchangeable? The Tribunal reviewed the evidence as to the advantages and disadvantages of each material. It noted the growing prevalence of plastic products in Canada, but could draw no conclusion as to the pace of change, in the absence of detailed data for the Canadian marketplace. In the end, the Tribunal concluded that, by reason of its strength, durability, lower noise level as well as non-combustibility, cast iron "continues to be in a class of its own" (Tribunal reasons, paragraph 92).

[64] Under the heading of "Physical and Technical Characteristics", the Tribunal briefly touched upon the same physical properties as in prior parts of its analysis.

[65] The Tribunal then considered the issue of price relationships and relative price levels. It quoted a passage from the *Enforcement Guidelines on the Abuse*

[62] Sous la rubrique des opinions, des stratégies, du comportement et de l'identité des acheteurs, le Tribunal constate que, si les entrepreneurs utilisent aussi bien les produits en plastique que les produits en fonte, ils accordent la préférence à la fonte dans certaines applications. Pour ce qui concerne les opinions et les stratégies des intervenants du milieu commercial, le Tribunal conclut à l'importance du fait que le Code national du bâtiment prescrit expressément l'utilisation de la fonte pour certaines applications, notamment les gaines verticales des bâtiments élevés. Le point de vue du secteur semble être qu'il n'existe pas de substitut pour la fonte dans cette application, en dépit d'améliorations récentes permettant l'usage restreint de tuyaux en plastique dans des applications incombustibles. Le Tribunal conclut, au paragraphe 82 de l'exposé de ses motifs, que, « dans les bâtiments élevés, la fonte présente l'avantage de remplir toutes les prescriptions axées sur la sûreté des personnes et la protection contre les incendies et que seuls les matériaux incombustibles, soit essentiellement la fonte, peuvent être utilisés dans les gaines verticales ».

[63] Le Tribunal étudie ensuite la question de l'interchangeabilité fonctionnelle sous le titre « L'utilisation finale ». Il s'agit ici de savoir si les produits d'évacuation et de ventilation en plastique et les produits d'évacuation et de ventilation en fonte sont interchangeables. Examinant la preuve relative aux avantages et aux inconvénients de chacun de ces matériaux, il note la progression des produits en plastique au Canada, mais se déclare incapable de tirer une conclusion sur le rythme de cette progression, faute de données détaillées concernant le marché canadien. Il conclut en fin de compte au paragraphe 92 de l'exposé de ses motifs que, du fait de ses avantages sous les rapports de la force, de la durabilité et de l'absorption acoustique, aussi bien que de son incombustibilité, la fonte « continue d'occuper une place à part ».

[64] Pour ce qui concerne le facteur des caractéristiques physiques et techniques, le Tribunal récapitule brièvement les propriétés physiques qu'il a examinées dans ses analyses antérieures.

[65] Le Tribunal examine ensuite la question des liens entre les prix et des niveaux de prix relatifs. Il cite à ce sujet, au paragraphe 96 de l'exposé de ses motifs, un

of *Dominance Provisions* (Competition Bureau, 2001) (Enforcement Guidelines) to the effect that the absence of a correlation in price movements between two products over a significant period of time is an indication that the two products are not in the same market, while the presence of such a correlation is an indication that the two products compete in the same market (Tribunal reasons, paragraph 96).

[66] The Tribunal specifically noted the absence of evidence of relative price movement between cast iron DWV products and products made from other materials. However, it also noted that Canada Pipe's prices dropped where it faced competition from other cast iron product suppliers, whereas prices increased in those markets where there was no such competition (Tribunal reasons, paragraph 97). This is not to say that Canada Pipe ignored competition from plastic products; the Tribunal found that it devoted considerable marketing resources to persuading buyers of the advantages of cast iron over plastic. But these efforts did not include price reductions. The Tribunal's key conclusions on this issue are found in the following passage (at paragraph 101):

The prices of cast iron have not been decreasing with the increased use of plastics. Prices of cast iron DWV products have increased in Quebec and the Maritimes. They have decreased where [Canada Pipe] has met cast iron competition—in Ontario with Vandem, in the West with importers. In other words, even though the Respondent [Canada Pipe] claims that plastic is a competing material, there is no evidence that plastic products have had a constraining effect on prices of cast iron DWV products.

[67] The Tribunal concluded its analysis of the market definition by considering the issue of substitutability. It noted that the question of whether to use cast iron DWV products or plastic DWV products is not simply a question of price. Cast iron is the only material which, in practical terms, meets current National Building Code requirements as to the use of non-combustible materials.

passage des *Lignes directrices pour l'application des dispositions sur l'abus de position dominante* (Bureau de la concurrence, 2001) (les Lignes directrices), selon lequel l'absence de corrélation marquée entre les fluctuations des prix de deux produits au cours d'une période relativement longue indique généralement que ces produits ne font pas partie du même marché, tandis que la présence d'une telle corrélation indique que les deux produits font partie du même marché (au paragraphe 96 des motifs du Tribunal).

[66] Le Tribunal constate explicitement l'absence de preuve touchant la corrélation des variations des prix des produits d'évacuation et de ventilation en fonte et des mêmes produits faits d'autres matières. Cependant, il note aussi que les prix de Tuyauteries Canada ont baissé dans les régions où elle a dû soutenir la concurrence d'autres fournisseurs de produits en fonte, tandis que ses prix ont augmenté sur les marchés où une telle concurrence était absente (paragraphe 97 de l'exposé des motifs du Tribunal). Cela ne veut pas dire que Tuyauteries Canada n'ait pas tenu compte de la concurrence des produits en plastique; le Tribunal conclut au contraire qu'elle a mis en œuvre des ressources de marketing considérables pour persuader les acheteurs des avantages de la fonte par rapport au plastique. Mais la réduction de ses prix ne faisait pas partie de cette stratégie. C'est dans le passage suivant qu'on trouve les principales conclusions du Tribunal sur cette question (au paragraphe 101) :

[. . .] les prix de la fonte n'ont pas diminué parallèlement à la progression des matières plastiques. Les prix des produits d'évacuation et de ventilation en fonte ont même augmenté au Québec et dans les Maritimes. Ces prix n'ont diminué que là où [Tuyauteries Canada] s'est heurtée à la concurrence de produits en fonte—soit en Ontario avec Vandem et dans l'Ouest avec les importateurs. Autrement dit, même si la défenderesse [Tuyauteries Canada] soutient que le plastique est un matériau concurrent, la preuve n'établit pas que les produits de plastique aient exercé un effet de discipline sur les prix des produits en fonte.

[67] Le Tribunal conclut son analyse relative à la définition du marché par l'examen de la question de la substituabilité. Il fait observer à ce sujet que le choix d'acheter des produits d'évacuation et de ventilation en fonte ou en plastique ne dépend pas seulement des prix. La fonte est le seul matériau qui, en pratique, remplit les prescriptions en vigueur du Code national du bâtiment

On balance, the Tribunal concluded that “for certain applications, cast iron has no economic substitute”. (Tribunal reasons, paragraph 102).

[68] Having regard to the fact that “all three products [pipe, fittings and joints] can be bought separately from different suppliers and the pricing trends for each appear independent”, [at paragraph 103] the Tribunal decided that there are three relevant product markets, namely cast iron pipe, cast iron fittings and cast iron joints.

[69] On the issue of geographic markets, the Tribunal attributed some importance to the fact that while Canada Pipe has a national presence, its competitors do not. The result is that competition is regionalized so that prices are constrained by competition from cast iron products in Ontario, for example, but they are not so constrained in Quebec and the Maritimes. This led the Tribunal to conclude that there are six geographic markets, defined by the competitive environment, namely British Columbia, Alberta, the Prairies, Ontario, Quebec, and the Maritimes.

[70] The Tribunal then turned to the second step of its inquiry under paragraph 79(1)(a) of the Act, the issue of market power. Market power is defined as the ability to raise and maintain prices above competitive levels for a significant period of time: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Tele-Direct (Publications) Inc.* (1997), 73 C.P.R. (3d) 1 (Comp. Trib.), at page 82.

[71] As in the case of close substitutes, market power can be proven directly or indirectly. In this case, the Tribunal considered both the direct and the indirect evidence of market power. It considered high margins, prices substantially above import prices, high prices absent competition (or lower prices in the presence of competition) as direct evidence of market power.

touchant l'utilisation de matériaux incombustibles. Le Tribunal conclut que, tout bien considéré, « pour certaines applications, il n'existe pas de substitut économique à la fonte » (paragraphe 102 de l'exposé de ses motifs).

[68] Étant donné que « les trois produits [les tuyaux, les raccords et les joints] peuvent être achetés séparément à des fournisseurs différents et que la courbe des prix de chacun paraît être indépendante » [au paragraphe 103], le Tribunal conclut à l'existence de trois marchés de produit pertinents, soit ceux des tuyaux en fonte, des raccords en fonte et des joints mécaniques pour produits en fonte.

[69] Concernant la question des marchés géographiques, le Tribunal attribue une certaine importance au fait que Tuyauteries Canada est implantée à l'échelle nationale, alors que ce n'est pas le cas de ses concurrents. Il s'ensuit une régionalisation de la concurrence, les prix étant limités par la concurrence de produits en fonte en Ontario, par exemple, mais pas au Québec et dans les Maritimes. Ce raisonnement amène le Tribunal à conclure à l'existence de six marchés géographiques, définis par l'environnement concurrentiel : la Colombie-Britannique, l'Alberta, les Prairies, l'Ontario, le Québec et les Maritimes.

[70] Le Tribunal passe ensuite à la deuxième étape de son analyse fondée sur l'alinéa 79(1)a) de la Loi, soit l'étude de la question de la puissance commerciale. La puissance commerciale est définie comme étant la capacité à fixer des prix supraconcurrentiels et à les maintenir sur une longue période : *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Télé-Direct (Publications) Inc.*, [1997] D.T.C.C. n° 8 (Trib. conc.) (QL), au paragraphe 225.

[71] Comme l'existence de proches substituts, celle d'une puissance commerciale peut être prouvée directement ou indirectement. Dans la présente affaire, le Tribunal a pris en considération aussi bien la preuve directe que la preuve indirecte tendant à établir l'existence d'une puissance commerciale. Il a examiné trois points au titre de la preuve directe : le niveau élevé des marges, la supériorité notable des prix de Tuyauteries Canada par rapport aux prix des importations, et le niveau élevé des prix de cette

[72] The Tribunal found that the evidence of high margins was not persuasive. The Commissioner's expert purported to calculate Canada Pipe's profit margins on the basis of partial data supplied by Canada Pipe. However, there was no way of comparing Canada Pipe's margins with those of other vendors. In any event margins varied across geographic regions: consistently high in Quebec and the Maritimes, but dipping into the negative for considerable periods of time in Alberta, the Prairies and British Columbia (Tribunal reasons, paragraph 127).

[73] The Tribunal considered the evidence of the Commissioner's expert Dr. Ross, who attempted to show that Canada Pipe's prices were above competitive levels by comparing them to the price of imported products. The Tribunal discounted this evidence because of an absence of raw data, and an absence of information on the pricing philosophy of offshore producers, who may be selling at artificially low prices to achieve market penetration.

[74] Finally, the Tribunal considered the argument that regional price disparities suggested that prices were above competitive levels in the high price regions. For example, certain Canada Pipe products cost the same in Ontario, where they are produced, and in British Columbia. It is clear that if prices were at competitive levels, the price would be higher in British Columbia given the cost of transporting the product from Ontario to British Columbia.

[75] The Tribunal was persuaded that the price differentials between those regions where Canada Pipe faced competition from cast iron products and those regions where it did not indicated that prices in the latter areas were above competitive levels.

[76] The indirect evidence of market power related to market share, barriers to entry and the state of the market.

dernière là où la concurrence est absente (ou sa capacité à diminuer les prix là où il y a concurrence).

[72] Le Tribunal a conclu que la preuve relative au niveau élevé des marges n'était pas convaincante. L'expert de la commissaire a déclaré avoir calculé les marges bénéficiaires de Tuyauteries Canada en se fondant sur des données partielles communiquées par celle-ci. Cependant, il n'y avait aucun moyen de comparer les marges de Tuyauteries Canada avec celles d'autres fournisseurs. Quoi qu'il en soit, les marges variaient d'une région à l'autre, se révélant uniformément élevées au Québec et dans les Maritimes, mais négatives sur des durées considérables en Alberta, dans les Prairies et en Colombie-Britannique (paragraphe 127 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[73] Le Tribunal a examiné la preuve de l'expert de la commissaire, M. Ross, qui avait essayé de montrer que les prix de Tuyauteries Canada étaient supraconcurrentiels en les comparant aux prix des importations. Le Tribunal a décidé d'écarter cette preuve aux motifs de l'absence de données brutes et de l'absence d'information sur la politique des prix des producteurs étrangers, qui vendent peut-être à des prix artificiellement bas afin de pénétrer le marché canadien.

[74] Enfin, le Tribunal a examiné l'argument selon lequel les disparités régionales de prix donnaient à penser que les prix étaient supraconcurrentiels dans les régions à prix élevés. Par exemple, Tuyauteries Canada vend certains de ses produits au même prix en Ontario, où ils sont fabriqués, et en Colombie-Britannique. Il est évident que si les prix se situaient aux niveaux concurrentiels, ils seraient plus élevés en Colombie-Britannique, étant donné le coût du transport de l'Ontario vers cette province.

[75] Le Tribunal a conclu que les différences de prix entre les régions où Tuyauteries Canada devait affronter la concurrence de produits en fonte et les régions où elle en était exempte attestaient le caractère supraconcurrentiel des prix pratiqués dans ces dernières régions.

[76] La preuve indirecte tendant à établir l'existence d'une puissance commerciale se rapportait à la part de marché, aux obstacles à l'entrée et à l'état du marché.

[77] Based upon its definition of the product market, the Tribunal concluded that Canada Pipe had an overwhelming share of the market, somewhere between 80% and 90% of the market for cast iron products. However, market share alone does not indicate market power if there are no barriers to entry to that market. The Tribunal noted that there was little evidence of sunk costs as a barrier to entry. In particular, the importation of product does not require a significant physical plant.

[78] The Tribunal considered whether the SDP itself operated as a barrier to entry. The emergence of another cast iron manufacturer, Vandem, suggested that the SDP was not an effective barrier to entry. Entry is one thing, viability is another. The Tribunal did not have evidence before it of Vandem's viability but it did have evidence that it had captured a not insignificant share of the market in a relatively brief period of time. Canada Pipe, however, continued to have by far the largest market share. Importers had also succeeded in establishing themselves in the West. But both Vandem and the importers had achieved only limited market penetration.

[79] A final consideration is the state of the market. The market for cast iron DWV products is a mature market in the sense that there is not likely to be significant growth in the size of the market, which operates to discourage entry since growth potential is limited.

[80] The Tribunal concluded that Canada Pipe "can and does exercise market power in the three product markets and the six geographic regions" (Tribunal reasons, paragraph 161). In particular, the Tribunal found that Canada Pipe's ability to lower prices to meet competition indicated that prices in the areas where there was no competition were supra-competitive. As regards the indirect evidence of market power, the Tribunal found that Canada Pipe's "large market share, its range of products and national presence, the limited penetration of competitors and the fact that this market offers only limited growth potential are sufficient to

[77] Se fondant sur sa définition du marché de produit, le Tribunal a conclu que Tuyauteries Canada possédait une part écrasante du marché des produits en fonte, soit de 80 à 90 %. Cependant, la part de marché n'établit pas à elle seule l'existence d'une puissance commerciale en l'absence d'obstacles à l'entrée sur le marché en question. Le Tribunal a noté le caractère insuffisant de la preuve relative aux coûts irrécupérables comme obstacle à l'entrée. En particulier, l'importation des produits considérés n'exige pas d'installations importantes.

[78] Le Tribunal s'est demandé si le PDS en soi jouait le rôle d'un obstacle à l'entrée. L'émergence d'un autre fabricant de produits en fonte, Vandem, donnait à penser que le PDS n'était pas un réel obstacle à l'entrée. Cependant, l'entrée est une chose, la viabilité en est une autre. Le Tribunal ne disposait pas d'éléments tendant à établir la viabilité de Vandem, mais il disposait d'éléments prouvant qu'elle s'était appropriée une part non négligeable du marché en relativement peu de temps. Tuyauteries Canada, néanmoins, conservait la part de loin la plus importante du marché. De même, les importateurs avaient réussi à prendre pied dans l'Ouest. Mais Vandem aussi bien que les importateurs n'avaient accompli qu'une pénétration limitée du marché.

[79] Le dernier facteur pris en considération dans le cadre de l'approche indirecte était l'état du marché. Le marché des produits d'évacuation et de ventilation en fonte est un marché mûr, c'est-à-dire un marché qui n'a guère de chances de se développer sensiblement et désincite donc à l'entrée du fait des perspectives limitées qu'il offre aux investisseurs.

[80] Le Tribunal conclut au paragraphe 161 de l'exposé de ses motifs que Tuyauteries Canada « peut exercer, et exerce effectivement, un contrôle sur les trois marchés de produit et les six marchés géographiques ». Le Tribunal constate en particulier que la capacité de Tuyauteries Canada à baisser ses prix pour soutenir la concurrence atteste le caractère supraconcurrentiel des prix pratiqués dans les régions où la concurrence est absente. En ce qui a trait à la preuve indirecte relative à la puissance commerciale, le Tribunal conclut, toujours au paragraphe 161 de l'exposé de ses motifs, que « la part de marché considérable que [Tuyauteries Canada]

establish that [Canada Pipe] does control a substantial part of the cast iron DWV products market” (Tribunal reasons, paragraph 161).

[81] In the end result, the Tribunal found that the conditions of paragraph 79(1)(a) of the Act were satisfied.

STANDARD OF REVIEW

[82] Given that any challenge to the Tribunal’s conclusions must be assessed through the lens of the appropriate standard of review, I propose to deal with that question first.

[83] It was in the course of disposing of a competition law case, *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, (*Southam*, S.C.C.), that the Supreme Court of Canada recognized the possibility of a standard of review other than the correct or the patently unreasonable decision, namely the reasonable decision. Given that this appeal raises many of the same questions as were raised in *Southam*, S.C.C., it seems to me that one can usefully refer to that case in undertaking the pragmatic and functional analysis with respect to this appeal.

[84] The Supreme Court noted at paragraphs 30 and 31 of its decision that there is a statutory right of appeal under the Act. In the same way, this case raises no issues of jurisdiction, save for one discreet argument by the Commissioner to the effect that since leave was not obtained to appeal questions of fact, this Court has no jurisdiction to consider an appeal on the question of the definition of the product and geographic markets because those determinations are findings of fact. That argument leads into the second question in the pragmatic and functional analysis, namely the nature of the question before the Court.

[85] In *Southam*, F.C.A., this Court held that the question of the analytical framework to be applied in

détient, l’éventail de ses produits, sa présence nationale, le caractère restreint de la pénétration de ses concurrents et le fait que le marché en question ne présente que des possibilités limitées de croissance suffisent à établir que [Tuyauteries Canada] contrôle effectivement une part substantielle du marché des produits d’évacuation et de ventilation en fonte ».

[81] Le Tribunal a conclu en dernière analyse que les conditions de l’alinéa 79(1)a) de la Loi étaient remplies.

LA NORME DE CONTRÔLE

[82] Étant donné que toute contestation des conclusions du Tribunal doit être évaluée en fonction de la norme de contrôle applicable, qu’on me permette de commencer par l’examen de cette question.

[83] C’est dans le cadre d’une affaire mettant en jeu le droit de la concurrence, soit *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 (*Southam/C.S.C.*), que la Cour suprême du Canada a établi la possibilité d’une norme de contrôle autre que celles de la décision correcte et de la décision manifestement déraisonnable, soit celle de la décision raisonnable. Étant donné que le présent appel soulève un bon nombre des mêmes questions que *Southam/C.S.C.*, il me semble utile de se référer à cette affaire dans l’analyse pragmatique et fonctionnelle qu’exige le présent appel.

[84] La Cour suprême notait aux paragraphes 30 et 31 de l’arrêt *Southam* que la Loi prévoit un droit d’appel. De même, la présente espèce ne soulève pas de questions de compétence, mis à part l’argument isolé avancé par la commissaire suivant lequel, l’autorisation d’appeler des conclusions sur des questions de fait n’ayant pas été accordée, notre Cour n’a pas compétence pour examiner en appel la question de la définition des marchés de produit et des marchés géographiques, au motif que les constatations y afférentes sont des conclusions de fait. Cet argument nous amène à la deuxième étape de l’analyse pragmatique et fonctionnelle, soit l’examen de la nature de la question dont la Cour est saisie.

[85] Dans *Southam/C.A.F.*, notre Cour a conclu que la question du cadre d’analyse applicable à la définition

defining a product market was a question of law, and therefore a matter on which the Court owed no deference to the Tribunal's decision. Before the Supreme Court, the argument turned on whether the Tribunal had in fact properly applied the test for defining the product market. In *Southam*, S.C.C., the Supreme Court held that if the Tribunal erred, it was in the application of the law to the facts, a question of mixed fact and law. It was therefore entitled some deference on the part of the Court.

[86] The question as to whether Canada Pipe exercised market power is, it seems to me, a question of the same order. There is no particular dispute as to the nature of the factors to be considered; the disagreement is as to whether those factors were properly considered. In the circumstances, I conclude that both questions raised by the cross-appeal are questions of mixed law and fact.

[87] The next issue is the purpose of the statute administered by the Tribunal. The Supreme Court referred to the purpose clause found at section 1.1 [as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 19, s. 19] of the Act to conclude that the aims of the legislation are more economic than legal. Concepts like "the efficiency and adaptability of the Canadian economy" and the effect of foreign competition on Canadian companies are better understood by businessmen and economists than by judges. This is as true in this case as it was in *Southam*, S.C.C.

[88] This led the Court to consider the expertise of the Tribunal. The Court recognized the Tribunal's expertise in economics and commerce. The Court's review of the Tribunal's expertise in light of the problem which it had before it is particularly apposite to this case [*Southam*, S.C.C., at paragraph 52]:

The particular dispute in this case concerns the definition of the relevant product market—a matter that falls squarely within the area of the Tribunal's economic or commercial expertise. Undeniably, the determination of cross-elasticity of demand, which is in theory the truest indicium of the dimensions of a product market, requires some economic or

d'un marché de produit est une question de droit, sur laquelle, par conséquent, elle n'a pas à exercer de retenue judiciaire à l'égard de la décision du Tribunal. Devant la Cour suprême, il s'agissait de savoir si le Tribunal avait en fait appliqué correctement le critère afférent à la définition du marché de produit. Dans *Southam/C.S.C.*, la Cour suprême a conclu que si le Tribunal avait commis une erreur, c'était dans l'application du droit aux faits, qui constitue une question mixte de droit et de fait, de sorte qu'il avait droit à une certaine retenue de la part de la Cour.

[86] Le point de savoir si Tuyauteries Canada exerçait une puissance commerciale est, il me semble, une question du même ordre. La nature des facteurs à prendre en considération n'est pas contestée : le litige porte plutôt sur la question de savoir si ces facteurs ont été correctement pris en considération. Cela étant, je conclus que les deux questions que soulève l'appel incident sont des questions mixtes de droit et de fait.

[87] La question suivante est celle de l'objet de la loi que le Tribunal est chargé d'appliquer. La Cour suprême a conclu de l'examen de l'article 1.1 [édicte par L.R.C. (1985) (2^e suppl.), ch. 19, art. 19] de la Loi (qui en énonce l'objet) que les buts de celle-ci sont plutôt de nature économique que juridique. Les gens d'affaires et les économistes sont mieux placés que les juges pour comprendre des concepts tels que « l'adaptabilité et l'efficience de l'économie canadienne » et l'effet de la concurrence étrangère sur l'entreprise canadienne. Cela est aussi vrai dans la présente espèce que ce l'était dans *Southam/C.S.C.*

[88] La Cour suprême s'est ainsi trouvée amenée à étudier la question de l'expertise du Tribunal. Elle a reconnu l'expertise de ce dernier dans les domaines de l'économique et du commerce. Son examen de l'expertise du Tribunal à la lumière de la question dont elle était saisie est particulièrement pertinent au regard de la présente espèce [*Southam/C.S.C.*, au paragraphe 52] :

Dans le présent pourvoi, le point particulier en litige concerne la définition du marché pertinent pour ce qui est du produit—question qui relève nettement de l'expertise du Tribunal en matière économique et commerciale. Il est indéniable que pour déterminer l'élasticité croisée de la demande, qui est en théorie l'indice le plus juste des

statistical skill. But even an assessment of indirect evidence of substitutability, such as evidence that two kinds of products are functionally interchangeable, needs a variety of discernment that has more to do with business experience than with legal training. Someone with experience in business will be better able to predict likely consumer behaviour than a judge will be. What is more, indirect evidence is useful only as a surrogate for cross-elasticity of demand, so that what is required in the end is an assessment of the economic significance of the evidence; and to this task an economist is almost by definition better suited than is a judge.

The problem before this Court is exactly the same problem as was before the Court in *Southam*, S.C.C. I have little difficulty in coming to the same conclusion as the Supreme Court did on this issue, which is that the Tribunal is better equipped to decide such questions than are the courts.

[89] Having reviewed these factors, the Supreme Court found that they called for a standard less deferential than the patently unreasonable decision but more deferential than correctness. This led it to conclude that the standard of review of a decision of the Competition Tribunal on the issue of market definition was reasonableness. In my view, that conclusion applies equally well to this case in so far as the issue of market definition is concerned. The question of market power raises the same kinds of issues as does the question of market definition and leads to the same conclusion with respect to the standard of review.

[90] I therefore conclude that the standard of review of the Tribunal's decision with respect to the issues raised in this cross-appeal is that of the reasonable decision.

ANALYSIS OF CANADA PIPE'S GROUNDS OF APPEAL

[91] Canada Pipe's position on the issue of product market definition is that the relevant product market

dimensions du marché d'un produit, il faut certaines connaissances en économie ou en statistique. Toutefois, même l'appréciation de la preuve indirecte du caractère substitutif, par exemple la preuve que deux types de produit sont fonctionnellement interchangeables, exige une capacité de discernement participant davantage de l'expérience des affaires que de la formation juridique. Des gens d'affaires expérimentés sont plus aptes qu'un juge à prédire le comportement probable des consommateurs. Qui plus est, la preuve indirecte n'est utile qu'en tant que facteur de remplacement de l'élasticité croisée de la demande, de sorte que ce qui est nécessaire, en dernière analyse, c'est l'appréciation de l'importance de la preuve sur le plan économique, et, pour accomplir cette tâche, un économiste est, pratiquement par définition, mieux préparé qu'un juge.

Le problème dont notre Cour est saisie est exactement le même que celui que la Cour suprême avait à résoudre dans *Southam/C.S.C.* Je n'hésite pas à formuler ici la même conclusion que la Cour suprême a formulée sur cette question, à savoir que le Tribunal de la concurrence est mieux placé que les tribunaux judiciaires pour trancher les questions de cette nature.

[89] Ayant examiné ces facteurs, la Cour suprême a constaté qu'ils appelaient l'application d'une norme comportant moins de retenue que celle de la décision manifestement déraisonnable, mais plus que celle de la décision correcte. Elle s'est ainsi trouvée amenée à conclure que la norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal de la concurrence sur la question de la définition du marché est celle de la décision raisonnable. À mon sens, cette conclusion s'applique tout autant à la présente espèce, pour ce qui concerne la question de la définition du marché. Le problème de la puissance commerciale soulève le même genre de questions que celui de la définition du marché et mène à la même conclusion en ce qui a trait à la norme de contrôle.

[90] Je conclus par conséquent que la norme de contrôle applicable à la décision du Tribunal concernant les questions soulevées dans le présent appel incident est la norme de la décision raisonnable.

ANALYSE DES MOYENS D'APPEL DE TUYAUTERIES CANADA

[91] La thèse de Tuyauteries Canada sur la question de la définition du marché de produit est que le marché

includes competing DWV products made from a variety of materials. In support of its position, it refers to a number of discrete arguments which I reproduce below in a summary way:

(a) the Tribunal ignored its own conclusion that there was competition between cast iron products and those made of other materials in all applications except vertical shafts in highrise buildings;

(b) the Tribunal ignored evidence that manufacturers market their products by comparing products made of different materials to each other;

(c) the Tribunal erred in requiring complete overlap in the applications in which competing DWV products can be used;

(d) the Tribunal failed to quantify the extent of the use of cast iron pipe in vertical shafts in highrise buildings in order to determine if it was material to the issue;

(e) the Tribunal failed to consider whether Canada Pipe is able to price discriminate based upon end use in applications for which it has no substitute; and

(f) the Tribunal ignored evidence of price relationships between cast iron and other materials.

[92] As noted earlier, the issue with respect to market definition is whether products are close substitutes for each other. All are agreed that there was no direct evidence on that issue. Consequently, the Tribunal proceeded on the basis of the indirect evidence of close substitutability. In *Southam, S.C.C.*, the Court noted that the Tribunal considered the following as *indicia* of close substitutes (at paragraph 16):

Accordingly, the members determined that recourse should be had to "indirect evidence" of substitutability. Indirect *indicia*

de produit pertinent comprend les produits d'évacuation et de ventilation concurrents faits de toutes sortes de matières. Elle avance à l'appui de cette thèse un certain nombre d'arguments distincts que je résumerais comme suit :

a) le Tribunal n'a pas tenu compte de sa propre conclusion qu'il y avait concurrence entre les produits en fonte et ceux faits d'autres matières dans toutes les applications sauf les gaines verticales des bâtiments élevés;

b) le Tribunal n'a pas tenu compte des éléments de preuve établissant que les fabricants commercialisent leurs produits en comparant les uns avec les autres les produits faits de matières différentes;

c) le Tribunal a commis une erreur en estimant nécessaire une coïncidence complète des applications dans lesquelles les produits d'évacuation et de ventilation concurrents peuvent être utilisés;

d) le Tribunal n'a pas quantifié l'importance de l'utilisation des tuyaux de fonte dans les gaines verticales des bâtiments élevés afin de déterminer s'il s'agissait d'un fait substantiel dans le cadre du litige;

e) le Tribunal n'a pas pris en considération le point de savoir si Tuyauteries Canada est capable de pratiquer une différenciation des prix fondée sur l'utilisation finale dans les applications pour lesquelles les produits en fonte n'ont pas de substituts;

f) le Tribunal n'a pas tenu compte de la preuve touchant les corrélations des prix des produits en fonte et des produits faits d'autres matières.

[92] Comme on l'a vu plus haut, la question à se poser pour la définition du marché est celle de savoir si les produits sont de proches substituts l'un de l'autre. Tous sont d'accord pour constater l'absence de preuve directe sur cette question. Par conséquent, le Tribunal a fondé son analyse sur la preuve indirecte relative à la substituabilité. Dans *Southam/C.S.C.*, la Cour a fait observer que le Tribunal avait examiné les éléments suivants comme indices du caractère substitutif (au paragraphe 16) :

En conséquence, les membres du Tribunal ont décidé qu'il fallait recourir à la « preuve indirecte » du caractère

of substitutability include (at p. 179) “the physical characteristics of the products, the uses to which the products are put, and whatever evidence there is about the behaviour of buyers that casts light on their willingness to switch from one product to another in response to changes in relative prices”. Also relevant are “[t]he views of industry participants about what products and which firms they regard as actual and prospective competitors”.

[93] At page 630 of the Court’s reasons in *Southam*, F.C.A., the Competition Bureau’s Enforcement Guidelines were quoted at length and were incorporated into the Court’s analysis. I do not propose to reproduce them here due to their length but I note that they identify the following as indications that products are close substitutes: Views, strategies, behaviour and identity of buyers; trade views, strategies and behaviour; end use, physical and technical characteristics. These are the very criteria which the Tribunal applied in this case.

[94] The Enforcement Guidelines are not binding on this Court, but they are an indication of the Competition Bureau’s views as to the factors to be considered. Given the Competition Bureau’s role in the enforcement of the legislation, the Enforcement Guidelines are an element to be taken into account in the interpretation of the legislative requirements. The ultimate question is always one for the Court, but it may find some assistance in the Competition Bureau’s views.

[95] If these are the appropriate factors to take into account in deciding whether products are close substitutes, then the weight to be assigned to those factors is a matter for the Tribunal. The parties, or this Court, might assign them more, or less, weight than did the Tribunal but in the end, it is the Tribunal’s assessment which is to prevail. In this case, the Tribunal acknowledged that there was competition between DWV products made from different materials but discounted this apparent competition because it found it had no effect on prices (Tribunal reasons, paragraph 101). It treated the evidence of comparison marketing between products made from different materials in the same way (Tribunal reasons, paragraph 98).

substitutif, et mentionné (à la p. 179), comme indices indirects du caractère substitutif, [TRADUCTION] « les caractéristiques physiques des produits, les usages auxquels ils se prêtent et le comportement des acheteurs qui témoigne de leur désir de passer d’un produit à un autre en réponse à des changements dans les prix relatifs ». « L’opinion des participants de l’industrie sur les produits et les firmes qu’ils considèrent comme étant leurs concurrents réels et potentiels » est aussi un facteur pertinent.

[93] À la page 630 de l’exposé de ses motifs, la Cour dans *Southam/C.A.F.* a cité de longs passages des Lignes directrices du Bureau de la concurrence, qu’elle a incorporés dans son analyse. Je ne les reproduirai pas ici, étant donné leur longueur, mais je note qu’ils énumèrent les facteurs suivants comme indicateurs de substituabilité : les opinions, les stratégies, le comportement et l’identité des acheteurs; les opinions, les stratégies et le comportement des intervenants du milieu commercial; l’utilisation finale; et les caractéristiques physiques et techniques. Ce sont là les critères mêmes que le Tribunal a appliqués dans la présente affaire.

[94] Les Lignes directrices ne sont pas contraignantes pour notre Cour, mais elles donnent une idée du point de vue du Bureau de la concurrence sur les facteurs à prendre en considération. Étant donné le rôle que joue ce dernier dans l’exécution de la Loi, les Lignes directrices sont un élément dont il faut tenir compte dans l’interprétation des prescriptions législatives. C’est toujours à la Cour qu’il appartient de décider en fin de compte, mais les opinions du Bureau de la concurrence peuvent l’aider dans cette tâche.

[95] Si ce sont là les facteurs qu’il convient de prendre en considération pour décider si les produits sont ou non de proches substituts, le poids à leur attribuer est une question qui relève du Tribunal. Les parties, ou notre Cour, peuvent leur assigner plus ou moins de poids que ne l’a fait le Tribunal, mais en définitive, c’est l’appréciation de ce dernier qui doit l’emporter. Dans la présente espèce, le Tribunal a reconnu qu’il y avait concurrence entre les produits d’évacuation et de ventilation faits de matières différentes, mais il a écarté cette concurrence manifeste au motif qu’elle n’avait pas d’effet sur les prix (paragraphe 101 de l’exposé des motifs du Tribunal). Il a analysé de la même manière la preuve relative au marketing comparatif des produits faits de matières

[96] The Tribunal did not misapprehend the evidence when it noted that, for all practical purposes, cast iron is the only product to be used in vertical shafts in highrise buildings. The weight to be assigned to that evidence is a matter for the Tribunal. The fact that there was no quantitative evidence in support of that conclusion does not detract from the Tribunal's ability to take it into account.

[97] The fact that price discrimination by end-use may be evidence of different markets (as set out in paragraphs 148-150 of Canada Pipe's memorandum) does not mean that the opposite is true, namely that the inability to price discriminate according to end use indicates a common market.

[98] It is true that the Tribunal did not consider evidence of price relationships between cast iron and other products; it is not true to say that it ignored such evidence since even Canada Pipe agrees that there was no such evidence before the Tribunal (see Canada Pipe's memorandum of fact and law). The Tribunal cannot ignore what is not before it. The Tribunal did attach considerable significance to the fact that the price of cast iron products dropped in the presence of competition from cast iron products but that it remained high when there were no other cast iron suppliers in a given geographic market.

[99] As Iacobucci J. pointed out in *Southam, S.C.C.*, "the weighing of criteria in a balancing test must be largely a matter of discretion. The very purpose of a multi-factored test, such as the one that the Tribunal used to determine the dimensions of the relevant product market, is to permit triers of fact to do justice in diverse particular cases" (paragraph 66). The Tribunal exercised its discretion in the weighing of the various factors which it considered and defined the product market accordingly. Having regard to the evidence and to its reasons, I cannot say that its conclusion was

différentes (paragraphe 98 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[96] Le Tribunal n'a pas commis une erreur d'appréciation de la preuve lorsqu'il a noté que, en pratique, on n'utilise que les produits en fonte dans les gaines verticales des bâtiments élevés. C'est au Tribunal qu'il appartient de décider le poids à attribuer à ces éléments de preuve. L'absence de preuve quantitative à l'appui de cette conclusion n'interdit en rien au Tribunal de la prendre en compte.

[97] Le fait que la différenciation des prix selon l'utilisation finale puisse tendre à établir l'existence de marchés différents (comme le soutient Tuyauteries Canada aux paragraphes 148 à 150 de son mémoire) ne signifie pas que l'inverse soit vrai, c'est-à-dire que l'incapacité à différencier les prix selon l'utilisation finale indique l'existence d'un marché commun.

[98] Il est vrai que le Tribunal n'a pas pris en considération d'éléments de preuve relatifs à la corrélation des prix entre les produits en fonte et les autres produits, mais il n'est pas vrai qu'il ait refusé de tenir compte de tels éléments, puisque même Tuyauteries Canada reconnaît qu'il n'en a pas été produit devant lui (voir l'exposé des faits et du droit de Tuyauteries Canada). On ne peut dire que le Tribunal ait refusé de tenir compte de ce qui ne lui a pas été présenté. Le Tribunal a cependant accordé une importance considérable au fait que les prix des produits en fonte de Tuyauteries Canada baissaient là où ils se trouvaient en concurrence avec d'autres produits en fonte, mais restaient élevés sur les marchés géographiques où n'opéraient pas d'autres fournisseurs de tels produits.

[99] Je reprends ici à mon compte les observations formulées par le juge Iacobucci au paragraphe 66 de *Southam/C.S.C.* : « l'appréciation des divers éléments d'un critère de pondération doit, dans une large mesure, être laissée au pouvoir discrétionnaire du décideur. L'objet même d'un critère comportant de multiples facteurs, tel celui qu'a utilisé le Tribunal pour déterminer les dimensions du marché pertinent pour ce qui est du produit, est de permettre au juge des faits de rendre justice dans des situations de fait particulières. » Le Tribunal a exercé son pouvoir discrétionnaire dans

unreasonable.

[100] The Tribunal's conclusions with respect to market power is another matter.

[101] Section 79 of the Act provides as follows:

79. (1) Where, on application by the Commissioner, the Tribunal finds that

(a) one or more persons substantially or completely control, throughout Canada or any area thereof, a class or species of business,

(b) that person or those persons have engaged in or are engaging in a practice of anti-competitive acts, and

(c) the practice has had, is having or is likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market,

the Tribunal may make an order prohibiting all or any of those persons from engaging in that practice.

[102] The expression "market power" does not appear in section 79. What does appear is the requirement that a person "substantially or completely control . . . a class or species of business." The use of market power as a proxy for the element of control is one which has been developed in the jurisprudence, both that of the Tribunal and of this Court.

[103] That position is expressed with admirable concision in the Enforcement Guidelines:

3.2.1(d) "Substantially or completely control"? Market Power.

Once the universe of existing competitors is delineated, it is necessary to assess the extent to which these rivals constrain any market power that the dominant firm(s) might otherwise possess. The Bureau considers control to be synonymous with market power, where market power is the ability to profitably set prices above competitive levels for a considerable period of time.

The same idea appears frequently in the Tribunal jurisprudence (*Tele-Direct*, at pages 33-34):

l'appréciation des divers facteurs qu'il a pris en considération et il a défini le marché de produit en conséquence. Vu la preuve et les motifs du Tribunal, je ne puis dire que sa conclusion soit déraisonnable.

[100] Mais il n'en va pas de même des conclusions du Tribunal touchant la puissance commerciale.

[101] L'article 79 de la Loi porte les dispositions suivantes :

79. (1) Lorsque, à la suite d'une demande du commissaire, il conclut à l'existence de la situation suivante :

a) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises à la grandeur du Canada ou d'une de ses régions;

b) cette personne ou ces personnes se livrent ou se sont livrées à une pratique d'agissements anti-concurrentiels;

c) la pratique a, a eu ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché,

le Tribunal peut rendre une ordonnance interdisant à ces personnes ou à l'une ou l'autre d'entre elles de se livrer à une telle pratique.

[102] L'expression « puissance commerciale » n'apparaît pas dans l'article 79. Ce qu'on y trouve, c'est la condition suivant laquelle une personne doit « contrôle[r] sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d'entreprises ». C'est la jurisprudence, celle du Tribunal aussi bien que celle de notre Cour, qui a fait de la puissance commerciale un indicateur de remplacement du contrôle.

[103] Cette idée est exprimée avec une admirable concision dans les Lignes directrices :

3.2.1d) « Contrôlent sensiblement ou complètement »? Puissance commerciale

Une fois que l'univers des concurrents est délimité, il est nécessaire de chercher à savoir jusqu'à quel point ces rivaux restreignent la puissance commerciale que l'entreprise ou les entreprises dominantes pourraient par ailleurs exercer. Le Bureau donne au mot « contrôlent » le sens d'exercer une puissance commerciale, ladite puissance étant la capacité de fixer de façon rentable les prix au-delà des niveaux concurrentiels pendant une période prolongée.

La même idée apparaît souvent dans la jurisprudence du Tribunal (*Télé-Direct*, au paragraphe 71) :

A necessary first step in deciding this case is to define the relevant market. This must be done for purposes of section 79 in order to determine if Tele-Direct, as alleged by the Director, “substantially or completely control[s] throughout Canada or any area thereof, a class or species of business”. The Tribunal decided in *Canada (Director of Investigation and Research) v. D & B Companies of Canada Ltd.* ((1995), 64 C.P.R. (3d) 216, [1995] C.C.T.D. No. 20 (QL) (Comp. Trib.)), that “class or species of business” means product market and “control” means market power. The remaining phrase, “throughout Canada or any area thereof”, refers to the geographic market. Therefore, in order for section 79 to apply, the Tribunal must first conclude that Tele-Direct has market power

(*NutraSweet*, at page 28)

The respondent’s view is that “control” is most meaningfully treated as synonymous with “market power”. Market power is generally accepted to mean an ability to set prices above competitive levels for a considerable period. While this is a valid conceptual approach, it is not one that can readily be applied; one must ordinarily look to indicators of market power such as market share and entry barriers. The specific factors that need to be considered in evaluating control or market power will vary from case to case.

The tribunal is persuaded that the respondent’s position is in keeping with the logic of the section and the Act.

[104] The same theme is found in the Tribunal’s decision in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Laidlaw Waste Systems Ltd.* (1992), 40 C.P.R. (3d) 289, at page 325:

In deciding whether a firm has substantial or complete control of a market, one asks whether the firm has market power in the economic sense. Market power in the economic sense is the power to maintain prices above the competitive level without losing so many sales that the higher price is not profitable. It is the ability to earn supra-normal profits by reducing output and charging more than the competitive price for a product. As was said in the *NutraSweet* decision *supra* (at p. 28): “Market power is generally accepted to mean an ability to set prices above competitive levels for a considerable period.” [Emphasis added.]

La définition du marché pertinent est la première étape obligée de la résolution de la présente affaire. Cette définition, pour les fins de l’article 79, a pour objet de déterminer si Télé-Direct « contrôle [] sensiblement ou complètement une catégorie ou espèce d’entreprises à la grandeur du Canada ou d’une de ses régions », ainsi que le déclare le directeur. Le Tribunal a statué, dans l’affaire *Directeur des enquêtes et recherches c. D & B Companies of Canada Ltd.* ((1995), 64 C.P.R. (3d) 216, [1995] D.T.C.C. n° 20 (QL) (Trib. conc.)), que par les mots « catégorie ou espèce d’entreprises » on entendait le marché du produit et par le mot « contrôlent », la puissance commerciale. Le reste de la disposition « à la grandeur du Canada ou d’une de ses régions » renvoie au marché géographique. Il faut donc, pour que l’article 79 s’applique, que le Tribunal conclue, premièrement, que Télé-Direct exerce une puissance commerciale.

(*NutraSweet*, à la page 54)

Pour sa part, la défenderesse estime que le « contrôle » est plutôt synonyme de « puissance commerciale », que l’on interprète généralement comme signifiant la capacité de fixer des prix plus élevés que les niveaux concurrentiels pendant une longue période. Cette approche théorique est valable, mais elle n’est pas facilement applicable; il faut habituellement tenir compte des indicateurs de la puissance commerciale, comme la part du marché et les obstacles posés à l’accès au marché. Les facteurs particuliers qui devront être pris en compte pour évaluer le contrôle ou la puissance commerciale varieront dans chaque cas.

Le Tribunal est persuadé que la situation de la défenderesse est conforme à l’esprit de l’article et de l’ensemble de la Loi.

[104] On retrouve le même thème dans une autre décision du Tribunal, à savoir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Laidlaw Waste Systems Ltd.*, CT-1991-002, à la page 72 :

Afin de déterminer si une entreprise exerce un contrôle sensible ou complet dans un marché, il faut se demander si l’entreprise justifie, au plan économique, d’une puissance commerciale. Dans une perspective économique, puissance commerciale s’entend de la capacité de fixer des prix plus élevés que les niveaux concurrentiels sans toutefois que cela ne se répercute sur ses ventes et ainsi rende la pratique d’un tel prix non rentable pour l’entreprise. Il s’agit de la capacité de réaliser des superprofits en réduisant la production et en exigeant un prix plus élevé que le prix concurrentiel pour un produit. Tel qu’indiqué par le Tribunal dans la décision qu’il a rendue dans l’affaire *NutraSweet* : « [. . .] “puissance commerciale” [. . .] [est interprétée] généralement comme signifiant la capacité de fixer des prix plus élevés que les niveaux concurrentiels pendant une longue période ». [Soulignement ajouté.]

This Court has not been previously called upon to consider this question. It has addressed the question of market power, but in the context of the review of a transaction likely to substantially lessen competition. Market power was defined as follows in *Southam*, F.C.A. (at page 608):

It is universally accepted that a merger must be examined in terms of its likely effect on competition within a relevant market. The central concern is with respect to exercise of market power by a single dominant firm or a group of firms acting collectively. In turn, market power is recognized as the ability to profitably raise prices above competitive levels without losing a significant portion of business to rival firms or firms that may become rivals as a result of the price increase: . . . [Emphasis added.]

[105] Finally, the Supreme Court of Canada considered the question of market power in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, a case involving a prosecution under the *Combines Investigations Act* [R.S.C. 1970, c. C-23] (repealed) the precursor of the Act. Speaking of market power in relation to conspiracies to lessen competition, the Court described market power as the “ability to behave relatively independently of the market”(page 653). However, the Court went on to say that in the case of the abuse of dominance provisions, market power meant control and not simply the ability to behave independently of the market. This simply reflects the language of paragraph 79(1)(a) and its precursor, paragraph 32(1)(c) of the *Combines Investigation Act*. The Supreme Court’s comments simply confirm the Tribunal’s position with respect to market power as the test for control.

[106] In this case, the Tribunal defined market power as [at paragraph 122] “the ability to set prices above competitive levels for a considerable period,” a definition that is entirely consistent with the jurisprudence.

[107] While there appears to be broad agreement as to the use of market power as a proxy for control of the

C’est la première fois que notre Cour est appelée à examiner ce point. Elle a déjà étudié la question de la puissance commerciale, mais dans le contexte de l’examen d’une transaction devant vraisemblablement diminuer sensiblement la concurrence. Elle définissait comme suit la puissance commerciale dans *Southam*/C.A.F. (à la page 608) :

Il est accepté par tous qu’un fusionnement doit être examiné sous l’angle de son effet probable sur la concurrence dans un marché pertinent. La préoccupation centrale réside dans l’exercice d’une puissance commerciale par une entreprise dominante ou un groupe d’entreprises qui agissent de concert. On entend par puissance commerciale la capacité d’imposer avec profit une augmentation de prix à des niveaux plus élevés que le niveau concurrentiel sans perdre une partie importante de la clientèle aux mains d’entreprises qui sont des concurrents ou peuvent le devenir par suite de l’augmentation de prix [. . .] [Soulignement ajouté.]

[105] Enfin, la Cour suprême du Canada a examiné la question de la puissance commerciale dans *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, une affaire de poursuite sous le régime de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* [S.R.C. 1970, ch. C-23] (abrogée), qui a précédé la Loi. S’exprimant dans le contexte des complots en vue de réduire la concurrence, la Cour suprême définit la puissance commerciale, à la page 653 de cet arrêt, comme étant « la capacité d’agir de manière assez indépendante du marché ». Elle ajoute cependant que, sous le régime des dispositions relatives à l’abus de position dominante, la puissance commerciale signifie le contrôle et non pas simplement la capacité d’agir de manière indépendante du marché. Cette observation reflète simplement le libellé de l’alinéa 79(1)a) et de la disposition qui l’a précédé, soit l’alinéa 32(1)c) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. La Cour suprême ne fait ainsi que confirmer la position du Tribunal selon laquelle la puissance commerciale est le critère applicable pour établir s’il y a un contrôle du marché.

[106] Dans la présente affaire, le Tribunal a défini la puissance commerciale comme étant [au paragraphe 122] « la capacité à fixer des prix supraconcurrentiels et à les maintenir sur une longue période », définition tout à fait conforme à la jurisprudence.

[107] Si l’on paraît s’accorder en général sur l’utilisation de la puissance commerciale comme facteur

market, there is some difference of opinion as to how that factor is to be proved. In the passage cited above from the *NutraSweet* decision, the Tribunal indicates that some regard must be had for market share and barriers to entry. These are regarded as indirect proof of market power. But where direct evidence of market power is available, it should be considered (*Tele-Direct*, at pages 82 and 83):

. . . , the Tribunal also recognized that where the available evidence does not allow the definition of market power to be applied directly, it is necessary to look to indicators of market power, such as market share and barriers to entry. (*NutraSweet*, *supra*, footnote 3; *Laidlaw*, *supra*, footnote 24; *D & B*, *supra*.)

The Tribunal has never ruled out the possibility, however, that direct indicators of market power might be available as evidence in an appropriate case. Direct indicators of market power relate to the performance of the firm or firms in question or to their behaviour. The broad question that is posed is whether the observed performance results (e.g., profits) or observed patterns of conduct (e.g., pricing policy) are more likely to be associated with a firm or firms that are competitive or with those that have market power. While there are difficulties in applying direct indicators of market power, if the evidence is available this avenue should not be excluded.

As will be seen, this is a case in which the direct evidence is available and, in my view, determinative.

[108] Canada Pipe's attack on the Tribunal's conclusions with respect to market power can be summarized as follows:

1- The Tribunal incorrectly relied upon evidence of high margins.

2- The Tribunal incorrectly relied upon Canada Pipe's ability to lower prices.

de remplacement du contrôle du marché, les opinions divergent sur la manière dont l'existence d'une puissance commerciale doit être prouvée. Dans le passage de *NutraSweet* cité ci-dessus, le Tribunal fait observer qu'il convient de prendre en compte dans une certaine mesure la part de marché et les obstacles à l'entrée, facteurs qu'il considère comme des éléments de preuve indirecte touchant l'existence d'une puissance commerciale. Mais cela n'empêche pas qu'on doive tenir compte des éléments de preuve directe concernant la puissance commerciale dans les cas où l'on dispose de tels éléments (*Télé-Direct*, aux paragraphes 226 et 227) :

[. . .] le Tribunal a aussi reconnu que, lorsque les éléments de preuve soumis ne permettent pas de déterminer directement l'existence d'une puissance commerciale, il est nécessaire d'examiner des indicateurs de puissance commerciale, par exemple, la part de marché et les entraves à l'accès. (*NutraSweet*, *supra*, note 4; *Laidlaw*, *supra*, note 33; *D & B*, *supra*.)

Toutefois, le Tribunal n'a jamais écarté la possibilité que des indicateurs directs de puissance commerciale ne soient soumis dans les éléments de preuve ayant rapport à une affaire. Les indicateurs directs de la puissance commerciale ont rapport aux résultats obtenus par l'entreprise ou les entreprises en question ou à leur comportement. De façon générale, il s'agit d'établir si les résultats (par exemple, les bénéfices) ou le comportement (par exemple, la politique d'établissement des prix) observés sont ceux qui caractérisent plus vraisemblablement l'entreprise ou les entreprises qui sont en concurrence ou celles qui exercent une puissance commerciale. S'il est difficile d'utiliser des indicateurs directs de la puissance commerciale, cette façon de procéder ne doit pas être écartée lorsque existent les éléments de preuve nécessaires.

Comme on le verra plus loin, nous avons ici affaire à un cas où l'on dispose d'éléments de preuve directe, lesquels sont, à mon avis, déterminants.

[108] Les moyens que Tuyauteries Canada fait valoir contre les conclusions du Tribunal touchant la puissance commerciale peuvent être résumés comme suit :

1- Le Tribunal a commis une erreur en se fondant sur la preuve relative au niveau élevé des marges.

2- Le Tribunal a commis une erreur en se fondant sur la capacité de Tuyauteries Canada à réduire ses prix.

3- The Tribunal erred in finding market power without conclusive evidence of barriers to entry.

[109] It is true that the Tribunal was critical of the evidence of high margins put forward by the Commissioner's expert, Dr. Ross, as can be seen from the following paragraph in the Tribunal's reasons (at paragraph 129):

When looking at the summary of gross profits margins, the numbers seem high, though negative in some cases, as stated above. Dr. Ross himself, in his report, cautions the reader as to the interpretation of these figures. Dr. Ross made his calculations based on limited data provided by [Canada Pipe], but cannot say how those costs were established by [Canada Pipe] nor what they include. Moreover, he adds, even high margins do not necessarily lead to a conclusion of high economic profits, because the extra revenues (beyond marginal costs) might be necessary to cover fixed costs. Further, the Tribunal has no data on [Canada Pipe's] ratio of fixed costs to variable costs.

It is also true that the Tribunal appears to have given this evidence some credit in that it relies upon it to conclude that in two of the product markets, Canada Pipe is pricing above marginal cost. The two markets in question are the markets for pipe and fittings (Tribunal reasons, paragraph 124).

[110] Looking at the evidence of high margins, I may not have come to the same conclusion as did the Tribunal. But as Iacobucci J. said in *Southam*, S.C.C. (at paragraph 79):

It is possible that if I were deciding this case *de novo*, I might not dismiss so readily as the Tribunal did what is admittedly weighty evidence of inter-industry competition. In my view, it is very revealing that Southam's own expert, an American newspaper consultant, identified the community newspapers as the source of Southam's difficulties in the Lower Mainland. To find, in the face of such evidence, that the daily newspapers and the community newspapers are not

3- Le Tribunal a commis une erreur en constatant l'existence d'une puissance commerciale sans disposer d'éléments établissant de manière concluante l'existence d'obstacles à l'entrée.

[109] Il est vrai que le Tribunal a émis des réserves sur les éléments avancés par l'expert de la commissaire, M. Ross, en vue d'établir l'existence de marges élevées, comme le montre le paragraphe suivant de l'exposé de ses motifs (au paragraphe 129) :

À l'examen de l'état abrégé des marges bénéficiaires brutes, les chiffres semblent élevés, encore qu'ils soient négatifs dans certains cas, comme nous le disions précédemment. M. Ross lui-même, dans son rapport, invite le lecteur à la prudence dans l'interprétation de ces chiffres. Il a effectué ses calculs en se fondant sur des données limitées communiquées par [Tuyauteries Canada], mais ne peut dire comment cette dernière a établi ces coûts ni ce qu'ils recouvrent exactement. En outre, il ajoute que même le niveau élevé des marges ne mène pas nécessairement à la conclusion que les profits économiques soient élevés, parce que l'excédent des produits d'exploitation (sur les coûts marginaux) pourrait se révéler nécessaire pour couvrir les coûts fixes. Qui plus est, le Tribunal ne dispose pas de données sur le ratio des coûts fixes aux coûts variables de [Tuyauteries Canada].

Mais il n'est pas moins vrai que le Tribunal paraît avoir ajouté foi dans une certaine mesure à ces éléments de preuve puisqu'il se fonde sur eux pour conclure que Tuyauteries Canada fixe des prix supérieurs à ses coûts marginaux sur deux des marchés de produit, soit ceux des tuyaux et des raccords (paragraphe 124 de l'exposé des motifs du Tribunal).

[110] Mon propre examen des éléments de preuve relatifs au niveau élevé des marges ne m'aurait peut-être pas mené à la même conclusion que celle du Tribunal. Mais je reprends ici à mon compte les observations formulées par le juge Iacobucci dans *Southam/C.S.C.* (au paragraphe 79) :

Peut-être que si je statuais sur cette affaire *de novo*, je n'écarterais pas aussi facilement que l'a fait le Tribunal la preuve de la concurrence interindustrielle qui, reconnaît-on, a un poids considérable. À mon avis, il est très révélateur que la propre experte de Southam, une experte-conseil américaine de l'industrie des journaux, a indiqué que les journaux communautaires étaient la source des difficultés de Southam dans le Lower Mainland. Conclure, au vu d'une telle preuve,

competitors is perhaps unusual. In that sense, the Tribunal's finding is difficult to accept. However, it is not unreasonable. The Tribunal explained that, in its view, Southam was mistaken about who its competitors were; and though I may not consider that reason compelling, I cannot say that it is not a reason for which there is a logical and evidentiary underpinning. More generally, I notice that the Tribunal seems to have been preoccupied with the definition of the relevant market. It is possible that the members may occasionally have lost sight of the ultimate inquiry, which is whether the acquisition of the community newspapers by Southam substantially lessened competition. But again, I cannot say that the Tribunal's approach was unreasonable.

[111] Faulty as the evidence of high margins appears to be, it was for the Tribunal to assess it. The fact that I may have come to a different conclusion does not make its conclusion unreasonable.

[112] The more compelling argument against Canada Pipe's possession of market power in all 18 markets identified by the Tribunal is its reaction to the emergence of competitive suppliers. The Commissioner relied on the evidence of price reductions in response to competition to argue that the ability to reduce prices indicated that they were above competitive levels to begin with. But if prices have become competitive as a result of the emergence of competing suppliers, the significance of non-competitive prices at an earlier point in time is not obvious.

[113] Since market power is defined in terms of price, the best evidence of market power is a supplier's pricing following changes in the market. One would think that a supplier who is able to maintain prices above competitive levels (however defined) would be impervious to the emergence of competing suppliers. How did Canada Pipe react to the emergence of competing suppliers of cast iron DWV products (Tribunal reasons, at paragraph 97)?

que les quotidiens et les journaux communautaires ne sont pas concurrents est peut-être étrange. En ce sens, la conclusion du Tribunal est difficile à accepter. Toutefois, elle n'est pas déraisonnable. Le Tribunal a expliqué que, à son avis, Southam se trompait au sujet de l'identité de ses concurrents; et, bien que je ne trouve pas ce motif convaincant, je ne peux affirmer qu'il est dénué de logique et sans fondement dans la preuve. De façon plus générale, je remarque que le Tribunal semble avoir été préoccupé par la définition du marché pertinent. Il est possible que ses membres aient, à l'occasion, perdu de vue la question ultime, c'est-à-dire celle de savoir si l'acquisition des journaux communautaires par Southam diminuait sensiblement la concurrence. Ici aussi, il m'est impossible d'affirmer que l'approche du Tribunal était déraisonnable.

[111] Si défectueuse que paraisse la preuve relative au niveau élevé des marges, c'est au Tribunal qu'il appartenait de l'évaluer. Le fait que je serais peut-être arrivé à une conclusion différente ne rend pas la sienne déraisonnable.

[112] L'argument le plus convaincant contre la thèse que Tuyauteries Canada posséderait une puissance commerciale sur l'ensemble des 18 marchés définis par le Tribunal est la réaction de cette entreprise à l'émergence de fournisseurs concurrents. La commissaire s'est fondée sur des éléments établissant que Tuyauteries Canada avait réduit ses prix en réaction à la concurrence pour soutenir que cette capacité à baisser les prix indiquait que ceux-ci avaient été d'abord supraconcurrentiels. Mais si les prix sont devenus concurrentiels par suite de l'émergence de fournisseurs concurrents, on ne voit pas très bien la pertinence du fait qu'ils aient été antérieurement non concurrentiels.

[113] Comme la puissance commerciale se définit sur la base des prix, la meilleure preuve de l'existence d'une telle puissance est le niveau des prix que demande le fournisseur à la suite de changements dans le marché. On aurait tendance à penser qu'un fournisseur capable de maintenir des prix supraconcurrentiels (quelque définition qu'on en donne) serait indifférent à l'émergence de concurrents. Or, comment Tuyauteries Canada a-t-elle réagi à l'émergence de fournisseurs concurrents de produits d'évacuation et de ventilation en fonte (exposé des motifs du Tribunal, au paragraphe 97)?

The evidence shows clearly that Bibby [Canada Pipe] has reacted to the entry of new cast iron suppliers, whether manufacturer (Vandem) or imports (Sierra, New Centurion) by aggressively lowering its prices. In Quebec and the Maritimes, where no such competition exists, prices have increased since 1998. Although it is shown that Bibby [Canada Pipe] monitors the prices for plastic DWV products, there is no evidence of the prices of plastic products having a disciplinary effect on the price of the cast iron products.

If Canada Pipe's prices were supra-competitive in the absence of competition, they became competitive when new suppliers of cast iron products emerged. What was the effect of these price reductions (Tribunal reasons, at paragraph 127)?

The evidence on profit margins in the present case is not as clear as it was in *Tele-Direct*. Whereas in the latter case Tele-Direct was able to consistently pay 40 percent of its revenues to the telephone companies, in this case margins vary from one region to the next. They are consistently high in Quebec and the Maritimes, but dip in other regions, to the point of being negative for considerable periods of time in Alberta, the Prairies and British Columbia.

[114] In my view, this passage documents the Tribunal's acceptance of the fact that in some markets, margins were not high, though they were in others. It also shows that the Tribunal ultimately accepted that Canada Pipe's price reductions, in those regions where they occurred, were the result of competition from new suppliers (Tribunal reasons, at paragraph 136):

Notwithstanding the statistical debate between the two experts, the fact remains that prices in the West are significantly lower than prices in the East, and the obvious explanation, confirmed by witnesses appearing before the Tribunal, is the presence of imports. Prices for Bibby [Canada Pipe] products are lower in British Columbia than in Quebec, yet the products are manufactured in Quebec, and the cost of transport has to be added to the cost of production for items sold in British Columbia. The Tribunal is therefore satisfied, from consideration of the price differentials, particularly in British Columbia and Alberta, that imports have had an impact on prices of cast iron DWV products. Similarly, the Tribunal is satisfied that Vandem's entry in Ontario has

La preuve montre à l'évidence qu'elle [Tuyauteries Canada] a réagi à l'entrée de nouveaux fournisseurs de produits en fonte—qu'il s'agisse du fabricant Vandem ou des importateurs Sierra et New Centurion—par une stratégie offensive de réduction de ses prix. Or, au Québec et dans les Maritimes, où une telle concurrence n'existe pas, les prix ont augmenté depuis 1998. S'il a été établi que Bibby [Tuyauteries Canada] surveille l'évolution des prix des produits d'évacuation et de ventilation en plastique, aucun élément ne tend à prouver que les prix de ceux-ci auraient pour effet de discipliner les prix des produits en fonte.

Si les prix de Tuyauteries Canada étaient supra-concurrentiels en l'absence de concurrence, ils sont devenus concurrentiels avec l'émergence de nouveaux fournisseurs de produits en fonte. Quel a été l'effet de ces réductions de prix (exposé des motifs du Tribunal, au paragraphe 127)?

La preuve relative aux marges bénéficiaires n'est pas dans la présente espèce aussi claire qu'elle l'était dans *Télé-Direct*. Alors que Télé-Direct pouvait payer systématiquement 40 pour 100 de ses produits d'exploitation aux compagnies de téléphone, les marges, dans le cas de Bibby [Tuyauteries Canada], varient d'une région à l'autre. Elles sont uniformément élevées au Québec et dans les Maritimes, mais beaucoup moins dans d'autres régions, et même négatives sur des durées considérables en Alberta, dans les Prairies et en Colombie-Britannique.

[114] À mon sens, ce passage atteste la reconnaissance par le Tribunal du fait que les marges n'étaient pas élevées sur certains marchés, même si elles l'étaient sur d'autres. Il montre également que le Tribunal a reconnu en dernière analyse que Tuyauteries Canada a réduit ses prix, dans les régions où elle l'a fait, par suite de la concurrence de nouveaux fournisseurs (exposé des motifs du Tribunal, au paragraphe 136) :

Malgré le débat statistique entre les deux experts, il reste que les prix sont notablement plus bas dans l'Ouest que dans l'Est et que la raison évidente, confirmée par les témoins qui ont comparu devant le Tribunal, en est la présence d'importations. Les prix des produits de Bibby [Tuyauteries Canada] sont plus bas en Colombie-Britannique qu'au Québec; pourtant, ils sont fabriqués au Québec, et le coût du transport doit être ajouté au coût de production des articles vendus en Colombie-Britannique. L'examen des différences de prix, en particulier en Colombie-Britannique et en Alberta, convainc par conséquent le Tribunal que les importations ont influé sur les prix des produits d'évacuation et de ventilation en fonte. De même, le Tribunal est amené à conclure que

exerted downward pressure on the prices in that province. No such movement is noted in Quebec and the Maritimes.

Given the definition of market power, it is difficult to see on what basis the Tribunal could conclude that Canada Pipe had market power in British Columbia, Alberta, the Prairies and Ontario after the emergence of competing suppliers of cast iron products in those regions. The fact of reducing prices to respond to the emergence of new competitors is inconsistent with “the ability to set prices above competitive levels for a considerable period”.

[115] Seen in this light, Canada Pipe is only in a position to exercise market power in Quebec and the Maritimes, where it faces no competition, and where prices have risen, not fallen. In the other four geographic markets, it is constrained by the presence of importers and manufacturers of cast iron products to reduce its prices significantly. Those reductions are inconsistent with possession of market power.

[116] In its concluding paragraph on this issue, the Tribunal summarizes its position on market power, as disclosed by the indirect evidence, as follows (at paragraph 161):

The evidence on barriers to entry is not entirely conclusive. However, Bibby’s [Canada Pipe’s] large market share, its range of products and national presence, the limited penetration of competitors and the fact that this market offers only limited growth potential are sufficient to establish that Bibby [Canada Pipe] does control a substantial part of the cast iron DWV products market.

If there is a test of control other than market power, the Tribunal has not articulated it. If the test is market power, then the Tribunal’s failure to recognize the significance of the price reductions which followed the emergence of new entrants in the market in Ontario and the western geographic regions is unreasonable.

l’entrée de Vandem en Ontario a exercé une pression à la baisse sur les prix dans cette province. On ne constate en effet aucune variation de cette nature au Québec ou dans les Maritimes.

Étant donné la définition de la puissance commerciale, on ne voit pas bien sur quelle base le Tribunal a pu conclure que Tuyauteries Canada disposait d’une telle puissance en Colombie-Britannique, en Alberta, dans les Prairies et en Ontario après l’émergence dans ces régions de fournisseurs concurrents de produits en fonte. La réduction des prix en réaction à l’émergence de nouveaux concurrents n’est pas compatible avec « la capacité à fixer des prix supraconcurrentiels et à les maintenir sur une longue période ».

[115] De ce point de vue, Tuyauteries Canada n’est en mesure d’exercer une puissance commerciale qu’au Québec et dans les Maritimes, où elle n’a pas de concurrence et où les prix ont augmenté au lieu de baisser. Sur les quatre autres marchés géographiques, Tuyauteries Canada est contrainte à réduire sensiblement ses prix par la présence d’autres fournisseurs—importateurs ou fabricants—de produits en fonte. Or, ces réductions de prix sont incompatibles avec la possession de puissance commerciale.

[116] Le Tribunal résume comme suit sa position sur la question de la puissance commerciale, telle qu’elle se trouve éclairée par la preuve indirecte, dans son paragraphe de conclusion sur cette question (au paragraphe 161) :

La preuve relative aux obstacles à l’entrée n’est pas entièrement concluante. Cependant, la part de marché considérable que Bibby [Tuyauteries Canada] détient, l’éventail de ses produits, sa présence nationale, le caractère restreint de la pénétration de ses concurrents et le fait que le marché en question ne présente que des possibilités limitées de croissance suffisent à établir que Bibby [Tuyauteries Canada] contrôle effectivement une part substantielle du marché des produits d’évacuation et de ventilation en fonte.

S’il y a pour le contrôle du marché un autre critère que la puissance commerciale, le Tribunal ne l’a pas formulé. Si le critère du contrôle est la puissance commerciale, le Tribunal a agi de manière déraisonnable en ne reconnaissant pas l’importance des réductions de prix qui ont suivi l’émergence de nouvelles entreprises sur les marchés de l’Ontario et des régions de l’Ouest.

[117] Canada Pipe also attacks the Tribunal's finding on barriers to entry. The Tribunal found that (at paragraph 152):

Entry must be shown to be both effective and viable. In this instance, entry by various players, especially in the West and to a lesser extent in Ontario, has certainly had an effect on prices. From Bibby's reaction to these new entrants, it can be said that they are perceived as competitors. Thus entry has been effective where it has occurred. Its viability remains to be determined.

In my view, this passage incorporates two findings of fact which are conclusive against a finding of market power on the part of Canada Pipe. New suppliers did emerge, so that barriers to entry, if present, were not determinative, and the new suppliers had an effect on Canada Pipe's prices, which is inconsistent with the latter exercising market power.

[118] As a result, I find that the Tribunal's conclusion that Canada Pipe had market power in British Columbia, Alberta, the Prairies and Ontario is unreasonable as it is inconsistent with its own definition of market power, the test of whether Canada Pipe had control or substantial control of the 18 markets which the Tribunal defined. As a result, the Tribunal's finding as to market power applies only to the three product markets in two of the six geographic markets which it defined, namely Quebec and the Maritimes.

CONCLUSION

[119] Having regard to the evidence which the Tribunal had before it, as well as the standard of review applicable to these questions, I find that the Tribunal's definition of the product markets do not justify this Court's intervention. However, I am of the view that we must intervene with respect to the question of Canada Pipe's market power in British Columbia, Alberta, the Prairies and Ontario, four of the six geographic markets

[117] Tuyauteries Canada conteste aussi les conclusions du Tribunal sur les obstacles à l'entrée. Le Tribunal avait formulé à ce sujet les observations suivantes (au paragraphe 152) :

Il faut établir que l'entrée est à la fois productrice d'effet et viable. Dans la présente espèce, l'entrée de divers acteurs—en particulier dans l'Ouest et, dans une moindre mesure, en Ontario—a certainement produit un effet sur les prix. À en juger par sa réaction à ces nouveaux venus, on peut dire que Bibby [Tuyauteries Canada] les considère comme des concurrents. Par conséquent, l'entrée s'est révélée productrice d'effet dans les régions où elle a eu lieu. Sa viabilité reste à déterminer.

À mon avis, ce passage contient deux conclusions de fait qui infirment de manière décisive la thèse que Tuyauteries Canada posséderait une puissance commerciale. De nouveaux fournisseurs sont apparus, de sorte que les obstacles à l'entrée, s'il y en avait, n'ont pas eu d'effet déterminant, et les nouveaux fournisseurs ont influé sur les prix de Tuyauteries Canada, ce qui est incompatible avec l'idée qu'elle exercerait une puissance commerciale.

[118] De ce qui précède, je conclus au caractère déraisonnable de la conclusion du Tribunal selon laquelle Tuyauteries Canada disposait de puissance commerciale en Colombie-Britannique, en Alberta, dans les Prairies et en Ontario, au motif que cette conclusion est incompatible avec sa propre définition de la puissance commerciale, soit le critère permettant d'établir si Tuyauteries Canada contrôlait, ou contrôlait sensiblement, les 18 marchés définis par le Tribunal. En conséquence, la conclusion du Tribunal relative à l'existence d'une puissance commerciale ne s'applique aux trois marchés de produit que sur deux des six marchés géographiques qu'il a définis, c'est-à-dire le Québec et les Maritimes.

CONCLUSION

[119] Vu la preuve dont disposait le Tribunal et la norme de contrôle applicable aux questions considérées, je conclus que la définition donnée par le Tribunal des marchés de produit ne justifie pas l'intervention de notre Cour. Cependant, j'estime que cette dernière doit intervenir sur la question de la puissance commerciale de Tuyauteries Canada en Colombie-Britannique, en Alberta, dans les Prairies et en Ontario, soit sur quatre

identified by the Tribunal. The fact that Canada Pipe was required to lower prices in response to competition from other suppliers of cast iron products in those markets is inconsistent with the definition of market power. Consequently, I would return the matter to the Competition Tribunal with a direction for reconsideration on the basis of these reasons.

des six marchés géographiques définis par le Tribunal. Le fait que Tuyauteries Canada ait dû réduire ses prix en réaction à la concurrence d'autres fournisseurs de produits en fonte sur ces marchés est incompatible avec la définition de la puissance commerciale. Par conséquent, je renverrais l'affaire au Tribunal de la concurrence pour qu'il la réexamine en fonction des motifs ici exposés.

A-155-05
2006 FCA 229

A-155-05
2006 CAF 229

Pharmascience Inc. (Appellant) (Respondent)

Pharmascience Inc. (appelante) (défenderesse)

v.

c.

**Sanofi-Aventis Canada Inc. and Sanofi-Aventis
Deutschland GmbH (Respondents) (Applicants)**

**Sanofi-Aventis Canada Inc. et Sanofi-Aventis
Deutschland GmbH (intimées) (demanderesses)**

and

et

**The Minister of Health and Schering Corporation
(Respondents) (Respondents)**

**Le ministre de la Santé et Schering Corporation
(intimés) (défendeurs)**

**INDEXED AS: AVENTIS PHARMA INC. v. PHARMASCIENCE INC.
(F.C.A.)**

**RÉPERTORIÉ : AVENTIS PHARMA INC. c. PHARMASCIENCE
INC. (C.A.F.)**

Federal Court of Appeal, Sexton, Sharlow and Malone
J.J.A.—Montréal, June 6 and 7; Ottawa, June 21, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Sexton, Sharlow et Malone,
J.C.A.—Montréal, 6 et 7 juin; Ottawa, 21 juin 2006.

Patents — Infringement — Appeal from Federal Court decision prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to appellant for ramipril capsules until expiry of patents issued to respondents — Respondents marketing ramipril capsules for use in treatment of hypertension, cardiac insufficiency, appellant seeking Minister's approval for ramipril capsules only for use in treatment of hypertension — Whether notice of allegation no claim of Canadian Patent No. 1246457 ('457 patent) would be infringed sufficient — Trial Judge not applying correct legal test in finding notice of allegation inadequate — Allegation of non-infringement of '457 patent justified — Narrower interpretation of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(1)(b)(iv), as proposed by appellant, more consistent with ordinary grammatical meaning of provision, general scheme of Patent Act — Apparently conflicting case law reviewed — Appellant alleging invalidity of Canadian Patent No. 1341206 ('206 patent) based on "double patenting" — Trial Judge correctly finding allegation of invalidity of '206 patent not justified — Appeal dismissed.

Brevets — Contrefaçon — Appel d'une décision de la Cour fédérale interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l'appelante pour ses gélules de ramipril avant l'expiration des brevets délivrés aux intimées — Les intimées commercialisent des gélules de ramipril pour le traitement de l'hypertension et de l'insuffisance cardiaque; l'appelante demandait au ministre d'approuver l'utilisation de ses gélules de ramipril pour le traitement de l'hypertension seulement — Il s'agissait d'établir la suffisance de l'avis d'allégation affirmant qu'aucune revendication du brevet canadien numéro 1246457 (le brevet '457) ne serait contrefaite — La juge de première instance n'a pas appliqué le critère juridique approprié lorsqu'elle a décidé que l'avis d'allégation était insuffisant — L'allégation de non-contrefaçon du brevet '457 était justifiée — L'interprétation plus restrictive de l'art. 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité) proposée par l'appelante correspond davantage au sens grammatical de cette disposition ainsi qu'à l'économie générale de la Loi sur les brevets — Examen de la jurisprudence apparemment conflictuelle — Le fondement juridique de l'allégation d'invalidité du brevet canadien numéro 1341206 (le brevet '206) que l'appelante a avancée est le « double brevet » — La juge de première instance a eu raison de conclure que l'allégation d'invalidité du brevet '206 n'était pas fondée — Appel rejeté.

Construction of Statutes — Main issue relating to Canadian Patent No. 1246457 ('457 patent) interpretation of NOC Regulations, s. 5(1)(b)(iv) — Provision setting out required

Interprétation des lois — La question litigieuse principale relative au brevet canadien numéro 1246457 (le brevet '457) avait trait à l'interprétation de l'art. 5(1)(b)(iv) du Règlement

— *Provision setting out required contents of non-infringement allegation — Appellant arguing words “by that person” meaning provision refers only to acts of appellant constituting infringement of ‘457 patent — Narrower interpretation proposed by appellant more consistent with ordinary grammatical meaning of Regulations, s. 5(1)(b)(iv), general scheme of Patent Act — Patent Act, s. 55.2(4), Regulations intended to prevent patent infringement by appellant, not by patients — Apparent conflict in case law discussed.*

This was an appeal from a Federal Court decision allowing an application for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance, under the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* (NOC Regulations), for its drug ramipril until after the expiry of Canadian Patent Nos. 1246457 (the ‘457 patent) and 1341206 (the ‘206 patent). The respondents Aventis produce and market ramipril capsules under the trade name “Altace” for use in the treatment of hypertension and cardiac insufficiency. In 2001, the appellant Pharmascience Inc. submitted an abbreviated new drug submission to the Minister of Health to obtain a notice of compliance for its proposed ramipril capsules only for use in the treatment of hypertension. Three patents are listed for “Altace” on the register maintained by the Minister pursuant to the NOC Regulations: Canadian Patent No. 1187087 (the ‘087 patent) and the ‘206 and ‘457 patents. The ‘206 patent was issued in 2001 from an application filed in 1981, and is now owned by the respondent Schering Corporation. The ‘087 patent was issued to Aventis in 1985 from an application filed in 1982, and the ‘457 patent was issued to Aventis in 1988 from an application filed in 1985. The appellant alleged that claims 1, 2, 3, 6 and 12 of the ‘206 patent are invalid because they cover a subject-matter that is not patentably distinct from the subject-matter of the claims of the ‘087 patent and the ‘457 patent. Aventis denied those allegations. Three issues were raised on appeal: (1) whether the trial Judge erred in determining that the notice of allegation relating to the ‘457 patent was inadequate; (2) whether the allegation of non-infringement of the ‘457 patent was justified; and (3) whether the allegation of invalidity of the ‘206 patent was justified.

Held, the appeal should be dismissed.

(1) The notice of allegation served by the appellant stated that no claim of the ‘457 patent would be infringed by the making, constructing, using or selling of its ramipril capsules.

sur les médicaments brevetés (avis de conformité) — Cette disposition établit ce que doit contenir une allégation de non-contrefaçon — L’appelante a soutenu que les mots « par elle » signifient que la disposition s’applique uniquement à ses actes qui constitueraient une contrefaçon du brevet ‘457 — L’interprétation plus restrictive de l’art. 5(1)(b)(iv) du Règlement proposée par l’appelante correspond davantage au sens grammatical de cette disposition ainsi qu’à l’économie générale de la Loi sur les brevets — L’art. 55.2(4) de la Loi sur les brevets et le Règlement visent à prévenir la contrefaçon du brevet par l’appelante et non par les patients — Examen de la jurisprudence apparemment conflictuelle.

Il s’agissait d’un appel d’une décision par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande afin d’obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à l’appelante en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* (le Règlement sur les AC) pour ses gélules de ramipril avant l’expiration des brevets canadiens numéros 1246457 (le brevet ‘457) et 1341206 (le brevet ‘206). Les intimées, Aventis, produisent et commercialisent des gélules de ramipril sous l’appellation commerciale « Altace » pour être utilisées dans le traitement de l’hypertension et de l’insuffisance cardiaque. En 2001, l’appelante, Pharmascience Inc., a soumis au ministre de la Santé une présentation abrégée de drogue nouvelle afin d’obtenir un avis de conformité pour ses gélules projetées de ramipril pour le traitement de l’hypertension seulement. Trois brevets concernant l’« Altace » sont inscrits au registre tenu par le ministre conformément au Règlement sur les AC : soit le brevet canadien numéro 1187087 (le brevet ‘087) ainsi que les brevets ‘206 et ‘457. Le brevet ‘206 a été délivré en 2001 par suite d’une demande déposée en 1981, et il appartient maintenant à l’intimée Schering Corporation. Le brevet ‘087 a été délivré à Aventis en 1985 par suite d’une demande déposée en 1982, et le brevet ‘457 a également été délivré à Aventis en 1988 par suite d’une demande déposée en 1985. L’appelante a prétendu que les revendications 1, 2, 3, 6 et 12 du brevet ‘206 sont invalides parce qu’elles ne visent pas un élément distinct, au plan de la brevetabilité, de celui visé par les revendications du brevet ‘087 et du brevet ‘457. Aventis a nié ces allégations. Trois questions ont été soulevées dans l’appel : 1) la juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que l’avis d’allégation visant le brevet ‘457 était insuffisant; 2) l’allégation de non-contrefaçon du brevet ‘457 était-elle justifiée; et 3) l’allégation d’invalidité du brevet ‘206 était-elle justifiée?

Jugement : l’appel est rejeté.

1) L’avis d’allégation que l’appelante a signifié affirmait qu’aucune revendication du brevet ‘457 ne serait contrefaite en cas de fabrication, de construction, d’utilisation ou de vente

The trial Judge found this to be a bald assertion of non-infringement and therefore inadequate. The applicable legal principle is that a notice of allegation is adequate if it sets out the grounds for the allegation well enough to enable the person to whom it is addressed to make an informed decision about whether to commence prohibition proceedings. The trial Judge did not apply the correct legal test when she found the notice of allegation to be inadequate. The record contained no evidence that the notice of allegation and detailed statement left Aventis guessing at the grounds for the appellant's non-infringement allegation. On the contrary, it was clearly established that the appellant was proposing to market its product for use in the treatment of hypertension and not cardiac insufficiency. The trial Judge should have disregarded the responding evidence brought by the appellant instead of finding the notice of allegation to be inadequate. Logically, the responding evidence was not capable of establishing that Aventis did not have enough information to make an informed decision as to whether to make its application.

(2) Any factual statements made by the appellant in its notice of allegation and detailed statement are presumed to be true in the absence of evidence to the contrary. There was no such evidence in this case. Therefore, the appellant was entitled to the benefit of the presumption that it will market its ramipril capsules only for use in the treatment of hypertension. There was evidence that because of the drug prescription policies of some or all provincial governments relating to drug formularies, it is inevitable that if the appellant is given a notice of compliance for its ramipril capsules, some physicians will prescribe the appellant's ramipril capsules for use in the treatment of cardiac insufficiency, some pharmacists will dispense them for that use, and some patients will take them for that use. The inescapable conclusion was that some infringement of the '457 patent by patients is probable if the appellant is permitted to market its ramipril capsules. However, Aventis did not and could not argue that mere marketing by the appellant of its product for use in the treatment of hypertension, without more, amounted to infringement by the appellant of the '457 patent, or infringement through inducement or procurement of infringement by others.

The appellant argued that the NOC Regulations did not require it to address the possibility or the probability of infringement of the '457 patent by patients, citing the decision

par elle de ses gélules de ramipril. La juge de première instance a conclu qu'il s'agissait d'une simple affirmation de non-contrefaçon qui était donc insuffisante. Le principe juridique qui s'appliquait était que l'avis d'allégation était suffisant s'il exposait les fondements de l'allégation de manière assez complète pour que la personne à qui il s'adressait puisse décider de manière éclairée s'il convenait de répliquer à l'allégation en introduisant une instance en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction. La juge de première instance n'a pas appliqué le critère juridique approprié lorsqu'elle a décidé que l'avis d'allégation était insuffisant. Il n'y avait aucune preuve au dossier qui permettait d'établir que l'avis d'allégation et l'énoncé détaillé avaient contraint Aventis de deviner les motifs de l'allégation de non-contrefaçon de l'appelante. Au contraire, il ressortait clairement du dossier que l'appelante projetait de commercialiser son produit pour le traitement de l'hypertension et non pour celui de l'insuffisance cardiaque. La juge de première instance aurait dû écarter la contre-preuve produite par l'appelante au lieu de déclarer que l'avis d'allégation était insuffisant. Logiquement, la contre-preuve ne permettait pas d'établir qu'Aventis n'avait pas suffisamment d'information pour décider de manière éclairée s'il convenait de présenter sa demande.

2) Les déclarations factuelles faites par l'appelante dans son avis d'allégation et son énoncé détaillé sont présumées véridiques, sauf preuve contraire. De tels éléments de preuve n'ont pas été présentés en l'espèce. Par conséquent, l'appelante avait le droit de bénéficier de la présomption qu'elle commercialiserait ses gélules de ramipril pour le traitement de l'hypertension seulement. D'après certains éléments de preuve, en raison des politiques de certaines ou de toutes les provinces en matière d'ordonnances de médicaments concernant les formulaires pharmaceutiques, il est inévitable que, si l'appelante obtient un avis de conformité pour ses gélules de ramipril, certains médecins prescriront ces gélules de ramipril pour le traitement de l'insuffisance cardiaque, certains pharmaciens les délivreront pour cet usage et certains patients les prendront pour cet usage également. La conclusion inévitable était que la contrefaçon du brevet '457 par des patients est probable si l'appelante obtient l'autorisation de commercialiser ses gélules de ramipril. Cependant, Aventis ne soutenait pas, et elle ne pouvait pas soutenir, que la simple commercialisation par l'appelante de son produit pour le traitement de l'hypertension, sans plus, équivalait à une contrefaçon du brevet '457 par l'appelante ou que celle-ci avait incité ou amené d'autres personnes à contrefaire le brevet.

L'appelante a soutenu qu'elle n'était pas obligée, en vertu du Règlement sur les AC, de tenir compte de la possibilité ou de la probabilité que le brevet '457 soit contrefait par des

of the Federal Court of Appeal in *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)*. Aventis challenged the correctness of the interpretation of subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations upon which the decision in *AB Hassle* was based. The *AB Hassle* interpretation was correct. Subparagraph 5(1)(b)(iv) sets out the required contents of a non-infringement allegation. It states that in a non-infringement allegation, the generic drug producer must allege that “no claim for the medicine itself and no claim for the use of the medicine would be infringed by the making, constructing, using or selling by that person of the drug for which the submission for the notice of compliance is filed”. The appellant argued that the words “by that person” means that this provision refers only to its acts that would constitute infringement of the ‘457 patent. Aventis replied that subparagraph 5(1)(b)(iv) should be read more broadly, so that it includes infringement by anyone of the ‘457 patent that results from the issuance of a notice of compliance to the appellant. The interpretation proposed by the appellant is more consistent with the ordinary grammatical meaning of subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations. Subsection 55.2(4) of the *Patent Act* and by extension the NOC Regulations are intended to prevent patent infringement by the appellant, not by patients. This narrower interpretation is also more consistent with the general scheme of the *Patent Act*. Although paragraphs 45 to 50 in *Procter & Gamble Pharmaceutical Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)*, relied upon by Aventis, could be taken to support the broader interpretation advanced, these statements should be taken to have been reversed by *AB Hassle* to that limited extent. As there was no evidence that the appellant will infringe the ‘457 patent, or that it will induce or procure the infringement by others of the ‘457 patent, the allegation of non-infringement of the ‘457 patent was justified. Even before the ‘457 patent expired on December 13, 2005, there was no basis upon which the Federal Court could have granted the application of Aventis for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance to the appellant for its ramipril capsules.

(3) The allegation of invalidity of the ‘206 patent was that the relevant claims 1, 2, 3, 6 and 12 cover subject-matter that is not patentably distinct from the subject-matter covered by the ‘087 patent. The detailed statement said that the legal basis for that allegation was “double patenting”. “Double patenting” refers to certain judge-made rules that have been devised to prevent the “evergreening” of patents. Evergreening is the undue extension of the statutory monopoly in a particular

patients, citant la décision que la Cour d’appel fédérale a rendue dans l’affaire *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*. Aventis a contesté le bien-fondé de l’interprétation donnée au sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les AC sur laquelle l’arrêt *AB Hassle* reposait. L’interprétation donnée dans cet arrêt était correcte. Le sous-alinéa 5(1)(b)(iv) établit ce que doit contenir une allégation de non-contrefaçon. Cette disposition prévoit que, dans l’allégation de non-contrefaçon, la société qui fabrique les médicaments génériques doit alléguer que « aucune revendication pour le médicament en soi ni aucune revendication pour l’utilisation du médicament ne seraient contrefaites advenant l’utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par elle de la drogue faisant l’objet de la demande d’avis de conformité ». L’appelante a soutenu que les mots « par elle » signifient que la disposition s’applique uniquement à ses actes qui constitueraient une contrefaçon du brevet ‘457. Aventis a affirmé que le sous-alinéa 5(1)(b)(iv) devrait recevoir une interprétation plus large, de manière à inclure toute contrefaçon par quiconque du brevet ‘457, résultant de quelque façon de la délivrance d’un avis de conformité à l’appelante. L’interprétation proposée par l’appelante correspond davantage au sens grammatical du sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les AC. Le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* et, par extension, le Règlement sur les AC visent à prévenir la contrefaçon du brevet par l’appelante et non par les patients. Cette interprétation plus restrictive correspond aussi davantage à l’économie générale de la *Loi sur les brevets*. Même si les paragraphes 45 à 50 de l’arrêt *Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada c. Canada (Ministre de la Santé)*, qu’Aventis a invoqués, pourraient donner à penser qu’ils confirment l’interprétation plus large avancée, on devrait considérer, dans cette mesure, qu’ils ont été infirmés par l’arrêt *AB Hassle*. Comme il n’y avait aucune preuve que l’appelante contreferaient le brevet ‘457, ou qu’elle inciterait ou amènerait d’autres personnes à le contrefaire, l’allégation de non-contrefaçon du brevet ‘457 était fondée. Même avant l’expiration du brevet ‘457 le 13 décembre 2005, il n’y avait aucun motif pour lequel la Cour fédérale aurait pu faire droit à la demande d’Aventis visant à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à l’appelante pour ses gélules de ramipril.

3) Selon l’allégation d’invalidité du brevet ‘206, les revendications 1, 2, 3, 6 et 12 visaient des éléments qui n’étaient pas brevetables parce qu’ils n’étaient pas distincts des éléments visés par le brevet ‘087. L’énoncé détaillé précisait que le fondement juridique de l’allégation était le « double brevet ». Le concept du « double brevet » renvoie à une certaine jurisprudence élaborée pour empêcher les « renouvellements à perpétuité » des brevets. Le

patent by means of a series of patents with obvious or uninventive additions. The claims of the '206 patent were not identical or conterminous with the claims of the '087 patent or the '457 patent. Therefore, the invalidity allegation in this case had to be understood as an allegation of obviousness double patenting. Pharmascience submitted that obviousness in this context should have been assessed in 2001, the date of issuance, rather than 1981, the date of application. That there was no evidence that the '206 patent was obvious in 2001 was fatal to this aspect of the appeal. Nonetheless, applying the doctrine of double patenting would be inconsistent with the relevant statutory scheme. The inventions disclosed in the '087 patent and the '457 patent were not only narrower in scope than the inventions disclosed in the '206 patent, but were later in time (based on their respective application dates). Given that the inventors of the '087 and '457 patents were working independently of the inventor of the '206 patent, it could not reasonably be found that the filing of the application for the '206 patent was an attempt to extend unduly the term of the '087 patent and the '457 patent. On the contrary, to apply the doctrine of double patenting to the '206 patent in the circumstances of this case would deprive the respondent Schering unfairly of the patent rights to which it became entitled as a result of the disclosure of the '206 patent. The doctrine of double patenting, as a set of judge-made rules, should be left to evolve on a case-by-case basis. The trial Judge was correct to find that the allegation of invalidity of the '206 patent was not justified.

renouvellement à perpétuité est le prolongement indu du monopole conféré par la loi au breveté grâce à des brevets successifs obtenus pour des ajouts évidents ou non inventifs. Les revendications du brevet '206 n'étaient pas identiques à celles du brevet '087 ou du brevet '457. Par conséquent, l'allégation d'invalidité, en l'espèce, devait s'entendre comme une allégation de double brevet relatif à une évidence. Pharmascience a soutenu que la question de l'évidence aurait dû être examinée par rapport à 2001, la date de délivrance du brevet, plutôt que par rapport à 1981, la date du dépôt de la demande. Le fait qu'aucun élément de preuve ne démontrait que le brevet '206 était évident en 2001 a porté un coup fatal à ce volet de l'appel. Néanmoins, l'application de la doctrine du double brevet serait incompatible avec le cadre législatif pertinent. Les inventions divulguées dans les brevets '087 et '457 avaient non seulement une portée plus restreinte que les inventions divulguées dans le brevet '206, mais elles étaient plus récentes (selon les dates respectives de dépôt des demandes). Comme les inventeurs des brevets '087 et '457 travaillaient indépendamment de l'inventeur du brevet '206, on ne pouvait pas raisonnablement conclure que le dépôt de la demande de brevet '206 constituait une tentative de prolonger indûment la durée du brevet '087 et du brevet '457. Au contraire, l'application de la doctrine du double brevet dans les circonstances de l'espèce priverait injustement l'intimée Schering des droits découlant du brevet par suite de la divulgation du brevet '206. La doctrine du double brevet, issue de la jurisprudence, doit pouvoir évoluer au cas par cas. La juge de première instance a eu raison de conclure que l'allégation d'invalidité du brevet '206 n'était pas fondée.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Food and Drug Regulations, C.R.C., c. 870.
Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 27(1)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Suppl.), c. 33, s. 8), 43, 55.2(1) (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4), (4) (as enacted *idem*; 2001, c. 10, s. 2).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5(1)(b)(iv) (as am. by SOR/99-379, s. 2), (1.1) (as am. *idem*), 6 (as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3), 8 (as am. by SOR/98-166, s. 8).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (2002), 22 C.P.R. (4th) 1; 298 N.R. 323; 2002 FCA 421; affg [2002] 3 F.C. 221; (2001), 16 C.P.R. (4th)

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 27(1)a) (mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 8), 43, 55.2(1) (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4), (4) (édicte, *idem*; 2001, ch. 10, art. 2).
Règlement sur les aliments et drogues, C.R.C., ch. 870.
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(1)b)(iv) (mod. par DORS/99-379, art. 2), (1.1) (mod., *idem*), 6 (mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3), 8 (mod. par DORS/98-166, art. 8).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), 2002 CAF 421; conf. [2002] 3 C.F. 221; 2001 CFPI 1264; autorisation de pourvoi à la C.S.C.

21; 213 F.T.R. 161; 2001 FCT 1264; application for leave to appeal to S.C.C. refused, [2003] 1 S.C.R. v; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533; (2005), 253 D.L.R. (4th) 1; 39 C.P.R. (4th) 449; 334 N.R. 55; 2005 SCC 26.

CONSIDERED:

Monsanto Canada Inc. v. Schmeiser, [2004] 1 S.C.R. 902; (2004), 239 D.L.R. (4th) 271; 31 C.P.R. (4th) 161; 320 N.R. 201; 2004 SCC 34; *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153; (2002), 219 D.L.R. (4th) 660; 21 C.P.R. (4th) 499; 296 N.R. 130; 2002 SCC 77; *Procter & Gamble Pharmaceuticals Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 1 F.C. 402; (2002), 216 D.L.R. (4th) 376; 20 C.P.R. (4th) 1; 231 F.T.R. 320; 291 N.R. 339; 2002 FCA 290; affg (2001), 15 C.P.R. (4th) 496; 213 F.T.R. 101; 2001 FCT 1151; application for leave to appeal to S.C.C. refused [2002] S.C.C.A. No. 407 (QL); *Commissioner of Patents v. Fabwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49; (1963), 41 C.P.R. 9; 25 Fox Pat C. 99.

REFERRED TO:

Zeneca Pharma Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare) (1996), 66 C.P.R. (3d) 169; 109 F.T.R. 148 (F.C.T.D.); *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 167 F.T.R. 111 (F.C.T.D.); *AB Hassle v. Apotex Inc.*, [2006] 4 F.C.R. 513; (2006), 265 D.L.R. (4th) 363; 47 C.P.R. (4th) 329; 2006 FCA 51; *Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Ltd.* (2005), 42 C.P.R. (4th) 97; 341 N.R. 330; 2005 FCA 270; *AstraZeneca AB v. Apotex Inc.* (2005), 335 N.R. 1; 2005 FCA 183; *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2004), 38 C.P.R. (4th) 400; 329 N.R. 152; 2004 FCA 398; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401; (2005), 251 D.L.R. (4th) 604; [2005] 8 W.W.R. 1; 262 Sask. R. 1; 24 Admin. L.R. (4th) 1; 29 C.C.L.T. (3d) 1; 8 C.P.C. (6th) 199; 333 N.R. 1; 2005 SCC 25; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (3d) 1; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201; amended reasons [1998] 1 S.C.R. 1222; (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45; (2002), 219 D.L.R. (4th) 577; 21 C.P.R. (4th) 417; 296 N.R. 1; 2002 SCC 76; *SmithKline Beecham Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R.

refusée [2003] 1 R.C.S. v; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533; 2005 CSC 26.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser, [2004] 1 R.C.S. 902; 2004 CSC 34; *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153; 2002 CSC 77; *Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 1 C.F. 402; 2002 CAF 290; conf. 2001 CFPI 1151; autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2002] S.C.C.A. n° 407 (QL); *Commissioner of Patents v. Fabwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49; (1963), 41 C.P.R. 9; 25 Fox Pat C. 99.

DÉCISIONS CITÉES :

Zeneca Pharma Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social), [1996] A.C.F. n° 282 (1^{re} inst.) (QL); *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 662 (1^{re} inst.) (QL); *AB Hassle c. Apotex Inc.*, [2006] 4 R.C.F. 513; 2006 CAF 51; *Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2005 CAF 270; *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.*, 2005 CAF 183; *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2004 CAF 398; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401; 2005 CSC 25; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; motifs modifiés [1998] 1 R.C.S. 1222; *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45; 2002 CSC 76; *SmithKline Beecham Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, [2001] A.C.F. n° 3 (C.A.) (QL); *Valmet Oy c. Beloit Canada Ltd.* (1988), 20 C.P.R. (3d) 1; 82 N.R. 235 (C.A.F.); *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1381; *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.*, 2006 CF 7; *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1461; *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1421; *Axcan Pharma Inc. c. Pharmascience Inc.*, 2005 CF 1231; *H. Lundbeck A/S c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1334; *H. Lundbeck A/S c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1145; *AB Hassle c. Apotex Inc.*, 2004 CF 379; *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.*, 2004 CF 313; autorisation

(4th) 338; 267 N.R. 101 (F.C.A.); *Valmet Oy v. Beloit Canada Ltd.* (1988), 20 C.P.R. (3d) 1; 82 N.R. 235 (F.C.A.); *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 44 C.P.R. (4th) 90; 2005 FC 1381; *AstraZeneca AB v. Apotex Inc.* (2006), 46 C.P.R. (4th) 418; 2006 FC 7; *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 45 C.P.R. (4th) 449; 2005 FC 1461; *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 43 C.P.R. (4th) 81; 2005 FC 1421; *Axcan Pharma Inc. v. Pharmascience Inc.* (2005), 42 C.P.R. (4th) 330; 2005 FC 1231; *H. Lundbeck A/S v. Canada (Minister of Health)* (2003), 30 C.P.R. (4th) 198; 2003 FC 1334; *H. Lundbeck A/S v. Canada (Minister of Health)* (2003), 30 C.P.R. (4th) 97; 240 F.T.R. 57; 2003 FC 1145; *AB Hassle v. Apotex Inc.* (2004), 34 C.P.R. (4th) 65; 249 F.T.R. 1; 2004 FC 379; *AstraZeneca AB v. Apotex Inc.* (2004), 33 C.P.R. (4th) 97; 248 F.T.R. 1; 2004 FC 313; leave to appeal to S.C.C. refused, [2004] S.C.C.A. No. 391 (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 B.C.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1; *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; 2000 SCC 67.

AUTHORS CITED

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

APPEAL from a Federal Court decision ([2005] 4 F.C.R. 301; (2005), 38 C.P.R. (4th) 441; 2005 FC 340) allowing an application for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance, under *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, for the marketing of the drug ramipril as a treatment for hypertension. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Donald H. MacOdrum and *Mark S. Mitchell* for appellant (respondent).

A. David Morrow for respondents (applicants) Sanofi-Aventis Canada Inc. and Sanofi-Aventis Deutschland GmbH.

Anthony George Creber for respondent (respondent) Schering Corporation.

No one appearing for respondent Minister of Health.

de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2004] S.C.C.A. n° 391 (QL); *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067; 2000 CSC 67.

DOCTRINE CITÉE

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

APPEL d'une décision ([2005] 4 R.C.F. 301; 2005 CF 340) par laquelle la Cour fédérale a accueilli une demande afin d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* relativement à la commercialisation du ramipril pour le traitement de l'hypertension. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Donald H. MacOdrum et *Mark S. Mitchell* pour l'appelante (défenderesse).

A. David Morrow pour les intimées (demanderesses) Sanofi-Aventis Canada Inc. et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH.

Anthony George Creber pour l'intimée (défenderesse) Schering Corporation.

Personne n'a comparu pour l'intimé le ministre de la Santé.

SOLICITORS OF RECORD:

Lang Michener LLP, Toronto, for appellant (respondent).

Smart & Biggar, Toronto, for respondents (applicants) Sanofi-Aventis Canada Inc. and Sanofi-Aventis Deutschland GmbH.

Gowling Lafleur Henderson LLP, Ottawa, for respondent (respondent) Schering Corporation.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] SHARLOW J.A.: The respondents Sanofi-Aventis Canada Inc. and Sanofi-Aventis Deutschland GmbH (collectively, Aventis) produce and market ramipril capsules under the trade name "Altace". "Altace" capsules are approved for use in the treatment of hypertension and cardiac insufficiency. In 2001, the appellant Pharmascience Inc. submitted an abbreviated new drug submission to the Minister of Health to obtain a notice of compliance under the *Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870, for its proposed ramipril capsules. In that submission, Pharmascience compared its ramipril capsules to "Altace". Although the Pharmascience ramipril capsules will be therapeutically equivalent to "Altace", Pharmascience seeks the Minister's approval for its ramipril capsules only for use in the treatment of hypertension.

[2] Three patents are listed for "Altace" on the register maintained by the Minister pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the NOC Regulations): Canadian Patent Nos. 1341206 (the '206 patent), 1187087 (the '087 patent), and 1246457 (the '457 patent).

[3] The '206 patent was issued to a corporate predecessor of the respondent Schering Corporation, and is now owned by Schering. The claims of the '206 patent that are relevant to this case are claims 1, 2, 3, 6 and 12, each of which claims a class of compounds. Claim 1 claims the largest class, claim 12 the smallest

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Lang Michener LLP, Toronto, pour l'appelante (défenderesse)

Smart & Biggar, Toronto, pour les intimées (demanderesses) Sanofi-Aventis Canada Inc. et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH.

Gowling Lafleur Henderson s.r.l., Ottawa, pour l'intimée (défenderesse) Schering Corporation.

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

[1] LA JUGE SHARLOW, J.C.A. : Les intimées, Sanofi-Aventis Canada Inc. et Sanofi-Aventis Deutschland GmbH (ensemble, Aventis), produisent et commercialisent des gélules de ramipril sous l'appellation commerciale « Altace ». Les gélules « Altace » sont approuvées pour être utilisées dans le traitement de l'hypertension et de l'insuffisance cardiaque. En 2001, l'appelante, Pharmascience Inc., a soumis au ministre de la Santé une présentation abrégée de drogue nouvelle afin d'obtenir un avis de conformité en vertu du *Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870, pour ses gélules projetées de ramipril. Dans cette présentation, Pharmascience comparait ses gélules de ramipril avec « Altace ». Même si les gélules de ramipril de Pharmascience constitueront l'équivalent thérapeutique des gélules « Altace », Pharmascience demande au ministre d'approuver l'utilisation de ses gélules de ramipril pour le traitement de l'hypertension seulement.

[2] Trois brevets concernant les gélules « Altace » sont inscrits au registre tenu par le ministre conformément au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement sur les AC) : les brevets canadiens numéros 1341206 (le brevet '206), 1187087 (le brevet '087) et 1246457 (le brevet '457).

[3] Le brevet '206 a été délivré à une société remplacée par l'intimée Schering Corporation et appartient maintenant à Schering. Les revendications du brevet '206 qui sont pertinentes en l'espèce sont les revendications 1, 2, 3, 6 et 12, chacune revendiquant une catégorie de composés. La revendication 1 vise la

(eight compounds). Ramipril is included within each of those claims, although ramipril is not specifically disclosed in the patent.

[4] The '206 patent was issued in 2001 from an application filed in 1981. The delay was caused by conflict proceedings under the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (as it read before 1989), which were finally resolved in Schering's favour. In the notice of allegation served by Pharmascience in relation to its ramipril capsules, Pharmascience alleged that claims 1, 2, 3, 6 and 12 of the '206 patent are invalid because they cover subject-matter that is not patentably distinct from the subject-matter of the claims of the '087 patent and the '457 patent.

[5] The '087 patent was issued to Aventis in 1985 from an application filed in 1982. The '087 patent claims certain processes for making ramipril. The '087 patent expired on November 4, 2002, and therefore need not be addressed by Aventis under the NOC Regulations. The '087 patent is relevant in this case only because it is raised in arguments relating to the '206 patent and the '457 patent.

[6] The '457 patent was issued to Aventis in 1988 from an application filed in 1985. The '457 patent claims ramipril for use in the treatment of cardiac insufficiency. In the notice of allegation served by Pharmascience in relation to its ramipril capsules, Pharmascience alleged that the '457 patent would not be infringed because Pharmascience would seek approval for its ramipril capsules, and market them, only for use in the treatment of hypertension.

[7] The inventors of the '457 patent and the '087 patent worked independently of the inventor of the '206 patent.

[8] In 1986, the '206 patent was licensed to Aventis in consideration of the payment of a royalty. The licence agreement was entered into to avoid the risk of infringement litigation in the event the '206 patent was

catégorie la plus large, la revendication 12 la plus limitée (huit composés). Le ramipril figure dans chacune de ces revendications, bien qu'il ne soit pas lui-même divulgué dans le brevet.

[4] Le brevet '206 a été délivré en 2001 par suite d'une demande déposée en 1981. Le délai a été le résultat d'une instance en conflit de priorité sous le régime de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (telle qu'elle était libellée avant 1989), conflit qui a finalement été réglé en faveur de Schering. Dans l'avis d'allégation qu'elle a signifié relativement à ses gélules de ramipril, Pharmascience a prétendu que les revendications 1, 2, 3, 6 et 12 du brevet '206 sont invalides parce qu'elles ne visent pas un élément distinct, au plan de la brevetabilité, de celui visé par les revendications du brevet '087 et du brevet '457.

[5] Le brevet '087 a été délivré à Aventis en 1985 par suite d'une demande déposée en 1982. Le brevet '087 revendique certains procédés pour fabriquer le ramipril. Le brevet '087 a expiré le 4 novembre 2002 et il n'a donc pas à être défendu par Aventis en vertu du Règlement sur les AC. Le brevet '087 est pertinent en l'espèce seulement parce qu'il est invoqué dans les plaidoiries concernant le brevet '206 et le brevet '457.

[6] Le brevet '457 a été délivré à Aventis en 1988 par suite d'une demande déposée en 1985. Le brevet '457 revendique le ramipril pour le traitement de l'insuffisance cardiaque. Dans l'avis d'allégation signifié par Pharmascience relativement à ses gélules de ramipril, Pharmascience a allégué que le brevet '457 ne serait pas contrefait parce qu'elle demanderait l'autorisation de produire et de commercialiser ses gélules de ramipril qui ne devraient être utilisées que pour le traitement de l'hypertension.

[7] Les inventeurs du brevet '457 et du brevet '087 ont travaillé indépendamment de l'inventeur du brevet '206.

[8] En 1986, le brevet '206 a été concédé sous licence à Aventis en contrepartie d'une redevance. Le contrat de licence a été conclu afin d'éviter le risque d'une poursuite en contrefaçon advenant le cas où le brevet

issued (as it finally was in 2001). Neither the '087 patent nor the '457 patent were raised in the conflict proceedings that delayed the issuance of the '206 patent. The evidence in this case does not establish that Schering was responsible for any undue delay in the resolution of the conflict proceedings.

[9] Aventis did not accept the allegations of Pharmascience in respect of the '457 and '206 patents, and commenced an application in the Federal Court under the NOC Regulations for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance to Pharmascience for its ramipril capsules until after the expiry of the '457 patent and the '206 patent. Schering was a respondent in those proceedings because it is the owner of the '206 patent.

[10] The application of Aventis was heard in December of 2004 and it was successful, resulting in a prohibition order dated March 11, 2005 (*Aventis Pharma Inc. v. Pharmascience Inc.*, [2005] 4 F.C.R. 301 (F.C.)). Pharmascience now appeals to this Court, seeking to set aside the prohibition order, or in the alternative to have the prohibition order varied so that it terminates upon the expiry of the patents to which it relates.

First preliminary point—the duration of a prohibition order

[11] An order made pursuant to the NOC Regulations prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance ceases to have effect upon the expiry of the patent or patents in respect of which the order is made. Therefore, it was not necessary in this case for Pharmascience to seek, as an alternative remedy, an order limiting the duration of the order under appeal so that it would terminate upon the expiry of the '457 patent and the '206 patent: *Zeneca Pharma Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1996), 66 C.P.R. (3d) 169 (F.C.T.D.).

[12] The order under appeal ceased to have effect in relation to the '457 patent when that patent expired on December 13, 2005, but it remains in effect in relation

'206 serait délivré (comme il l'a finalement été en 2001). Ni le brevet '087 ni le brevet '457 n'ont été invoqués dans l'instance en conflit de priorité qui a retardé la délivrance du brevet '206. La preuve en l'espèce n'établit pas que Schering était responsable du délai indu dans le règlement du conflit.

[9] Aventis n'a pas accepté les allégations de Pharmascience concernant les brevets '457 et '206 et elle a présenté à la Cour fédérale une demande en vertu du Règlement sur les AC afin d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Pharmascience pour ses gélules de ramipril avant l'expiration des brevets '457 et '206. Schering était une des parties défenderesses dans cette instance parce qu'elle est la propriétaire du brevet '206.

[10] La demande d'Aventis a été entendue en décembre 2004 et elle a été accueillie, de sorte qu'une ordonnance d'interdiction a été prononcée le 11 mars 2005 (*Aventis Pharma Inc. c. Pharmascience Inc.*, [2005] 4 R.C.F. 301 (C.F.)). Pharmascience interjette maintenant appel devant la Cour et demande que l'ordonnance soit annulée ou, subsidiairement, qu'elle soit modifiée pour que ses effets prennent fin à l'expiration des brevets qu'elle vise.

Première question préliminaire—la durée d'une ordonnance d'interdiction

[11] Une ordonnance rendue en application du Règlement sur les AC interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité cesse d'avoir effet à l'expiration du ou des brevets visés par l'ordonnance. Il n'était donc pas nécessaire dans la présente affaire que Pharmascience demande, comme recours subsidiaire, une ordonnance limitant la durée de l'ordonnance portée en appel pour que ses effets prennent fin à l'expiration des brevets '457 et '206 : *Zeneca Pharma Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1996] A.C.F. n° 282 (1^{re} inst.) (QL).

[12] En ce qui a trait au brevet '457, l'ordonnance portée en appel a cessé d'avoir effet lorsque le brevet a expiré le 13 décembre 2005, mais elle demeure en

to the '206 patent, and unless it is reversed on appeal, it will remain in effect in relation to the '206 patent until the '206 patent expires (or, if in other proceedings the '206 patent is declared to be invalid, on that date; see *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1999), 167 F.T.R. 111 (F.C.T.D.)).

[13] Confusion on this point might have been avoided if the legal effect of the order had been stated more precisely. The order under appeal means this:

(1) Pursuant to section 6 [as am. by SOR/98-166, s. 5; 99-379, s. 3] of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, the Minister of Health is prohibited from issuing a notice of compliance under the *Food and Drug Regulations* to Pharmascience Inc. for ramipril capsules until the expiry of Canadian Patent No. 1246457.

(2) Pursuant to section 6 of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, the Minister of Health is prohibited from issuing a notice of compliance under the *Food and Drug Regulations* to Pharmascience Inc. for ramipril capsules until the expiry of Canadian Patent No. 1341206.

Second preliminary point — why the appeal relating to the '457 patent was heard

[14] The '457 patent expired on December 13, 2005, and therefore this appeal strictly speaking is moot in relation to the '457 patent. However, the appeal is not moot in relation to the '206 patent. If the appeal of Pharmascience succeeds in relation to the '206 patent but Pharmascience is not permitted to pursue its appeal in relation to the '457 patent, its claim for damages under section 8 [as am. by SOR/98-166, s. 8] of the NOC Regulations may be limited to the delay from the date of the expiry of the '457 patent (December 13, 2005) to the date of the issuance of the notice of compliance. That is a sufficient justification to hear the appeal of Pharmascience in relation to the '457 patent.

vigueur pour ce qui est du brevet '206, et, à moins d'être annulée en appel, elle le demeurera jusqu'à l'expiration de ce brevet (ou, le cas échéant, jusqu'à la date à laquelle le brevet '206 sera déclaré invalide dans une autre instance) : voir *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, [1999] A.C.F. n° 662 (1^{re} inst.) (QL).

[13] Il aurait été possible d'éviter la confusion sur ce point si les effets juridiques de l'ordonnance avaient été énoncés de manière plus explicite. L'ordonnance portée en appel signifie ceci :

1) En vertu de l'article 6 [mod. par DORS/98-166, art. 5; 99-379, art. 3] du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, il est interdit au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Pharmascience Inc. en application du *Règlement sur les aliments et drogues* pour des gélules de ramipril avant l'expiration du brevet canadien numéro 1246457.

2) En vertu de l'article 6 du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, il est interdit au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à Pharmascience Inc. en application du *Règlement sur les aliments et drogues* pour des gélules de ramipril avant l'expiration du brevet canadien numéro 1341206.

Deuxième question préliminaire — pourquoi l'appel visant le brevet '457 a-t-il été entendu?

[14] Le brevet '457 a expiré le 13 décembre 2005, de sorte que le présent appel est à vrai dire dépourvu d'intérêt pratique pour ce qui est de ce brevet. Mais il ne l'est pas pour ce qui est du brevet '206. Si l'appel de Pharmascience est accueilli en ce qui concerne le brevet '206, mais que Pharmascience n'est pas autorisée à poursuivre son appel concernant le brevet '457, sa réclamation en dommages-intérêts fondée sur l'article 8 [mod. par DORS/98-166, art. 8] du *Règlement sur les AC* pourrait se limiter à la période comprise entre la date d'expiration du brevet '457 (le 13 décembre 2005) et la date de délivrance de l'avis de conformité. Cela suffit pour justifier que l'appel de Pharmascience soit entendu en ce qui concerne le brevet '457.

Standard of review

[15] The first issue in the appeal relating to the '457 patent is whether the Judge erred in determining that the notice of allegation was inadequate. The adequacy of a notice of allegation is a question of mixed law and fact. The standard of review is palpable and overriding error, except to the extent that a question of law can be extricated from the Judge's determination, in which case that question of law must be determined correctly: *AB Hassle v. Apotex Inc.*, [2006] 4 F.C.R. 513 (F.C.A.) at paragraph 17; *Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Ltd.* (2005), 42 C.P.R. (4th) 97 (F.C.A.), at paragraph 11; *AstraZeneca AB v. Apotex Inc.* (2005), 335 N.R. 1 (F.C.A.), at paragraph 9; *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2004 FCA 398, at paragraph 25.

[16] The central point in the appeal relating to the '457 patent is a question of law, namely the interpretation of subparagraph 5(1)(b)(iv) [as am. by SOR/99-379, s. 2] of the NOC Regulations. The standard of review for that question of law is correctness.

[17] The Judge did not consider it necessary to determine whether Pharmascience was justified in its allegation that the '457 patent would not be infringed, because she found the notice of allegation to be inadequate. If the Judge erred in determining that the notice of allegation was inadequate, this Court may consider whether the non-infringement allegation was justified, or it may return the justification question to the Federal Court for determination. If that question is determined for the first time in this Court, no standard of review will apply.

[18] The issue raised in the appeal relating to the '206 patent is whether the allegation of invalidity was justified. In that regard, there is a dispute about the applicable legal principles but no substantial factual dispute. The standard of review is correctness.

[19] Counsel for Schering raised an issue suggesting that there may be two different schemes for determining the standard of appellate review where there is a dispute

La norme de contrôle

[15] La première question soulevée dans l'appel visant le brevet '457 est de savoir si la juge a commis une erreur en concluant que l'avis d'allégation était insuffisant. La suffisance d'un avis d'allégation est une question mixte de droit et de fait. La norme de contrôle est celle de l'erreur manifeste et dominante, sauf dans la mesure où il se révèle possible de dégager une question de droit de la conclusion du juge, auquel cas cette question de droit doit être jugée correctement : *AB Hassle c. Apotex Inc.*, [2006] 4 R.C.F. 513 (C.A.F.), au paragraphe 17; *Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2005 CAF 270, au paragraphe 11; *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.*, 2005 CAF 183, au paragraphe 9; et *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2004 CAF 398, au paragraphe 25.

[16] La question centrale soulevée dans l'appel visant le brevet '457 est une question de droit, soit l'interprétation du sous-alinéa 5(1)b)(iv) [mod. par DORS/99-379, art. 2] du Règlement sur les AC. La norme de contrôle applicable à cette question de droit est celle de la décision correcte.

[17] La juge n'a pas estimé nécessaire de décider si Pharmascience avait raison d'alléguer que le brevet '457 ne serait pas contrefait parce qu'elle a conclu que l'avis d'allégation était insuffisant. Si la juge a commis une erreur en décidant que l'avis d'allégation était insuffisant, la Cour d'appel peut examiner si l'allégation de non-contrefaçon était fondée ou elle peut renvoyer la question de la justification à la Cour fédérale pour que celle-ci en décide. Si cette question est tranchée pour la première fois par la Cour d'appel, aucune norme de contrôle ne s'appliquera.

[18] La question soulevée dans l'appel visant le brevet '206 est de savoir si l'allégation d'invalidité était fondée. À cet égard, il y a un différend portant sur les principes juridiques qui s'appliquent, mais pas de désaccord important sur les faits. La norme de contrôle est celle de la décision correcte.

[19] L'avocat de Schering a laissé entendre qu'il pouvait y avoir deux méthodes différentes pour décider de la norme d'examen en appel lorsque le différend

as to the invalidity of a patent. Generally, the standard of review in an appeal from a trial decision is correctness for questions of law, and palpable and overriding error for questions of fact: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235; and *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401. A challenged decision of any other decision maker, which ordinarily would be initiated by way of an application for judicial review, is reviewed on a standard of correctness, reasonableness, or patent unreasonableness, depending upon the outcome of a pragmatic and functional analysis of the relevant factors (*Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982).

[20] Counsel for Schering referred to paragraph 24 of *Monsanto (Canada Inc. Schmeiser*, [2004] 1 S.C.R. 902 (the *canola* case) and paragraphs 41 to 42 of *Apotex Inc. v. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 S.C.R. 153 (the *AZT* case) as authority for the proposition that a decision of the Commissioner of Patents on the validity of a patent is a question of mixed law and fact, for which the standard of review is reasonableness. I note that those cases also indicate that the standard of review for such a decision of the Commissioner is correctness for questions of law (*Harvard College v. Canada (Commissioner of Patents)*, [2002] 4 S.C.R. 45). Counsel for Schering argued that the comments in the *canola* case and the *AZT* case, combined with the statutory presumption of validity in section 43 of the *Patent Act*, indicate that some degree of deference is owed to the Commissioner whenever the validity of a patent is in question.

[21] Neither the *canola* case nor the *AZT* case were applications for judicial review of a decision of the Commissioner. Rather, they involved appeals of judgments of the Federal Court after a trial. For that reason, it is not clear why the standard of review in those cases was not governed by *Housen v. Nikolaisen*; and *H.L. v. Canada*, especially since the evidence

porte sur l'invalidité d'un brevet. En général, la norme d'examen applicable dans un appel interjeté d'une décision rendue en première instance est celle de la décision correcte pour les questions de droit, et celle de l'erreur manifeste et dominante pour les questions de fait : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; et *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401. La norme qui s'applique à la contestation d'une décision prise par tout autre décideur, normalement engagée par le dépôt d'une demande de contrôle judiciaire, est celle de la décision correcte, de la décision raisonnable ou de la décision manifestement déraisonnable, tout dépendant du résultat d'une analyse pragmatique et fonctionnelle des facteurs pertinents (*Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982).

[20] L'avocat de Schering a fait référence au paragraphe 24 de l'arrêt *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2004] 1 R.C.S. 902 (l'affaire du *canola*), et aux paragraphes 41 et 42 de l'arrêt *Apotex Inc. c. Wellcome Foundation Ltd.*, [2002] 4 R.C.S. 153 (l'affaire *AZT*), pour justifier la proposition selon laquelle une décision du commissaire aux brevets relative à la validité d'un brevet est une question mixte de droit et de fait pour laquelle la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable. Je souligne que ces deux arrêts indiquent aussi que la norme de contrôle applicable à une telle décision du commissaire est celle de la décision correcte pour ce qui est des questions de droit (*Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45). L'avocat de Schering a soutenu qu'il ressort des commentaires formulés dans l'affaire du *canola* et dans l'affaire *AZT*, combinés à la présomption légale de validité découlant de l'article 43 de la *Loi sur les brevets*, qu'une certaine déférence s'impose à l'égard des décisions du commissaire lorsque la validité d'un brevet est en cause.

[21] Ni l'affaire du *canola* ni l'affaire *AZT* ne visaient des demandes de contrôle judiciaire d'une décision prise par le commissaire. Il s'agissait plutôt d'appels de jugements rendus par la Cour fédérale après un procès. Il n'est donc pas évident pourquoi la norme de contrôle dans ces affaires n'a pas été celle retenue dans les arrêts *Housen c. Nikolaisen* et *H.L. c. Canada*, surtout que la

presented at the trial would not have been the same as the evidence before the Commissioner. Nor is it clear whether, as a practical matter, the two different schemes of standard of review would or should result necessarily in different outcomes. In any event, the submissions of counsel for Schering have not persuaded me that the *canola* case and the *AZT* case require this Court to reconsider its established jurisprudence relating to the standard of review in proceedings under the NOC Regulations.

The '457 patent—sufficiency of the notice of allegation

[22] The notice of allegation served by Pharmascience in connection with its abbreviated new drug submission states that no claim of the '457 patent would be infringed by the making, constructing, using, or selling by Pharmascience of its ramipril capsules. The notice of allegation also contains these statements (appeal book, Vol. 1, page 78):

In particular, the Pharmascience products for which a Notice of Compliance is sought will not be made, constructed, used or sold by Pharmascience for treating cardiac insufficiency and will not be a composition for treating cardiac insufficiency as claimed in the claims of the '457 Patent.

The Judge found this to be a bald assertion of non-infringement, and therefore inadequate, because it failed to set out the basis upon which marketing would not include marketing for the treatment of cardiac insufficiency. Pharmascience submits that in making that determination, the Judge made a palpable and overriding error of fact, and also erred in law.

[23] The factual component of the Judge's determination turns on the contents of the notice of allegation and the detailed statement of fact and law that is attached to it. In that regard, it appears that the Judge disregarded the following particulars about marketing that are contained in the detailed statement (appeal book, Vol. 1, page 79):

preuve présentée au procès n'aurait pas été la même que celle présentée au commissaire. Il n'est pas clair non plus, d'un point de vue pratique, si les deux normes de contrôle auraient nécessairement eu ou auraient nécessairement dû avoir deux résultats différents. Quoi qu'il en soit, les observations de l'avocat de Schering ne m'ont pas persuadée que l'affaire du *canola* et l'affaire *AZT* obligent la Cour à revenir sur sa jurisprudence relative à la norme de contrôle applicable aux procédures engagées en vertu Règlement sur les AC.

Le brevet '457—suffisance de l'avis d'allégation

[22] Dans l'avis d'allégation qu'elle a signifié relativement à sa présentation abrégée de drogue nouvelle, Pharmascience affirme qu'aucune revendication du brevet '457 ne serait contrefaite advenant la fabrication, la construction, l'utilisation ou la vente par elle de ses gélules de ramipril. L'avis d'allégation contient aussi les déclarations suivantes (dossier d'appel, vol. 1, page 78) :

[TRADUCTION] Plus particulièrement, les produits de Pharmascience pour lesquels un avis de conformité est demandé ne seront pas fabriqués, utilisés ou vendus par Pharmascience pour le traitement de l'insuffisance cardiaque et ne constitueront pas une composition servant au traitement de l'insuffisance cardiaque, tel qu'il est allégué dans les revendications du brevet '457.

La juge a conclu qu'il s'agissait d'une simple affirmation de non-contrefaçon qui était donc insuffisante parce qu'elle n'indiquait pas en quoi la commercialisation des produits ne comprendrait pas aussi leur commercialisation pour le traitement de l'insuffisance cardiaque. Pharmascience soutient qu'en tirant cette conclusion, la juge a commis une erreur de fait manifeste et dominante ainsi qu'une erreur de droit.

[23] L'élément factuel de la décision de la juge a trait au contenu de l'avis d'allégation et de l'énoncé détaillé des faits et du droit qui l'accompagne. À cet égard, il semble que la juge n'a pas tenu compte des détails suivants concernant la commercialisation et qui se trouvent dans l'énoncé détaillé (dossier d'appel, vol. 1, page 79) :

Ramipril falls within the scope of Formula I referred to in Claim 1 of the '457 Patent, but the product to be made and sold by [sic] will not be made or sold to be used to treat cardiac insufficiency in mammals. Pharmascience's product will be made and sold for the treatment of hypertension. In particular, the product monograph will not list cardiac insufficiency as an indicated use, a Notice of Compliance is not be [sic] sought for use for the treatment of cardiac insufficiency and the marketing of the product by Pharmascience will not include any references to the treatment of cardiac insufficiency.

There are two senses in which a notice of allegation may be said to be "inadequate" or "insufficient". In these reasons, I am using those words as they are used in *AstraZeneca AB v. Apotex Inc.* (and a long line of prior cases) to describe a judicial determination as to whether the person on whom the notice of allegation is served has sufficient information to determine whether to seek a prohibition order.

[24] The same words are sometimes used in what I call their "secondary sense", to describe a situation where a non-infringement allegation is not justified because it fails to address a relevant patent claim, or because it is not capable of establishing non-infringement (for example, where it is based on an incorrect construction of a patent claim). A notice of allegation cannot be found to be inadequate or insufficient in that secondary sense without addressing the allegation on the merits. Because the Judge in this case did not assess the merits of the non-infringement allegation, I conclude that when she used the word "inadequate" to describe the notice of allegation, she was not using that word in its secondary sense. Therefore, in this case the applicable legal principle is that a notice of allegation is adequate if it sets out the grounds for the allegation well enough to enable the person to whom it is addressed to make an informed decision about whether to commence prohibition proceedings (*AstraZeneca AB v. Apotex Inc.*, at paragraph 12). For the following reasons, I have concluded that the Judge did not apply the correct legal test when she found the notice of allegation to be inadequate.

[TRADUCTION] Le ramipril est compris dans la formule I à laquelle il est fait référence dans la revendication 1 du brevet '457, mais le produit qui sera fabriqué et vendu par [sic] ne sera pas fabriqué ou vendu pour être utilisé dans le traitement de l'insuffisance cardiaque chez des mammifères. Le produit de Pharmascience sera fabriqué et vendu pour le traitement de l'hypertension. Plus particulièrement, la monographie du produit ne mentionnera pas l'insuffisance cardiaque à titre d'usage indiqué, un avis de conformité ne sera pas demandé pour le traitement de l'insuffisance cardiaque, et la commercialisation du produit par Pharmascience ne fera pas référence au traitement de l'insuffisance cardiaque.

Il y a deux manières de dire qu'un avis d'allégation est « défectueux » ou « insuffisant ». Dans les présents motifs, j'utilise ces mots tels qu'ils sont employés dans *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.*, (et une longue suite de décisions antérieures), afin de décrire une décision judiciaire consistant à déterminer si la personne à qui est signifié l'avis d'allégation a suffisamment d'information pour décider s'il y a lieu de demander une ordonnance d'interdiction.

[24] Les mêmes mots sont parfois employés dans ce que j'appellerais leur « sens secondaire », pour décrire une situation où une allégation de non-contrefaçon n'est pas fondée parce qu'elle passe sous silence une revendication pertinente d'un brevet ou parce qu'elle ne permet pas d'établir la non-contrefaçon (par exemple, lorsqu'elle se fonde sur une mauvaise interprétation d'une revendication). Un avis d'allégation ne peut pas être déclaré défectueux ou insuffisant dans ce sens secondaire sans que l'allégation ne soit examinée au fond. Parce que la juge dans la présente affaire n'a pas apprécié le bien-fondé de l'allégation de non-contrefaçon, je conclus que lorsqu'elle a employé le mot « insuffisant » pour qualifier l'avis d'allégation, elle n'employait pas ce mot dans son sens secondaire. Ainsi, le principe juridique qui s'applique en l'espèce est que l'avis d'allégation est suffisant s'il expose les fondements de l'allégation de manière assez complète pour que la personne à qui il s'adresse puisse décider de manière éclairée s'il convient de répliquer à l'allégation en introduisant une instance en vue d'obtenir une ordonnance d'interdiction (*AstraZeneca AB v. Apotex Inc.*, au paragraphe 12). Pour les raisons exposées ci-après, j'ai conclu que la juge n'a pas appliqué le critère juridique approprié lorsqu'elle a décidé que l'avis d'allégation était insuffisant.

[25] The record contains no evidence that was capable of establishing that the notice of allegation and detailed statement left Aventis guessing at the grounds for Pharmascience's non-infringement allegation (see *SmithKline Beecham Inc. v. Apotex Inc.* (2001), 10 C.P.R. (4th) 338 (F.C.A.), at paragraph 27). On the contrary, the record establishes that Aventis was in no doubt, after being served with the notice of allegation and the detailed statement, that Pharmascience was proposing to market its product for use in the treatment of hypertension and not for use in the treatment of cardiac insufficiency. Based on that information, Aventis concluded that infringement of the '457 patent would be inevitable if a notice of compliance were issued to Pharmascience for its ramipril capsules. That belief is the foundation of its application under the NOC Regulations for a prohibition order.

[26] In support of its application for a prohibition order, Aventis submitted evidence relating to the operation of provincial drug formularies, and in particular the policy of certain provincial authorities to require, in certain circumstances, that patients be provided with a cheaper generic version of the more expensive patented product. Given that the Pharmascience product is therapeutically equivalent to "Altace" in the treatment of either hypertension or cardiac insufficiency, that evidence was intended to establish the contention of Aventis that infringement of the '457 patent would be inevitable once Pharmascience was permitted to market its ramipril capsules.

[27] Pharmascience responded to the Aventis evidence with affidavits explaining "limited interchangeability". That evidence suggests that at least one province may accede to a request to list a generic product only for the conditions for which it has been approved. Apparently, the argument of Pharmascience was that since that flexibility exists within provincial policy, infringement would not be inevitable.

[28] The Judge considered the responding evidence of Pharmascience to be an impermissible attempt to expand

[25] Il n'y a aucune preuve au dossier qui permet d'établir que l'avis d'allégation et l'énoncé détaillé ont contraint Aventis de deviner les motifs de l'allégation de non-contrefaçon de Pharmascience (voir *SmithKline Beecham Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, [2001] A.C.F. n° 3 (C.A.) (QL), au paragraphe 27). Au contraire, il ressort du dossier qu'Aventis savait très bien, après que l'avis d'allégation et l'énoncé détaillé lui eurent été signifiés, que Pharmascience projetait de commercialiser son produit pour le traitement de l'hypertension et non pour celui de l'insuffisance cardiaque. Se fondant sur cette information, Aventis a conclu que la contrefaçon du brevet '457 serait inévitable si un avis de conformité était délivré à Pharmascience pour ses gélules de ramipril. C'est pour cette raison qu'elle a demandé une ordonnance d'interdiction en vertu du Règlement sur les AC.

[26] À l'appui de sa demande d'ordonnance d'interdiction, Aventis a présenté des éléments de preuve se rapportant au fonctionnement des formulaires provinciaux de médicaments, et notamment à la politique des autorités de certaines provinces consistant à exiger, dans certaines circonstances, que les patients aient accès à une version générique, moins coûteuse, du produit breveté, plus dispendieux. Comme le produit de Pharmascience est l'équivalent thérapeutique de l'« Altace » pour le traitement soit de l'hypertension, soit de l'insuffisance cardiaque, cet élément de preuve visait à établir la prétention d'Aventis selon laquelle la contrefaçon du brevet '457 serait inévitable dès que Pharmascience aurait l'autorisation de commercialiser ses gélules de ramipril.

[27] Pharmascience a répondu à la preuve d'Aventis en déposant des affidavits expliquant l'« interchangeabilité limitée ». Cette preuve indique que, dans au moins une province, les autorités peuvent autoriser une demande pour que soit inscrit au formulaire un produit générique uniquement pour les conditions pour lesquelles il a été approuvé. L'argument de Pharmascience était, semble-t-il, qu'en raison de cette souplesse de la politique provinciale, la contrefaçon ne serait pas inévitable.

[28] La juge a considéré que cette contre-preuve de Pharmascience était une tentative inadmissible d'élargir

the basis of its non-infringement allegation. Assuming that conclusion is valid (a point which I need not decide), the remedy was to disregard the evidence, not to find the notice of allegation to be inadequate. Logically, the responding evidence is not capable of establishing that Aventis did not have enough information to make an informed decision as to whether to make its application.

The '457 patent — whether the non-infringement allegation is justified

[29] I turn now to the question of whether the allegation of non-infringement of the '457 patent was justified. As that question was not determined by the Judge, this Court may either determine the question itself, or return the matter to the Federal Court. In my view, the record on this point is sufficiently clear that it would be appropriate for this Court to determine the question.

[30] The statements made by Pharmascience in its notice of allegation and detailed statement are set out above and need not be repeated. It is sufficient to say that any factual statements made by Pharmascience in those documents are presumed to be true in the absence of evidence to the contrary. There is no such evidence in this case. Therefore, Pharmascience is entitled to the benefit of the presumption that it will market its ramipril capsules only for use in the treatment of hypertension.

[31] Pharmascience has provided some particulars about how it proposes to market its ramipril capsules. First, Pharmascience is seeking approval for its ramipril capsules only for use in the treatment of hypertension. Second, the packaging for the Pharmascience ramipril capsules will be labeled in a manner that will inform anyone who reads the label that the capsules are approved for use in the treatment of hypertension. Third, the product monograph will say that Pharmascience ramipril capsules are approved for use in the treatment of hypertension, and it will not say that they can or may or should be used in the treatment of cardiac insufficiency. Cardiac insufficiency and related conditions are mentioned in the product monograph only in the context of contraindications. Those references

le fondement de son allégation de non-contrefaçon. En supposant que cette conclusion est valide (point sur lequel je n'ai pas à me prononcer), la mesure à prendre consistait à écarter la preuve et non à déclarer que l'avis d'allégation était insuffisant. Logiquement, la contre-preuve ne permet pas d'établir qu'Aventis n'avait pas suffisamment d'information pour décider de manière éclairée s'il convenait de présenter sa demande.

Le brevet '457 — l'allégation de non-contrefaçon est-elle fondée?

[29] Je vais maintenant examiner la question de savoir si l'allégation de non-contrefaçon du brevet '457 était fondée. Comme la juge n'a pas tranché cette question, la Cour d'appel peut soit trancher la question, soit la renvoyer à la Cour fédérale. À mon avis, les preuves au dossier sont suffisamment claires pour qu'il soit approprié que la Cour d'appel tranche cette question.

[30] Les déclarations faites par Pharmascience dans son avis d'allégation et son énoncé détaillé ont été exposées ci-dessus; il n'est donc pas nécessaire de les répéter. Il suffit de dire que toutes les déclarations factuelles de Pharmascience dans ces documents sont présumées véridiques, sauf preuve contraire. De tels éléments de preuve n'ont pas été présentés en l'espèce. Par conséquent, Pharmascience a le droit de bénéficier de la présomption qu'elle commercialisera ses gélules de ramipril pour le traitement de l'hypertension seulement.

[31] Pharmascience a fourni quelques précisions sur la manière dont elle entend commercialiser ses gélules de ramipril. Premièrement, Pharmascience cherche à faire approuver ses gélules de ramipril uniquement pour le traitement de l'hypertension. Deuxièmement, l'emballage des gélules de ramipril de Pharmascience sera étiqueté de façon à informer toute personne qui lira la description que ces gélules sont approuvées pour le traitement de l'hypertension. Troisièmement, la monographie précisera que les gélules de ramipril de Pharmascience sont approuvées pour le traitement de l'hypertension et elle ne mentionnera pas que l'on peut, que l'on pourrait ou que l'on devrait utiliser ces gélules pour le traitement de l'insuffisance cardiaque. L'insuffisance cardiaque et les affections connexes ne

cannot be construed as an attempt to encourage the use of the Pharmascience ramipril capsules for the treatment of cardiac insufficiency.

[32] Aventis points out that the Pharmascience product is proposed to be similar in appearance to the “Altace” product. It is common practice for a drug manufacturer who produces a generic version of a comparable product to make its product similar in appearance to the comparable product. Pharmascience proposes to adopt such a practice in this case. The Pharmascience ramipril capsules will be similar in colour and shape to “Altace” capsules, although they will bear the word “ramipril” and the Pharmascience logo, and not the name “Altace”. However, the similarity in appearance between “Altace” and the Pharmascience ramipril capsules does not contradict the assertion of Pharmascience that it will be marketing its capsules only for use in the treatment of hypertension because “Altace” is approved for use in the treatment of both hypertension and cardiac insufficiency.

[33] There is evidence, and indeed Pharmascience now concedes, that because of the drug prescription policies of some or all provincial governments relating to drug formularies, it is inevitable that if Pharmascience is given a notice of compliance for its ramipril capsules, some physicians will prescribe Pharmascience ramipril capsules for use in the treatment of cardiac insufficiency, and some pharmacists will dispense Pharmascience ramipril capsules for that use, and some patients will take Pharmascience ramipril capsules for that use. That is likely to happen even if the Pharmascience product is approved by the Minister only for use in the treatment of hypertension, and regardless of the steps taken by Pharmascience to ensure that its product is labeled and described in its product monograph as being only for use in the treatment of hypertension.

[34] For the purposes of this appeal, I will assume without deciding that any patient who takes

seront mentionnées dans la monographie qu’au titre des contre-indications. Ces mentions ne peuvent pas être interprétées comme une incitation à utiliser les gélules de ramipril de Pharmascience pour le traitement de l’insuffisance cardiaque.

[32] Aventis souligne que Pharmascience envisage de donner à son produit une apparence semblable à celle du produit « Altace ». Il est pratique courante pour les fabricants de médicaments génériques de donner à leur produit une apparence similaire à celle du produit comparable. Pharmascience a l’intention d’adopter une telle pratique en l’espèce. Les gélules de ramipril de Pharmascience seront de couleur et de forme similaires à celles des gélules « Altace », mais elles porteront le nom « ramipril » et le logo de Pharmascience, et non le nom « Altace ». Toutefois, l’apparence similaire des gélules « Altace » et des gélules de ramipril de Pharmascience ne contredit pas l’affirmation de Pharmascience selon laquelle elle ne commercialisera ses gélules que pour le traitement de l’hypertension parce que l’« Altace » est approuvée pour être utilisée dans le traitement aussi bien de l’hypertension que de l’insuffisance cardiaque.

[33] D’après certains éléments de preuves, et Pharmascience le reconnaît maintenant, en raison des politiques de certaines ou de toutes les provinces en matière d’ordonnances de médicaments concernant les formulaires pharmaceutiques, il est inévitable que, si Pharmascience obtient un avis de conformité pour ses gélules de ramipril, certains médecins prescriront les gélules de ramipril de Pharmascience pour le traitement de l’insuffisance cardiaque, certains pharmaciens délivreront les gélules de ramipril de Pharmascience pour cet usage et que certains patients prendront des gélules de ramipril de Pharmascience pour cet usage également. Il est probable que cela se produise même si le produit de Pharmascience n’est autorisé par le ministre que pour le traitement de l’hypertension, et peu importe les mesures prises par Pharmascience pour s’assurer que son produit est étiqueté et décrit dans sa monographie comme devant être utilisé uniquement pour le traitement de l’hypertension.

[34] Aux fins du présent appel, je vais présumer, sans pour autant le décider, que tout patient qui prend des

Pharmascience ramipril capsules for the treatment of cardiac insufficiency will infringe the '457 patent. I will also assume without deciding that a prescribing physician or a dispensing pharmacist may be found to have induced that infringement if Pharmascience ramipril capsules are prescribed or dispensed for use in the treatment of cardiac insufficiency. Pharmascience and Aventis are in substantial agreement on these points (although they also agree that certain defences may be made out; for the purposes of this appeal I need not consider that possibility). The inescapable conclusion is that some infringement of the '457 patent by patients is probable if Pharmascience is permitted to market its ramipril capsules.

[35] Aventis does not and cannot argue that mere marketing by Pharmascience of its product for use in the treatment of hypertension, without more, amounts to infringement by Pharmascience of the '457 patent, or infringement through inducement or procurement of infringement by others: see *Valmet Oy v. Beloit Canada Ltd.* (1988), 20 C.P.R. (3d) 1 (F.C.A.). Rather, Aventis argues that it is entitled to an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance to Pharmascience for its ramipril capsules because infringement of the '457 patent by patients is inevitable if that notice of compliance is issued.

[36] In support of that argument, Aventis cites the decision of this Court in what is commonly called "*Genpharm*", *Procter & Gamble Pharmaceutical Canada, Inc. v. Canada (Minister of Health)*, [2003] 1 F.C. 402 (C.A.) (affirming the decision of Justice McKeown in (2001) 15 C.P.R. (4th) 496; application for leave to appeal to S.C.C. dismissed [[2002] S.C.C.A. No. 407 (QL)]). Aventis relies on the following statements from *Genpharm*, at paragraphs 50 and 51:

In this case, if a patient used the Genpharm product for osteoporosis, the use claims of P&G's '376 patent would be infringed. It would be Genpharm's selling of its product that would result in the infringement. Here, the evidence is overwhelming that it is not only probable, but inevitable, that Genpharm's Gen-etidronate product would, if notices of

gélules de ramipril de Pharmascience pour le traitement de l'insuffisance cardiaque contrefera le brevet '457. Je vais également présumer, sans pour autant le décider, que l'on pourrait conclure qu'un médecin qui prescrit du ramipril ou un pharmacien qui le délivre a incité à utiliser les gélules de ramipril en contrefaçon du brevet '457 si ces gélules sont prescrites ou délivrées pour le traitement de l'insuffisance cardiaque. Pharmascience et Aventis sont essentiellement d'accord sur ces points (bien qu'elles conviennent aussi que certains moyens de défense peuvent être établis; aux fins du présent appel, je n'ai pas à examiner cette possibilité). La conclusion inévitable est que la contrefaçon du brevet '457 par des patients est probable si Pharmascience obtient l'autorisation de commercialiser ses gélules de ramipril.

[35] Aventis ne soutient pas, et elle ne peut pas soutenir, que la simple commercialisation par Pharmascience de son produit pour le traitement de l'hypertension, sans plus, équivaut à une contrefaçon du brevet '457 par Pharmascience, ou que Pharmascience a incité ou amené d'autres personnes à contrefaire le brevet : voir *Valmet Oy c. Beloit Canada Ltd.* (1988), 20 C.P.R. (3d) 1 (C.A.F.). Aventis fait plutôt valoir qu'elle a le droit d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Pharmascience pour ses gélules de ramipril parce que la contrefaçon du brevet '457 par des patients est inévitable si cet avis de conformité est délivré.

[36] À l'appui de cet argument, Aventis cite l'arrêt de la Cour d'appel *Compagnie pharmaceutique Procter & Gamble Canada c. Canada (Ministre de la Santé)*, [2003] 1 C.F. 402 (C.A.) (confirmant la décision du juge McKeown dans 2001 CFPI 1151; demande d'autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. rejetée [[2002] S.C.C.A. n° 407 (QL)]), communément appelé l'arrêt « *Genpharm* ». Aventis s'appuie sur les passages suivants de l'arrêt *Genpharm*, aux paragraphes 50 et 51 :

En l'espèce, si un patient utilise le produit de Genpharm pour l'ostéoporose, les revendications pour l'utilisation que comporte le brevet '376 de P&G seraient contrefaites. C'est la vente de son produit par Genpharm qui aurait pour effet la contrefaçon. La preuve établit de façon écrasante qu'il est non seulement probable mais inévitable que le produit

compliance issue, be used for the treatment of osteoporosis in the cyclical regimen that constitutes the invention under the '376 patent.

Accordingly, Genpharm's allegations of non-infringement are not justified and, on the merits, a prohibition order should be issued.

The argument made by Aventis in this appeal was accepted in another case, *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.*, 2005 FC 1381 (appeal pending).

[37] Pharmascience argues that the NOC Regulations do not require it to address the possibility or the probability of infringement of the '457 patent by patients. In support of that argument, Pharmascience cites the decision of this Court in *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (2002), 22 C.P.R. (4th) 1 (affirming the decision of Justice O'Keefe in [2002] 3 F.C. 221 (T.D.); application for leave to appeal to S.C.C. dismissed [[2003] 1 S.C.R. v]). Pharmascience relies on the following statements from *AB Hassle*, at paragraphs 57 and 58:

Thus Apotex cannot be prevented from obtaining a NOC solely on the basis that it will sell omeprazole. If it were otherwise, then serious policy issues would arise. If there was any likelihood that a patient would consume a generic product for a patented use, then the generic product would not be approved. This would prevent new uses from being approved for existing drugs because there is always the possibility that someone somewhere will use the drug for the prohibited, patented purpose. This would result in a real injustice: since a generic company cannot possibly control how everyone in the world uses its product, the prevention of the generic from marketing the product would further fortify and artificially extend the monopoly held by the patent holders. The patent holder would, therefore, effectively control not just the new uses for the old compound, but the compound itself, even though the compound itself is not protected by the patent in the first place. The patent holders, as a result, would obtain a benefit they were not meant to have. In the end, society would be deprived of the benefit of new methods of using existing pharmaceutical medicines at a lower cost.

Gen-étidronate de Genpharm soit, en cas de délivrance des avis de conformité, utilisé pour le traitement de l'ostéoporose selon le schéma posologique cyclique qui constitue l'invention suivant le brevet '376.

Il s'ensuit que les allégations de non-contrefaçon de Genpharm ne sont pas fondées, et qu'il convient, sur le fond du litige, de rendre une ordonnance d'interdiction.

L'argument avancé par Aventis dans le présent appel a été accepté dans une autre affaire, *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1381 (appel en instance).

[37] Pharmascience soutient qu'elle n'est pas obligée, en vertu du Règlement sur les AC, de tenir compte de la possibilité ou de la probabilité que le brevet '457 soit contrefait par des patients. À l'appui de cet argument, elle cite l'arrêt de la Cour d'appel fédérale dans *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)*, 2002 CAF 421 (confirmant la décision du juge O'Keefe dans [2002] 3 C.F. 221 (1^{re} inst.); demande d'autorisation d'interjeter appel à la C.S.C. rejetée [[2003] 1 R.C.S. v]). Pharmascience s'appuie sur les passages suivants de l'arrêt *AB Hassle*, aux paragraphes 57 et 58 :

Par conséquent, Apotex ne peut être empêché d'obtenir un avis de conformité pour le seul motif qu'elle vendra de l'oméprazole. Affirmer le contraire soulèverait de graves questions de politique. S'il y avait une quelconque possibilité qu'un patient consomme un produit générique pour une utilisation brevetée, alors le produit générique ne serait pas approuvé. Cela empêcherait l'autorisation de nouvelles utilisations de médicaments existants, car il est toujours possible que quelqu'un, quelque part, utilise le médicament pour l'objet breveté et interdit. Cette position mènerait à une véritable injustice : comme la société qui fabrique des génériques ne peut raisonnablement contrôler comment chacun dans le monde utilise son produit, empêcher le fabricant de génériques de commercialiser son produit contribuerait à conforter et élargir davantage le monopole des titulaires de brevet. Les titulaires de brevet se trouveraient de ce fait à contrôler effectivement non seulement les nouvelles utilisations d'un composé existant, mais le composé lui-même, même si celui-ci n'est pas protégé par le brevet au départ. Les titulaires de brevet auraient ainsi un avantage qu'ils ne devaient pas avoir. En fin de compte, la société serait privée de l'avantage des nouveaux modes d'utilisation des produits pharmaceutiques existants, disponibles à un coût inférieur.

Nor can Apotex be held liable in patent infringement proceedings under the *Patent Act* if, contrary to the evidence presented in the NOC proceeding, third party infringements do occur after the issue of a NOC, unless Apotex has implicated itself in the infringements by, for example, inducing or encouraging them. Genpharm has no application to a generic's liability under the *Patent Act* for any patent infringement by a third party that occurs after a NOC has been issued.

[38] *AB Hassle* has been followed in a number of cases in the Federal Court: *AstraZeneca AB v. Apotex Inc.* (2006), 46 C.P.R. 418 (appeal pending); *Aventis Pharma Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 45 C.P.R. (4th) 449 (appeal pending); *Pfizer Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 43 C.P.R. (4th) 81 (not appealed); *Axcan Pharma Inc. v. Pharmascience Inc.* (2005), 42 C.P.R. (4th) 330 (not appealed); *H. Lundbeck A/S v. Canada (Minister of Health)* (2003), 30 C.P.R. (4th) 198 (appeal discontinued); *H. Lundbeck A/S v. Canada (Minister of Health)* (2003), 30 C.P.R. (4th) 97 (appeal discontinued); *AB Hassle v. Apotex Inc.* (2004), 34 C.P.R. (4th) 65 (appeal discontinued); *AstraZeneca AB v. Apotex Inc.* (2004), 34 C.P.R. (4th) 65 (appeal filed but dismissed as moot; leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused [[2004] S.C.C.A. No. 391 (QL)]).

[39] Although the excerpts quoted above give the impression of a conflict between *Genpharm* and *AB Hassle*, the appearance of conflict is largely resolved when the cases are understood in light of their respective facts.

[40] The inevitable infringement referred to in *Genpharm* was the result of particular steps Genpharm proposed to take in marketing its generic product, leading this Court to infer that Genpharm would in fact be marketing its product for a patented use although it denied doing so. The medicine in issue, etidronate disodium, had been used for many years in the treatment of Paget's disease and hypercalcemia of malignancy. For that purpose, it was sold by Procter & Gamble in 200 mg pills under the name "Didronel". The patent in issue claimed the use of etidronate disodium for use in the

De plus, Apotex ne peut être tenue responsable à l'égard de poursuites en contrefaçon intentées en vertu de la *Loi sur les brevets* si, contrairement à la preuve présentée à l'audience sur l'avis de conformité, des tiers commettent des actes de contrefaçon après la délivrance de l'avis de conformité, à moins qu'Apotex soit elle-même impliquée dans ces actes, par exemple en incitant ou amenant les tiers à les commettre. L'arrêt *Genpharm* ne s'applique pas à la responsabilité du fabricant de génériques aux termes de la *Loi sur les brevets* à l'égard de toute contrefaçon de brevet par un tiers qui surviendrait après la délivrance de l'avis de conformité.

[38] L'arrêt *AB Hassle* a été suivi par la Cour fédérale dans plusieurs affaires : *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.*, 2006 CF 7 (appel en instance); *Aventis Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1461 (appel en instance); *Pfizer Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 1421 (pas d'appel); *Axcan Pharma Inc. c. Pharmascience Inc.*, 2005 CF 1231 (pas d'appel); *H. Lundbeck A/S c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1334 (appel abandonné); *H. Lundbeck A/S c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2003 CF 1145 (appel abandonné); *AB Hassle c. Apotex Inc.*, 2004 CF 379 (appel abandonné); *AstraZeneca AB c. Apotex Inc.*, 2004 CF 313 (appel interjeté mais rejeté parce que sans objet; demande d'autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême du Canada refusée [[2004] S.C.C.A. n° 391 (QL)]).

[39] Les passages cités plus haut donnent l'impression d'un conflit entre les arrêts *Genpharm* et *AB Hassle*, mais l'apparence de conflit se dissipe en bonne partie si on comprend les décisions à la lumière de leurs faits respectifs.

[40] La contrefaçon inévitable dont il était question dans l'arrêt *Genpharm* était le résultat de mesures particulières qu'entendait prendre Genpharm pour commercialiser son produit générique et qui avaient amené la Cour d'appel fédérale à conclure que Genpharm commercialiserait en fait son produit pour une utilisation brevetée même si elle niait le faire. Le médicament en cause, l'etidronate disodique, avait été utilisé pendant de nombreuses années pour le traitement de la maladie de Paget et de l'hypercalcémie de malignité. Il était vendu par Procter & Gamble sous la

treatment of osteoporosis. The patented use of etidronate disodium involved a particular regimen of intermittent dosage of the medicine. An osteoporosis patient was required to take a 400 mg pill containing the medicine for a specified number of days, and then no medicine for a specified number of days. Procter & Gamble sold its osteoporosis treatment under the name “Didrocal”. The intermittent dosage regimen was facilitated by selling “Didrocal” in a kit containing blister packages with 14 pills, one for each day in a two-week cycle, but some of the pills would be the medicine and others would be a placebo.

[41] Genpharm claimed to be marketing its product for use in the treatment of Paget’s disease and hypercalcemia of malignancy, and yet it proposed to produce 400 mg pills rather than 200 mg pills, and it proposed to use 14-pill blister packaging that could perform the same function as the packaging for the patented product. In addition, the product monograph for the generic product included studies that compared the bioavailability of the generic product to “Didrocal” (the osteoporosis product) rather than “Didronel” (the product for Paget’s disease and hypercalcemia of malignancy).

[42] The *AB Hassle* case was decided a few months after *Genpharm*. The medicine in issue in *AB Hassle* was omeprazole, which had long been established as a useful treatment for the reduction of gastric acid secretions. The patent in issue claimed the use of omeprazole for the treatment of campylobacter (*H. Pylori*) infections. Apotex proposed to market its own omeprazole product, and alleged that the patent would not be infringed because Apotex would not seek approval for its product for use in the treatment for the treatment of campylobacter infections, and would not refer to that use in its product monograph. *AB Hassle*

forme de comprimés de 200 mg sous le nom de « Didronel ». Le brevet en question revendiquait l’utilisation de l’etidronate disodique pour le traitement de l’ostéoporose. L’utilisation brevetée de l’etidronate disodique comportait un schéma posologique particulier, le médicament devant être consommé de façon cyclique. Le patient souffrant d’ostéoporose devait prendre un comprimé de 400 mg du médicament pendant un certain nombre de jours déterminé, puis aucun médicament pendant un autre nombre de jours déterminé. Procter & Gamble vendait son médicament pour le traitement de l’ostéoporose sous le nom de « Didrocal ». Le schéma posologique cyclique était facilité par le fait que le « Didrocal » était vendu sous forme de kit ou de plaquettes alvéolaires contenant 14 comprimés, un pour chaque jour de la semaine pour un cycle de deux semaines, mais certains comprimés contenaient le médicament alors que les autres étaient un placebo.

[41] Genpharm a soutenu qu’elle commercialisait son produit pour le traitement de la maladie de Paget et de l’hypercalcémie de malignité, mais elle envisageait de produire des comprimés de 400 mg plutôt que des comprimés de 200 mg, et elle projetait d’utiliser des plaquettes alvéolaires de 14 comprimés qui auraient la même fonction que l’emballage utilisé pour le produit breveté. De plus, la monographie du produit générique faisait état d’études qui comparaient la biodisponibilité du produit générique avec celle du « Didrocal » (le médicament pour le traitement de l’ostéoporose) plutôt qu’avec celle du « Didronel » (le médicament pour le traitement de la maladie de Paget et de l’hypercalcémie de malignité).

[42] L’arrêt *AB Hassle* a été rendu quelques mois après l’arrêt *Genpharm*. Le médicament en cause dans l’arrêt *AB Hassle* était l’oméprazole, reconnu depuis longtemps comme étant utile pour la réduction des sécrétions d’acide gastrique. Le brevet en cause revendiquait l’utilisation de l’oméprazole pour le traitement des infections à *Campylobacter* (*H. pylori*). Apotex avait l’intention de commercialiser son propre produit d’oméprazole et elle a allégué que le brevet ne serait pas contrefait parce qu’elle ne demanderait pas que son produit soit approuvé pour le traitement des infections à *Campylobacter* et qu’elle ne ferait pas

sought a prohibition order. Its application in the Federal Court failed for lack of evidence that there would be any infringement by Apotex, or any infringement induced by Apotex. That aspect of the decision was upheld on appeal.

[43] An argument was made in *AB Hassle* based on *Genpharm*. That argument was essentially the same argument made by Aventis in this case — that if infringement of a use patent is inevitable once a generic product is approved, even for a different use, then the Minister should be prohibited from approving the generic product. That argument failed in *AB Hassle*, for two reasons.

[44] First, the Court found the facts of *Genpharm* to be distinguishable (*AB Hassle*, paragraph 54), because of the inference that *Genpharm* would in fact be marketing its product for a patented use, an inference that could not be made on the evidence in *AB Hassle*.

[45] Second, the Court concluded that *Genpharm* does not stand for the proposition that mere sale by a generic producer of a medicine subject to a use patent is sufficient to constitute infringement of that patent for the purpose of subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations (*AB Hassle*, paragraphs 55 and 56), confirming the interpretation of subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations as stated by Justice O’Keefe [2002] 3 F.C. 221 (T.D.), at paragraph 49.

[46] As I understand the argument of Aventis in this case, it is a challenge to the correctness of the interpretation of subparagraph 5(1)(b)(iv) upon which the decision of this Court in *AB Hassle* is based. In my view, the *AB Hassle* interpretation of subparagraph 5(1)(b)(iv) is correct.

[47] The leading authority on the general principles to be applied in interpreting the NOC Regulations is *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney*

mention d’une utilisation à cette fin dans sa monographie de produit. *AB Hassle* a demandé une ordonnance d’interdiction. La Cour fédérale a rejeté sa demande en raison de l’absence de preuves indiquant qu’il y aurait contrefaçon ou incitation à la contrefaçon de la part d’Apotex. Cet aspect de la décision a été confirmé en appel.

[43] Un argument tiré de l’arrêt *Genpharm* a été invoqué dans l’arrêt *AB Hassle*. Cet argument était essentiellement le même que celui qui a été avancé par Aventis en l’espèce : si la contrefaçon d’un brevet d’utilisation est inévitable dès lors qu’un produit générique est approuvé, même pour une autre utilisation, il devrait alors être interdit au ministre d’approuver le produit générique. Cet argument a été rejeté dans l’arrêt *AB Hassle* pour deux raisons.

[44] Premièrement, la Cour a jugé que l’arrêt *Genpharm* se distinguait à cause des faits (*AB Hassle*, paragraphe 54), en raison de la conclusion selon laquelle *Genpharm* commercialiserait en fait son produit pour une utilisation brevetée, conclusion qui ne pouvait pas être tirée de la preuve présentée dans l’arrêt *AB Hassle*.

[45] Deuxièmement, la Cour a conclu que l’arrêt *Genpharm* n’a pas établi que la simple vente par un fabricant de produits génériques d’un médicament faisant l’objet d’un brevet d’utilisation suffit pour constituer une contrefaçon de ce brevet au sens du sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les AC (*AB Hassle*, paragraphes 55 et 56), confirmant ainsi l’interprétation donnée au sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les AC par le juge O’Keefe [2002] 3 C.F. 221 (1^{re} inst.), au paragraphe 49).

[46] Si je comprends bien l’argument d’Aventis en l’espèce, elle conteste le bien-fondé de l’interprétation donnée au sous-alinéa 5(1)(b)(iv) sur laquelle la Cour a appuyé sa décision dans l’arrêt *AB Hassle*. À mon avis, l’interprétation donnée au sous-alinéa 5(1)(b)(iv) dans l’arrêt *AB Hassle* est correcte.

[47] L’arrêt qui fait autorité quant aux principes généraux qu’il convient d’appliquer pour interpréter le Règlement sur les AC est *Bristol-Myers Squibb Co. c.*

General), [2005] 1 S.C.R. 533 (usually referred to as *Biolyse*). That case involved Biolyse Pharma Corporation, a drug manufacturer that was seeking a notice of compliance for a new drug containing the medicine paclitaxel. Its new drug submission did not compare its new drug to any other drug. Bristol-Myers Squibb Company (BMS) had previously been issued a notice of compliance for its paclitaxel drug, Taxol. A number of patents relating to paclitaxel were listed on the patent register for Taxol. BMS argued Biolyse was required by subsection 5(1.1) [as am. by SOR/99-379, s. 2] of the NOC Regulations to serve a notice of allegation addressing its listed patents, failing which the Minister could not issue Biolyse a notice of compliance.

[48] Biolyse would have had a legal obligation to serve BMS with a notice of allegation only if the statutory condition in the following words of subsection 5(1.1) of the NOC Regulations were met:

5. . . .

(1.1) . . . where a person files or has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug that contains a medicine found in another drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person and in respect of which a patent list has been submitted

BMS argued that the statutory condition was met because Biolyse had filed a submission for a notice of compliance in respect of its product, its product contained paclitaxel, which is found in Taxol, and BMS had a notice of compliance for Taxol in respect of which a patent list had been submitted.

[49] Justice Binnie, writing for the majority of the Supreme Court of Canada in *Biolyse*, characterized the issue as a dispute as to the correct interpretation of subsection 5(1.1) of the NOC Regulations. He referred to the modern approach to statutory interpretation as set out in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, which like many cases before and since have adopted the following words from Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at page 87:

Canada (Procureur général), [2005] 1 R.C.S. 533 (habituellement appelé l'arrêt *Biolyse*). Dans cet arrêt, Biolyse Pharma, un fabricant de médicaments, voulait obtenir un avis de conformité pour une nouvelle drogue contenant le médicament paclitaxel. Sa présentation de drogue nouvelle ne comparait pas sa nouvelle drogue avec d'autres drogues. Bristol-Myers Squibb (BMS) avait auparavant obtenu un avis de conformité pour sa drogue contenant du paclitaxel, le Taxol. Plusieurs brevets liés au paclitaxel étaient inscrits au registre des brevets pour le Taxol. BMS a soutenu que Biolyse était tenue, en vertu du paragraphe 5(1.1) [mod. par DORS/99-379, art. 2] du Règlement sur les AC, de signifier un avis d'allégation indiquant les brevets inscrits sur la liste, à défaut de quoi le ministre ne pouvait pas délivrer un avis de conformité à Biolyse.

[48] Biolyse aurait été légalement tenue de signifier un avis d'allégation à BMS seulement si la condition prévue au paragraphe 5(1.1) du Règlement sur les AC avait été remplie :

5. [. . .]

(1.1) [. . .] la personne qui dépose ou a déposé une demande d'avis de conformité pour une drogue contenant un médicament que l'on trouve dans une autre drogue qui a été commercialisée au Canada par suite de la délivrance d'un avis de conformité à la première personne et à l'égard de laquelle une liste de brevets a été soumise [. . .]

BMS a soutenu que la condition était remplie parce que Biolyse avait déposé une demande d'avis de conformité pour son produit, que son produit contenait du paclitaxel, qui est présent dans le Taxol, et que BMS avait un avis de conformité pour le Taxol à l'égard duquel une liste de brevets avait été soumise.

[49] Le juge Binnie, s'exprimant au nom de la majorité dans l'arrêt *Biolyse*, a dit que la question en litige était un différend quant à l'interprétation à donner au paragraphe 5(1.1) du Règlement sur les AC. Il a fait référence à l'approche moderne d'interprétation législative énoncée dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, dans lequel, comme dans bien d'autres arrêts précédents et subséquents, ont été retenus les mots suivants de Driedger, *Construction of Statutes* (2^e éd. 1983), à la page 87 :

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

He also noted that the same edition of Driedger says this about the interpretation of regulations (at page 247):

It is not enough to ascertain the meaning of a regulation when read in light of its own object and the facts surrounding its making; it is also necessary to read the words conferring the power in the whole context of the authorizing statute. The intent of the statute transcends and governs the intent of the regulation.

[50] The provision of the *Patent Act* authorizing the NOC Regulations was part of a package of amendments to the *Patent Act* that included the abolition of the former compulsory licensing regime, the extension of the term of patents from 17 to 20 years, and the addition of a number of exceptions to the infringement provisions, including what is called the “early working exception” in subsection 55.2(1) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4] of the *Patent Act*. The early working exception permits the use of patented inventions for certain research and development work. Subsection 55.2(1) reads as follows:

55.2 (1) It is not an infringement of a patent for any person to make, construct, use or sell the patented invention solely for uses reasonably related to the development and submission of information required under any law of Canada, a province or a country other than Canada that regulates the manufacture, construction, use or sale of any product.

[51] In the same package of legislative amendments, subsection 55.2(4) [as enacted *idem*; 2001, c. 10, s. 2] was added to the *Patent Act* to authorize the Governor in Council to make regulations for the purpose of deterring abuse of the early working exception. Subsection 55.2(4) reads as follows:

55.2 . . .

[TRADUCTION] Aujourd’hui il n’y a qu’un seul principe ou solution : il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur.

Il a aussi souligné que, dans la même édition, Driedger dit ce qui suit au sujet de l’interprétation des règlements (à la page 247) :

[TRADUCTION] Il ne suffit pas de déterminer le sens d’un règlement en l’interprétant au regard de son propre objet et des circonstances dans lesquelles il a été pris; il faut aussi interpréter les termes conférant les pouvoirs dans le contexte global de la loi habilitante. L’objet de la loi transcende et régit l’objet du règlement.

[50] La disposition de la *Loi sur les brevets* autorisant l’adoption du Règlement sur les AC faisait partie d’un ensemble de modifications apportées à la *Loi sur les brevets* qui comprenaient l’abolition de l’ancien régime d’octroi de licences obligatoires, la prolongation de la durée des brevets de 17 à 20 ans et l’ajout de plusieurs exceptions aux dispositions concernant la contrefaçon, notamment celle que l’on trouve au paragraphe 55.2(1) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4] de la *Loi sur les brevets* et est appelée « l’exception relative aux travaux préalables ». Cette exception permet l’utilisation d’inventions brevetées pour certains travaux de recherche et de développement. Le paragraphe 55.2(1) est libellé ainsi :

55.2 (1) Il n’y a pas contrefaçon de brevet lorsque l’utilisation, la fabrication, la construction ou la vente d’une invention brevetée se justifie dans la seule mesure nécessaire à la préparation et à la production du dossier d’information qu’oblige à fournir une loi fédérale, provinciale ou étrangère réglementant la fabrication, la construction, l’utilisation ou la vente d’un produit.

[51] À l’occasion de la même série de modifications législatives, le paragraphe 55.2(4) [édicte *idem*; 2001, ch. 10, art. 2] a été ajouté à la *Loi sur les brevets* pour autoriser le gouverneur en conseil à prendre des règlements dans le but de décourager le recours abusif à l’exception relative aux travaux préalables. Le paragraphe 55.2(4) est libellé comme suit :

55.2 [. . .]

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

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

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

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

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

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

[52] In *Biolyse*, Justice Binnie says that the NOC Regulations must be interpreted in light of the purpose of subsection 55.2(4) of the *Patent Act* and the related legislative amendments. His analysis includes an observation that seems to me to be germane to the issue of statutory interpretation raised in this case. He said at paragraph 53:

Section 55.2(4) is specifically directed to preventing infringement by persons who use “the patented invention” for the “early working” exception . . . That is all the Governor in Council is authorized to regulate.

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

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

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

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

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

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

[52] Dans l’arrêt *Biolyse*, le juge Binnie affirme qu’il faut interpréter le Règlement sur les AC en tenant compte du but visé par le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* et les modifications législatives connexes. Son analyse comprend une remarque qui me semble se rapporter à la question de l’interprétation des lois soulevée dans la présente espèce. Il a dit au paragraphe 53 :

Le paragraphe 55.2(4) est expressément destiné à prévenir la contrefaçon par les personnes qui utilisent « l’invention brevetée » en se prévalant des exceptions relatives aux « travaux préalables » [...] Voilà tout ce que le gouverneur en conseil est autorisé à réglementer.

[53] Justice Binnie went on to conclude that the NOC Regulations were not engaged by the new drug submission of Biolyse, because Biolyse was seeking approval for a new drug without making any comparisons to an existing drug. As Biolyse was not within the scope of subsection 55.2(4), it could not be within the scope of the NOC Regulations either.

[54] The interpretive principle from *Biolyse* weighs against an interpretation of the NOC Regulations that assumes that they are intended to prevent all patent infringement. *Biolyse* is more consistent with an interpretation of the NOC Regulations that assumes that they are intended to prevent only infringement by (or infringement induced or procured by) generic drug producers who make abbreviated new drug submissions containing one of the stipulated comparisons to an existing drug product.

[55] I turn now to the relevant words of subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations, which sets out the required contents of a non-infringement allegation. It states that in a non-infringement allegation, the generic drug producer must allege that:

5(1)(b) . . .

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

[56] Pharmascience argues that the words “by that person” means that this provision refers only to acts of Pharmascience that would constitute infringement of the ‘457 patent (which I understand would include acts of Pharmascience that induce or procure infringement by others). Aventis argues that subparagraph 5(1)(b)(iv) is capable of being read more broadly, and should be read more broadly, so that it includes any infringement by anyone of the ‘457 patent that results in any way from the issuance of a notice of compliance to Pharmascience.

[53] Le juge Binnie a poursuivi en concluant que le Règlement sur les AC ne s’appliquait pas dans le cas de la présentation de drogue nouvelle de Biolyse parce que Biolyse voulait faire approuver une nouvelle drogue sans la comparer avec une drogue existante. Comme Biolyse n’était pas visée par le paragraphe 55.2(4), elle ne pouvait pas non plus l’être par le Règlement sur les AC.

[54] Le principe d’interprétation qui se dégage de *Biolyse* milite contre une interprétation du Règlement sur les AC selon laquelle ledit règlement vise à prévenir toute contrefaçon de brevet. L’arrêt *Biolyse* va plutôt dans le sens d’une interprétation du Règlement sur les AC voulant qu’il a pour but d’empêcher uniquement la contrefaçon (ou l’incitation à la contrefaçon) par un fabricant de médicaments génériques qui soumet une présentation abrégée de drogue nouvelle contenant l’une des comparaisons requises avec une drogue existante.

[55] Je vais maintenant examiner la partie pertinente du sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les AC qui établit ce que doit contenir une allégation de non-contrefaçon. Cette disposition prévoit que, dans l’allégation de non-contrefaçon, le fabricant de médicaments génériques doit alléguer que :

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

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

[56] Pharmascience soutient que les mots « par elle » signifient que la disposition s’applique uniquement aux actes de Pharmascience qui constitueraient une contrefaçon du brevet ‘457 (ce qui, si je comprends bien, inclurait les actes de Pharmascience qui incitent ou amènent d’autres personnes à contrefaire le brevet). Aventis affirme que le sous-alinéa 5(1)(b)(iv) peut recevoir et devrait recevoir une interprétation plus large, de manière à inclure toute contrefaçon par quiconque du brevet ‘457, résultant de quelque façon de la délivrance d’un avis de conformité à Pharmascience.

[57] In my view, the interpretation proposed by Pharmascience is more consistent with the ordinary grammatical meaning of subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations, and is also more consistent with the legislative scheme and purpose. Subsection 55.2(4) of the *Patent Act* and by extension the NOC Regulations are intended to prevent patent infringement by Pharmascience, not by patients.

[58] The narrower interpretation proposed by Pharmascience is also more consistent with the general scheme of the *Patent Act*. The bargain represented by the '087 patent permits anyone to use the patented invention (that is, to make ramipril using one of the claimed processes) once the term of that patent expired in November of 2002. If Pharmascience is now prevented from obtaining a notice of compliance for its ramipril capsules for use in the treatment of hypertension only because the inevitable result is infringement of the '457 patent by patients who use the Pharmascience product for the treatment of cardiac insufficiency, the practical result will be an artificial extension of the monopoly represented by the now expired '087 patent. I do not believe that Parliament intended the NOC Regulations to permit such a result. (This point is also made in *AB Hassle*, at paragraph 57.)

[59] I acknowledge that there are statements in *Genpharm* that could be taken to support the broader interpretation of subparagraph 5(1)(b)(iv) proposed by Aventis (see, for example, paragraphs 45 to 50). I make three observations about those statements. First, they are *obiter dicta*, made in the context of evidence that Genpharm would in fact market its product for a use that came within the claims of one of the listed patents, which was not true in *AB Hassle* and is not true in this case. Second, *Genpharm* was decided before this Court had the benefit of the decision of the Supreme Court of Canada in *Biolyse*. In my view, the statements in paragraphs 45 to 50 of *Genpharm* interpret subparagraph 5(1)(b)(iv) in a manner that is not consistent with *Biolyse*. Third, although I remain of the view that *Genpharm* was correct in result, paragraphs 45 to 50 of *Genpharm*, read in isolation, do not reflect the

[57] À mon avis, l'interprétation proposée par Pharmascience correspond davantage au sens grammatical du sous-alinéa 5(1)b)(iv) du Règlement sur les AC ainsi qu'à l'esprit et à l'objet de la législation. Le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets* et, par extension, le Règlement sur les AC visent à prévenir la contrefaçon du brevet par Pharmascience et non par les patients.

[58] L'interprétation plus restrictive proposée par Pharmascience correspond aussi davantage à l'économie générale de la *Loi sur les brevets*. Le marché que représente le brevet '087 permet à quiconque d'utiliser l'invention brevetée (c'est-à-dire pour fabriquer du ramipril en utilisant l'un des procédés revendiqués) dès l'expiration du brevet en novembre 2002. Si Pharmascience est maintenant empêchée d'obtenir un avis de conformité pour ses gélules de ramipril devant être utilisées uniquement pour le traitement de l'hypertension parce que le résultat inévitable sera la contrefaçon du brevet '457 par des patients qui utiliseront son produit pour le traitement de l'insuffisance cardiaque, le résultat pratique sera une prolongation artificielle du monopole conféré par le brevet '087 maintenant expiré. Je ne crois pas que le législateur voulait que le Règlement sur les AC permette un tel résultat. (Ce point est également soulevé dans l'arrêt *AB Hassle*, au paragraphe 57.)

[59] Je reconnais que certaines affirmations dans l'arrêt *Genpharm* pourraient donner à penser qu'elles confirment l'interprétation plus large donnée par Aventis au sous-alinéa 5(1)b)(iv) (voir, par exemple, les paragraphes 45 à 50). J'ai trois commentaires à faire au sujet de ces affirmations. Premièrement, il s'agit de remarques incidentes, faites dans un contexte où la preuve indiquait que Genpharm commercialiserait effectivement son produit pour une utilisation correspondant aux revendications de l'un des brevets énumérés, ce qui n'était pas le cas dans l'arrêt *AB Hassle* ni en l'espèce. Deuxièmement, la Cour d'appel fédérale a rendu sa décision dans *Genpharm* avant que la Cour suprême du Canada rende son arrêt *Biolyse*. À mon avis, les affirmations contenues aux paragraphes 45 à 50 de *Genpharm* donnent au sous-alinéa 5(1)b)(iv) une interprétation qui n'est pas compatible avec l'arrêt

correct interpretation of subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations, and to that limited extent should be taken to have been reversed by *AB Hassle*.

[60] For these reasons, I conclude that the narrower interpretation of subparagraph 5(1)(b)(iv) of the NOC Regulations, as proposed by Pharmascience, is correct. As there is no evidence that Pharmascience will infringe the '457 patent, or that it will induce or procure the infringement by others of the '457 patent, the allegation of non-infringement of the '457 patent is justified. It follows that, even before the '457 patent expired on December 13, 2005, there was no basis upon which the Federal Court could have granted the application of Aventis for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance to Pharmascience for its ramipril capsules.

[61] After the expiry of the '457 patent on December 13, 2005, it was open to Pharmascience to amend its abbreviated new drug submission to seek approval for its ramipril capsules for use in the treatment of cardiac insufficiency as well as hypertension, and to change its marketing plans accordingly.

The '206 patent — whether the invalidity allegation is justified

[62] Several claims of the '206 patent (claims 1, 2, 3, 6 and 12) claim a genus of compounds that include ramipril (although ramipril is not specifically disclosed in the '206 patent). The allegation of invalidity of the '206 patent is that the relevant claims (claims 1, 2, 3, 6 and 12) cover subject-matter that is not patentably distinct from subject-matter covered by the '087 patent (which claims ramipril made by certain processes). The detailed statement says that the legal basis for that allegation is "double patenting".

Biolyse. Troisièmement, même si je continue de croire que la décision rendue dans l'arrêt *Genpharm* était correcte, les paragraphes 45 à 50 dudit arrêt, pris isolément, ne représentent pas une interprétation correcte du sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les AC et, dans cette mesure, on devrait considérer qu'ils ont été infirmés par l'arrêt *AB Hassle*.

[60] Pour ces motifs, je conclus que l'interprétation plus restrictive que propose Pharmascience pour le sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les AC est correcte. Comme il n'y a aucune preuve que Pharmascience contrefera le brevet '457, ou qu'elle incitera ou amènera d'autres personnes à le contrefaire, l'allégation de non-contrefaçon du brevet '457 est fondée. Par conséquent, même avant l'expiration du brevet '457 le 13 décembre 2005, il n'y avait aucun motif pour lequel la Cour fédérale aurait pu faire droit à la demande d'Aventis visant à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à Pharmascience pour ses gélules de ramipril.

[61] Après l'expiration du brevet '457 le 13 décembre 2005, il était loisible à Pharmascience de modifier sa présentation abrégée de drogue nouvelle pour demander l'approbation de ses gélules de ramipril pour le traitement de l'insuffisance cardiaque ainsi que de l'hypertension, et de modifier ses plans de commercialisation en conséquence.

Le brevet '206 — l'allégation d'invalidité est-elle fondée?

[62] Plusieurs revendications du brevet '206 (les revendications 1, 2, 3, 6 et 12) visent une famille de composés qui comprend le ramipril (même si le brevet ne renferme aucun exposé décrivant spécifiquement le ramipril). L'allégation d'invalidité du brevet '206 est que les revendications pertinentes (1, 2, 3, 6 et 12) visent des éléments qui ne sont pas brevetables parce qu'ils ne sont pas distincts des éléments visés par le brevet '087 (qui revendique le ramipril fabriqué selon certains procédés). L'énoncé détaillé précise que le fondement juridique de l'allégation est le « double brevet ».

[63] The Judge found that the allegation of invalidity was not justified because, in 1981 when the application for the '206 patent was filed, the invention disclosed in the '206 patent would not have been obvious to a person skilled in the art. Pharmascience appears to accept that the Judge was correct to use the established legal test for obviousness in the context of its double patenting argument, but argues that obviousness should have been assessed in 2001, the date of the issuance of the '206 patent, rather than 1981, the date of the filing of the application. The position of Pharmascience is that by 2001, both the '087 patent and the '457 patent had been issued, and it would have taught the skilled person the invention disclosed in the '206 patent.

[64] The main difficulty with the argument of Pharmascience as to the relevant date for assessing obviousness is that the record contains no evidence that is capable of establishing that the '206 invention would have been obvious in 2001 from the '087 invention or the '457 invention. The evidence that is most favourable to Pharmascience on this point is the affidavit of Professor Kluger (appeal book, Vol. VII, pages 1756 and 1757). Professor Kluger was not cross-examined, and his evidence is not challenged. I paraphrase his evidence as follows:

In 2001, it would have been obvious to a person skilled in the art that:

- (1) the claims of the '087 patent cover ramipril when prepared by certain processes;
- (2) claims 1, 2, 3, 6 and 12 of the '206 patent cover ramipril, and therefore cover ramipril when made by any of the processes in the claims of the '087 patent;
- (3) the claims of the '457 patent cover certain compositions of ramipril for use in the treatment of cardiac insufficiency;
- (4) claims 1, 2, 3, 6 and 12 of the '206 patent cover ramipril, and therefore cover any composition of

[63] La juge a conclu que l'allégation d'invalidité n'était pas fondée parce que lorsque la demande relative au brevet '206 a été déposée en 1981, l'invention divulguée dans ledit brevet n'aurait pas été évidente pour une personne versée dans l'art. Pharmascience semble convenir que la juge a utilisé à bon escient le critère établi en matière d'évidence dans le contexte de son argument relatif au double brevet, mais elle soutient que la question de l'évidence aurait dû être examinée par rapport à 2001, la date de la délivrance du brevet '206, plutôt que par rapport à 1981, la date du dépôt de la demande. Pharmascience fait valoir qu'en 2001, le brevet '087 et le brevet '457 avaient tous deux été délivrés et auraient montré à la personne versée dans l'art l'invention divulguée dans le brevet '206.

[64] Le principal problème que pose l'argument de Pharmascience quant à la date pertinente pour examiner la question de l'évidence est qu'il n'y a aucune preuve au dossier permettant d'établir que le brevet '206 aurait été évident en 2001 à partir de l'invention visée par le brevet '087 ou de l'invention visée par le brevet '457. L'élément de preuve le plus favorable à Pharmascience sur ce point est l'affidavit du professeur Kluger (dossier d'appel, vol. VII, pages 1756 et 1757). Le professeur Kluger n'a pas été contre-interrogé et son témoignage n'est pas contesté. Je paraphrase son témoignage comme suit :

En 2001, il aurait été évident pour une personne versée dans l'art que :

- 1) les revendications du brevet '087 visent le ramipril lorsqu'il est préparé selon certains procédés;
- 2) les revendications 1, 2, 3, 6 et 12 du brevet '206 visent le ramipril, et, par conséquent, elles visent le ramipril lorsqu'il est fabriqué selon l'un ou l'autre des procédés revendiqués dans le brevet '087;
- 3) les revendications du brevet '457 visent certaines compositions de ramipril devant être utilisées dans le traitement de l'insuffisance cardiaque;
- 4) les revendications 1, 2, 3, 6 et 12 du brevet '206 visent le ramipril, et, par conséquent, elles visent toute

ramipril covered in the claims of the '457 patent for treating cardiac insufficiency.

This evidence is capable of proving that, to a person skilled in the art, the existence of ramipril would have been obvious in 2001 from the claims of the '087 patent and the '457 patent. However, it falls considerably short of proving, on a balance of probabilities, that the range of compounds covered by any of the relevant claims of the '206 patent (even claim 12, which covers eight compounds, one of which is ramipril) would have been obvious to a skilled person in 2001.

[65] Given the evidence of Professor Kluger, it is even less likely that the invention disclosed in the '206 patent would have been obvious in 1981 when the application for the '206 patent was filed. Therefore, whether the Judge assessed obviousness as of 2001 or 1981, the result would be the same.

[66] This conclusion is fatal to the Pharmascience appeal in respect of the '206 patent. It is unnecessary to consider whether the Judge was correct to conclude that the doctrine of double patenting is not limited to cases involving a single inventor. However, since the point was fully argued, I will discuss it.

[67] "Double patenting" refers to certain judge-made rules that have been devised to prevent the "evergreening" of patents. Evergreening is the undue extension of the statutory monopoly in a particular patent by means of a series of patents with obvious or uninventive additions (*Whirlpool Corp. v. Camco Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1067, at paragraph 37).

[68] The jurisprudence has so far identified two categories of double patenting. In the first category, "same invention patenting", two patents are the same or have an identical or conterminous claim. The second category, "obviousness double patenting", is somewhat broader. In obviousness double patenting, the claims of

composition de ramipril visée dans les revendications du brevet '457 pour le traitement de l'insuffisance cardiaque.

Ce témoignage permet d'établir que, pour une personne versée dans l'art, l'existence du ramipril aurait été évidente en 2001 à partir des revendications du brevet '087 et du brevet '457. Toutefois, il est très loin de prouver, selon la prépondérance de la preuve, que la gamme de composés visés par l'une ou l'autre des revendications pertinentes du brevet '206 (même la revendication 12, qui vise huit composés, dont le ramipril) aurait été évidente en 2001 pour une personne versée dans l'art.

[65] Étant donné le témoignage du professeur Kluger, il est même peu probable que l'invention divulguée dans le brevet '206 aurait été évidente en 1981 lorsque la demande de brevet a été déposée. Ainsi, que la juge ait apprécié l'évidence en 2001 ou en 1981, le résultat serait le même.

[66] Cette conclusion porte un coup fatal à l'appel de Pharmascience en ce qui concerne le brevet '206. Il n'est pas nécessaire d'examiner si la juge a eu raison de conclure que la doctrine du double brevet ne se limite pas aux cas concernant un seul inventeur. Toutefois, comme cette question a été largement débattue, je vais l'examiner.

[67] Le concept du « double brevet » renvoie à une certaine jurisprudence élaborée pour empêcher les « renouvellements à perpétuité » des brevets. Le renouvellement à perpétuité est le prolongement indu du monopole conféré par la loi au breveté grâce à des brevets successifs obtenus par des ajouts évidents ou non inventifs (*Whirlpool Corp. c. Camco Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1067, au paragraphe 37).

[68] Jusqu'à présent, la jurisprudence a défini deux catégories de double brevet. Dans la première catégorie, celle du « brevet pour la même invention », deux brevets sont identiques ou il y a « identité » des revendications des deux brevets. La seconde catégorie, celle du « double brevet relatif à une évidence », a une portée un

the patents are not identical or conterminous, but the later patent has claims that are not patentably distinct from the other patent, or involve no novelty or ingenuity.

[69] The claims of the '206 patent are not identical or conterminous with the claims of the '087 patent or the '457 patent. Therefore, the invalidity allegation in this case must be understood as an allegation of obviousness double patenting. The classic example of obviousness double patenting is *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] S.C.R. 49. Farbwerke Hoechst applied for a patent for a medicine that was a diluted version of a medicine for which it had already obtained a patent. The claims were not identical or conterminous. Justice Judson held that the patent was invalid. He said (at page 53):

A person is entitled to a patent for a new, useful and inventive medicinal substance but to dilute that new substance once its medical uses are established does not result in further invention. The diluted and undiluted substance are but two aspects of exactly the same invention. In this case, the addition of an inert carrier, which is a common expedient to increase bulk, and so facilitate measurement and administration, is nothing more than dilution and does not result in a further invention over and above that of the medicinal itself.

[70] Aventis and Schering argue that the doctrine of double patenting cannot apply unless there are multiple patents issued to the same inventor. In this case, the inventor of the '206 patent is not the same as the inventor of the '087 or '457 patents. They also argue that it would be wrong to extend the doctrine of double patenting to this case, because the result would be inconsistent with the scheme of the *Patent Act* as it read when the application for the '206 patent was filed.

[71] I agree with Aventis and Schering that in this case, applying the doctrine of double patenting would be

peu plus large. Dans ce type de double brevet, il n'y a pas « identité » des revendications des deux brevets; cependant le dernier brevet comporte des revendications qui ne sont pas distinctes, au plan de la brevetabilité, de celles de l'autre brevet, ou ne comporte aucune nouveauté ou ingéniosité.

[69] Les revendications du brevet '206 ne sont pas identiques à celles du brevet '087 ou du brevet '457. Par conséquent, l'allégation d'invalidité, en l'espèce, doit s'entendre comme une allégation de double brevet relatif à une évidence. L'exemple classique de double brevet relatif à une évidence est l'arrêt *Commissioner of Patents v. Farbwerke Hoechst Aktiengesellschaft Vormals Meister Lucius & Bruning*, [1964] R.C.S. 49. Farbwerke Hoechst avait présenté une demande de brevet pour un médicament qui était une version diluée d'un autre médicament qu'elle avait déjà fait breveter. Il n'y avait pas identité des revendications. Le juge Judson a néanmoins conclu à l'invalidité du brevet. Il a dit (à la page 53) :

[TRADUCTION] Une personne a droit à un brevet pour une substance médicinale nouvelle, utile et inventive; toutefois, le fait de diluer cette nouvelle substance une fois que ses usages médicaux sont déterminés ne crée pas une nouvelle invention. La substance diluée et la substance non diluée ne sont que deux aspects de la même invention. En l'espèce, l'addition d'un véhicule inerte, qui constitue un moyen courant d'augmenter le volume et de faciliter ainsi la mesure et l'administration, n'est rien d'autre que de la dilution et ne crée pas une nouvelle invention.

[70] Aventis et Schering soutiennent que la doctrine du double brevet n'est applicable que lorsque de multiples brevets sont délivrés au même inventeur. En l'espèce, l'inventeur du brevet '206 n'est pas le même que l'inventeur des brevets '087 ou '457. Elles font aussi valoir qu'il serait erroné d'appliquer la doctrine du double brevet en l'espèce parce que cela irait à l'encontre de l'économie de la *Loi sur les brevets*, dans sa version en vigueur lorsque la demande relative au brevet '206 a été déposée.

[71] Je conviens avec Aventis et Schering que l'application, en l'espèce, de la doctrine du double

inconsistent with the relevant statutory scheme. The issues relating to the validity of the '206 patent are governed by the *Patent Act* as it read prior to 1989 (the old *Patent Act*). Under paragraph 27(1)(a) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 8] of the old *Patent Act*, the first inventor of an invention was entitled to a patent regardless of the date upon which the application was filed, and the term of the patent began when the patent was issued and ran for a term of 17 years from that date. Delays in the commencement of the term could and often did result from conflict proceedings. Such delays were inherent in the statutory scheme.

[72] The inventions disclosed in the '087 patent and the '457 patent are not only narrower in scope than the inventions disclosed in the '206 patent, but are later in time (based on their respective application dates). Given that the inventors of the '087 and '457 patents were working independently of the inventor of the '206 patent, it cannot reasonably be found in this case that the filing of the application for the '206 patent was an attempt to extend unduly the term of the '087 patent and the '457 patent. On the contrary, to apply the doctrine of double patenting to the '206 patent in the circumstances of this case would deprive Schering unfairly of the patent rights to which it became entitled as a result of the disclosure of the '206 patent, and that outcome would be caused merely by the delay in the issuance of the '206 patent.

[73] That is not to say that I would be prepared at this point to adopt the proposition that double patenting can never apply unless there is a single inventor. Although it is difficult at this point to envisage a case involving more than one inventor that is or should be vulnerable to a claim of double patenting, I see no reason to foreclose such a possibility. In my view the doctrine of double patenting, as a set of judge-made rules, should be left to evolve on a case-by-case basis.

[74] For these reasons, I conclude that the Judge was correct to find that the allegation of invalidity of the '206 patent was not justified.

brevet serait incompatible avec le cadre législatif pertinent. Les questions relatives à la validité du brevet '206 sont régies par la *Loi sur les brevets* dans sa version antérieure à 1989 (l'ancienne *Loi sur les brevets*). Suivant l'alinéa 27(1)a [mod. par L.R.C. (1985) (3^e suppl.), ch. 33, art. 8] de l'ancienne *Loi sur les brevets*, le premier inventeur avait droit à un brevet, sans égard à la date à laquelle la demande de brevet était déposée, et la période de validité de 17 ans du brevet commençait à la date de délivrance du brevet. Les retards dans le commencement de la période de validité du brevet pouvaient être à l'origine, et ont souvent été à l'origine, d'instances en conflit de priorité. De tels retards étaient inhérents au régime établi par la loi.

[72] Les inventions divulguées dans les brevets '087 et '457 ont non seulement une portée plus restreinte que les inventions divulguées dans le brevet '206, mais elles sont postérieures (selon les dates respectives de dépôt des demandes). Comme les inventeurs des brevets '087 et '457 travaillaient indépendamment de l'inventeur du brevet '206, on ne peut pas raisonnablement conclure, en l'espèce, que le dépôt de la demande de brevet '206 constituait une tentative de prolonger indûment la durée du brevet '087 et du brevet '457. Au contraire, appliquer la doctrine du double brevet dans les circonstances de l'espèce priverait injustement Schering des droits découlant du brevet par suite de la divulgation du brevet '206, et ce résultat serait simplement causé par le retard dans la délivrance du brevet '206.

[73] Cela ne signifie pas que je serais disposée à souscrire à l'idée selon laquelle la doctrine du double brevet n'est applicable que lorsqu'il n'y a qu'un seul inventeur. Bien qu'il puisse être difficile d'envisager une affaire mettant en cause plus d'un inventeur qui fait ou pourrait faire l'objet d'une allégation de double brevet, je ne vois aucune raison d'écarter une telle possibilité. À mon avis, la doctrine du double brevet, issue de la jurisprudence, doit pouvoir évoluer au cas par cas.

[74] Pour ces motifs, je conclus que la juge a eu raison de conclure que l'allégation d'invalidité du brevet '206 n'était pas fondée.

Conclusion

[75] For these reasons, I would dismiss the appeal with costs. The prohibition order dated March 11, 2005 ceased to have effect with respect to the '457 patent when that patent expired on December 13, 2005, but it remains in effect with respect to the '206 patent.

SEXTON J.A.: I agree.

MALONE J.A.: I agree.

Conclusion

[75] Pour ces motifs, je rejetterais l'appel avec dépens. L'ordonnance d'interdiction datée du 11 mars 2005 a cessé complètement d'avoir effet à l'égard du brevet '457 à l'expiration dudit brevet, le 13 décembre 2005; toutefois, elle demeure applicable en ce qui a trait au brevet '206.

LE JUGE SEXTON, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE MALONE, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

A-75-06
2006 FCA 214

A-75-06
2006 CAF 214

Pfizer Canada Inc. and Pfizer Limited (*Appellants*)

Pfizer Canada Inc. et Pfizer Limited (*appelantes*)

v.

c.

The Minister of Health and ratiopharm Inc.
(*Respondents*)

Le ministre de la Santé et ratiopharm Inc. (*intimés*)

INDEXED AS: PFIZER CANADA INC. v. CANADA (MINISTER OF HEALTH) (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ: PFIZER CANADA INC. c. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ) (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Linden, Létourneau and Malone JJ.A.—Ottawa, May 23, 24 and June 9, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Létourneau et Malone, J.C.A.—Ottawa, 23 et 24 mai et 9 juin 2006.

Patents — Appeal from Federal Court decision dismissing application for order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to ratiopharm Inc. until expiry of '393 selection patent over invention of amlodipine besylate (besylate) — Whether Pfizer Limited's (Pfizer) patent valid selection patent — Selection patents, difference between unpatentable verification, patentable investigation discussed — Applications Judge wrong to conclude investigation conducted by Pfizer mere verification — Pfizer's discovery of besylate's special formulation properties creating special advantage in dosage stability and processability — Pfizer thus having valid claim for selection patent — Appeal allowed.

Brevets — Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande afin de faire interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à ratiopharm Inc. avant l'expiration du brevet de sélection '393 revendiquant l'invention du bésylate d'amlodipine (bésylate) — Il s'agissait de savoir si le brevet de Pfizer Limited (Pfizer) était un brevet de sélection valide — Examen des brevets de sélection et de la différence entre une vérification non brevetable et les recherches pouvant faire l'objet d'un brevet — Le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a conclu que les recherches effectuées par Pfizer consistaient simplement en une vérification — La découverte par Pfizer des propriétés de formulation particulière du bésylate le rendent avantageux sur le plan de la stabilité sous forme posologique et de la traitabilité — Pfizer disposait donc d'une revendication valide de brevet de sélection — Appel accueilli.

This was an appeal from a decision of the Federal Court dismissing application pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations* for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance (NOC) to ratiopharm Inc. until after the expiry of Pfizer Limited's (Pfizer) patent (the '393 patent) claiming a selection patent over the invention of amlodipine besylate (besylate), a salt of amlodipine.

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une demande présentée en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* afin de faire interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à ratiopharm Inc. avant l'expiration du brevet (le brevet '393) de Pfizer Limited (Pfizer) dans lequel cette dernière revendique un brevet de sélection relatif à l'invention du bésylate d'amlodipine (bésylate), un sel de l'amlodipine.

The elements of a selection patent are defined in English case law, where it is said that the “inventive step in a selection patent lies in the discovery that one or more members of a previously known class of products possess some special advantage for a particular purpose, which could not be predicted before the discovery was made.” All claimed members of the known class must have the advantage and the advantage must not be one that those skilled in the art would expect to find in a large number of the previously disclosed class.

Les éléments des brevets de sélection ont été définis dans la jurisprudence anglaise, où il a été statué que [TRADUCTION] « l'étape inventive dans un brevet de sélection consiste en la découverte qu'un ou plusieurs éléments d'une catégorie de produits antérieurement connue offrent certains avantages spéciaux à une fin particulière, lesquels n'auraient pu être prévus avant que cette découverte ne soit faite ». Tous les éléments de la catégorie connue qui sont revendiqués doivent posséder les avantages spéciaux, lesquels doivent différer des avantages qu'une personne versée dans l'art se serait attendue

The only invention claimed in the '393 patent is the selection of besylate from the class of some 80 pharmaceutically acceptable salts of amlodipine. That selection became necessary after Pfizer found that the maleate salts identified as the "preferred salts" in its originating patent (claiming the discovery of certain dihydropyridines to be used as an anti-ischaemic or anti-hypertensive agent) could not be formulated into a suitable dosage form. The issue was whether Pfizer's research leading up to its claim involved only mere verification of besylate's formulation properties or whether its analysis amounted to the actual invention of besylate.

Held, the appeal should be allowed.

A selection patent cannot be claimed for confirming predicted or predictable qualities of known compounds (verification). The applications Judge applied the wrong legal test when he concluded that the investigation conducted by Pfizer amounted to mere verification. Verification deals with compounds already discovered and made, whereas the formulation properties of any salt of amlodipine could never have been expected but must be determined empirically. The '393 patent is a valid selection patent because of Pfizer's discovery of besylate's special formulation properties creating a special advantage in dosage stability and processability.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 34(1).
Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch. D.); *Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories International S.A.*, [1978] R.P.C. 521 (H.L.); *E. I. Du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe's) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.); *Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Ltd.* (2005), 42 C.P.R. (4th) 97; 341 N.R. 330; 2005 FCA 270; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; (1997), 144 D.L.R. (4th) 1; 50 Admin. L.R. (2d) 199; 71 C.P.R. (3d) 417; 209 N.R. 20; *In the Matter of an*

à trouver dans un grand nombre d'éléments de la catégorie antérieurement divulguée.

La seule invention qui est revendiquée dans le brevet '393 est la sélection du bésylate au sein d'une catégorie constituée d'environ 80 sels de l'amlodipine acceptables du point de vue pharmaceutique. Cette sélection s'est imposée lorsque Pfizer a découvert que les maléates identifiés comme les [TRADUCTION] « sels idéaux » dans son brevet d'origine (revendiquant la découverte de certaines dihydropyridines comme agents anti-ischémiques ou anti-hypertensifs) ne se prêtaient pas à une formulation sous une forme posologie adéquate. Il s'agissait de déterminer si les recherches de Pfizer fondant cette revendication consistaient simplement en la vérification des propriétés de formulation du bésylate ou si elles constituaient véritablement l'invention du bésylate.

Arrêt : l'appel doit être accueilli.

Personne ne peut obtenir un brevet de sélection pour avoir confirmé des qualités prévues ou prévisibles de composés connus (vérification). Le juge de première instance n'a pas appliqué le bon critère lorsqu'il a conclu que les recherches effectuées par Pfizer constituaient une simple vérification. La vérification porte sur des composés déjà découverts et préparés alors que les propriétés de formulation de tout sel de l'amlodipine ne pouvaient être prévues et qu'elles devaient être déterminées empiriquement. Le brevet '393 est un brevet de sélection valide en raison de la découverte par Pfizer des propriétés de formulation particulière du bésylate qui le rendent avantageux sur le plan de la stabilité sous forme posologique et de la traitabilité.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 34(1).
Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents (1930), 47 R.P.C. 289 (Ch. D.); *Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories International S.A.*, [1978] R.P.C. 521 (H.L.); *E. I. Du Pont de Nemours & Co. (Witsiepe's) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.); *Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2005 CAF 270; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *In the Matter of an Application for a Patent by Henry Dreyfus, Robert Wighton Moncrieff and Charles William Sammons* (1945), 62 R.P.C. 125; *Beloit Canada*

Application for a Patent by Henry Dreyfus, Robert Wighton Moncrieff and Charles William Sammons (1945), 62 R.P.C. 125; *Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289; 64 N.R. 287 (F.C.A.); *Free World Trust v. Electro 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; 2000 SCC 66.

CONSIDERED:

Pope Appliance Corp. v. Spanish River Pulp & Paper Mills, Ltd., [1929] 1 D.L.R. 209; [1929] A.C. 269 (P.C.); *Sharpe & Dohme Inc. v. Boots Pure Drug Company Ltd.* (1928), 45 R.P.C. 153 (C.A.); *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.)*, [1981] 1 S.C.R. 504; (1981), 122 D.L.R. (3d) 203; 56 C.P.R. (2d) 145; 35 N.R. 390; *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 39 C.P.R. (4th) 202; 271 F.T.R. 159; 2005 FC 390.

REFERRED TO:

Housen v. Nikolaisen, [2002] 2 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33; *SmithKline Beecham Pharma Inc. v. Apotex Inc.*, [2003] 1 F.C. 118; (2002), 219 D.L.R. (4th) 124; 21 C.P.R. (4th) 129; 291 N.R. 168; 2002 FCA 216.

AUTHORS CITED

Berge, Stephen M. *et al.* "Pharmaceutical Salts" (1977), 66 *Journal of Pharmaceutical Sciences* 1.
Blanco White, T. A. *Patents for Inventions and the Protection of Industrial Designs*, 5th ed. London: Stevens, 1983.
Halsbury's Laws of England, 3rd ed., vol. 29. London: Butterworths, 1964.

APPEAL from a decision of the Federal Court ((2006), 46 C.P.R. (4th) 281; 2006 FC 220) dismissing the appellants' application for an order prohibiting the Minister of Health from issuing a notice of compliance to ratiopharm Inc. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Sheila R. Block, Andrew M. Shaughnessy and Andrew E. Bernstein for appellants.
Glen A. Bloom, David W. Aitken and Matthew R. Castellarin for respondent ratiopharm Inc.

SOLICITORS OF RECORD:

Torys LLP, Toronto, for appellants.

Ltd. c. Valmet OY (1986), 8 C.P.R. (3d) 289; 64 N.R. 287 (C.A.F.); *Free World Trust c. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024; 2000 CSC 66.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Pope Appliance Corp. v. Spanish River Pulp & Paper Mills, Ltd., [1929] 1 D.L.R. 209; [1929] A.C. 269 (P.C.); *Sharpe & Dohme Inc. v. Boots Pure Drug Company Ltd.* (1928), 45 R.P.C. 153 (C.A.); *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.)*, [1981] 1 R.C.S. 504; *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 390.

DÉCISIONS CITÉES :

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *SmithKline Beecham Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, [2003] 1 C.F. 118; 2002 CAF 216.

DOCTRINE CITÉE

Berge, Stephen M. *et al.* « Pharmaceutical Salts » (1977), 66 *Journal of Pharmaceutical Sciences* 1.
Blanco White, T. A. *Patents for Inventions and the Protection of Industrial Designs*, 5th ed. London : Stevens, 1983.
Halsbury's Laws of England, 3rd ed., vol. 29. London : Butterworths, 1964.

APPEL d'une décision (2006 CF 220) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande présentée par les appelantes afin de faire interdire au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité à ratiopharm Inc. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Sheila R. Block, Andrew M. Shaughnessy et Andrew E. Bernstein pour les appelantes.
Glen A. Bloom, David W. Aitken et Matthew R. Castellarin pour l'intimée ratiopharm Inc.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Torys LLP, Toronto, pour les appelantes.

Osler, Hoskin & Harcourt LLP, Ottawa, for respondent ratiopharm Inc.

Osler, Hoskin & Harcourt S.E.N.C.R.L., s.r.l., Ottawa, pour l'intimée ratiopharm Inc.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

MALONE J.A.:

LE JUGE MALONE, J.C.A. :

I. INTRODUCTION

[1] This appeal relates to Canadian patent No. 1321393 (the '393 patent) issued in 1987, whereby Pfizer Limited (Pfizer) claims a selection patent over the invention of amlodipine besylate (besylate), a salt of amlodipine. At issue is whether Pfizer's research leading up to this claim involved only mere verification of besylate's formulation properties or whether its analysis amounted to the actual invention of besylate, so as to permit Pfizer to claim a selection patent.

I. INTRODUCTION

[1] Le présent appel concerne le brevet de sélection canadien numéro 1321393 (le brevet '393) délivré en 1987, dans lequel Pfizer Limited (Pfizer) revendique l'invention du bésylate d'amlodipine (bésylate), un sel de l'amlodipine. Il s'agit de déterminer si les recherches de Pfizer fondant cette revendication consistaient simplement en la vérification des propriétés de formulation du bésylate ou si elles constituaient véritablement l'invention du bésylate, permettant ainsi à Pfizer de revendiquer un brevet de sélection.

[2] The appellants appeal the February 17, 2006 order of a Federal Court Judge (the applications Judge) dismissing their application pursuant to the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the NOC Regulations) for an order prohibiting the Minister of Health (the Minister) from issuing a notice of compliance (NOC) to ratiopharm Inc. (ratiopharm) until after the '393 patent expired (reported at (2006), 46 C.P.R. (4th) 281 (F.C.)).

[2] Les appelantes contestent l'ordonnance d'un juge de la Cour fédérale (le juge de première instance) en date du 17 février 2006 rejetant la demande qu'elles avaient présentée en vertu du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement), afin de faire interdire au ministre de la Santé (le ministre) de délivrer un avis de conformité (AC) à ratiopharm Inc. (ratiopharm) avant l'expiration du brevet '393 (décision 2006 CF 220).

[3] There are two general classes of chemical patents. The first is the "originating patent" where there is an originating invention involving the discovery of a new reaction or a new compound. The second is the "selection patent", which is based on a selection from related compounds derived from the original compound and which have been described in general terms and claimed in the originating patent (see *In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 283 (Ch. D.), at page 321, *per* Maugham J.).

[3] Il existe deux catégories générales de brevets de produit chimique : les « brevets d'origine », qui portent sur une invention source comportant la découverte d'une nouvelle réaction ou d'un nouveau composé, et les « brevets de sélection », qui supposent un choix entre des composés connexes procédant du composé original qui ont été décrits en termes généraux et revendiqués dans le brevet d'origine (voir *In re I.G. Farbenindustrie A.G.'s Patents* (1930), 47 R.P.C. 283 (Ch. D.), à la page 321, juge Maugham).

[4] While there is little Canadian jurisprudence on the subject of selection patents, its elements are well defined in *I.G. Farbenindustrie*. Lord Diplock cited this decision with approval in the House of Lords where he stated that the "inventive step in a selection patent lies in

[4] Il y a peu de jurisprudence canadienne sur la question des brevets de sélection, mais la décision *I.G. Farbenindustrie* a bien défini les principaux éléments de ce type de brevets, et lord Diplock l'a citée en l'approuvant dans une affaire de la Chambre des lords

the discovery that one or more members of a previously known class of products possess some special advantage for a particular purpose, which could not be predicted before the discovery was made” (see *Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories International S.A.*, [1978] R.P.C. 521 (H.L.), at page 579). All claimed members of the known class must have the advantage and the advantage must not be one that those skilled in the art would expect to find in a large number of the previously disclosed class (i.e. a quality of special character) (see *I.G. Farbenindustrie*, at page 323).

[5] Selection patents exist to encourage researchers to further use their inventive skills so as to discover new advantages for compounds within the known class. A selection patent can be claimed for a selection from a class of thousands or for a selection of one out of two (see for example *I.G. Farbenindustrie*, at page 323 and *E.I. Du Pont de Nemours & Co (Witsiepe's) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.), at page 310).

II. FACTS

[6] In September 1983, Pfizer applied for European patent application No. 0 089 167 (the EPA). The EPA is an originating patent which claims the discovery of certain dihydropyridines which included amlodipine and their pharmaceutically acceptable salts to be used as an anti-ischaemic or anti-hypertensive agent. The EPA indicates that “the preferred salts are maleates.”

[7] Pharmaceutically acceptable salts refer to the 80 anions identified in the seminal and authoritative article by Stephen Berge, dated January 1977, Vol. 66, in the *Journal of Pharmaceutical Sciences* entitled “Pharmaceutical Salts”. Mr. Berge lists approximately 80 salts within amlodipine including besylate.

[8] The development and formulation of a new drug can be complicated, time-consuming and difficult. One

où il a statué que [TRADUCTION] « l'étape inventive dans un brevet de sélection consiste en la découverte qu'un ou plusieurs éléments d'une catégorie de produits antérieurement connue offrent certains avantages spéciaux à une fin particulière, lesquels n'auraient pu être prévus avant que cette découverte ne soit faite » (voir *Beecham Group Ltd. v. Bristol Laboratories International S.A.*, [1978] R.P.C. 521 (H.L.), à la page 579). Tous les éléments de la catégorie connue qui sont revendiqués doivent posséder les avantages spéciaux, lesquels doivent différer des avantages qu'une personne versée dans l'art se serait attendue à trouver dans un grand nombre d'éléments de la catégorie antérieurement divulguée (c.-à-d. une qualité d'une nature particulière) (voir *I.G. Farbenindustrie*, à la page 323).

[5] Les brevets de sélection encouragent les chercheurs à continuer d'exercer leur génie inventif de façon à découvrir de nouveaux avantages à des composés appartenant à la catégorie connue. Ils peuvent être demandés pour une sélection opérée dans une catégorie comportant des milliers d'éléments ou n'en comportant que deux (voir, par exemple, *I.G. Farbenindustrie*, à la page 323 et *E.I. Du Pont de Nemours & Co (Witsiepe's) Application*, [1982] F.S.R. 303 (H.L.), à la page 310).

II. FAITS

[6] En septembre 1983, Pfizer a présenté la demande de brevet européen numéro 0 089 167 (la DBE). Il s'agissait d'une demande de brevet d'origine revendiquant la découverte de certaines dihydropyridines, incluant l'amlodipine, et de leurs sels acceptables du point de vue pharmaceutique comme agents anti-ischémiques ou anti-hypertensifs. La DBE indique que [TRADUCTION] « les sels idéaux sont les maléates ».

[7] Les sels acceptables du point de vue pharmaceutique désignent les 80 anions décrits dans l'article novateur et rigoureux de Stephen Berge, intitulé « Pharmaceutical Salts », paru en janvier 1977, Vol. 66, dans le *Journal of Pharmaceutical Sciences*. M. Berge y énumère environ 80 sels de l'amlodipine, dont le besylate.

[8] L'élaboration et la préparation d'un nouveau médicament peut être une opération complexe, longue et

difficulty is ensuring that the final dosage form will have properties that permit it to be readily manufactured, stored, transported and sold.

[9] A search for an alternative salt form became necessary when Pfizer found that the maleate salts could not be formulated into a suitable dosage form. These problems related to poor stability and processability, and were significant enough to warrant the unusual step of halting amlodipine's development after the commencement of human clinical studies. Pfizer therefore decided to try to find a new salt for amlodipine in response to these formulation problems.

[10] Salt selection is also a very difficult and time-consuming process. Not surprisingly, Pfizer wanted the replacement salt to have an optimal combination of formulation properties, namely: (1) be soluble enough to be absorbed by the body; (2) be as stable as possible; (3) be as non-hygroscopic as possible; and (4) be as easily processed as possible (non-stickiness) (collectively the formulation properties). After conducting further research, Pfizer selected besylate.

[11] Pfizer asserts that the '393 patent is a valid selection patent. The only invention claimed in the '393 patent is the selection of besylate from the class of some 80 pharmaceutically acceptable salts of amlodipine. The disclosure in the '393 patent states that besylate was selected because of the discovery of its unusual combination of desirable properties when preparing pharmaceutical formulations. The disclosure further reveals that besylate was tested against seven other pharmaceutically acceptable salts of amlodipine in respect of the formulation properties. On the basis of these tests, the disclosure asserts that:

It has now unexpectedly been found that the benzene sulfonate salt (hereinafter referred to as the besylate salt) has a number of advantages over the known salts of amlodipine [sic] and, additionally has unexpectedly been found to have a unique combination of good formulation properties which

ardue. Il est notamment difficile de s'assurer que la forme posologique définitive possède les propriétés nécessaires pour permettre de fabriquer, entreposer, transporter et vendre aisément le produit.

[9] Il a fallu que Pfizer cherche un nouveau sel lorsqu'elle a découvert que le maléate ne se prêtait pas à une formulation sous une forme posologique adéquate, en raison de problèmes d'instabilité et de traitabilité assez importants pour justifier de prendre la mesure inhabituelle de stopper le développement de l'amlodipine après le début des études cliniques sur des humains. Elle a alors résolu de trouver un nouveau sel de l'amlodipine qui résoudrait ces problèmes de formulation.

[10] La sélection d'un sel est également une opération longue et difficile. Il n'est pas surprenant que Pfizer ait voulu que le sel de remplacement possède une combinaison optimale de propriétés pour ce qui est de la formulation, à savoir : 1) une solubilité suffisante pour permettre l'absorption par le corps; 2) la plus grande stabilité possible; 3) la plus grande non-hygroscopicité possible et 4) la plus grande traitabilité possible (non-adhésif) (collectivement : les propriétés de formulation). Après avoir poursuivi ses recherches, Pfizer a choisi le bésylate.

[11] Pfizer défend la validité du brevet '393 comme brevet de sélection. La seule invention qui y est revendiquée est la sélection du bésylate au sein d'une catégorie constituée d'environ 80 sels de l'amlodipine acceptables du point de vue pharmaceutique. La divulgation du brevet '393 indique que le bésylate a été choisi parce qu'on avait découvert qu'il présentait une combinaison inhabituelle de propriétés souhaitables pour la formulation de préparations pharmaceutiques. Elle précise également que le bésylate a été comparé à sept autres sels de l'amlodipine acceptables du point de vue pharmaceutique, pour ce qui est des propriétés de formulation. Sur le fondement des tests ainsi réalisés, la divulgation expose ce qui suit :

[TRADUCTION] Il a maintenant été constaté inopinément que le benzenesulfonate (ci-après appelé bésylate) présente un certain nombre d'avantages par rapport aux sels connus de l'amlodipine et qu'il possède aussi, on l'a en outre constaté inopinément, une combinaison unique de propriétés de

make it particularly suitable for the preparations of pharmaceutical formulations of amlodipine. [Emphasis added.]

[12] Pfizer markets and sells besylate under the brand name “Norvasc”. Pfizer has two patents in Canada listed against “Norvasc”; the ‘393 patent and Canadian patent No. 1253865 (‘865 patent). The ‘865 patent is the Canadian counterpart of the EPA and it expired on May 8, 2006. It is not part of this appeal.

[13] In these proceedings where Pfizer seeks the issuance of an order prohibiting the Minister from issuing an NOC which would allow ratiopharm to produce a generic version of besylate tablets after the ‘865 patent expired, Pfizer has the burden of demonstrating on a balance of probabilities that ratiopharm’s allegations of non-infringement of the patent or its invalidity are not justified (see *Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Ltd.* (2005), 42 C.P.R. (4th) 97 (F.C.A.)).

III. DECISION BELOW

[14] While the applications Judge canvassed a number of other issues, the focus of his analysis ultimately relates to verification and the law surrounding selection patents. After considering the more developed case law from the United Kingdom on this issue, he concluded that because of the lack of rationale and explanation for why certain salts from a known class were tested, there was no disclosure of special advantage. Since the purpose of selection patents is to reward the inventor for discovering hitherto unknown characteristics peculiar to the members of the selection, the absence of explanation or justification convinced the applications Judge that this was merely an exercise in verifying existing properties and testing the degree of known characteristics, which is not patentable.

IV. STANDARD OF REVIEW

[15] Errors of law are to be reviewed on a correctness standard (see *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235). However, sometimes an error of mixed fact and

formulation avantageuses grâce auxquelles ce sel se prête particulièrement bien à la fabrication de préparations pharmaceutiques d’amlodipine. [Non souligné dans l’original.]

[12] Pfizer commercialise et vend le bésylate sous la marque nominative « Norvasc ». Elle possède deux brevets canadiens se rapportant à cette marque : le brevet ‘393 et le brevet numéro 1253865 (le brevet ‘865). Ce dernier brevet est l’équivalent canadien de la DBE, et il a expiré le 8 mai 2006. Il n’est pas visé dans le présent appel.

[13] Pfizer, qui cherche en l’espèce à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un AC qui permettrait à ratiopharm de produire une version générique des comprimés de bésylate après l’expiration du brevet ‘865, doit prouver suivant la prépondérance des probabilités que les allégations de ratiopharm relatives à la non-contrefaçon et à l’invalidité du brevet ne sont pas fondées (voir *Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, 2005 CAF 270).

III. LA DÉCISION DE LA COUR FÉDÉRALE

[14] Bien que le juge de première instance ait examiné d’autres points, l’essentiel de son analyse a porté sur la question de la vérification et sur le droit en matière de brevets de sélection. Après avoir examiné la jurisprudence plus abondante du Royaume-Uni à ce sujet, il a conclu qu’il n’y avait pas eu divulgation d’un avantage particulier à cause de l’absence de raisons expliquant pourquoi certains sels d’une catégorie antérieurement connue avaient été testés. Puisque les brevets de sélection visent à récompenser la découverte de caractéristiques d’éléments de la sélection inconnues auparavant, l’absence d’explication ou de justification a convaincu le juge de première instance qu’il y avait eu simplement vérification de propriétés existantes et du degré de caractéristiques connues, ce qui n’était pas brevetable.

IV. NORME DE CONTRÔLE

[15] La norme de contrôle applicable en matière d’erreur de droit est la norme de la décision correcte (voir *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235).

law can also amount to an error of law that attracts the correctness standard as was demonstrated in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748. There, Iacobucci J. stated [at paragraph 39]:

... 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 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.

[16] In my analysis, the question of whether the applications Judge applied the correct test when he determined that Pfizer's research amounted to no more than verifying existing properties (or their degree) and was not inventive is to be reviewed on a correctness standard.

V. PRELIMINARY ISSUE

[17] Before dealing with the main issue on appeal, it is necessary to deal with one preliminary issue. In its NOA [notice of allegation], ratiopharm alleged that besylate offered no substantial or practically significant improvement in stability over any of the other salts tested in the '393 patent, and in particular, over amlodipine maleate.

[18] The applications Judge found that ratiopharm's NOA was inadequate because it did not include the results of tests conducted by Dalton Chemical Laboratories Inc. (the Dalton tests) prior to the date of the NOA. These tests relate to stability tests on besylate, amlodipine maleate and tablet formulations of besylate and amlodipine maleate. As a result of this finding, the applications Judge disregarded the evidence of the Dalton tests.

[19] Although, for the purposes of this appeal, ratiopharm is not asking this Court to consider the evidence of the Dalton tests, ratiopharm urges that this Court distance itself from the finding of the applications

Toutefois, les erreurs portant sur des questions mixtes de fait et de droit peuvent parfois équivaloir à des erreurs de droit et appeler également l'application de la norme de la décision correcte, comme on l'a vu dans *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, où le juge Iacobucci a affirmé [au paragraphe 39] :

[...] 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 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.

[16] J'estime que la question de savoir si le juge de première instance a appliqué le bon critère pour conclure que les recherches menées par Pfizer ne faisaient que vérifier des propriétés existantes (ou leur degré) et étaient dénuées d'inventivité doit être tranchée en fonction de la norme de la décision correcte.

V. QUESTION PRÉLIMINAIRE

[17] Avant d'aborder la principale question soulevée par l'appel, il s'impose de statuer sur une question préliminaire. Dans son avis d'allégation, ratiopharm a déclaré que le bésylate n'apportait, en ce qui concerne la stabilité, aucune amélioration notable ou d'une importance pratique par rapport aux autres sels soumis aux essais dans le brevet '393, notamment le maléate d'amlodipine.

[18] Le juge de première instance a estimé que l'avis d'allégation était insuffisant parce qu'il n'indiquait pas les résultats des essais effectués antérieurement à l'avis par Dalton Chemical Laboratories Inc. (les essais Dalton), essais qui portaient sur la stabilité du bésylate, du maléate d'amlodipine et de la formulation de comprimés de ces deux substances. En raison de cette conclusion, le juge n'a pas tenu compte des essais Dalton.

[19] Bien qu'en l'espèce ratiopharm ne demande pas à la Cour d'examiner les essais Dalton, elle l'invite à s'écarter de la conclusion du juge de première instance sur la suffisance de l'avis d'allégation [au paragraphe

Judge on the sufficiency of its NOA when he stated [at paragraph 29] “the Dalton Testing results represent new facts that should have been alleged in the NOA.” According to Ratiopharm, this amounts to a new procedural requirement that each NOA now becomes a lengthy document setting forth the evidence to sustain the facts alleged.

[20] I do not read the words of the applications Judge in that way. In my view, all he is saying is that the NOA should have included a brief description of the test results sufficient for the party opposite to know the case to be met. That complies with the recent decision of this Court in *Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Ltd.* and nothing more is required.

VI. ANALYSIS

(i) Verification

[21] It is important at the outset to establish that empirical research for the purpose of making a selection from a class is not verification. Lord Wilberforce in *Beecham* noted that the selection of some from a larger number of possible components and the exploration of their appropriateness by empirical investigation is a different thing from verification and leads to different results (at page 568).

[22] The empirical investigation leading to an invention protected by a selection patent must involve “at the least the discovery that the selected members possess qualities hitherto undiscovered, particular to themselves and not attributable to them by virtue of the fact of their belonging to a class specified by an earlier inventor” (see *In the Matter of an Application for a Patent by Henry Dreyfus, Robert Wighton Moncrieff and Charles William Sammons* (1945), 62 R.P.C. 125, at page 133 per Evershed J.).

[23] In *Pope Appliance Corp. v. Spanish River Pulp & Paper Mills, Ltd.*, [1929] 1 D.L.R. 209 (P.C.), Viscount Dunedin, at page 216 noted that invention is merely “finding out something which has not been found out by other people.” An inventor is entitled to a patent where he can show that his efforts led to a discovery of

29] selon laquelle « [l]es résultats de ces essais constituent des faits nouveaux qui auraient dû être mentionnés dans l’avis d’allégation ». Ratiopharm objecte que cette décision a pour effet d’ajouter une nouvelle exigence procédurale transformant l’avis d’allégation en un long document décrivant la preuve à l’appui des faits allégués.

[20] Je ne crois pas que ce soit la conclusion formulée par le juge de première instance. Selon moi, le juge indique uniquement que l’avis d’allégation aurait dû comporter une brève description des résultats des essais, suffisante pour que la partie adverse sache ce à quoi elle devait répondre. Cette décision est conforme à l’arrêt récent de notre Cour, *Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*, et rien d’autre n’est exigé.

VI. ANALYSE

(i) Vérification

[21] Il importe de préciser dès le départ que la recherche empirique visant à opérer une sélection au sein d’une catégorie n’est pas de la vérification. Lord Wilberforce, dans *Beecham*, a signalé que la sélection d’éléments d’un ensemble de composés possibles et la réalisation de recherches empiriques visant à établir s’ils possèdent les qualités voulues diffèrent de la vérification et donnent des résultats différents (à la page 568).

[22] Les recherches empiriques débouchant sur une invention protégée par un brevet de sélection doivent comporter [TRADUCTION] « à tout le moins la découverte que les éléments retenus possèdent des qualités inconnues jusque là, qui leur sont propres et qui ne peuvent leur être attribuées du fait de leur appartenance à une catégorie décrite par une invention antérieure » (voir *In the Matter of an Application for a Patent by Henry Dreyfus, Robert Wighton Moncrieff and Charles William Sammons* (1945), 62 R.P.C. 125, à la page 133, juge Evershed).

[23] Dans *Pope Appliance Corp. v. Spanish River Pulp & Paper Mills, Ltd.*, [1929] 1 D.L.R. 209 (P.C.), le vicomte Dunedin signale, à la page 216, une invention est simplement [TRADUCTION] « la découverte de quelque chose qui n’a pas été découvert par d’autres ». Un inventeur a droit à un brevet dans lequel il peut

certain knowledge central to his invention. It is no answer that others by experiment might have also found it (see also T. A. Blanco White, *Patents for Inventions and the Protection of Industrial Designs*, 5th ed., (London: Stevens, 1983), at page 99).

[24] On the other hand, verification means confirming predicted or predictable qualities of known compounds; i.e. components that have already been discovered and made. No one can claim a selection patent merely for ascertaining the properties of a known substance (see *SmithKline Beecham Pharma Inc. v. Apotex Inc.*, [2003] 1 F.C. 118 (C.A.), at paragraph 21).

[25] The appellants assert that, based on the foregoing legal principles, the '393 patent meets the criteria for a valid selection patent when the following uncontested facts and the findings of the applications Judge are considered:

1. salt selection can change the properties of the molecule and is used to optimize a compound's combination of formulation properties (reasons, at paragraph 39);
2. a skilled person would neither know nor predict the formulation properties of a salt, and therefore there is no way of knowing which particular salt of a drug, if any, will be the best for a particular purpose, until the salts are made and tested (reasons, at paragraphs 39 and 40);
3. in conducting salt selection, no skilled person would ever make and test all possible salt candidates, but instead would select a small group to make and test (reasons, at paragraph 40);
4. a skilled person might not have included besylate in the group of amlodipine salts to make and test (reasons, at paragraph 39);
5. the prior art does not specifically disclose besylate, nor teach a skilled person why to select the besylate, what the besylate's properties will be, or its advantages for pharmaceutical formulation (reasons, at paragraphs 41 and 42);

démontrer que ses efforts ont abouti à la découverte de connaissances fondamentales pour son invention. On ne saurait opposer que d'autres auraient également pu faire la découverte par expérimentation (voir aussi T. A. Blanco White, *Patents for Inventions and the Protection of Industrial Designs*, 5^e éd. : (Londres : Stevens, 1983), à la page 99).

[24] La vérification, elle, confirme des qualités prévues ou prévisibles de composés connus, c.-à-d. des composés déjà découverts et réalisés. Personne ne peut obtenir un brevet de sélection simplement parce qu'il a vérifié les propriétés d'une substance connue (voir *SmithKline Beecham Pharma Inc. c. Apotex Inc.*, [2003] 1 C.F. 118 (C.A.), au paragraphe 21).

[25] Les appelantes affirment que, suivant les principes juridiques qui précèdent, le brevet '393 satisfait aux critères de validité d'un brevet de sélection lorsqu'on tient compte des faits non contestés et des conclusions du juge de première instance suivant lesquels :

1. la sélection de sels permet de modifier les propriétés d'un produit d'origine et sont utilisés pour optimiser les propriétés de formulation d'un composé (motifs, au paragraphe 39);
2. une personne versée dans l'art ne pourrait ni connaître ni prédire les propriétés de formulation d'un sel; par conséquent, il est impossible de savoir quel sel d'un produit pharmaceutique convient le mieux à une fin particulière tant qu'il n'a pas été préparé et soumis à des essais (motifs, aux paragraphes 39 et 40);
3. pour choisir un sel, aucune personne versée dans l'art ne préparerait et soumettrait à des essais tous les sels possibles d'un composé, elle en retiendrait plutôt un petit groupe à préparer et soumettre à des essais (motifs, au paragraphe 40);
4. une personne versée dans l'art pourrait ne pas avoir inclus le bésylate dans le groupe des sels de l'amlodipine à préparer et soumettre à des essais (motifs, au paragraphe 39);
5. les documents d'antériorité ne mentionnent pas précisément le bésylate, ni n'indiquent aux personnes versées dans l'art pourquoi il faut choisir le bésylate, quelles en seront les propriétés ou quels avantages il présentera pour les préparations pharmaceutiques (motifs, aux paragraphes 41 et 42);

6. a skilled person looking for a salt of amlodipine to make into an oral dosage form would look for an optimal combination of solubility, stability, non hygroscopicity and processability (reasons, at paragraph 39);
 7. as a result of the inventors' research and given the previous discussion giving no weight to the Dalton testing, it is now known that, from the salts tested, besylate has the best combination of these properties (reasons, at paragraph 24 and the '393 Patent); and
 8. a skilled person would not know which other salts of amlodipine could be formulated into a dosage form, much less which salts would have equally good or better formulation properties for this purpose.
6. les personnes versées dans l'art qui chercheraient un sel de l'amlodipine à préparer sous forme posologique orale rechercheraient une combinaison optimale de solubilité, stabilité non-hygroscopicité et traitabilité (motifs, au paragraphe 39);
 7. par suite des recherches de l'inventeur et compte tenu du fait que les essais Dalton n'ont pas été pris en considération pour les raisons susmentionnées, on sait maintenant que, parmi les sels soumis à des essais, le bésylate présente la meilleure combinaison de ces propriétés (motifs, au paragraphe 24 et brevet '393);
 8. les personnes versées dans l'art ne sauraient pas quels autres sels de l'amlodipine pourraient servir à la préparation d'une forme posologique, et encore moins quels sels présenteraient des propriétés de formulation aussi bonnes ou meilleures pour cette fin.

[26] In opposition, ratiopharm argues that the applications Judge was correct to hold that the '393 patent teaches "mere verification", relying on an old English Court of Appeal decision in *Sharpe & Dohme Inc. v. Boots Pure Drug Company Ltd.* (1928), 45 R.P.C. 153 (C.A.). In that case, Sargant L.J. opined that it is verification and not invention to ascertain the valuable properties of a chemical substance obtained through the usual, well-known tests to establish their identity and their respective therapeutic value.

[27] In my view, the learned applications Judge erred when he concluded that the investigation conducted by Pfizer amounted to mere verification. As we have seen, verification deals with compounds already discovered and made, yet as the applications Judge found, and as all five experts admitted, the formulation properties of any salt of amlodipine could never have been expected but must be determined empirically (reasons, at paragraph 39). Had he applied the principles enunciated in *I.G. Farbenindustrie, Beecham, E.I. Du Pont* and *Dreyfus* to his factual findings, the applications Judge could only conclude that the '393 patent is a valid selection patent because of Pfizer's discovery of besylate's special formulation properties creating a special advantage in dosage stability and processability. In essence, as stated by the Supreme Court of Canada in *Southam*, the applications Judge effectively applied the wrong test, thus leading to a legal error.

[26] Invoquant un vieil arrêt de la Cour d'appel anglaise, *Sharpe & Dohme Inc. v. Boots Pure Drug Company Ltd.* (1928), 45 R.P.C. 153 (C.A.), ratiopharm oppose que le juge de première instance a conclu à bon droit que le brevet '393 décrit une [TRADUCTION] « simple vérification ». Dans cette affaire, le lord juge Sargant avait exprimé l'avis que s'assurer des propriétés utiles d'une substance chimique obtenue au moyen d'essais usuels, bien connus, afin d'identifier ces propriétés et d'établir la valeur thérapeutique de chacune relevait de la vérification non de l'invention.

[27] À mon avis, le juge de première instance a commis une erreur en concluant que les recherches effectuées par Pfizer constituaient une simple vérification. Comme on l'a vu, la vérification porte sur des composés déjà découverts et préparés. Or, il appert des conclusions du juge et des déclarations des cinq experts que les propriétés de formulation de tout sel de l'amlodipine ne pouvaient être prévues et qu'elles devaient être déterminées empiriquement (motifs, au paragraphe 39). S'il avait appliqué les principes énoncés dans *I.G. Farbenindustrie, Beecham, E.I. Du Pont* et *Dreyfus* à ses conclusions de fait, le juge de première instance n'aurait pu faire autrement que de conclure à la validité du brevet '393 comme brevet de sélection en raison de la découverte par Pfizer des propriétés de formulation particulières du bésylate qui le rendent avantageux sur le plan de la stabilité sous forme posologique et de la traitabilité. Essentiellement, comme la Cour suprême du Canada l'a indiqué dans *Southam*,

(ii) Special Advantage

[28] According to ratiopharm, the applications Judge was also correct to question the lack of certain essential details surrounding its discovery of besylate's "unique combination" of properties. Ratiopharm urges that if Pfizer need only assert that the "unique combination" of besylate's formulation properties cannot be predicted and therefore possess an unexpected advantage, then any amlodipine salt selected could be tested against any number of properties which could theoretically support a claim to "unique properties" that could not be predicted. It argues that this is absurd and that more disclosure details of selection of comparator salts, formulation properties and fully explained thresholds for acceptable results are essential to support besylate's special advantage over the class.

[29] In rejecting Pfizer's claim that besylate was unexpectedly found to have a "unique combination" of good formulative properties the applications Judge wrote, at paragraphs 52 through 54:

. . . all four factors had a totally unexplained minimum threshold. No evidence was presented to show that any of the four characteristics were not known beforehand. Similarly, no evidence was provided to justify the minimum threshold in terms of regulatory requirements, industry standards, ease of production or minimization of costs. . . .

Any combination of the four characteristics in the nine salts can qualify as unique, and as being particularly suitable for pharmaceutical preparations of amlodipine, so long as no rationale is given for choosing the minimum threshold. Any alteration of these thresholds could result in another salt having "a unique combination of good formulation properties which make it particularly suitable for the preparations of pharmaceutical formulations of amlodipine". In effect, these thresholds can be manipulated to get the outcome one desires.

le juge de première instance n'a pas appliqué le bon critère, ce qui lui a fait commettre une erreur de droit.

(ii) Avantage particulier

[28] Selon ratiopharm, le juge de première instance avait également raison de s'interroger sur l'absence de certains détails essentiels relatifs à la découverte de la [TRADUCTION] « combinaison unique » de propriétés du bésylate. Elle soutient que si Pfizer pouvait se contenter d'affirmer que la « combinaison unique » des propriétés de formulation du bésylate ne pouvait être prévue et, par conséquent, présentait un avantage imprévu, alors tout sel de l'amlodipine pouvait être choisi et soumis à des essais visant à vérifier toute propriété pouvant théoriquement fonder une revendication de « combinaison unique » non prévisible. Elle soutient qu'une telle situation serait absurde et qu'il est indispensable de fournir plus de précisions sur le choix des sels comparés et les propriétés de formulation et donner des explications complètes sur les résultats minimaux acceptables pour justifier l'avantage spécial présenté par le bésylate sur les autres éléments de la catégorie.

[29] Voici les raisons données par le juge de première instance pour rejeter la revendication de Pfizer selon laquelle il avait été inopinément constaté que le bésylate présentait une « combinaison unique » de propriétés de formulation avantageuses (aux paragraphes 52 à 54 de ses motifs) :

[. . .] un seuil, pour lequel aucune explication n'a été donnée, a été attribué à chacun des quatre facteurs. Aucune preuve permettant d'établir que les quatre caractéristiques n'étaient pas connues au préalable n'a été présentée. De même, aucune preuve permettant de justifier les seuils en termes d'exigences réglementaires, de normes industrielles, de facilité de production ou de réduction au minimum des coûts n'a été présentée [. . .]

Toute combinaison des quatre caractéristiques des neuf sels peut être considérée comme unique et comme se prêtant particulièrement bien à la fabrication de préparations pharmaceutiques d'amlodipine, pourvu qu'aucune raison ne soit donnée pour expliquer la sélection de la valeur seuil. Toute modification de ces seuils pourrait se traduire par un autre sel présentant [TRADUCTION] « une combinaison unique de propriétés de formulation avantageuses grâce auxquelles ce sel se prête particulièrement bien à la fabrication de préparations pharmaceutiques d'amlodipine ». En fait, on peut manipuler ces seuils de façon à obtenir le résultat recherché.

The purpose of selection patents is to reward the inventor for discovering hitherto unknown characteristics peculiar to the members of the selection. The purpose is not to permit the creation of valid selection patents simply by allowing an “inventor” to test the degree of known characteristics, setting unexplained minimum thresholds without any justification, and then claiming any product that meets the combination of these characteristics is unique.

[30] According to Pfizer, this analysis contains two legal errors. In considering thresholds, it sets the bar too high on what constitutes special advantage, and in any event, thresholds were not put in issue by ratiopharm’s NOA.

[31] To meet the statutory requirement in subsection 34(1) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 (old Act) that a patent be “useful”, the selected species must have an advantage over the class as a whole (see *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Sask.)*, [1981] 1 S.C.R. 504, at pages 525-526). That case broadly defined the utility required for valid patent as discussed in *Halsbury’s Laws of England* (3rd ed.), Vol. 29, at page 59:

. . . it is sufficient utility to support a patent that the invention gives either a new article, or a better article or a cheaper article, or affords the public a useful choice.

However, there are no special legal requirements regarding what particular type of advantage is required. The test for advantage is understood to include a disadvantage to be avoided, as is the case here (see *I.G. Farbenindustrie*, at page 322).

[32] The applications Judge was also concerned that the thresholds could be manipulated, and commented that there was no evidence offered by Pfizer to justify them. However, he failed to recognize that there was little evidence on the issue of thresholds because ratiopharm never objected to them in its NOA. Threshold issues had to be raised in the NOA so that Pfizer could know the case it had to meet (see *Pfizer Canada Inc. v. Novopharm Ltd.*). Deciding a case on a theory not raised by parties may give rise to an argument

Le but d’un brevet de sélection est de récompenser l’inventeur ayant découvert des caractéristiques jusqu’ici inconnues qui sont propres aux éléments de la sélection. Il ne s’agit pas d’autoriser la création de brevets de sélection valides en permettant à un « inventeur » de vérifier le degré de caractéristiques connues, de fixer, sans justification aucune, des seuils inexpliqués, puis de revendiquer comme unique tout produit satisfaisant à cette combinaison de caractéristiques.

[30] Selon Pfizer, cette analyse est entachée de deux erreurs de droit. S’agissant des seuils, elle place trop haut la barre de ce qui constitue un avantage spécial et, en tout état de cause, l’avis d’allégation de ratiopharm ne mettait pas ces seuils en cause.

[31] Pour satisfaire à l’exigence d’utilité découlant du paragraphe 34(1) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4 (ancienne Loi), les éléments sélectionnés doivent présenter un avantage par rapport à la catégorie en général (voir *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Sask.)*, [1981] 1 R.C.S. 504, aux pages 525 et 526). Ce dernier arrêt a donné une définition large de l’utilité nécessaire à la validité d’un brevet dont traite *Halsbury’s Laws of England* (3^e éd.), vol. 29, à la page 59 :

[TRADUCTION] [. . .] il y a suffisamment d’utilité pour justifier un brevet si l’invention donne soit un objet nouveau ou meilleur ou moins dispendieux ou si elle accorde au public un choix utile.

Toutefois, il n’existe aucune exigence juridique particulière quant au type précis d’avantage nécessaire. Il est établi que le critère en matière d’avantage comprend l’évitement d’un désavantage, comme c’est le cas en l’espèce (voir *I.G. Farbenindustrie*, à la page 322).

[32] Le juge de première instance craignait également la manipulation des seuils, et il a signalé que Pfizer n’avait pas présenté d’élément de preuve expliquant ces seuils. Il n’a pas considéré, toutefois, que l’insuffisance de preuve relative aux seuils provenait du fait que ratiopharm n’avait pas élevé d’objection à leur sujet dans son avis d’allégation. La question des seuils devait être soulevée dans l’avis d’allégation afin que Pfizer sache ce à quoi elle devait répondre (voir *Pfizer Canada Inc. c. Novopharm Ltd.*). Les décisions rendues

for procedural unfairness.

[33] In summary, the applications Judge's erroneous application of the principle of verification caused him to conclude that besylate had no "special advantage" or "quality of a special character" capable of supporting a selection patent. In my analysis, based on the uncontested facts and the findings of the applications Judge, besylate has, in terms of stability, solubility, non-hygroscopicity and processability, both a special advantage and quality of a special character, thus giving rise to a valid claim for a selection patent.

(iii) Anticipation

[34] One further issue raised by Pfizer requires comment. With respect to anticipation, the applications Judge held that the EPA did not anticipate the '393 patent. In coming to this conclusion, he cited *Shore J. in Sanofi-Synthelabo Canada Inc. v. Apotex Inc.* (2005), 39 C.P.R. (4th) 202 (F.C.), in stating that when determining whether a patent was anticipated, the question to be answered is whether a person skilled in the art was given such a clear direction by the EPA that in every case and without possibility of error he would make the salt claimed in the '393 patent. Since testing all of the pharmaceutically acceptable salts disclosed in the EPA would require millions of tests, the applications Judge held that the '393 patent was not anticipated.

[35] The applicable standard of review for anticipation is palpable and overriding error because it is a question of mixed fact and law. In my analysis, the applications Judge did not make a palpable and overriding error in determining that the '393 patent was not anticipated. The test for anticipation was laid out in *Beloit Canada Ltd. v. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (F.C.A.) [at page 297] and adopted by the Supreme Court of Canada in *Free World Trust v. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 S.C.R. 1024. It reads as follows:

One must, in effect, be able to look at a prior, single publication and find in it all the information which, for

sur le fondement de thèses non invoquées par les parties peuvent prêter le flanc à l'argument du manquement à l'équité procédurale.

[33] En résumé, le juge de première instance, parce qu'il a mal appliqué le principe de la vérification, a conclu que le bésylate ne présentait pas d'avantage spécial ou de qualité d'une nature particulière pouvant fonder un brevet de sélection. Suivant mon analyse, qui repose sur les faits non contestés et sur les conclusions du juge de première instance, le bésylate possède, en matière de stabilité, solubilité, non-hygroscopicité et traitabilité un avantage spécial de même qu'une qualité d'une nature particulière pouvant former l'assise d'une revendication valide de brevet de sélection.

(iii) Antériorité

[34] Un dernier point soulevé par Pfizer nécessite des commentaires. Relativement à l'antériorité, le juge de première instance a conclu que la DBE ne constitue pas une antériorité par rapport au brevet '393. Pour tirer cette conclusion, il a expliqué, en paraphrasant le juge Shore, dans la décision *Sanofi-Synthelabo Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2005 CF 390, que pour déterminer s'il y avait antériorité, il fallait établir si la DBE avait fourni à une personne au fait de l'art des instructions d'une clarté telle qu'elle arriverait infailliblement au sel revendiqué dans le brevet '393. Puisqu'il faudrait procéder à des millions d'expériences pour tester tous les sels acceptables du point de vue pharmaceutique divulgués dans la DBE, le juge de première instance a conclu qu'il n'y avait pas eu antériorité.

[35] La norme de contrôle applicable aux décisions relatives à l'antériorité est celle de l'erreur manifeste et dominante, car il s'agit d'une question mixte de fait et de droit. Après analyse, j'estime que le juge de première instance n'a pas commis une telle erreur en concluant à l'absence d'antériorité. Les principes en matière d'antériorité ont été formulés dans l'arrêt *Beloit Canada Ltd. c. Valmet OY* (1986), 8 C.P.R. (3d) 289 (C.A.F.) [à la page 297], et adoptés par la Cour suprême du Canada dans *Free World Trust c. Electro Santé Inc.*, [2000] 2 R.C.S. 1024 :

Il faut en effet pouvoir s'en remettre à une seule publication antérieure et y trouver tous les renseignements nécessaires, en

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 possibility of error be led to the claimed invention.

[36] This is a difficult test to meet. The applications Judge held that a person skilled in the art would not know why to select besylate as one of the initial choices of salt, would not know whether it would form a salt of amlodipine in the solid state and would not know the particular properties of besylate or their advantage for pharmaceutical formulation. As a result of these facts, he found that a person skilled in the art would not in every case and without possibility of error be led to the claimed invention. In so doing he did not make a palpable and overriding error because there was evidence on which to base his findings.

VII. CONCLUSION

[37] I would allow the appeal with costs and set aside the order of the applications Judge dated February 17, 2006. Proceeding to render the judgment that he should have rendered, I would allow the appellants' application with costs and issue an order prohibiting the Minister from providing an NOC to ratiopharm in respect of its proposed amlodipine besylate products, until the expiry of the '393 patent.

LINDEN J.A.: I agree.

LÉTOURNEAU J.A.: I agree.

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.

[36] Il s'agit d'un critère exigeant. Le juge de première instance a estimé qu'une personne versée dans l'art ne saurait pas pourquoi le bésylate s'impose comme l'un des premiers choix, ignorerait s'il forme un sel de l'amlodipine à l'état solide et ne connaîtrait pas les propriétés particulières du bésylate ou l'avantage qu'elles constituent pour des préparations pharmaceutiques. Il a donc conclu qu'elle n'arriverait pas infailliblement à l'invention revendiquée. Cette conclusion n'est pas entachée d'une erreur manifeste et dominante parce que des éléments de preuve permettaient au juge de la tirer.

VII. CONCLUSION

[37] J'accueillerais l'appel avec dépens et j'annulerais l'ordonnance du juge de première instance en date du 17 février 2006 et, rendant le jugement qui aurait dû être rendu, j'accueillerais la demande des appelantes avec dépens et rendrais une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un AC à ratiopharm à l'égard de ses produits projetés à base de bésylate d'amlodipine tant que le brevet '393 ne sera pas expiré.

LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

LE JUGE LÉTOURNEAU, J.C.A. : Je souscris à ces motifs.

A-632-05
2006 FCA 217

A-632-05
2006 CAF 217

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Appellant*)

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

v.

c.

Ali Hamid; Bilal Hamid; Mujahid Hamid
(*Respondents*)

Ali Hamid; Bilal Hamid; Mujahid Hamid (*intimés*)

INDEXED AS: HAMID v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.A.)

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

Federal Court of Appeal, Nadon, Sexton and Evans
J.J.A.—Toronto, April 26; Ottawa, June 12, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sexton et Evans,
J.C.A.—Toronto, 26 avril; Ottawa, 12 juin 2006.

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Appeal from Federal Court decision setting aside visa officer's decision principal applicant's sons could not be included in visa application because no longer meeting selection criteria when visa application assessed — Principal applicant including Ali, 23, Bilal 22, as dependent children when applying for immigrant visa to Canada in federal skilled worker class — Ali, Bilal ceasing to be eligible under Immigration and Refugee Protection Regulations (Regulations), s. 2 definition of "dependent child", subpara. (b)(ii) because graduating from full-time studies before visa application assessed — Definition of "dependent child" examined — Adult "dependent" children not meeting selection criteria when visa application assessed must apply as independent immigrants — "Lock-in" principle explained — Cases applying "lock-in" principle where points awarded distinguished — Although age exception to "lock-in" principle, not unreasonable other selection criteria to be met when application determined — Appeal allowed.

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Appel de la décision de la Cour fédérale annulant la décision de l'agente des visas de ne pas inclure les fils du demandeur principal dans la demande de visa au motif que ceux-ci ne répondaient plus aux critères de sélection au moment de l'étude de la demande de visa — Dans sa demande de visa d'immigrant présentée au titre de la catégorie fédérale des travailleurs qualifiés, le demandeur principal a inclus les demandes de ses fils Ali, 23 ans, et Bilal, 22 ans, en tant qu'enfants à charge — Ali et Bilal n'étaient plus des « enfant[s] à charge » au sens du sous-alinéa b)(ii) de la définition de l'art. 2 du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés (le Règlement) parce qu'ils avaient terminé leurs études avant l'examen de la demande de visa — La définition de l'expression « enfant à charge » a été examinée — Les « enfants à charge » adultes qui ne satisfont pas aux critères de sélection au moment de l'étude de la demande de visa doivent demander des visas en tant qu'immigrants indépendants — Le principe du « gel » ou de la date déterminante a été expliqué — La présente affaire se distinguait des arrêts concernant l'attribution de points dans lesquels ce principe est appliqué — Même si l'âge constitue une exception au principe du « gel », il n'est pas déraisonnable d'exiger que les autres critères de sélection soient réunis au moment où il est statué sur la demande — Demande accueillie.

Construction of Statutes — Appeal from Federal Court decision setting aside visa officer's decision that principal applicant's sons could not be included in visa application because no longer meeting selection criteria when visa application assessed — Immigration and Refugee Protection Regulations, ss. 2 definition of "dependent child" subpara. (b)(ii), 84, 85 (family members of skilled worker applicant)

Interprétation des lois — Appel de la décision de la Cour fédérale annulant la décision de l'agente des visas de ne pas inclure les fils du demandeur principal dans la demande de visa au motif que ceux-ci ne répondaient plus aux critères de sélection au moment de l'étude de la demande de visa — Ont été examinés et interprétés le sous-alinéa 2b)(ii) de la définition de l'expression « enfant à charge » de l'art. 2 ainsi

examined, interpreted — Regulations not specifying whether child of skilled worker applicant having to meet selection criteria of financial dependence, student status when application assessed — Interpreting Regulations as not locking in student status at time visa application made not conflicting with purposes of enabling Immigration and Refugee Protection Act.

This was an appeal from a Federal Court decision setting aside the visa officer's decision that the principal applicant's sons could not be included in his visa application because they had ceased to meet the selection criteria when the visa application was assessed and thus no longer qualified as family members. The Federal Court certified two questions regarding dependent children of principal applicants and the lock-in principle. The principal applicant applied for an immigrant visa to Canada in the federal skilled worker class and included as dependent children his sons, Ali and Bilal, who at that time were over 21, and eligible under subparagraph (b)(ii) of the definition of "dependent child" in section 2 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations* on the ground that they were financially dependent on their father and were full-time students. However, Ali graduated in June 2002 and Bilal in May 2003. The principal applicant was notified in September 2004 by a visa officer that since Ali and Bilal were aged 22 and over when he had applied for a visa, they were ineligible for a visa because they were no longer in full-time education and had ceased to be dependent children within the meaning of the Regulations. Therefore, they were not eligible for visas as accompanying family members of the principal applicant and had to apply for visas as independent applicants or request an exemption from the normal selection criteria on the basis of humanitarian and compassionate considerations under subsection 25(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (IRPA). The application for Ali's and Bilal's admission to Canada on humanitarian and compassionate grounds, submitted after the visa officer's refusal of their applications as dependent children, was rejected. The issue was whether the visa officer was right to remove Ali and Bilal from the principal applicants application on the ground that they did not meet the eligibility requirement of being students under the Regulations when the visa application was both made and assessed.

que les art. 84 et 85 (membres de la famille de travailleurs qualifiés) du Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le Règlement ne précise pas si l'enfant d'un demandeur de la catégorie des travailleurs qualifiés doit satisfaire aux critères de sélection se rapportant à la dépendance financière et à la qualité d'étudiant au moment de l'étude de la demande — L'interprétation du Règlement selon laquelle il n'y a pas gel de la qualité d'étudiant au moment de la demande de visa ne contrevient pas à l'objet de la loi habilitante, la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés.

Il s'agit d'un appel de la décision par laquelle la Cour fédérale a annulé la décision de l'agente des visas de ne pas inclure les fils du demandeur principal dans la demande de visa de ce dernier au motif que les fils ne répondaient plus aux critères de sélection au moment de l'étude de la demande de visa et, partant, n'étaient plus admissibles à titre de membres de la famille. La Cour fédérale a certifié deux questions relatives aux enfants à charge de demandeurs principaux et au principe du « gel » ou de la date déterminante. Le demandeur principal a présenté une demande de visa pour immigrer au Canada au titre de la catégorie fédérale des travailleurs qualifiés. Il a inclus dans sa demande de visa, en qualité d'enfants à charge, ses fils, Ali et Bilal, qui étaient alors âgés de plus de 21 ans, mais qui étaient admissibles suivant le sous-alinéa b)(ii) de la définition d'« enfant à charge » de l'art. 2 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* du fait qu'ils dépendaient du soutien financier de leur père et étudiaient à temps plein. Toutefois, Ali a terminé ses études en juin 2002, et Bilal, en mai 2003. En septembre 2004, le demandeur principal a reçu une lettre dans laquelle l'agente des visas l'informait que, puisqu'ils avaient plus de 22 ans au moment de la présentation de la demande de visa, Ali et Bilal ne pouvaient se voir délivrer un visa parce qu'ils n'étaient plus étudiants à temps plein et avaient cessé d'être des enfants à charge au sens du Règlement. Par conséquent, Ali et Bilal n'étaient plus admissibles à des visas en tant que membres de la famille accompagnant le demandeur principal et devaient demander des visas à titre d'immigrants indépendants ou demander, en application du paragraphe 25(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (LIPR), que soient levés les critères de sélection habituels en raison de circonstances d'ordre humanitaire. Ainsi, à la suite du refus de l'agente de leur délivrer des visas en qualité d'enfants à charge, Ali et Bilal ont invoqué des circonstances d'ordre humanitaire pour obtenir l'admission, mais leur demande a été rejetée. La question à trancher dans le cadre du présent appel était celle de savoir si l'agente des visas a eu raison de retirer de la demande du demandeur principal les demandes d'Ali et de Bilal au motif qu'ils n'avaient pas la qualité d'étudiant, une condition d'admissibilité aux termes du Règlement, lorsque la demande a été présentée et étudiée.

Held, the appeal should be allowed.

Sections 84 and 85 of the Regulations deal specifically with the issue of visas to family members of skilled workers who have applied for permanent resident visas. In order to be a “family member” under sections 84 and 85 by virtue of being a “dependent child” within the meaning of subparagraph (b)(ii) of the definition in section 2, a person who is 22 or older must meet the statutory criteria at the date of the visa application since a “dependent child” is defined as one who has been both substantially financially dependent on the parent and continuously enrolled as a student since before age 22. Children aged 22 or over are entitled to permanent resident visas as family members of a skilled worker if they are financially dependent and have either student status or a disability (subparagraph (b)(iii) of the definition in section 2). Otherwise, adult children must apply for visas and satisfy the criteria applicable to independent immigrants to join their parents in Canada. It would be contrary to underlying legislative policy to require visa officers to issue visas to an applicant’s children who were 22 or over at the date of the application but who are not students and financially dependent when the application is determined. The fact that they met the eligibility requirements of dependency when the application was made is not a good reason to oblige officers to issue visas to those who do not qualify as family members because the factual basis of their claim no longer exists. Although it was argued that to interpret the Regulations as impliedly requiring that eligibility must be determined when a visa application is assessed leads to arbitrary results, a certain level of arbitrariness is inevitable at whatever point in the application process eligibility is determined. If the line is drawn at the determination of the visa application, individual cases of hardship may be remedied by the exercise of discretion through the grant of a humanitarian and compassionate exemption under subsection 25(1) of the IRPA.

In an immigration application, “lock-in” means that the facts relevant to determining whether a visa applicant meets the selection criteria are “locked in” at the date of the visa application to protect visa applicants from the vagaries of the application process. In particular, the fate of an application

Arrêt : l’appel est accueilli.

Les articles 84 et 85 du Règlement traitent tout particulièrement de la question des visas pour les membres de la famille de travailleurs qualifiés ayant demandé un visa de résident permanent. Pour être considérée comme un « membre de la famille » aux fins des articles 84 et 85, du fait qu’elle est un « enfant à charge » au sens du sous-alinéa b)(ii) de la définition de l’article 2, la personne âgée de 22 ans ou plus doit satisfaire, à la date de la demande de visa, aux critères fixés par la loi, puisque un « enfant à charge » s’entend d’une personne qui à la fois n’a pas cessé de dépendre, pour l’essentiel, du soutien financier de l’un ou l’autre de ses parents et n’a pas cessé d’être inscrite comme étudiante à compter du moment où elle a atteint l’âge de 22 ans. Les enfants âgés de 22 ans et plus ont droit à des visas de résidents permanents à titre de membres de la famille d’un travailleur qualifié s’il y a dépendance financière et, ou bien qualité d’étudiant, ou bien déficience (sous-alinéa b)(iii) de la définition de l’article 2). Autrement, les enfants adultes qui veulent rejoindre leurs parents au Canada doivent demander des visas et satisfaire aux critères applicables aux immigrants indépendants. Il serait contraire à la politique sous-tendant les dispositions législatives que d’exiger des agents des visas qu’ils délivrent des visas aux enfants d’un demandeur qui avaient 22 ans ou plus au moment de la demande, mais qui ne satisfont plus aux critères de la dépendance financière et de la qualité d’étudiant au moment où il est statué sur cette demande. Le fait qu’ils satisfaisaient aux conditions d’admissibilité liées à la dépendance lorsque la demande a été présentée n’est pas une bonne raison d’obliger des agents à leur délivrer des visas s’ils ne sont plus admissibles comme membres de la famille parce que les faits à l’appui de leur demande ont cessé d’exister. On a fait valoir qu’interpréter le Règlement comme exigeant implicitement que l’admissibilité soit établie au moment de l’étude de la demande de visa conduit à des résultats arbitraires, mais un certain degré d’arbitraire est inévitable peu importe le moment où il est statué sur la demande pendant le processus d’appréciation de l’admissibilité. Si la date où il est statué sur la demande de visa est fixée comme date déterminante, il pourra être porté remède aux cas particuliers de préjudice, grâce à l’exercice par le ministre du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 25(1) de la LIPR de lever les critères applicables dans les cas où les circonstances d’ordre humanitaire le justifient.

Dans le cadre d’une demande d’immigration, le principe du « gel » ou de la date déterminante signifie que les faits pertinents pour établir si un demandeur de visa répond ou non aux critères de sélection sont « gelés » à la date de la demande afin de protéger les demandeurs de visa des aléas du processus

should not depend on the fortuitous length of time between its receipt and determination, a period which varies and is outside the applicants' control. The "lock-in" principle has also been applied to factors other than age, for instance, to the points awarded for occupational demand and for particular levels of education. The "lock-in" date has been established as the receipt of the application and the payment of the assessment fee since these are within the control of the applicant. However, case law concerning the award of points in skilled worker applications was distinguished because it deals with changes by the Minister to the regulatory standards for the assessment of occupational demand, the evaluation of education and the extent of the preference to be given to assisted relatives. In contrast, the present case involved facts about the applicants, namely the age of a person, not law or administrative standards of occupational demand and educational attainment officers must apply when assessing visa applications. To treat the facts as they are when the application is determined is consistent with the policy underlying the selection criteria. The fact that age is an exception to the lock-in principle does not make it unreasonable to require that the other selection criteria must be met when the application is determined. Moreover, nothing in the guidelines issued to Citizenship and Immigration Canada officials suggests that "lock-in" is a broad principle that applies whenever an applicant's personal circumstances change to his or her disadvantage after the receipt of the person's visa application but before its determination.

Finally, although family reunification is one of the statutory objectives of immigration set out in paragraph 3(1)(d) of the IRPA, it is only one of 11 objectives of immigration listed therein. Also, the IRPA gives the Governor in Council broad regulation-making powers (section 14) regarding the application of provisions in the Act dealing with the requirements before entering Canada and selection. Interpreting the Regulations as not locking in student status at the time of the visa application does not conflict with the purposes of the enabling Act. Therefore, a child of a federal skilled worker who has applied for a visa, was 22 years of age or over and was considered "dependent" under the Regulations on the date of the visa application but not when the application was determined cannot be included as part of his or her parent's application for permanent residence in Canada.

de demande. Plus particulièrement, le sort d'une demande ne devrait pas dépendre du laps de temps fortuit entre la réception de la demande et le moment où il en est disposé, une période qui varie et qui échappe au contrôle des demandeurs. Le principe du « gel » a également été appliqué à des facteurs autres que l'âge, y compris aux points attribués pour le facteur de la demande par profession et pour le niveau de scolarité. Il a aussi été établi que la date où s'effectuait le « gel » était celle de la réception de la demande et du paiement des droits, puisque ces facteurs n'échappent pas au contrôle du demandeur. Toutefois, la présente affaire se distingue de celles concernant l'attribution de points dans le cas de demandes présentées au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés, car il y était question de modifications apportées par le ministre aux critères prévus par règlement pour l'appréciation de la demande par profession et pour l'évaluation du niveau de scolarité et du degré de préférence à accorder aux parents aidés. En revanche, la présente affaire concerne des faits au sujet des demandeurs, soit l'âge d'une personne, et non pas la loi ou des normes administratives, liées à la demande par profession ou au niveau de scolarité, devant être appliquées par les agents des visas lorsqu'ils étudient des demandes. Traiter les faits tels qu'ils existent lorsqu'il est statué sur la demande est conforme à la politique qui sous-tend les critères de sélection. Le fait que l'âge soit traité comme une exception ne rend pas déraisonnable l'exigence selon laquelle les autres critères de sélection doivent être réunis au moment où il est statué sur la demande. Qui plus est, rien dans les lignes directrices formulées à l'intention des fonctionnaires de Citoyenneté et Immigration Canada ne laisse croire que le « gel » soit un principe général qui s'applique chaque fois que change défavorablement la situation personnelle d'un demandeur après réception de sa demande de visa mais avant qu'il n'en soit disposé.

Enfin, même si la réunification des familles est l'un des objectifs en matière d'immigration prévus à l'alinéa 3(1)d) de la LIPR, il ne s'agit toutefois que de l'un des 11 objectifs qui y sont énumérés. En outre, la LIPR confère au gouverneur en conseil de vastes pouvoirs de réglementation (article 14) pour toute question liée à l'application des dispositions de la Loi portant sur les exigences fixées pour l'entrée au Canada et la sélection. L'interprétation du Règlement selon laquelle il n'y a pas gel de la qualité d'étudiant au moment de la demande de visa ne contrevient pas à l'objet de la loi habilitante. Par conséquent, l'enfant d'un membre de la catégorie fédérale des travailleurs qualifiés ayant demandé un visa qui a plus de 22 ans et était considéré comme un « enfant à charge » de ce travailleur au sens du Règlement à la date de la présentation de la demande mais qui ne remplit plus les critères de la dépendance au moment où il est statué sur la demande de visa ne peut être inclus dans la demande de résidence permanente au Canada du parent.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 3, 25(1), 74(d).

Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, ss. 1(3) (as am. by SOR/2004-217, s. 1), 2 “dependent child”, 75 (as am. *idem*, ss. 27, 80(F)), 76 (as am. *idem*, s. 28(F)), 80, 81, 84, 85, 121 (as am. *idem*, s. 42).

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 10.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Lau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1999), 162 F.T.R. 134 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Yeung v. Canada (Minister of Employment and Immigration) (1992), 53 F.T.R. 205; 17 Imm. L.R. (2d) 191 (F.C.T.D.); *Wong v. Minister of Employment and Immigration* (1986), 64 N.R. 309 (F.C.A.).

CONSIDERED:

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 S.C.R. 27; (1998), 36 O.R. (3d) 418; 154 D.L.R. (4th) 193; 50 C.B.R. (3d) 163; 33 C.C.E.L. (2d) 173; 221 N.R. 241; 106 O.A.C. 1.

REFERRED TO:

Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2000), 10 Imm. L.R. (3d) 137; 196 F.T.R. 111 (F.C.T.D.); *Thomas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 334; *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533; (2005), 253 D.L.R. (4th) 1; 39 C.P.R. (4th) 449; 334 N.R. 55; 2005 SCC 26; *Maharaj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 205 (F.C.T.D.); *Choi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 763; (1991), 6 Admin. L.R. (2d) 94; 15 Imm. L.R. (2d) 265; 139 N.R. 182 (C.A.).

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Overseas Processing Manual (OP)*. Chapter OP 6: Federal Skilled Workers, online: <<http://www.cic.gc.ca/manuals-guides/english/op/index.html>>.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 10.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 3, 25(1), 74d.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, art. 1(3) (mod. par DORS/2004-217, art. 1), 2 « enfant à charge », 75 (mod., *idem*, art. 27, 80(F)), 76 (mod., *idem*, art. 28(F)), 80, 81, 84, 85, 121 (mod., *idem*, art. 42).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Lau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] A.C.F. n° 81 (1^{re} inst.) (QL).

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Yeung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] A.C.F. n° 307 (1^{re} inst.) (QL); *Wong c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1986), 64 N.R. 309 (C.A.F.).

DÉCISION EXAMINÉE :

Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re), [1998] 1 R.C.S. 27.

DÉCISIONS CITÉES :

Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2000] A.C.F. n° 1720 (1^{re} inst.) (QL); *Thomas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 334; *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533; 2005 CSC 26; *Maharaj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1495 (1^{re} inst.) (QL); *Choi c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 C.F. 763 (C.A.).

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)*. Chapitre OP 6 : Travailleurs qualifiés (fédéral), en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/manuals-guides/français/op/index.html>>.

APPEAL from a Federal Court decision ([2006] 3 F.C.R. 260; (2005), 51 Imm. L.R. (3d) 215; 2005 FC 1632) granting an application for judicial review and setting aside the visa officer's decision that the two sons of the principal applicant could not be included in his visa application since they no longer met the selection criteria for family members when the visa application was assessed. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Ann Margaret Oberst and Leanne Briscoe for appellant.
Lorne Waldman for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Waldman & Associates, Toronto, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

EVANS J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] Applying for a permanent resident visa to come to Canada can be a lengthy process. An applicant's circumstances may change between the time when the consulate receives a visa application and the visa officer assesses it.

[2] Mujahid Hamid included his accompanying family members in his visa application. His oldest two sons qualified as dependent children because they were financially dependent on him and full-time students. However, when the officer assessed the application, two and a half years after it had been received, both sons had graduated and were no longer enrolled in full-time studies.

[3] The question to be decided in this appeal is whether the visa officer was correct to remove them

APPEL d'une décision de la Cour fédérale ([2006] 3 R.C.F. 260; 2005 CF 1632) accueillant la demande de contrôle judiciaire et annulant la décision de l'agente des visas de ne pas inclure les deux fils du demandeur principal dans la demande de visa au motif que ceux-ci ne répondaient plus aux critères de sélection des membres de la famille au moment de l'étude de la demande de visa. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Ann Margaret Oberst et Leanne Briscoe pour l'appelant.
Lorne Waldman pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelant.
Waldman & Associates, Toronto, pour les intimés.

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

A. INTRODUCTION

[1] Présenter une demande de visa de résident permanent canadien peut s'avérer un long processus, et la situation du demandeur peut changer entre le moment où le consulat reçoit sa demande de visa et le moment où celle-ci est étudiée par l'agent des visas.

[2] Dans sa demande de visa, Mujahid Hamid a inclus des demandes pour les membres de sa famille l'accompagnant. Les deux fils aînés de M. Hamid étaient admissibles à titre d'enfants à charge parce qu'ils dépendaient du soutien financier de leur père et parce qu'ils étaient étudiants à temps plein. Lorsque l'agente a étudié la demande de visa, toutefois, deux ans et demi après sa réception, les deux fils avaient obtenu leur diplôme et n'étaient plus inscrits à des études à temps plein.

[3] La question à trancher dans le cadre du présent appel est celle de savoir si l'agente des visas a à juste

from Mr. Hamid's application on the ground that they did not meet the eligibility requirement of being students when the visa application was both made and assessed.

[4] The parties rely on competing principles as aids to interpreting the relevant statutory provisions. The Minister says that, unless clearly displaced by statute, the operating principle is that visa officers must base their decisions on the facts as they exist when they assess an application. It would be contrary to legislative intention in defining the selection criteria to require a visa officer to issue a visa to an applicant who does not meet them.

[5] The Hamids, on the other hand, submit that it is unfair to applicants, and unjustifiable in terms of immigration policy, to make the success of a visa application dependent on the date when it is assessed, a matter over which an applicant has no control. They argue that the principle of "lock-in" is designed to prevent this kind of unfairness and arbitrariness. "Lock-in" means that the facts relevant to determining whether a visa applicant meets the selection criteria are "locked in" at the date of the visa application; subsequent changes to those facts do not disqualify an applicant from being issued a visa. The Hamids say that the Minister, the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, and the courts recognize this principle, and that it should guide the interpretation of provisions in the Regulations which do not expressly prescribe when an applicant's eligibility for a visa must be determined.

[6] This is an appeal by the Minister of Citizenship and Immigration from a decision of a Judge of the Federal Court who granted an application for judicial review by Mr. Hamid and his sons, Ali and Bilal, and set aside the visa officer's decision that they could not be included in Mr. Hamid's visa application. The officer decided that, since they had ceased to meet the selection criteria when the visa application was assessed, they no longer qualified as family members by virtue of being

titre retiré les deux fils aînés de la demande de M. Hamid, au motif qu'ils ne répondaient pas aux conditions d'admissibilité du fait qu'ils n'étaient pas des étudiants alors qu'à la fois la demande a été présentée et étudiée.

[4] Les parties font valoir des principes opposés en vue de l'interprétation des dispositions législatives pertinentes. Le ministre affirme qu'à moins de disposition contraire expresse de la loi, le principe premier, c'est que les agents des visas doivent fonder leurs décisions sur les faits tels qu'ils existent au moment de l'étude des demandes. Et il serait contraire à l'intention du législateur lorsqu'il a défini les critères de sélection d'exiger d'un agent des visas qu'il délivre un visa à un demandeur qui ne répond pas à ces critères.

[5] Les Hamid soutiennent, pour leur part, qu'il est injuste à l'égard d'un demandeur de visa et injustifié au regard des politiques d'immigration de décider de délivrer ou non un visa en fonction de la date où la demande en est étudiée, un facteur à l'égard duquel le demandeur n'exerce aucun contrôle. Ils soutiennent que le principe du « gel », ou de la date déterminante, vise à empêcher les injustices et l'arbitraire de ce genre. En vertu de ce principe, les faits pertinents pour établir si un demandeur de visa répond ou non aux critères de sélection sont « gelés » à la date de la demande; les changements postérieurs touchant ces faits ne peuvent rendre un demandeur inadmissible à la délivrance d'un visa. Les Hamid affirment que le ministre, le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, et les tribunaux reconnaissent ce principe, qui devrait guider l'interprétation à donner aux dispositions du Règlement qui ne prévoient pas expressément quelle date doit servir à l'établissement de l'admissibilité à un visa.

[6] Il s'agit d'un appel interjeté par le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration à l'encontre de la décision par laquelle un juge de la Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Hamid et ses fils, Ali et Bilal, et a annulé la décision de l'agente des visas de ne pas inclure ces deux derniers dans la demande de visa de leur père. L'agente avait décidé que, puisque les fils ne répondaient plus aux critères de sélection au moment de l'étude de la

dependent children for the purpose of the Regulations.

[7] The decision of the applications Judge is reported as *Hamid v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2006] 3 F.C.R. 260 (F.C.). The Judge certified the following as serious questions of general importance pursuant to paragraph 74(d) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA):

(a) Does the principle of lock-in established in the jurisprudence apply to the definition of “family member” in applications made under the skilled worker category?

(b) If a child who was over the age of 22 years and who was considered dependent on the date of application by virtue of his or her financial dependence by reason of full-time study or physical or mental condition no longer meets the requirements of dependent child within the meaning of section 2 of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, at the time of the visa issuance, must the child be included as part of his or her parent’s application for permanent residence in Canada?

[8] With the greatest respect to the applications Judge, I have concluded that the visa officer was right to exclude Mr. Hamid’s two oldest sons from his visa application. In my opinion, the Regulations require that a person of 22 years of age or over who applies for a visa as a “dependent child” must meet the selection criteria of being financially dependent and a student at the time when the visa officer assesses the application. Since they had ceased to be full-time students by that time, they were not eligible for permanent resident visas as family members. Consequently, I would allow the appeal and dismiss the application for judicial review.

B. FACTUAL BACKGROUND

[9] Mujahid Hamid, a citizen of Pakistan, applied for a visa to immigrate to Canada in the federal skilled worker class. He included in his application, as his dependent children, his sons Ali, aged 23, Bilal, aged

demande de visa, ils n’étaient plus admissibles comme membres de la famille, n’étant plus des enfants à charge aux fins du Règlement.

[7] La décision de la juge saisie de la demande a pour référence : *Hamid c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [2006] 3 R.C.F. 260 (C.F.). La juge a certifié les questions graves de portée générale suivantes en application de l’alinéa 74d) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) :

(a) Le principe de la date déterminante consacré par la jurisprudence s’applique-t-il à la définition de membres de la famille dans le cadre des demandes faites au titre de la catégorie des travailleurs?

(b) Si l’enfant de plus de 22 ans qui était considéré comme dépendant à la date de la présentation de la demande puisqu’il dépendait du soutien financier du parent parce qu’il était étudiant à temps plein ou du fait de son état physique ou mental ne remplit plus les critères de dépendance prévus par l’article 2 du *Règlement sur l’immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, au moment de la délivrance du visa, doit-il être inclus dans la demande de résidence permanente au Canada du parent?

[8] Avec tout le respect dû à la juge saisie de la demande, j’en suis venu à la conclusion que l’agente des visas a eu raison d’exclure les deux fils aînés de M. Hamid de la demande de visa de ce dernier. À mon avis, le Règlement prescrit qu’une personne qui a atteint l’âge de 22 ans et qui présente une demande de visa comme « enfant à charge » doit, pour satisfaire aux critères de sélection, dépendre du soutien financier de l’un ou l’autre de ses parents et être étudiant à la date de l’étude de la demande par l’agent des visas. Puisque les deux fils aînés avaient cessé d’être étudiants à temps plein à cette date, ils n’étaient pas admissibles à l’obtention de visas de résidents permanents à titre de membres de la famille. Par conséquent, j’accueillerais l’appel et rejetterais la demande de contrôle judiciaire.

B. LES FAITS

[9] Mujahid Hamid, citoyen du Pakistan, a présenté une demande de visa pour immigrer au Canada en qualité de membre de la catégorie fédérale des travailleurs qualifiés. Il a inclus dans sa demande de visa

22, and As'ad, aged 20.

[10] When Mr. Hamid made his application in February 2002, As'ad was eligible to become a permanent resident in Canada as a "dependent child", since he was under the age of 22 and was without a spouse or a common-law partner: subparagraph 2(b)(i) of the Regulations. Since they were over the age of 21, Ali and Bilal were eligible on the ground that they were financially dependent on their father and were full-time students: subparagraph 2(b)(ii) of the Regulations. Subsequently, Ali graduated in June 2002 and Bilal in May 2003.

[11] In September 2004, Mr. Hamid received a letter from a visa officer advising him that, since Ali and Bilal were aged 22 or over when Mr. Hamid applied for a visa, they were ineligible for a visa because they were no longer in full-time education. Hence, they had ceased to be dependent children within the meaning of the Regulations, and were thus not eligible for visas as accompanying family members of Mr. Hamid. If they wished to join the rest of their family in Canada, they should apply for visas as independent applicants, or request an exemption from the normal selection criteria on the basis of humanitarian and compassionate considerations pursuant to subsection 25(1) of the IRPA.

[12] Although over the age of 22 when the Hamid family's visa application was assessed, As'ad continued to be eligible in the "under 22 and unmarried" category of dependency under subparagraph 2(b)(i). This is because As'ad was only 20 years old when Mr. Hamid applied for a visa and the Minister treats a person's age as "locked in" when a visa application is received.

[13] Following the officer's refusal to issue visas to Ali and Bilal, the Hamids applied to an immigration officer requesting that Ali and Bilal be admitted on the basis of humanitarian and compassionate considerations. Their application was rejected in the exercise of the officer's discretion under subsection 25(1). Leave to

des demandes pour ses fils Ali, âgé de 23 ans, Bilal, âgé de 22 ans, et As'ad, âgé de 20 ans, en qualité d'enfants à charge.

[10] Lorsque M. Hamid a présenté sa demande en février 2002, As'ad était admissible à devenir résident permanent au Canada en tant qu'« enfant à charge », puisqu'il avait moins de 22 ans et n'était pas un époux ou un conjoint de fait (sous-alinéa 2b)(i) du Règlement). Âgés de plus de 21 ans, Ali et Bilal étaient pour leur part admissibles du fait qu'ils dépendaient du soutien financier de leur père et étudiaient à temps plein (sous-alinéa 2b)(ii) du Règlement). Par la suite, Ali a terminé ses études en juin 2002, et Bilal, en mai 2003.

[11] En septembre 2004, M. Hamid a reçu de l'agente des visas une lettre l'informant que, puisqu'Ali et Bilal avaient plus de 22 ans au moment où il avait présenté sa demande de visa, ceux-ci ne pouvaient se voir délivrer un visa parce qu'ils n'étaient plus étudiants à temps plein. Ils avaient de la sorte cessé d'être des enfants à charge au sens du Règlement, et n'étaient donc plus admissibles à des visas en tant que membres de la famille accompagnant M. Hamid. S'ils désiraient être réunis aux autres membres de leur famille au Canada, il leur faudrait demander des visas à titre de demandeurs indépendants ou demander, en application du paragraphe 25(1) de la LIPR, que soient levés les critères de sélection habituels pour des circonstances d'ordre humanitaire.

[12] Bien qu'il ait eu plus de 22 ans lorsque la demande de visa de sa famille a été étudiée, As'ad continuait d'être admissible sous la catégorie « âgé de moins de 22 ans et non marié » du sous-alinéa 2b)(i). Il en est ainsi parce qu'As'ad n'avait que 20 ans lorsque M. Hamid a présenté sa demande de visa et que le ministre considère qu'il y a « gel » de l'âge de l'intéressé au moment où la demande de visa est reçue.

[13] À la suite du refus de l'agente de délivrer des visas à Ali et à Bilal, les Hamid ont demandé à un agent d'immigration que ces deux derniers soient admis en raison de circonstances d'ordre humanitaire. L'agent d'immigration a exercé son pouvoir discrétionnaire en application du paragraphe 25(1) et il a rejeté la

apply for judicial review of this decision was denied.

demande. Il y a également eu rejet de la demande de contrôle judiciaire de cette décision.

C. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[14] As an applicant for a visa in the federal skilled worker class, Mr. Hamid had to meet the definition set out in section 75 [as am. by SOR/2004-167, ss. 27, 80(F)] of the Regulations and the selection criteria in section 76 [as am. *idem*, s. 28(F)]. The following provision is relevant in the context of the present case.

77. For the purposes of Part 5, the requirements and criteria set out in sections 75 and 76 must be met at the time an application for a permanent resident visa is made as well as at the time the visa is issued.

[15] The provisions of the Regulations relevant to the admission of Mr. Hamid's sons are as follows [s. 1(3) (as am. by SOR/2004-217, s. 1)]:

1. . . .

(3) For the purposes of the Act, other than section 12 and paragraph 38(2)(d), and these Regulations, "family member" in respect of a person means

...

(b) a dependent child of the person or of the person's spouse or common-law partner; and

...

2. . . .

"dependent child", in respect of a parent, means a child who

...

(b) is in one of the following situations of dependency, namely,

(i) is less than 22 years of age and not a spouse or common-law partner,

(ii) has depended substantially on the financial support of the parent since before the age of 22 . . . and, since before the age of 22 . . . has been a student

C. LE CADRE LÉGISLATIF

[14] À titre de demandeur de visa comme membre de la catégorie fédérale des travailleurs qualifiés, M. Hamid devait satisfaire à la définition énoncée à l'article 75 [mod. par DORS/2004-167, art. 27, 80(F)] du Règlement et remplir les critères de sélection prévus à l'article 76 [mod., *idem*, art. 28(F)]. Les dispositions suivantes sont pertinentes aux fins de la présente affaire :

77. Pour l'application de la partie 5, les exigences et critères prévus aux articles 75 et 76 doivent être remplis au moment où la demande de visa de résident permanent est faite et au moment où le visa est délivré.

[15] Les dispositions pertinentes du Règlement quant à l'admissibilité des fils de M. Hamid sont les suivantes [art. 1(3) (mod. par DORS/2004-217, art. 1)]:

1. [. . .]

(3) Pour l'application de la Loi—exception faite de l'article 12 et de l'alinéa 38(2)d)—et du présent règlement, [. . .] « membre de la famille », à l'égard d'une personne, s'entend de :

[. . .]

b) tout enfant qui est à sa charge ou à la charge de son époux ou conjoint de fait;

[. . .]

2. [. . .]

« enfant à charge » L'enfant qui :

[. . .]

b) d'autre part, remplit l'une des conditions suivantes :

(i) il est âgé de moins de vingt-deux ans et n'est pas un époux ou conjoint de fait,

(ii) il est un étudiant âgé qui n'a pas cessé de dépendre, pour l'essentiel, du soutien financier de l'un ou l'autre de ses parents à compter du moment où il a atteint l'âge de vingt-deux ans [. . .] à la fois :

(A) continuously enrolled in and attending a post-secondary institution that is accredited by the relevant government authority, and

(B) actively pursuing a course of academic, professional or vocational training on a full-time basis, or

(A) n'a pas cessé d'être inscrit à un établissement d'enseignement postsecondaire accrédité par les autorités gouvernementales compétentes et de fréquenter celui-ci,

(B) y suit activement à temps plein des cours de formation générale, théorique ou professionnelle,

Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21

10. The law shall be considered as always speaking, and where a matter or thing is expressed in the present tense, it shall be applied to the circumstances as they arise, so that effect may be given to the enactment according to its true spirit, intent and meaning.

[16] The provisions of the Regulations dealing specifically with the issue of visas to family members of skilled workers who have applied for permanent resident visas are as follows:

84. The requirement with respect to a person who is a family member of a skilled worker who makes an application under Division 6 of Part 5 for a permanent resident visa is that the person is, in fact, a family member of the skilled worker.

85. A foreign national who is a family member of a person who makes an application for a permanent resident visa as a member of the federal skilled worker class shall become a permanent resident if, following an examination, it is established that the family member is not inadmissible.

D. ISSUES AND ANALYSIS

(i) the certified questions

[17] I propose to address only the second and more specific of the questions certified by the Judge, in so far as it relates to financial dependency and student status. In order to decide this appeal it is not necessary to answer the first and more general question regarding the applicability of the "lock-in" principle to family members of a visa applicant in the skilled worker category, and I decline to do so. Immigration legislation is sufficiently complex, and fact patterns sufficiently varied, that general judicial pronouncements, made outside the context of particular fact situations and the legal issues that they raise, are apt to prove embarrassing.

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21

10. La règle de droit a vocation permanente; exprimée dans un texte au présent intemporel, elle s'applique à la situation du moment de façon que le texte produise ses effets selon son esprit, son sens et son objet.

[16] Les dispositions du Règlement qui traitent plus particulièrement de la question des visas pour les membres de la famille de travailleurs qualifiés sont pour leur part les suivantes :

84. L'exigence applicable à l'égard des membres de la famille du travailleur qualifié qui présente une demande de visa de résident permanent en vertu de la section 6 de la partie 5 est que l'intéressé doit, dans les faits, être un membre de la famille du travailleur qualifié.

85. L'étranger qui est membre de la famille de la personne qui présente une demande de visa de résident permanent au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés (fédéral) devient résident permanent s'il est établi, à l'issue d'un contrôle, qu'il n'est pas interdit de territoire.

D. QUESTIONS EN LITIGE ET ANALYSE

(i) les questions certifiées

[17] Je me propose d'examiner uniquement la deuxième question certifiée par la juge, de caractère plus précis, dans la mesure où elle a trait à la dépendance financière et à la qualité d'étudiant. Pour trancher le présent appel, il n'est pas nécessaire de répondre à la première question, de caractère plus général, ayant trait à l'applicabilité du principe du « gel » aux membres de la famille d'un demandeur de visa au titre de la catégorie des travailleurs qualifiés, et je n'y répondrai donc pas. La législation sur l'immigration est déjà suffisamment complexe et les situations de fait suffisamment variées pour que les déclarations judiciaires générales, formulées sans un contexte factuel particulier et les questions

(ii) standard of review

[18] The applications Judge held that whether section 85 requires that Ali and Bilal had to be enrolled in full-time education at the time when the visa application was decided involves the interpretation of the Regulations and is a question of law. Counsel agreed that the standard of correctness should be used to determine if the visa officer had misinterpreted the Regulations, and her decision was erroneous in law. The Judge was also of this view, and so am I: *Khan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 10 Imm. L.R. (3d) 137 (F.C.T.D.), at paragraph 15; *Thomas v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 334, at paragraph 15.

(iii) interpreting sections 84 and 85

[19] It is trite, but useful, to repeat the familiar guide to statutory interpretation formulated by Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983) [at page 87] and judicially endorsed by Iacobucci J. in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

[20] To this, I should add that, since this appeal concerns provisions of delegated legislation, their interpretation must also take account of the context in which the Regulations were made, including the constraints imposed on the regulation-making power by the enabling provision, and the objectives of the parent Act (see *Bristol-Myers Squibb Co. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 533, at paragraph 38).

(a) the statutory text

[21] The provisions of the Regulations directly relevant to this appeal do not expressly specify whether

de droit qu'il soulève, puissent s'avérer plutôt embarrassantes.

(ii) la norme de contrôle

[18] La juge saisie de la demande a statué que la question de savoir si l'article 85 requiert qu'Ali et Bilal aient été inscrits à un programme d'études à plein temps quand on a tranché la demande de visa met en jeu l'interprétation du Règlement et constitue une question de droit. Les avocats ont convenu qu'il y avait lieu de recourir à la norme de la décision correcte pour établir si l'agente des visas avait mal interprété le Règlement, et si sa décision était erronée en droit. La juge était également de cet avis, tout comme moi d'ailleurs (se reporter à *Khan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. n° 1720 (1^{re} inst.) (QL), au paragraphe 15; et à *Thomas c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 334, au paragraphe 15).

(iii) l'interprétation des articles 84 et 85

[19] Il est d'usage, mais néanmoins utile, de répéter le principe familier d'interprétation des lois formulé par Elmer A. Driedger dans *Construction of Statutes*, 2^e éd. (Toronto, Butterworths, 1983) [à la page 87] et consacré en jurisprudence par le juge Iacobucci dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21 :

[TRADUCTION] Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

[20] J'ajouterai à cela que, puisque le présent appel se rapporte aux dispositions d'une législation déléguée, il convient d'interpréter ces dispositions en tenant compte du contexte de la prise du Règlement, ce qui comprend les restrictions imposées à l'autorité réglementaire par la disposition habilitante, ainsi que les objectifs visés par la loi cadre (se reporter à *Bristol-Myers Squibb Co. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 533, au paragraphe 38).

a) le texte législatif

[21] Il n'est pas dit expressément dans les dispositions du Règlement directement pertinentes aux fins du

a child of an applicant for a visa as a skilled worker must meet the criteria of financial dependence and student status at the time when the application is assessed. However, counsel agreed that these criteria must be met when the application is made; the issue in dispute is whether they must also be met when the application is determined.

[22] Counsel for the Minister argued that the requirement in clause 2(b)(ii)(A) that the child be “continuously” enrolled as a student indicates that the visa officer is to assess eligibility by considering a period of time: a person cannot be determined to be “continuously” enrolled on the basis of facts at a given moment in time. I agree but, like the applications Judge, I do not think that this assists the Minister. Continuity of enrolment may be determined equally well by looking back from the date of either the visa application or its determination.

[23] Nor do I think that the Minister is assisted by the provision in section 85 that a family member shall become a permanent resident “if, following an examination, it is established that the family member is not inadmissible”. Counsel argued that, since examinations occur during the assessment of a visa application, this provision indicates that an applicant’s admissibility, including whether he or she meets the selection criteria, is determined on the basis of the facts existing when an application is assessed, not when it is made.

[24] In my view, however, “inadmissible” in this context does not refer to the selection criteria, because section 85 appears to assume that the applicant is a “family member”: that is, the person meets the relevant definitional and selection criteria. However, a person who is a “family member” may still be found inadmissible after an examination, on the grounds prescribed in Division 4 of the IRPA, including health and criminality.

présent appel si l’enfant d’une personne demandant un visa à titre de travailleur qualifié doit ou non remplir les critères de la dépendance financière et de la qualité d’étudiant au moment de l’étude de la demande. Les avocats des parties ont toutefois convenu que les critères devaient être réunis au moment où la demande est présentée; la question en litige est plutôt celle de savoir s’ils doivent ou non également l’être lorsqu’il est statué sur la demande.

[22] L’avocate du ministre a soutenu que l’exigence prévue à la division 2b)(ii)(A), soit que l’enfant n’ait « pas cessé » d’être inscrit comme étudiant montre que l’agent des visas doit prendre en compte une certaine période de temps lorsqu’il apprécie l’admissibilité. En effet, dit-elle, on ne peut établir qu’une personne n’a « pas cessé » d’être inscrite en se fondant sur les faits n’existant qu’à un moment donné. Je partage cet avis mais, comme la juge saisie de la demande, je ne crois pas que cela vienne aider la cause du ministre. En effet, on peut tout aussi bien établir si l’inscription n’a « pas cessé » en examinant le déroulement des faits avant soit la demande de visa, soit la décision prise à son égard.

[23] Je ne crois pas non plus qu’aident la cause du ministre les dispositions de l’article 85 prévoyant qu’un membre de la famille devient résident permanent « s’il est établi, à l’issue d’un contrôle, qu’il n’est pas interdit de territoire ». L’avocate du ministre a soutenu que, puisque les contrôles ont lieu pendant l’étude de la demande de visa, il ressort de ces dispositions qu’on établit si un demandeur est ou non interdit de territoire, notamment en examinant s’il respecte les critères de sélection, en se fondant sur les faits tels qu’ils existent au moment de l’étude, et non de la présentation, de la demande.

[24] Je suis d’avis, toutefois, que la notion d’« interdit de territoire » ne renvoie pas dans ce contexte aux critères de sélection, puisque l’article 85 semble prendre pour acquis que le demandeur est bien un « membre de la famille », c’est-à-dire que l’intéressé satisfait aux critères de sélection et de la définition pertinents. Toutefois, une personne qui est un « membre de la famille » peut néanmoins être jugée interdite de territoire après contrôle, pour les motifs prescrits à la section 4 de la LIPR, notamment pour des motifs sanitaires et de criminalité.

[25] On the other hand, section 84 may indicate that eligibility must be based on the facts as they are when a visa application is determined, by providing that the requirement with respect to a family member of a skilled worker who applies for a permanent resident visa is that the person is “in fact” (*dans les faits*) a family member of the skilled worker. While I do not regard the function of the words “in fact” as entirely clear, they may suggest that eligibility is determined at the point of the assessment of the visa application. The presumption in section 10 of the *Interpretation Act* that the law is always speaking also provides some support for the Minister’s position.

[26] On balance, however, I find that the text of sections 84 and 85, considered without context, provides little guidance on the question of whether the visa officer erred in law by basing her refusal to permit Mr. Hamid to include Ali and Bilal in his application as dependent children on the ground that the facts on which their application was based had materially changed by the time when the application was determined.

(b) coherence with other provisions of the Regulations

[27] In order to be a “family member” under sections 84 and 85 by virtue of being a “dependent child” within the meaning of subparagraph (b)(ii) of the definition in section 2, a person of 22 years of age or older must meet the statutory criteria at the date of the visa application. This is because, as relevant to the facts of the present case, subparagraph (b)(ii) of the definition in section 2 defines a “dependent child” as one who has been both substantially financially dependent on the parent and continuously enrolled as a student since before the age of 22. Counsel for the Hamids submitted that if, as the Minister contends, an applicant must also meet the dependency criteria when the visa application is assessed, it would be unnecessary for analogous provisions of the Regulations expressly to provide that an applicant must be eligible at that time.

[25] Par ailleurs, l’article 84 peut laisser croire qu’on doit établir l’admissibilité en se fondant sur les faits tels qu’ils existent lorsqu’il est statué sur la demande de visa, en prévoyant que l’exigence applicable au membre de la famille d’un travailleur qualifié qui présente une demande de visa de résident permanent, c’est que l’intéressé soit, « dans les faits » (*in fact*), un membre de la famille du travailleur qualifié. Bien que l’objet des mots « dans les faits » ne me semble pas parfaitement clair, ils pourraient laisser entendre que c’est au moment de l’étude de la demande de visa que l’admissibilité doit être établie. La présomption énoncée à l’article 10 de la *Loi d’interprétation*, selon laquelle la règle de droit a vocation permanente, peut également aider à étayer la position du ministre.

[26] Je conclus toutefois, selon la prépondérance des probabilités, que le libellé des articles 84 et 85, pris hors contexte, ne nous éclaire guère quant à savoir si l’agente des visas a commis ou non une erreur de droit en fondant son refus de permettre à M. Hamid d’inclure Ali et Bilal dans sa demande de visa, à titre d’enfants à charge, sur la modification substantielle des faits pertinents lorsqu’a été venu le temps de statuer sur la demande.

b) cohérence avec d’autres dispositions du Règlement

[27] Pour être considérée un « membre de la famille » aux fins de l’application des articles 84 et 85, du fait qu’elle est un « enfant à charge » au sens du sous-alinéa b)(ii) de la définition de l’article 2, une personne de 22 ans ou plus doit répondre, à la date de la demande de visa, aux critères fixés par la loi. Cela vient de ce que, eu égard aux faits d’espèce, on définit « enfant à charge » au sous-alinéa b)(ii) de la définition de l’article 2 comme une personne qui à la fois n’a pas cessé de dépendre, pour l’essentiel, du soutien financier de l’un ou l’autre de ses parents, et n’a pas cessé d’être inscrite comme étudiante à compter du moment où elle a atteint l’âge de 22 ans. L’avocat des Hamid a soutenu que si, comme le ministre le prétend, un demandeur de visa devait également satisfaire au critère de la dépendance financière au moment de l’étude de la demande, il serait inutile que des dispositions analogues du Règlement

[28] Nonetheless, section 121 [as am. by SOR/2004-167, s. 42] provides as follows:

121. The requirements with respect to a person who is a member of the family class or a family member of a member of the family class who makes an application under Division 6 of Part 5 are the following:

(a) the person is a family member of the applicant or of the sponsor both at the time the application is made and, without taking into account whether the person has attained 22 years of age, at the time of the determination of the application.

In addition, section 77 provides that a skilled worker must meet the selection criteria in sections 75 [as am. by SOR/2004-167, ss. 27, 80(F)] and 76 [as am. *idem*, s. 28(F)] “at the time an application for a visa is made as well as at the time the visa is issued” [emphasis added].

[29] Counsel for the Hamids acknowledges that section 121 does not deal with the family members of a skilled worker, but with family members sponsored by a permanent resident of Canada, and of a person admitted as a family member. Notwithstanding that distinction, he says, the subject-matter of sections 84 and 85, and 121 is very similar: namely the eligibility of a visa applicant’s accompanying family members for permanent resident visas.

[30] In these circumstances, he argues, the express provision in section 121 that a person must meet the criteria for being a family member at the date of the determination of the visa application creates a strong presumption that those claiming to be family members under sections 84 and 85 need only meet the eligibility criteria at the date of the visa application. If the Minister’s interpretation were correct, and financial dependence and student status are not locked in at the time of the application, the requirement in section 121 that the eligibility criteria must also be met when the application is determined would be redundant. This, he says, is a textbook case for the application of the

prévoient expressément qu’un demandeur doit être admissible à ce moment-là.

[28] Quoi qu’il en soit, l’article 121 [mod. par DORS/2004-167, art. 42] prévoit ce qui suit :

121. Les exigences applicables à l’égard de la personne appartenant à la catégorie du regroupement familial ou des membres de sa famille qui présentent une demande au titre de la section 6 de la partie 5 sont les suivantes :

a) l’intéressé doit être un membre de la famille du demandeur ou du répondant au moment où la demande est faite et, qu’il ait atteint l’âge de vingt-deux ans ou non, au moment où il est statué sur la demande.

L’article 77 prévoit en outre qu’un travailleur qualifié doit remplir les critères de sélection prévus aux articles 75 [mod. par DORS/2004-167, art. 27, 80(F)] et 76 [mod., *idem*, art. 28(F)] « au moment où la demande de visa de résident permanent est faite et au moment où le visa est délivré » [non souligné dans l’original].

[29] L’avocat des Hamid reconnaît que l’article 121 ne traite pas des membres de la famille d’un travailleur qualifié, mais plutôt des membres de la famille parrainés par un résident permanent du Canada, et de la personne admise à titre de membre de la famille. Malgré cette distinction, affirme-t-il, l’objet des articles 84 et 85 et de l’article 121 est très similaire, soit l’admissibilité à la délivrance de visas de résidents permanents des membres de la famille qui accompagnent un demandeur de visa.

[30] Cela étant, soutient-il, les dispositions expresses de l’article 121 selon lesquelles une personne doit satisfaire aux critères applicables à un membre de la famille à la date où il est statué sur la demande créent une forte présomption que les personnes prétendant être membres de la famille aux termes des articles 84 et 85 n’ont à satisfaire aux critères d’admissibilité qu’à la date de la demande de visa. Si l’interprétation proposée par le ministre devait être exacte, et qu’il n’y ait pas gel de la dépendance financière et de la qualité d’étudiant à la date de la présentation de la demande, l’obligation prévue à l’article 121 que les critères d’admissibilité soient également réunis au moment où il est statué sur la

presumption of implied exclusion: *expressio unius est exclusio alterius*.

[31] Counsel for the Minister conceded that section 121 presents a difficulty for her. She offered two responses. First, it is not anomalous that there are differences in the selection criteria between sections 84 and 85 on the one hand, and section 121 on the other, since it is open to the Governor in Council to define different eligibility criteria for different classes of immigrants. This is true, but does not meet the argument that, on the basis of the Minister's interpretation of sections 84 and 85, it was not necessary for the Governor in Council to specify in section 121 that the eligibility of family members, including dependent children in subparagraph 2(b)(ii), must be maintained up to the point when the visa application is determined.

[32] Second, given the complexity of this legislation, counsel argued that it was unrealistic to expect perfect congruence among provisions dealing with broadly similar issues. *Expressio unius* is only a presumption of statutory interpretation and may be outweighed by other considerations.

[33] There is force in this latter contention. For example, the Regulations expressly provide that the length of a visa applicant's work experience (section 80) and age (section 81) are to be determined at the date of the application, for the purpose of assigning the appropriate number of points. On the Hamids' view, these provisions are redundant because the "lock-in" principle impliedly already produces this result. Further, since the definition of dependent children in subparagraph 2(b)(ii) already requires them to satisfy the requirements of financial dependence and student status when the visa application is made, the provision in section 121 that family members must qualify at that time is, to that extent, also redundant.

demande aurait alors un caractère redondant. Il s'agit là, dit l'avocat des Hamid, d'un cas classique d'application de la présomption d'exclusion implicite, le principe *expressio unius est exclusio alterius*.

[31] L'avocate du ministre a bien concédé, pour sa part, que l'article 121 lui pose problème. Elle a toutefois offert deux explications possibles. Premièrement, il n'est pas incongru qu'il existe des différences entre les critères de sélection prévus aux articles 84 et 85, d'un côté, et ceux énoncés à l'article 121, de l'autre, puisqu'il est loisible au gouverneur en conseil d'établir différents critères d'admissibilité pour différentes catégories d'immigrants. Cela est bien vrai, mais n'apporte pas réponse à l'argument portant que, si l'on se fonde sur l'interprétation donnée par le ministre aux articles 84 et 85, il n'était pas nécessaire que le gouverneur en conseil vienne préciser à l'article 121 que les conditions d'admissibilité des membres de la famille, y compris les enfants à charge visés au sous-alinéa 2b)(ii), existent toujours au moment où il est statué sur la demande de visa.

[32] Deuxièmement, étant donné la complexité de ces dispositions législatives, soutient l'avocate, il serait irréaliste de s'attendre à une conformité parfaite entre des dispositions traitant de questions similaires de façon générale. Le principe *expressio unius* n'est qu'une présomption d'interprétation législative que d'autres facteurs peuvent venir supplanter.

[33] Ce dernier argument a du poids. Il est ainsi expressément prévu dans le Règlement, par exemple, que le nombre d'années d'expérience (article 80) et l'âge (article 81) d'un demandeur de visa doivent être établis à la date de la présentation de la demande, aux fins de l'attribution du nombre approprié de points d'appréciation. Les Hamid estiment que ces dispositions ont un caractère redondant puisqu'un tel résultat découle déjà implicitement du principe du « gel ». En outre, puisqu'on exige déjà à la définition d'enfant à charge, au sous-alinéa 2b)(ii), que les critères de la dépendance financière et de la qualité d'étudiant soient réunis au moment où la demande de visa est faite, les dispositions de l'article 121 prévoyant que les membres de la famille doivent être admissibles au même moment ont également, dans cette mesure, un caractère redondant.

[34] Nonetheless, because of the similarity of subject-matter (family class membership), section 121 provides some assistance to the Hamids' argument that sections 84 and 85 should not be interpreted as implicitly prescribing that Ali and Bilal had to be dependent children within the meaning of the Regulations when the visa application was determined, as well as when it was made.

(c) coherence with the purposes of the Regulations

[35] The Minister submits that the Governor in Council has defined narrowly the circumstances in which children aged 22 or over are entitled to permanent resident visas as family members of a skilled worker: financial dependence and either student status or a disability (subparagraph (b)(iii) of the definition in section 2). In other circumstances, adult children who wish to join their parents in Canada must apply for visas and satisfy the criteria applicable to independent immigrants in their circumstances.

[36] It would be contrary to underlying legislative policy to require visa officers to issue visas to an applicant's children who were 22 or over at the date of the application, but do not meet the criteria of financial dependence and student status when the application is determined. The fact that they met the eligibility requirements of dependency when the application was made does not seem to me a good reason to oblige officers to issue visas to those who do not qualify as family members because the factual basis of their claim no longer exists.

[37] In response, counsel for the Hamids said that, to interpret the Regulations as impliedly requiring that eligibility as a "dependent child" within the meaning of subparagraph (b)(ii) of the definition in section 2 must be determined when a visa application is assessed, leads to arbitrary results and has no rational connection with legislative intent.

[38] Suppose, for example that the officer had determined the visa application the day before Ali

[34] Malgré tout, vu la similarité d'objet (l'appartenance à la catégorie de la famille), l'article 121 peut étayer dans une certaine mesure l'argument des Hamid selon lequel il ne faut pas interpréter les articles 84 et 85 comme prescrivant implicitement qu'Ali et Bilal devaient être des enfants à charge au sens du Règlement au moment où on a statué sur la demande de visa, en plus du moment où on a présenté cette demande.

c) cohérence avec l'objet du Règlement

[35] Le ministre soutient que le gouverneur en conseil a défini de manière étroite les circonstances dans lesquelles les enfants âgés de 22 ans et plus ont droit à des visas de résidents permanents à titre de membres de la famille d'un travailleur qualifié, soit s'il y a dépendance financière et ou bien qualité d'étudiant, ou bien déficience (sous-alinéa b)(iii) de la définition de l'article 2). Dans tout autre cas, les enfants adultes qui désirent être réunis avec leurs parents au Canada doivent demander des visas et satisfaire aux critères applicables aux immigrants indépendants dans une même situation.

[36] Il serait contraire à la politique sous-tendant les dispositions législatives que d'exiger des agents des visas qu'ils délivrent des visas aux enfants d'un demandeur qui avaient 22 ans ou plus au moment de la demande, et qui ne satisfont plus aux critères de la dépendance financière et de la qualité d'étudiant au moment où l'on statue sur cette demande. Le fait qu'ils satisfaisaient aux conditions d'admissibilité liées à la dépendance lorsque la demande a été présentée ne me semble pas une bonne raison d'obliger des agents à leur délivrer des visas s'ils ne sont plus admissibles comme membres de la famille parce que les faits à l'appui de leur demande ont cessé d'exister.

[37] L'avocat des Hamid a rétorqué qu'interpréter le Règlement comme exigeant implicitement que l'admissibilité à titre d'« enfant à charge » au sens du sous-alinéa b)(ii) de la définition de l'article 2 soit établie au moment de l'étude de la demande de visa conduit à des résultats arbitraires, et ne correspond en rien, sur le plan rationnel, à l'intention du législateur.

[38] Supposons, par exemple, que l'agente ait statué sur la demande de visa le jour précédant la fin des

completed his studies. In these circumstances, he would be eligible for a visa. However, Ali would not be eligible if the application was determined the day after he completed his studies, because, for example, the officer had had to stay at home for two days to look after a sick child. It would be irrational to make the fate of a visa application depend on the health of an officer's child, or the child care arrangements available. Or, as counsel asked rhetorically, should a financially dependent child's eligibility depend on whether there is another academic programme which the child can enter immediately upon graduation?

[39] However, it is not difficult to think of counter examples. Suppose, for instance, that a visa applicant's son dropped out of full-time education the day after the application was made, did not seek employment, and was still unemployed and out of school when the visa application was assessed. In my view, to interpret the Regulations as requiring that a visa be issued in these circumstances would be contrary to the legislative purpose underlying the definition of "dependent children" who are aged 22 or over.

[40] The truth is that, at whatever point in the application process eligibility is determined, a certain level of arbitrariness is inevitable. If the line is drawn at the determination of the visa application, individual cases of hardship may be remedied by the exercise of discretion through the grant of a humanitarian and compassionate exemption under the IRPA, subsection 25(1). No provision in the statutory scheme deals with the converse situation by enabling an officer to screen out non-eligible adult children to whom it would be contrary to the legislative purpose to issue a visa, even though they were eligible when the visa application was made because they were then full-time students.

(d) the "lock-in" principle

[41] The major argument advanced on behalf of the Hamids based on the coherence of the statutory scheme

études d'Ali. Ce dernier serait admissible, en de telles circonstances, à la délivrance d'un visa. Ali ne serait toutefois pas admissible si l'agente statuait sur la demande le lendemain de la fin de ses études parce que, par exemple, elle avait dû prendre soin de son enfant malade à la maison pendant deux jours. Il serait irrationnel de faire dépendre le sort d'une demande de visa de la santé d'un enfant de l'agente, ou encore des services de gardiennage disponibles. Ou comme l'avocat l'a demandé à titre de question de pure forme, l'admissibilité d'un enfant financièrement dépendant devrait-elle dépendre de l'existence ou de l'inexistence d'un autre programme d'études auquel il pourrait s'inscrire tout de suite après avoir obtenu son diplôme?

[39] Il n'est toutefois pas difficile d'opposer à cela des exemples contraires. Supposons ainsi que le fils d'un demandeur de visa ait abandonné ses études à temps plein le lendemain de la présentation de la demande, qu'il n'ait pas cherché d'emploi et soit toujours en chômage et hors de tout programme d'études lorsqu'il est statué sur la demande. À mon avis, interpréter le Règlement comme requérant la délivrance d'un visa en de telles circonstances serait contraire à l'intention du législateur s'exprimant dans la définition d'« enfant à charge » âgé de 22 ans ou plus.

[40] À dire vrai, un certain degré d'arbitraire est inévitable à quelque moment que ce soit pendant le processus d'appréciation de l'admissibilité où l'on statue sur la demande. Si le trait est tiré à la date où l'on statue sur la demande de visa, il pourra être porté remède dans les cas particuliers de préjudice, s'il en est, par l'octroi à titre discrétionnaire d'une levée des critères, pour des motifs d'ordre humanitaire en application du paragraphe 25(1) de la LIPR. Aucune disposition du texte législatif ne traite de la situation inverse en permettant à un agent d'éliminer comme candidats les enfants adultes non admissibles à l'égard desquels il serait contraire à l'objet de la loi de délivrer un visa, malgré qu'ils aient été admissibles lorsque la demande de visa a été présentée parce qu'ils étaient alors étudiants à temps plein.

d) le principe du « gel »

[41] Le principal argument avancé pour le compte des Hamid en ce qui concerne la cohérence du texte

is that the Regulations lock in a child's age at the date of the receipt of the visa application. The "lock-in" principle is designed to protect visa applicants from the vagaries of the application process. In particular, the fate of an application should not depend on the fortuitous length of time between its receipt and determination, a period which varies from time to time and from place to place, and is outside applicants' control.

[42] Counsel submitted that the "lock-in" principle should apply in the present case as well, since there is no rational basis in this context for treating student status differently from age. The rationale for applying the "lock-in" principle to age, namely, the avoidance of unfairness to applicants whose circumstances change while they wait for their applications to be determined, applies equally to financial dependence and student status.

[43] The arbitrariness inherent in the Minister's position, counsel contended, is well illustrated by the facts of this case. As'ad was eligible as an unmarried child under the age of 22 when the visa application was received and remained eligible in this category, even though he was over that age when the visa application was determined. Given this, counsel said, it is unprincipled for the Minister to maintain that As'ad's older brothers are not eligible to be included as family members because they had ceased to be students when the visa application was determined.

[44] Further, counsel argued, the "lock-in" principle has also been applied to factors other than age. Thus, in *Yeung v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 53 F.T.R. 205 (F.C.T.D.), it was held that the points awarded for occupational demand were locked in at the date of the visa application. Thus, an independent applicant would not be prejudiced if the occupational points that could be awarded for his or her skills were reduced by the time the application was assessed. It was also held in *Yeung* that the points awarded to a person as an assisted relative were locked in when the application was made. "Lock-in" has also been applied to the points awarded for particular levels

législatif, c'est qu'en vertu du Règlement, il y a gel de l'âge d'un enfant à la date de la réception de la demande de visa. L'objet du principe du « gel » est de protéger les demandeurs de visa des aléas du processus de demande. En particulier, le sort d'une demande ne devrait pas dépendre du laps de temps fortuit entre la réception de la demande et le moment où l'on statue sur celle-ci, une période qui varie à l'occasion et selon le lieu où l'on se trouve, et qui échappe à tout contrôle des demandeurs.

[42] L'avocat des Hamid a soutenu que le principe du « gel » devrait également s'appliquer en l'espèce puisqu'il n'y a aucun motif rationnel dans le contexte pour traiter la qualité d'étudiant différemment de l'âge. La justification de l'application à l'âge du principe du « gel », soit éviter que soient traités injustement les demandeurs dont la situation change pendant qu'ils attendent qu'on statue sur leur demande, vaut également pour les critères de la dépendance financière et de la qualité d'étudiant.

[43] L'arbitraire que dénote la position du ministre, prétend l'avocat, ressort clairement des faits d'espèce. As'ad était admissible à titre d'enfant à charge de moins de 22 ans lors de la réception de la demande de visa, et il est demeuré admissible comme membre de cette catégorie même s'il avait dépassé cet âge lorsqu'on a statué sur la demande. Cela étant, ajoute l'avocat, le ministre ne respecte guère les principes lorsqu'il soutient que les frères aînés d'As'ad ne peuvent être inclus comme membres de la famille parce qu'ils avaient cessé d'être étudiants lorsqu'on a statué sur la demande de visa.

[44] L'avocat des Hamid a en outre soutenu que le principe du « gel » a également été appliqué à des facteurs autres que l'âge. Ainsi, dans *Yeung c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] A.C.F. n° 307 (1^{re} inst.) (QL), on a statué que l'attribution des points pour le facteur de la demande par profession était « gelée » à la date de la demande de visa. S'il y avait eu réduction du nombre de points attribués pour les compétences d'un demandeur indépendant au moment de l'étude de la demande, de la sorte, l'intéressé n'en subirait pas préjudice. On a statué dans *Yeung* qu'il y avait également gel des points attribués à la personne présentant une demande à titre de

of education: *Maharaj v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 103 F.T.R. 205 (F.C.T.D.).

[45] It was also established in these and similar cases that the “lock-in” date was the receipt of the application and the payment of the assessment fee, since these were within the control of the applicant, unlike the date that the file was assigned to a particular officer and “paper screened”: *Wong v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1986), 64 N.R. 309 (F.C.A.); *Choi v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 F.C. 763 (C.A.).

[46] In my opinion, the jurisprudence concerning the award of points is distinguishable, because it deals with changes by the Minister to the regulatory standards for the assessment of occupational demand, the evaluation of education, and the extent of the preference to be given to assisted relatives. To require an application to be assessed on the basis of standards or requirements in force at the time of its receipt, regardless of changes subsequently made by the Minister, is somewhat analogous to the presumption that changes to the law are not retroactive. In contrast, the present case involves facts about the applicants.

[47] *Lau v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1999), 162 F.T.R. 134 (F.C.T.D.), is instructive in this context. When he applied for a visa, the applicant in *Lau* had two offers of employment, both of which had ceased to be available when the visa officer determined the application. Rejecting the argument that the job offers were “locked in” at the date of the visa application, Tremblay-Lamer J. said (at paragraph 9) that *Wong* and *Yeung* “state that the ‘lock-in date’ for the applicable law and regulations shall be fixed at the time the application is received.” The Judge went on to say (at paragraph 10) that a change in the applicant’s circumstances is different, and that the officer was right to base his decision on the facts

parent aidé. Le principe du « gel » a de même été appliqué aux points attribués pour le niveau de scolarité (*Maharaj c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1995] A.C.F. n° 1495 (1^{re} inst.) (QL)).

[45] Il a aussi été établi dans ces décisions et d’autres semblables que la date où s’effectuait le « gel » était celle de la réception de la demande et du paiement des droits, cela n’échappant pas au contrôle du demandeur, contrairement à la date où le dossier est confié à un agent particulier et où l’on « trie les papiers » (*Wong c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)* (1986), 64 N.R. 309 (C.A.F.), et *Choi c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1992] 1 C.F. 763 (C.A.)).

[46] À mon avis, la présente affaire se distingue de celles concernant l’attribution de points, car on traitait alors de modifications apportées par le ministre aux critères prévus par règlement pour l’appréciation de la demande par profession et pour l’évaluation du niveau de scolarité et du degré de préférence à accorder aux parents aidés. Requérir qu’une demande soit appréciée en fonction de normes ou d’exigences en vigueur au moment de sa réception, peu importe les modifications ayant pu être faites par la suite par le ministre, peut être comparé dans une certaine mesure à la présomption selon laquelle les modifications apportées à une loi n’ont pas une portée rétroactive. La présente affaire, pour sa part, met en cause des faits qui touchent les demandeurs eux-mêmes.

[47] La décision *Lau c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] A.C.F. n° 81 (1^{re} inst.) (QL), est instructive à cet égard. Lorsqu’il a présenté sa demande de visa, le demandeur dans cette affaire disposait de deux offres d’emploi, dont aucune ne s’était matérialisée au moment où l’agent des visas a ensuite statué sur la demande. Rejetant l’argument selon lequel il y avait eu « gel » ou « verrouillage » des offres d’emploi à la date de la demande de visa, la juge Tremblay-Lamer a déclaré (au paragraphe 9) qu’il ressortait de *Wong* et de *Yeung* « qu’en ce qui concerne le droit et la réglementation applicables, la date de “verrouillage” est l’époque où la demande a été formulée ». La juge a ensuite ajouté (au paragraphe 10)

as they were at the time of decision.

[48] Counsel for the Hamids says that *Lau* is not on all fours with the present case, because it involved an officer's exercise of discretion to refuse to issue a visa on the ground that there was good reason to think that the number of points awarded was not an accurate reflection of the applicant's ability to become successfully established in Canada. He submits that the very nature of this discretion suggests that it is to be exercised on the basis of all the facts available to the officer when determining a visa application. Be that as it may, the present case is like *Lau* in that it concerns a fact, namely, the age of a person, not law or the administrative standards of occupational demand and educational attainment to be applied by officers when assessing visa applications.

[49] Counsel for the Minister offered several explanations for the apparent anomaly that age has long been treated by the Minister as locked in, but other facts relevant to the selection criteria are not. For example, unlike other eligibility criteria, age relentlessly and predictably marches on, and is outside the control of applicants. Further, unlike other selection criteria, locking in age is always to the advantage of an applicant. Counsel noted that section 121 reflects this policy by specifically providing that, of all the selection criteria relating to family members of sponsors and family members, only age need not be met when an application is determined.

[50] In addition to the argument that age is different from other selection criteria, counsel suggested that, since sections 84 and 85 do not prescribe that a visa applicant must be under the age of 22 when the application is determined, the Minister has a discretion to decide whether or not the criteria must be met at the

qu'un changement de situation touchant le demandeur est de nature différente, et que c'était à juste titre que l'agent avait fondé sa décision sur les faits tels qu'ils existaient au moment de la prise de la décision.

[48] Selon l'avocat des Hamid, l'affaire *Lau* n'est pas identique à celle à l'examen, puisqu'il était alors question de l'exercice par un agent de son pouvoir discrétionnaire de refuser de délivrer un visa parce qu'il avait de bonnes raisons de penser que le nombre de points attribué ne rendait pas bien compte des chances qu'avait le demandeur de réussir son établissement au Canada. L'avocat avance que la nature même de ce pouvoir discrétionnaire donne à penser qu'il doit être exercé en fonction de tous les faits dont l'agent dispose lorsqu'il statue sur une demande de visa. Quoi qu'il en soit, la présente affaire est semblable à l'affaire *Lau* du fait qu'elle concerne un fait, soit l'âge d'une personne, et non pas la loi ou des normes administratives, liées à la demande par profession ou au niveau de scolarité, devant être appliquées par les agents des visas lorsqu'ils étudient des demandes.

[49] L'avocate du ministre a expliqué de plusieurs manières l'anomalie semblant découler du fait que le ministre traite depuis longtemps l'âge comme devant être « gelé », alors qu'il ne traite pas ainsi d'autres faits relatifs aux critères de sélection. À titre d'exemple, l'âge, contrairement aux autres critères d'admissibilité, va toujours augmentant, de manière prévisible, et il échappe à tout contrôle des demandeurs. En outre, contrairement à ce qui en est pour d'autres critères de sélection, le gel de l'âge est toujours à l'avantage d'un demandeur. L'avocate souligne que cette politique est exprimée à l'article 121, celui-ci prévoyant explicitement que, parmi tous les critères de sélection liés aux membres de la famille des répondants et aux membres de la famille, l'âge est le seul auquel il n'est pas nécessaire de satisfaire au moment où il est statué sur une demande.

[50] En plus de faire valoir que l'âge diffère des autres critères de sélection, l'avocate a avancé que, comme les articles 84 et 85 ne prescrivent pas qu'un demandeur de visa doit avoir moins de 22 ans lorsqu'il est statué sur la demande, le ministre peut décider de manière discrétionnaire s'il faut satisfaire ou non à ce

date of decision. Successive ministers have chosen as a matter of policy to treat age, but not enrolment in education, as locked in.

[51] Whatever the merits of these propositions, the Hamids' argument is that, since the law treats age as locked in, sections 84 and 85 should be interpreted as also locking in student status. A central difficulty with this argument is that there has been no judicial determination that the Regulations lock in age at the date of the visa application. The absence of judicial precedent is not surprising. Since locking in age always benefits applicants, who would have an interest in going to court to argue that an officer should not have issued a visa to the child of an applicant who was under 22 years of age when the visa application was received, but 22 or over when it was determined?

[52] Counsel did not invite the Court to determine whether the Regulations lock in age, and I do not propose to do so. Suffice it to say that the argument that, since the Regulations do lock in age, it would be irrational not to interpret them as also locking in student status, fails in its premise. Since it has not been established that, as a matter of law, the Regulations lock in age, it is not anomalous to interpret sections 84 and 85 as requiring that a child aged 22 or over is financially dependent and a student when the visa application is determined.

[53] A variation on this argument is that, since sections 84 and 85 do not prescribe at what point in the process an applicant must meet the selection criteria in clauses 2(b)(i)(A) and (B), it is within the discretion of the Minister to determine which facts are locked in at the date of the visa application. However, that discretion cannot be exercised in an arbitrary manner by treating student status differently from age when there is no rational basis for distinguishing between them.

[54] I am not persuaded that the Regulations should be interpreted as leaving the Minister to decide which

critère de sélection à la date de la prise de la décision. Différents ministres ont adopté l'un après l'autre comme politique de traiter l'âge, mais non l'inscription à un programme d'études, comme étant un critère « gelé ».

[51] Quel que soit le bien-fondé de ces prétentions, l'argument avancé par les Hamid est que, puisqu'on traite l'âge en droit comme un critère gelé, il faudrait interpréter les articles 84 et 85 comme « gelant » également la qualité d'étudiant. Un problème fondamental découlant de cet argument, c'est qu'on n'a statué dans aucun jugement que le Règlement « gèle » l'âge à la date de la demande de visa. L'absence de précédent n'a cependant pas de quoi étonner. Puisque geler le critère de l'âge est toujours favorable aux demandeurs, qui aurait intérêt à se présenter en cour et de prétendre qu'un agent n'aurait pas dû délivrer un visa à l'enfant d'un demandeur qui était âgé de moins de 22 ans lors de la réception de la demande de visa, mais âgé de plus de 22 ans lorsqu'on a statué sur celle-ci?

[52] Les avocats n'ont pas demandé à la Cour d'établir si le Règlement gèle ou non le critère de l'âge, et je ne me propose pas de le faire. Qu'il suffise de dire que repose sur une fausse prémisse l'argument portant que, comme le Règlement a pour effet de geler l'âge, il serait irrationnel de ne pas l'interpréter comme gelant également la qualité d'étudiant. Puisqu'il n'a pas été établi en droit, en effet, que le Règlement gèle bel et bien l'âge, il n'est pas incongru d'interpréter les articles 84 et 85 comme exigeant qu'un enfant âgé de 22 ans ou plus soit financièrement dépendant et soit étudiant lorsqu'il est statué sur la demande de visa.

[53] Une variante de cet argument veut que, comme les articles 84 et 85 ne prescrivent pas à quelle étape du processus un demandeur doit réunir les critères de sélection prévus aux divisions 2b)(i)(A) et (B), le ministre dispose du pouvoir discrétionnaire de décider quels faits sont ou non gelés à la date de la demande de visa. Ce pouvoir discrétionnaire, cependant, ne peut être exercé de manière arbitraire en traitant la qualité d'étudiant différemment de l'âge alors qu'il n'y a aucun fondement rationnel pour une telle distinction.

[54] Je ne suis pas convaincu qu'il y a lieu d'interpréter le Règlement comme laissant au ministre le

facts will be treated as locked in at the date of application. However, even if this is a matter for the Minister's discretion, I am not satisfied that the Minister's refusal to treat factors other than age as locked in could be characterized as unreasonable.

[55] As already noted, to treat the facts as they are when the application is determined is consistent with the policy underlying the selection criteria. The fact that the Minister has chosen to treat age as an exception does not make it unreasonable to require that the other selection criteria must be met when the application is determined. In any event, the reasons advanced by counsel for the Minister's treating age differently, outlined at paragraph 49 of these reasons, as well as the fact that section 121 exempts age from the requirement that a family member must meet the eligibility criteria at the date of the determination of the visa application visa, provide a rational basis for the differential treatment of age.

[56] Finally, the position taken by the Minister in this proceeding is consistent with the administrative guidelines issued to officials of Citizenship and Immigration Canada and available to the public. Nothing in them suggests that "lock-in" is a broad principle which applies whenever an applicant's personal circumstances change to her disadvantage after the receipt of her visa application, but before its determination. Thus, Citizenship and Immigration Canada's *Overseas Processing Manual (OP)*, chapter OP 6: Federal Skilled Workers, states in an update to section 6.2:

- age of accompanying dependent children is locked in on date of application, but dependence is not. At the time of application, children over the age of 22 who are deemed dependent due to full-time study or mental/physical condition must still meet these requirements at the time of visa issuance;

soin de décider quels faits seront traités comme étant gelés à la date de la demande. Toutefois, même si cette question relevait bel et bien du pouvoir discrétionnaire du ministre, je ne suis pas davantage convaincu que le refus du ministre de traiter des facteurs autres que l'âge comme étant gelés pourrait être qualifié de déraisonnable.

[55] Tel que je l'ai déjà mentionné, traiter les faits tels qu'ils existent lorsqu'on statue sur la demande est conforme à la politique qui sous-tend les critères de sélection. Le fait que le ministre a choisi de traiter l'âge comme une exception ne rend pas déraisonnable de requérir que les autres critères de sélection soient réunis au moment où il est statué sur la demande. En tout état de cause, les justifications données par l'avocate du ministre pour le traitement différent par ce dernier du critère de l'âge, énoncées au paragraphe 49 des présents motifs, de même que le fait qu'on fasse échapper, à l'article 121, l'âge à l'obligation pour un membre de la famille de satisfaire aux critères de sélection à la date où il est statué sur la demande de visa, constituent un fondement rationnel pour le traitement différencié de l'âge.

[56] Finalement, la position adoptée par le ministre en l'espèce est conforme aux lignes directrices administratives formulées à l'intention des fonctionnaires de Citoyenneté et Immigration Canada, et auxquelles le public a accès. Rien dans ces lignes directrices ne laisse croire que le « gel » soit un principe général qui s'applique chaque fois que change défavorablement la situation personnelle d'un demandeur après réception de sa demande de visa mais avant qu'on ne statue sur celle-ci. On prévoit au contraire ce qui suit, dans une version mise à jour de la section 6.2 du *Guide de traitement des demandes à l'étranger (OP)*, chapitre OP 6 : Travailleurs qualifiés (fédéral) » :

- L'âge de l'enfant à charge qui accompagne le demandeur principal est déterminé définitivement à la date de la demande, mais non sa dépendance. Au moment du dépôt de la demande, un enfant de 22 ans ou plus qui est considéré comme une personne à charge en raison d'études à temps plein ou de son état physique ou mental doit toujours remplir ces conditions au moment de la délivrance du visa.

(e) consistency with the objectives of the IRPA

[57] Family reunification is one of the statutory objectives of immigration set out in section 3 of the IRPA: paragraph 3(1)(d). No doubt, locking in the student status of Ali and Bilal at the time of the visa application would assist family reunification, if their parents and As'ad in fact decided to come to Canada without them.

[58] However, this is only one of 11 objectives of immigration listed in subsection 3(1) of the IRPA. More important, the IRPA gives to the Governor in Council broad regulation-making powers. Thus, section 14 enables regulations to be made providing for any matter relating to the application of provisions in the Act dealing with the requirements before entering Canada and selection. They may also, for instance, define the terms used in that part of the Act (which includes "family members") and make provisions respecting selection criteria.

[59] Based on the above, I conclude that interpreting the Regulations as not locking in student status at the time of the visa application does not conflict with the purposes of the enabling Act.

E. CONCLUSIONS

[60] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the order of the Federal Court, and dismiss the application for judicial review. I would not answer the first certified question and would answer a slightly modified version of the second as follows:

A child of a federal skilled worker who has applied for a visa, who was 22 years of age or over, and who was considered dependent on the skilled worker at the date of application by virtue of his or her financial dependence and full-time study, but who does not meet the requirements of a "dependent child" within the meaning of subparagraph 2(b)(ii) of the *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227, when the visa application is determined, cannot be

e) compatibilité avec les objectifs de la LIPR

[57] La réunification des familles est l'un des objectifs en matière d'immigration prévus législativement, en l'occurrence à l'alinéa 3(1)d) de la LIPR. Il ne fait à cet égard aucun doute que le gel de la qualité d'étudiant d'Ali et de Bilal au moment de la demande de visa favoriserait une telle réunification, si les parents de ces deux derniers et d'As'ad décidaient dans les faits de venir au Canada sans eux.

[58] Il ne s'agit là toutefois que de l'un des 11 objectifs en matière d'immigration énumérés au paragraphe 3(1) de la LIPR. Cette loi, plus important encore, confère au gouverneur en conseil de larges pouvoirs de réglementation. Ainsi, l'article 14 autorise la prise de règlements pour toute question liée à l'application des dispositions de la Loi concernant les exigences fixées pour l'entrée au Canada et quant à la sélection. On peut aussi, par exemple, définir par règlement les expressions utilisées dans cette partie de la Loi (notamment les « membres de la famille ») et prévoir dans un règlement des dispositions relatives aux critères de sélection.

[59] Je conclus, sur le fondement de ce qui précède, qu'interpréter le Règlement comme ne gelant pas la qualité d'étudiant au moment de la demande de visa ne contrevient pas à l'objet de la loi habilitante.

E. CONCLUSIONS

[60] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance de la Cour fédérale et je rejetterais la demande de contrôle judiciaire. Je ne répondrais pas à la première question certifiée et je répondrais comme suit à une version légèrement modifiée de la seconde :

L'enfant d'un membre de la catégorie fédérale des travailleurs qualifiés ayant demandé un visa qui a plus de 22 ans et était considéré comme dépendant de ce travailleur à la date de la présentation de la demande puisqu'il dépendait du soutien financier du parent et qu'il était étudiant à temps plein, mais qui ne remplit plus les critères de la dépendance prévus par le sous-alinéa 2b)(ii) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227, au moment où

included as part of his or her parent's application for permanent residence in Canada.

il est statué sur la demande de visa, ne peut être inclus dans la demande de résidence permanente au Canada du parent.

NADON J.A.: I agree.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

SEXTON J.A.: I agree.

LE JUGE SEXTON, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

A-527-05
2006 FCA 196

A-527-05
2006 CAF 196

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

v.

La Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. (*Respondent*)

and

Her Majesty the Queen (*Appellant*)

v.

Marie-Claire Paulin (*Respondent*)

INDEXED AS: SOCIÉTÉ DES ACADIENS ET ACADIENNES DU NOUVEAU-BRUNSWICK v. CANADA (F.C.A.)

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Nadon and Pelletier J.J.A.—Fredericton, May 15; Ottawa, May 25, 2006.

Constitutional Law — Charter of Rights — Language Rights — Appeal from Federal Court declaration provincial police service offered by Royal Canadian Mounted Police (RCMP) pursuant to agreement with province of New Brunswick, subject to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 20(2) — Respondent Paulin, resident of New Brunswick, stopped for speeding by RCMP officer on Trans-Canada highway in New Brunswick — RCMP officer could not address her in French but ticket issued in French — Charter, s. 20(2), New Brunswick's Official Languages Act (OLA) imposing on New Brunswick duty to provide police services in official language of citizen's choice everywhere in province — Federal Court wrong to equate RCMP to provincial institution for purposes of Charter, s. 20(2) — Province of New Brunswick owing relevant obligations imposed thereon by Charter, OLA even when province assigning to RCMP responsibility to act in name — Charter clearly establishing province, institutions responsible for respecting language obligations — Cannot delegate constitutional obligations to others — RCMP must fulfill language obligations imposed on federal institutions by Charter even when acting as police force for province not subject to constitutional official language obligations — Appeal allowed.

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

c.

La Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. (*intimée*)

et

Sa Majesté la Reine (*appelante*)

c.

Marie-Claire Paulin (*intimée*)

RÉPERTORIÉ : SOCIÉTÉ DES ACADIENS ET ACADIENNES DU NOUVEAU-BRUNSWICK c. CANADA (C.A.F.)

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard, juges Nadon et Pelletier, J.C.A.—Fredericton, 15 mai; Ottawa, 25 mai 2006.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits linguistiques — Appel d'une déclaration de la Cour fédérale précisant que le service de police provincial offert par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) en vertu de son entente avec la province du Nouveau-Brunswick est un service auquel s'applique l'art. 20(2) de la Charte canadienne des droits et libertés — L'intimée Paulin, une résidente du Nouveau-Brunswick, a été arrêtée par un agent de la GRC sur la route transcanadienne au Nouveau-Brunswick pour excès de vitesse — L'agent de la GRC ne pouvait s'adresser à elle en français, mais le billet de contravention a été émis en français — L'art. 20(2) de la Charte et la Loi sur les langues officielles (LLO) du Nouveau-Brunswick imposent au Nouveau-Brunswick l'obligation de fournir ses services de police dans la langue officielle choisie par le citoyen, partout dans la province — La Cour fédérale avait tort d'assimiler la GRC à une institution provinciale aux fins de l'art. 20(2) de la Charte — Le débiteur des obligations pertinentes qu'imposent la Charte ainsi que la LLO demeure la province du Nouveau-Brunswick, même quand la province confie à la GRC la responsabilité d'agir en son nom — La Charte établit clairement que la province et ses institutions sont imputables du respect des obligations linguistiques — Le débiteur d'obligations constitutionnelles ne peut pas s'en défaire en les déléguant à d'autres — La GRC doit répondre aux obligations linguistiques que la Charte impartit aux institutions fédérales, même quand elle agit à titre de corps de police pour une

Official Languages — Appeal from Federal Court declaration provincial police service offered by Royal Canadian Mounted Police (RCMP) pursuant to agreement with Province of New Brunswick subject to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 20(2) — New Brunswick's Official Languages Act (OLA) detailing Charter, s. 20(2) requirement — New Brunswick's OLA coming into force after occurrence of incident giving rise to action — Specifically imposing on New Brunswick police forces official language obligations — Charter, OLA imposing official language obligations on institutions, government of New Brunswick — Remain accountable for fulfilling respective obligations — New Brunswick's OLA not applicable in present case since coming into effect August 5, 2002, after incident took place.

RCMP — Appeal from Federal Court declaration that provincial police service offered by Royal Canadian Mounted Police (RCMP) pursuant to agreement with province of New Brunswick subject to Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 20(2) — RCMP responsible for enforcing federal law throughout Canada — Can acquire additional responsibilities by intergovernmental agreement — Does not compromise designation as federal institution — Both Charter, New Brunswick's OLA expressly providing province, as principal, remaining responsible for acts of RCMP, agent.

This was an appeal from a Federal Court declaration that, under its agreement with the Province of New Brunswick, the provincial police service offered by the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) was subject to subsection 20(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Charter). Subsection 20(2) of the Charter, detailed in section 31 of New Brunswick's *Official Languages Act*, imposes on New Brunswick the duty to provide its police services in the official language of the citizen's choice, everywhere in the province. The respondent, Marie-Claire Paulin, is a citizen of New Brunswick. She was stopped for speeding on April 26, 2000, by an RCMP officer on the Trans-Canada Highway in the area of Woodstock, in New Brunswick. The RCMP officer could not address her in French and did not actively offer to do anything about that. The ticket was issued in French and Marie-Claire Paulin paid the fine the same day.

province qui n'est pas sujette à des obligations constitutionnelles en matière de langues officielles — Appel accueilli.

Langues officielles — Appel d'une déclaration de la Cour fédérale précisant que le service de police provincial offert par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) en vertu de son entente avec la province du Nouveau-Brunswick est un service auquel s'applique l'art. 20(2) de la Charte canadienne des droits et libertés — L'exigence énoncée à l'art. 20(2) de la Charte est particularisée par la Loi sur les langues officielles (LLO) du Nouveau-Brunswick — La LLO du Nouveau-Brunswick est entrée en vigueur après les événements donnant lieu au litige — Elle impose aux corps de police néo-brunswickois des obligations précises en matière de langues officielles — La Charte et la LLO imposent des obligations en matière de langues officielles aux institutions et au gouvernement du Nouveau-Brunswick — Ces institutions demeurent imputables du respect de leurs obligations respectives — La LLO du Nouveau-Brunswick ne s'appliquait pas en l'espèce parce qu'elle est entrée en vigueur le 5 août 2002, soit après les événements donnant lieu au litige.

GRC — Appel d'une déclaration de la Cour fédérale précisant que le service de police provincial offert par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) en vertu de son entente avec la province du Nouveau-Brunswick est un service auquel s'applique l'art. 20(2) de la Charte canadienne des droits et libertés — La GRC est responsable de l'application des lois fédérales partout au Canada — Par entente intergouvernementale, la GRC peut acquérir des responsabilités additionnelles — Cette capacité ne compromet en rien son caractère d'institution fédérale — Tant la Charte que la LLO du Nouveau-Brunswick prévoit expressément que la province, à titre de mandant, demeure toujours responsable des actes de la GRC, son mandataire.

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une déclaration de la Cour fédérale précisant que le service de police provincial offert par la Gendarmerie royale du Canada (GRC) en vertu de son entente avec la province du Nouveau-Brunswick est un service auquel s'applique le paragraphe 20(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la Charte). Le paragraphe 20(2) de la Charte, particularisé par l'article 31 de la *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick, impose au Nouveau-Brunswick l'obligation de fournir ses services de police dans la langue officielle choisie par le citoyen, partout dans la province. L'intimée, Marie-Claire Paulin, est une citoyenne du Nouveau-Brunswick. Elle a été arrêtée le 26 avril 2000 par un agent de la GRC sur la route transcanadienne dans la région de Woodstock, au Nouveau-Brunswick, pour excès de vitesse. L'agent de la GRC ne pouvait s'adresser à elle en français et aucune offre active en ce sens ne fut faite. Le billet de

New Brunswick's *Police Act* requires the province and the municipalities to establish a police force to ensure order and maintain the peace. As a federal police force, the RCMP is responsible for enforcing federal law throughout Canada. The *Royal Canadian Mounted Police Act* authorizes the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness of Canada to enter into arrangements with the provinces or the municipalities in order to aid those levels of government in the "administration of justice" in their jurisdiction. The RCMP can then assume more responsibility in the enforcement of the *Criminal Code*, as well as other tasks under the purview of provincial legislation or municipal by-laws that the parties can mutually agree on. Under an agreement dated April 1, 1992, the RCMP acts as provincial police force on behalf of the province, which decides the extent of the service to be provided by that police service and sets the objectives, priorities and goals of the provincial police service. The contract also provides that it is the responsibility of the province to establish the level of service in both official languages required from the RCMP, beyond the language obligations that the RCMP must already observe as a federal institution. The agreement between Canada and the government of New Brunswick is silent on language obligations. On August 5, 2002, a new *Official Languages Act* (OLA) came into effect in New Brunswick and specifically addresses the official language obligations of police services.

The issues were whether the appellant and her institutions must fulfill the obligations that the Constitution and the provincial legislation impose on a province and whether the Federal Court was the *forum conveniens* for this dispute.

Held, the appeal should be allowed.

The Federal Court was wrong to equate the RCMP to a provincial institution for the purposes of subsection 20(2) of the Charter. The Province of New Brunswick owes the relevant obligations imposed thereon by the Charter and the OLA, even when the Province assigns to the RCMP the responsibility to act in its name. The Charter contains the undertaking that any member of the public may communicate with an "institution of the legislature or government" of New Brunswick and receive services in the official language of their choice. The Charter clearly establishes that the province and its institutions are responsible for respecting that undertaking. Even though it came into force after the events that gave rise to this dispute, New Brunswick's OLA makes

contravention a été émis en français et Marie-Claire Paulin a payé l'amende le même jour.

La *Loi sur la police* du Nouveau-Brunswick oblige la province et les municipalités à établir un corps de police pour assurer l'ordre et maintenir la paix. À titre de corps policier fédéral, la GRC est responsable de l'application des lois fédérales partout au Canada. La *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* autorise le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile du Canada à conclure des ententes avec les provinces ou les municipalités afin d'aider ces paliers de gouvernement à « administrer la justice » dans leur ressort. La GRC peut alors assumer une responsabilité plus grande dans l'application du *Code criminel*, de même que d'autres tâches qui relèvent de la législation provinciale ou de la réglementation municipale sur lesquelles les parties peuvent s'entendre. Aux termes d'une entente conclue le 1^{er} avril 1992, la GRC agit, pour le compte de la province, comme corps de police provincial, elle décide du niveau des services à être fournis par ce service de police et elle fixe les objectifs, priorités et les buts du service de police provincial. En outre, le contrat précise que c'est à la province qu'échoit la tâche d'établir le niveau de service dans les deux langues officielles qu'elle requiert de la GRC, au-delà des obligations linguistiques auxquelles la GRC est déjà commise à titre d'institution fédérale. L'entente entre le Canada et le gouvernement du Nouveau-Brunswick est silencieuse par rapport aux obligations linguistiques. Le 5 août 2002, une nouvelle *Loi sur les langues officielles* (LLO) est entrée en vigueur au Nouveau-Brunswick et elle traite spécifiquement des obligations des services de police en matière de langues officielles.

Les questions en litige étaient celles de savoir si l'appelante et ses institutions devaient répondre des obligations que la Constitution et la législation provinciale imposent à une province et si la Cour fédérale était le forum approprié pour connaître de ce litige.

Arrêt : l'appel est accueilli.

La Cour fédérale a assimilé, à tort, la GRC à une institution provinciale pour les fins du paragraphe 20(2) de la Charte. Le débiteur des obligations pertinentes qu'impose la Charte ainsi que la LLO demeure la province du Nouveau-Brunswick, même quand la province confie à la GRC la responsabilité d'agir en son nom. La Charte contient l'engagement que tout membre du public puisse communiquer avec les « institutions de la législature ou du gouvernement » du Nouveau-Brunswick et en obtenir les services dans la langue officielle de leur choix. La Charte établit clairement que la province et ses institutions sont imputables du respect de cet engagement. Quoiqu'elle soit entrée en vigueur après les événements donnant lieu au présent litige, la LLO du Nouveau-Brunswick

this undertaking more explicit and imposes on New Brunswick police forces specific official language obligations. Subsection 31(2) recognizes the institutional nature of the obligation by authorizing a step-by-step approach: a peace officer who is unable to provide service in the language chosen by the member of the public may take alternative measures to ensure that communication.

The RCMP's ability to acquire an additional role does not at all compromise its designation as a federal institution. As such, Parliament continues to enjoy the exclusive jurisdiction to regulate the "discipline, organization and management" of the RCMP and its members, even when they are acting as provincial police officers. The RCMP must therefore continue to fulfill the language obligations that the Charter imposes on federal institutions, even when it is acting as a police force for a province that is not subject to constitutional official language obligations. Both the Charter and New Brunswick's OLA expressly provide that the province, as principal, remains responsible for the acts of the RCMP, its agent. In both cases, the official language obligations are imposed on the institutions of the Legislative Assembly of New Brunswick or its government; in each case, these institutions remain accountable for respecting their respective obligations. Therefore, the issue was not whether the Charter and the OLA create an obligation for the province, since the province is expressly named as owing the applicable language rights.

Case law recognizes that the one owing constitutional obligations cannot dispose of them by delegating them to others. It remains nonetheless responsible. The issue was whether the agent fulfilling those obligations is also responsible for the constitutional obligations of the principal. In this case, the agent was a federal institution but it could just as easily have been a provincial institution or even a business that is not governmental. Since all are agents of the province, all are responsible in the same way, if they are responsible. When the issue of the agent's responsibility is raised in a context other than that of a federal institution, it is obvious that the source of the responsibility is contractual, not constitutional. The failure to identify the party owing the obligation leads to the misidentification of the court able to hear the resulting dispute. Under subsection 24(1) of the Charter as well as subsection 43(18) of New Brunswick's OLA, the court that has the authority to decide a dispute regarding the language obligations of the province of New Brunswick is the Court of Queen's Bench of that province.

The declaration issued in this case was based on the determination that the obligations imposed by New

rend plus explicite cet engagement. Elle impose aux corps de police néo-brunswickois des obligations précises en matière de langues officielles. Son paragraphe 31(2) reconnaît la nature institutionnelle de l'obligation en autorisant une approche graduée : le policier incapable de communiquer dans la langue officielle choisie par le membre du public peut faire appel à des moyens alternatifs d'assurer cette communication.

La capacité de la GRC à acquérir un rôle additionnel ne compromet en rien son caractère d'institution fédérale. À ce titre, le Parlement continue à jouir du pouvoir exclusif de régir la « discipline, l'organisation et la gestion » de la GRC et de ses membres, même quand ils agissent comme policiers provinciaux. C'est ainsi que la GRC doit continuer à répondre aux obligations linguistiques que la Charte impartit aux institutions fédérales, même quand elle agit à titre de corps de police pour une province qui n'est pas sujette à des obligations constitutionnelles en matière de langues officielles. Tant la Charte que la LLO du Nouveau-Brunswick prévoit expressément que la province, à titre de mandant, demeure toujours responsable des actes de la GRC, son mandataire. Dans les deux cas, les obligations relatives aux langues officielles s'imposent aux « institutions » de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick ou de son gouvernement; dans les deux cas, ces institutions demeurent imputables du respect de leurs obligations respectives. La question n'était donc pas de savoir s'il existait un débiteur d'une obligation créée par la Charte et par la LLO puisque la province est expressément désignée débitrice des obligations linguistiques applicables.

La jurisprudence reconnaît que le débiteur d'obligations constitutionnelles ne peut pas s'en défaire en les déléguant à d'autres. Il en reste toujours responsable. La question était de savoir si le délégué de ces obligations était aussi responsable des obligations constitutionnelles de son commettant. En l'espèce, le délégué était un office fédéral mais il aurait pu tout aussi facilement être un office provincial ou encore une entreprise n'ayant aucun caractère gouvernemental. Puisque tous sont les délégués de la province, tous sont responsables, s'ils le sont, au même titre. Lorsque la question de la responsabilité du délégué se pose dans un contexte autre que celui d'un office fédéral, il est évident que l'origine de la responsabilité est contractuelle et non pas constitutionnelle. Mal identifier le débiteur de l'obligation mène à mal identifier la cour habilitée à connaître du litige en découlant. Tant en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte que du paragraphe 43(18) de la LLO du Nouveau-Brunswick, le tribunal habilité à décider d'un litige relatif aux obligations linguistiques de la province du Nouveau-Brunswick est la Cour du Banc de la Reine de cette province.

La déclaration qui a été émise en l'espèce reposait sur la conclusion que les obligations imposées par la LLO de 2002

Brunswick's OLA of 2002 were not respected. However, that text did not apply in this case since the events giving rise to this dispute took place more than two years before the Act came into effect on August 5, 2002.

du Nouveau-Brunswick n'ont pas été respectées. Toutefois, ce texte ne s'appliquait pas en l'espèce puisque les événements donnant lieu à ce litige sont survenus plus de deux ans avant l'entrée en vigueur de la Loi le 5 août 2002.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY
CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 16, 16.1 (as enacted by SI/93-54, s. 1), 20(2), 24(1).
Companies Act, R.S.N.B. 1973, c. C-13.
Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 92(14).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.
Official Languages Act, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31.
Official Languages Act, S.N.B. 2002, c. O-0.5, ss. 31, 43(18).
Official Languages (Communications with and Services to the Public) Regulations, SOR/92-48, s. 6(1)(d).
Police Act, S.N.B. 1977, c. P-9.2.
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C., 1985, c. R-10.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

CONSIDERED:

Canada (Commissioner of Official Languages) v. Canada (Department of Justice) (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46; 194 F.T.R. 181; 2001 FCT 239.

APPEAL from a Federal Court declaration ([2006] 1 F.C.R. 490; 2005 FC 1172) that equated the RCMP to a provincial institution for the purposes of subsection 20(2) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
Appeal allowed.

APPEARANCES:

Alain Préfontaine for appellant.
Michel Doucet for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for appellant.
Patterson Palmer, Moncton, for respondent.

LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 16, 16.1 (édicte par TR/93-54, art. 1), 20(2), 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 92(14).
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. (1985), ch. R-10.
Loi sur la Police, L.N.-B. 1977, ch. P-9.2.
Loi sur les compagnies, L.R.N.-B. 1973, ch. C-13.
Loi sur les langues officielles, L.N.-B. 2002, ch. O-0.5, art. 31, 43(18).
Loi sur les langues officielles, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31.
Règlement sur les langues officielles—communications avec le public et prestation des services, DORS/92-48, art. 6(1)(d).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION EXAMINÉE :

Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Ministère de la Justice), 2001 CFPI 239.

APPEL d'une déclaration de la Cour fédérale ([2006] 1 R.C.F. 490; 2005 CF 1172) dans laquelle elle a assimilé la GRC à une institution provinciale pour les fins du paragraphe 20(2) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Appel accueilli.

ONT COMPARU :

Alain Préfontaine pour l'appelante.
Michel Doucet pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante.
Patterson Palmer, Moncton, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally by

RICHARD C.J.:

Overview

[1] This appeal addresses third-party accountability for complying with language obligations imposed on their principal by 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). Subsection 20(2) of the Charter, detailed in section 31 of *New Brunswick's Official Languages Act* [S.N.B. 2002, c. O-0.5] (the Act), imposes on the province of New Brunswick the duty to provide its police services in the official language of the citizen's choice, everywhere in the province.

[2] In its judgment dated August 26, 2005 ([2006] 1 F.C.R. 490 (F.C.)), the trial Judge equated the Royal Canadian Mounted Police (RCMP) to a provincial institution for the purposes of subsection 20(2) of the Charter. This comparison is wrong. The Province of New Brunswick owes the relevant obligations imposed by the Charter and by the Act, even when the province assigns to the RCMP the responsibility to act in its name.

The parties to the dispute

[3] The Société des Acadiens et des Acadiennes du Nouveau Brunswick Inc. is a body corporate incorporated under *New Brunswick's Companies Act* [R.S.N.B. 1973, c. C-13]. It is a not-for-profit corporation without share capital. It acts in the furtherance of its role as spokesperson for the Acadian community of New Brunswick and to protect and promote the rights and interests of that community.

[4] Marie-Claire Paulin is a citizen of New Brunswick, whose residence is located in the city of Moncton.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par

LE JUGE EN CHEF RICHARD :

Survol

[1] Cet appel traite de l'imputabilité d'un tiers pour le respect des obligations linguistiques que 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) impose à son commettant. Le paragraphe 20(2) de la Charte, particularisé par l'article 31 de la *Loi sur les langues officielles* [L.N.-B. 2002, ch. O-0.5] du Nouveau-Brunswick (la Loi), impose à la province du Nouveau-Brunswick l'obligation de fournir ses services de police dans la langue officielle choisie par le citoyen, partout dans la province.

[2] Dans son jugement rendu le 26 août 2005 ([2006] 1 R.C.F. 490 (C.F.)), la juge de l'instance a assimilé la Gendarmerie royale du Canada (GRC) à une institution provinciale pour les fins du paragraphe 20(2) de la Charte. Cette assimilation est erronée. Le débiteur des obligations pertinentes qu'imposent la Charte ainsi que la Loi demeure la province du Nouveau-Brunswick, même quand la province confie à la GRC la responsabilité d'agir en son nom.

Les parties au litige

[3] La Société des Acadiens et des Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. est un corps dûment constitué aux termes de la *Loi sur les compagnies* [L.R.N.-B. 1973, ch. C-13] du Nouveau-Brunswick. Elle est une corporation sans capital social et à but non lucratif. Elle poursuit son mandat de porte-parole de la communauté acadienne du Nouveau-Brunswick et elle assume un rôle de protection et de promotion des droits et intérêts de cette communauté.

[4] Marie-Claire Paulin est une citoyenne du Nouveau-Brunswick, dont la résidence est située dans la ville de Moncton.

[5] As the trial Judge observed, the parties have agreed on a number of admissions on the facts and have jointly filed 23 documents.

[6] Marie-Claire Paulin was stopped for speeding on April 26, 2000, by an RCMP officer on the Trans-Canada Highway in the area of Woodstock, specifically in Debec, in the province of New Brunswick. The RCMP officer in question could not address Ms. Paulin in French and did not actively offer to do anything about that. The ticket was issued in French.

[7] Marie-Claire Paulin paid the fine imposed on her on April 26, 2000.

[8] In the mid-1990s, the RCMP combined its four Atlantic divisions—“H” Division in Nova Scotia, “B” Division in Newfoundland and Labrador, “L” Division in Prince Edward Island and “J” Division in New Brunswick. The purpose of the reorganization was to allocate administrative offices among the divisions.

[9] The issue of official languages was the subject of discussion at the meetings of the transition team for the Atlantic region. It was decided that a subcommittee would be created for an in-depth review of the issue of official languages in the context of regionalization.

[10] The subcommittee made certain recommendations to the Atlantic Region Steering Committee. The chief recommendation was to proceed directly with a review of all the positions, administrative as well as in operations, to determine the needs for designated bilingual positions.

[11] The management of the Atlantic RCMP called on an independent consultant to carry out a review of the interpretation, the application and the implementation of Canada’s OLA [*Official Languages Act*, R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 31] and its Regulations [*Official Languages Communications with and Services to the Public Regulations*, SOR/92-48] in the Atlantic Region.

[5] Comme le constate la juge d’instance, les parties se sont entendues sur plusieurs admissions quant aux faits et ont déposé conjointement 23 documents.

[6] Marie-Claire Paulin a été arrêtée le 26 avril 2000 par un agent de la GRC sur la route transcanadienne dans la région de Woodstock, plus particulièrement à Debec, dans la province du Nouveau-Brunswick, pour excès de vitesse. L’agent de la GRC en question ne pouvait s’adresser en français à M^{me} Paulin et aucune offre active en ce sens ne fut faite. Le billet de contravention a été émis en français.

[7] Marie-Claire Paulin a payé l’amende qui lui a été imposée le 26 avril 2000.

[8] Vers le milieu des années 1990, la GRC regroupa ses quatre divisions pour l’Atlantique—la division « H » de la Nouvelle-Écosse, la division « B » de Terre-Neuve et Labrador, la division « L » de l’Île-du-Prince-Édouard et la division « J » du Nouveau-Brunswick. Ce regroupement avait pour objectif de répartir le nombre de postes administratifs entre les divisions.

[9] La question des langues officielles fit l’objet de discussions lors des réunions de l’équipe de transition de la Région Atlantique. La décision fut prise de former un sous-comité pour examiner en profondeur la question des langues officielles dans le cadre de la régionalisation.

[10] Le sous-comité fit certaines recommandations au Comité directeur de la région Atlantique. La principale recommandation fut celle de procéder immédiatement à un examen de tous les postes, tant administratifs qu’opérationnels, pour déterminer les besoins en matière de postes désignés bilingues.

[11] La gestion de la GRC en Atlantique fit appel à un consultant de l’extérieur pour qu’il effectue un examen de l’interprétation, de l’application et de la mise en œuvre de la LLO [*Loi sur les langues officielles*, L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 31] du Canada et de son Règlement [*Règlement sur les langues officielles—communications avec le public et prestation des services*, DORS/92-48] dans la région Atlantique.

[12] Upon completing his investigation, the consultant recommended an overall reduction in the RCMP's language obligations in the area of oral communications.

[13] The Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. submits that any review of positions at RCMP offices in New Brunswick for the purpose of determining language requirements at those offices, including the review done by the consultant in this case, must consider New Brunswick's distinctiveness in matters of language and, more specifically, section 16.1 [as enacted by SI/93-54, s. 1] and subsections 16(2) and 20(2) of the Charter.

[14] Canada's position is that section 16.1 and subsections 16(2) and 20(2) do not apply in this case, and that in any event the findings stated in the Wilson report have not been implemented.

[15] The Attorney General of New Brunswick did not appear, even though a notice of constitutional question was served on him.

Issues before the Federal Court

[16] The parties limited the issues to be decided by the Federal Court to the following:

(A) Does the RCMP have a duty to comply with the special constitutional obligations of New Brunswick as set out in section 16.1 and subsections 16(2) and 20(2) of the Charter?

(B) Is the RCMP required to have regard to and comply with section 16.1 and subsections 16(2) and 20(2) in interpreting and implementing subsection 20(1) of the Charter and the OLA of Canada and the Regulations in New Brunswick?

(C) Does the RCMP have a duty under paragraph 6(1)(d) of the Regulations to offer its services in both official languages, throughout the area served by the Woodstock detachment?

[12] À la suite de son enquête, le consultant recommanda une réduction générale des obligations linguistiques de la GRC en matière de communications orales.

[13] La Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick Inc. soutient que toute révision des fonctions des postes de la GRC au Nouveau-Brunswick afin d'en déterminer les exigences linguistiques, notamment celle entreprise par le consultant en l'espèce, doit tenir compte de la spécificité linguistique de la province du Nouveau-Brunswick et, plus spécifiquement, de l'article 16.1 [édicte par TR/93-54, art. 1] et des paragraphes 16(2) et 20(2) de la Charte.

[14] La position du Canada est que l'article 16.1 et les paragraphes 16(2) et 20(2) ne s'appliquent pas en l'espèce et que de toute manière, les conclusions du rapport Wilson n'ont pas été mises en vigueur.

[15] Le procureur général du Nouveau-Brunswick n'a pas comparu, quoiqu'un avis de question constitutionnelle lui a été signifié.

Questions en litige devant la Cour fédérale

[16] Les parties ont limité les questions à être déterminées par la Cour fédérale aux questions suivantes :

A) La GRC a-t-elle l'obligation de se conformer aux obligations constitutionnelles particulières de la province du Nouveau-Brunswick telles qu'énoncées à l'article 16.1 et aux paragraphes 16(2) et 20(2) de la Charte?

B) La GRC doit-elle tenir compte et se conformer à l'article 16.1 et aux paragraphes 16(2) et 20(2) lorsqu'elle interprète et met en œuvre le paragraphe 20(1) de la Charte, la LLO du Canada et le Règlement au Nouveau-Brunswick?

C) L'alinéa 6(1)d) du Règlement impose-t-il à la GRC l'obligation d'offrir ses services dans les deux langues officielles et ce, sur l'ensemble du territoire desservi du détachement de Woodstock?

By joint agreement, the last question was withdrawn before the trial Judge made her order.

Order by the Federal Court

[17] The Court declared that the provincial police service offered by the RCMP pursuant to its agreement with the Province of New Brunswick is subject to subsection 20(2) of the Charter. However, the RCMP has one year from the date of that order to meet the language obligations resulting from that declaration.

[18] This is an appeal of that declaration.

Background to the events

[19] New Brunswick's *Police Act* [S.N.B. 1977, c. P-9.2] requires the province and the municipalities to establish a police force to ensure order and maintain the peace.

[20] As a federal police force, the RCMP is responsible for enforcing federal law throughout Canada.

[21] By intergovernmental agreement, the RCMP can acquire additional responsibilities. The *Royal Canadian Mounted Police Act* [R.S.C., 1985, c. R-10] authorizes the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness of Canada to enter into arrangements with the provinces or the municipalities in order to aid those levels of government in the "administration of justice" in their jurisdiction. The RCMP can then assume more responsibility in the enforcement of the *Criminal Code* [R.S.C., 1985, c. C-46], as well as other tasks that the parties can mutually agree on, falling within the purview of provincial legislation or municipal by-laws.

[22] This is the basis for the RCMP's acting as provincial police in eight provinces, the exceptions being Quebec and Ontario, as well as a municipal police force on behalf of approximately 200 municipalities.

D'un commun accord, la dernière question a été retirée avant que la juge d'instance rende son ordonnance.

Ordonnance de la Cour fédérale

[17] La Cour a déclaré que le service de police provincial offert par la GRC en vertu de son entente avec la province du Nouveau-Brunswick est un service auquel s'applique le paragraphe 20(2) de la Charte. Toutefois, la GRC aura un an à partir de la date de la présente ordonnance pour rencontrer les obligations linguistiques qui découlent de cette déclaration.

[18] L'appel porte sur cette déclaration.

Le contexte des événements

[19] La *Loi sur la Police* [L.N.-B. 1977, ch. P-9.2] du Nouveau-Brunswick oblige la province et les municipalités à établir un corps de police pour assurer l'ordre et maintenir la paix.

[20] À titre de corps de police fédéral, la GRC est responsable de l'application des lois fédérales partout au Canada.

[21] Par entente intergouvernementale, la GRC peut acquérir des responsabilités additionnelles. La *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* [L.R.C. (1985), ch. R-10] autorise le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile du Canada à conclure des ententes avec les provinces ou les municipalités afin d'aider ces paliers de gouvernement à « administrer la justice » dans leur ressort. La GRC peut alors assumer une responsabilité plus grande dans l'application du *Code criminel* [L.R.C. (1985), ch. C-46], de même que d'autres tâches sur lesquelles les parties peuvent s'entendre et qui relèvent de la législation provinciale ou de la réglementation municipale.

[22] C'est ainsi que la GRC agit à titre de police provincial dans huit provinces, le Québec et l'Ontario faisant exception, ainsi que comme corps de police municipal pour le compte d'environ deux cents municipalités.

[23] This is the case in New Brunswick. New Brunswick's *Police Act* enables the province to retain the services of the RCMP to act on its behalf as a provincial police force.

[24] According to the terms of an agreement dated April 1, 1992, the RCMP acts as provincial police force on behalf of the Province. According to that agreement, the Province decides the extent of the service to be provided by that police service, beyond a minimum threshold set by the RCMP. It is also the Province that sets the objectives, priorities and goals of the provincial police service; the RCMP's officer in charge must implement these objectives, goals and priorities and is accountable to the province for its implementation.

[25] According to the terms of the contract, it is the responsibility of the province responsible for the task to establish the level of service in both official languages required from the RCMP, beyond the language obligations that the RCMP must already observe as a federal institution.

[26] The agreement between Canada and the government of New Brunswick is silent regarding language obligations.

[27] On August 5, 2002, a new *Official Languages Act* came into effect in New Brunswick. This Act specifically addresses the official language obligations of police services.

Issue before the Federal Court of Appeal

[28] Must the appellant and her institutions fulfill the obligations that the Constitution and the provincial legislation impose on a province?

[29] Is the Federal Court the *forum conveniens* for this dispute?

Standard of review

[30] The facts giving rise to the dispute are not contested. In these circumstances, the standard is that of correctness.

[23] C'est le cas du Nouveau-Brunswick. La *Loi sur la Police* du Nouveau-Brunswick permet à la province de retenir les services de la GRC pour agir, pour son compte, comme corps de police provincial.

[24] Aux termes d'une entente conclue le 1^{er} avril 1992, la GRC agit, pour le compte de la province, comme corps de police provincial. Selon cette entente, la province décide du niveau des services à être fournis par ce service de police, au-delà d'un seuil minimal fixé par la GRC. C'est également la province qui fixe les objectifs, priorités et les buts du service de police provincial, l'officier responsable de la GRC devant mettre en œuvre ces objectifs, buts et priorités et rendre compte de sa mise en œuvre à la province.

[25] Au terme du contrat, c'est à la province qu'échoit la tâche d'établir le niveau de service dans les deux langues officielles qu'elle requiert de la GRC, au-delà des obligations linguistiques auxquelles la GRC est déjà commise à titre d'institution fédérale.

[26] L'entente entre le Canada et le gouvernement du Nouveau-Brunswick est silencieuse par rapport aux obligations linguistiques.

[27] À partir du 5 août 2002, une nouvelle *Loi sur les langues officielles* entre en vigueur au Nouveau-Brunswick. Cette Loi traite spécifiquement des obligations des services de police en matière de langues officielles.

Questions en litige devant la Cour d'appel fédérale

[28] L'appelante et ses institutions doivent-elles répondre des obligations que la Constitution et la législation provinciale imposent à une province?

[29] La Cour fédérale est-elle le forum approprié pour connaître de ce litige?

Norme de contrôle

[30] Les faits donnant lieu au litige ne sont pas contestés. Dans ces circonstances, la norme est celle de la décision correcte.

Analysis

[31] The appellant does not dispute that the citizens of New Brunswick have the right to communicate and receive services from the police force in the official language of their choice or that the Province of New Brunswick has the obligation to ensure that those rights are respected. The contract recognizes that the Province has the power to set a level of service for its provincial police force that is higher than the level of service the RCMP provides elsewhere. The appellant is only asking that a distinction be made between the language regime governing the RCMP as a federal institution and the additional language obligations that the province can ask the RCMP to assume under the terms of a contract.

[32] The Charter contains the undertaking that any member of the public may communicate with an “institution of the legislature or government” of New Brunswick and receive services in the official language of their choice. The Charter clearly establishes that the province and its institutions are responsible for respecting that undertaking.

[33] Even though it came into force after the events that gave rise to this dispute, New Brunswick’s *Official Languages Act* makes this undertaking more explicit. It imposes on New Brunswick police forces specific official language obligations. Its subsection 31(2) recognizes the institutional nature of the obligation by authorizing a step-by-step approach: a peace officer who is unable to provide service in the language chosen by the member of the public may take alternative measures to ensure that communication.

[34] The Constitution clearly establishes, at subsection 92(14) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item I) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], provincial jurisdiction over the “Administration of Justice”. This jurisdiction includes the responsibility to create and organize police forces.

Analyse

[31] L’appelante ne remet pas en question le droit des citoyens du Nouveau-Brunswick de communiquer et de recevoir les services des corps de police du Nouveau-Brunswick dans la langue officielle de leur choix ou l’obligation de la province du Nouveau-Brunswick d’assurer le respect de ces droits. Le contrat reconnaît à la province le pouvoir de fixer pour son corps de police provincial un niveau de service supérieur à celui que la GRC fournit par ailleurs. L’appelante ne demande que le respect de la distinction séparant le régime linguistique régissant la GRC à titre d’institution fédérale des obligations linguistiques additionnelles que la province peut demander à la GRC d’assumer au terme d’un contrat.

[32] La Charte contient l’engagement que tout membre du public puisse communiquer avec les « institutions de la législature ou du gouvernement » du Nouveau-Brunswick et en obtenir les services dans la langue officielle de leur choix. La Charte établit clairement que la province et ses institutions sont imputables du respect de cet engagement.

[33] Quoiqu’elle soit entrée en vigueur après les événements donnant lieu au présent litige, la *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick rend plus explicite cet engagement. Elle impose aux corps de police néo-brunswickois des obligations précises en matière de langues officielles. Son paragraphe 31(2) reconnaît la nature institutionnelle de l’obligation en autorisant une approche graduée : le policier incapable de communiquer dans la langue officielle choisie par le membre du public peut faire appel à des moyens alternatifs d’assurer cette communication.

[34] La Constitution établit clairement, au paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]], la compétence provinciale sur l’« administration de la justice ». Cette compétence comprend la responsabilité de créer et d’organiser des forces policières.

[35] The RCMP's ability to acquire an additional role does not at all compromise its designation as a federal institution. As such, Parliament continues to enjoy the exclusive jurisdiction to regulate the "discipline, organization and management" of the RCMP and its members, even when they are acting as provincial police officers.

[36] The RCMP must therefore continue to fulfill the language obligations that the Charter imposes on federal institutions, even when it is acting as a police force for a province that is not subject to constitutional official language obligations.

[37] Both the Charter and New Brunswick's *Official Languages Act* expressly provide that the province, as principal, remains responsible for the acts of the RCMP, its agent. In both cases, the official language obligations are imposed on the institutions of the Legislative Assembly of New Brunswick or its government; in each case, these institutions remain accountable for respecting their respective obligations.

[38] The trial Judge indeed recognizes this on several occasions: it is the province that is responsible for ensuring that the obligation at issue is respected.

[39] The issue therefore is not whether the Charter and the Act create an obligation for the province, since the province is expressly named as owing the applicable language rights.

[40] The language regime applicable to New Brunswick institutions is distinguishable, in many respects, from the regime applicable to "institutions of the Parliament and government of Canada". These distinctions are rooted in the wording of subsections (1) and (2) of section 20 of the Charter; they are enhanced by the federal and provincial legislation. Therefore:

a. In New Brunswick, the public enjoys an absolute right to use the official language of their choice to communicate or receive services from "any office of an

[35] La capacité de la GRC à acquérir un rôle additionnel ne compromet en rien son caractère d'institution fédérale. À ce titre, le Parlement continue à jouir du pouvoir exclusif de régir la « discipline, l'organisation et la gestion » de la GRC et ses membres, même quand ils agissent comme policiers provinciaux.

[36] C'est ainsi que la GRC doit continuer à répondre aux obligations linguistiques que la Charte impartit aux institutions fédérales, même quand elle agit à titre de corps de police pour une province qui n'est pas sujette à des obligations constitutionnelles en matière de langues officielles.

[37] Tant la Charte que la *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick prévoit expressément que la province, à titre de mandant, demeure toujours responsable des actes de la GRC, son mandataire. Dans les deux cas, les obligations relatives aux langues officielles s'imposent aux « institutions » de l'Assemblée législative du Nouveau-Brunswick ou de son gouvernement; dans les deux cas, ces institutions demeurent imputables du respect de leurs obligations respectives.

[38] La juge d'instance le reconnaît d'ailleurs à plusieurs reprises : c'est la province qui est responsable d'assurer le respect de l'obligation en litige.

[39] La question n'est donc pas de savoir s'il existe un débiteur d'une obligation créée par la Charte et par la Loi, puisque la province est expressément désignée débitrice des obligations linguistiques applicables.

[40] Le régime linguistique applicable aux institutions néo-brunswickoises se distingue, à plusieurs égards, du régime applicable aux « institutions du Parlement et du gouvernement du Canada ». Ces distinctions trouvent racine dans le libellé des paragraphes (1) et (2) de l'article 20 de la Charte; elles sont amplifiées par la législation fédérale et provinciale. Ainsi :

a. Le public jouit, au Nouveau-Brunswick, d'un droit absolu à l'emploi de la langue officielle de son choix pour communiquer ou recevoir les services de « tout

institution of the legislature or government”.

b. The federal equivalent to this right is more nuanced. The public exercises this right when dealing either with the head or central office of a federal institution, or with any office of that institution, where there is a significant demand or where the nature of the office so warrants.

c. Distinct accountability regimes ensure that this right is respected. The institutions of the province must answer to New Brunswick’s Commissioner of Official Languages; then, through him, to the provincial executive; and ultimately, to the province’s superior court, the Court of Queen’s Bench, for breaching the obligations imposed by the New Brunswick legislation or by the Charter.

d. Parliament entrusted the task of hearing complaints relating to violations of federal official languages legislation to the Commissioner of Official Languages of Canada; through this language ombudsman, the federal institutions are accountable before the federal executive, then before Parliament. A legal remedy in the Federal Court supplements this administrative and parliamentary recourse, where the federal legislation so provides.

[41] The case law dealing with the issue of delegating certain obligations to third parties, such as *Canada (Commissioner of Official Languages) v. Canada (Department of Justice)* (2001), 35 Admin. L.R. (3d) 46 (F.C.T.D.), simply recognizes that the one owing constitutional obligations cannot dispose of them by delegating them to others. It remains nonetheless responsible.

[42] The issue raised in this appeal is whether the agent fulfilling those obligations is also responsible for the constitutional obligations of the principal. In this case, the agent is a federal institution, but it could just as easily be a provincial institution (for example, the Sureté du Québec under contract with the Province of New Brunswick) or even a business that is not governmental (a private police service). Since all are agents of the

bureau des institutions de la législature ou du gouvernement ».

b. Le pendant fédéral de ce droit est plus nuancé. Le public peut exercer ce droit quand il transige soit avec le siège ou l’administration centrale d’une institution fédérale, soit avec l’un des bureaux de cette institution, si la demande y est importante ou si la vocation de ce bureau le justifie.

c. Des régimes d’imputabilité distincts assurent le respect de ce droit. Les institutions de la province doivent répondre devant le commissaire aux langues officielles du Nouveau-Brunswick; à travers lui, à l’exécutif provincial; et ultimement, devant la cour supérieure de la province, la Cour du Banc de la Reine, tant pour les manquements aux obligations imposées par la loi néo-brunswickoise que par la Charte.

d. Le Parlement a confié au commissaire aux langues officielles du Canada la tâche d’instruire les plaintes relatives au manquement à la législation fédérale en matière de langues officielles; à travers cet ombudsman linguistique, les institutions fédérales doivent répondre devant l’exécutif fédéral puis devant le Parlement. Un recours judiciaire en Cour fédérale vient compléter ce recours administratif et parlementaire, là où la loi fédérale le permet.

[41] La jurisprudence qui traite de la question de délégation de certaines obligations à des tiers, tel que *Canada (Commissaire aux langues officielles) c. Canada (Ministère de la Justice)*, 2001 CFPI 239, ne fait pas plus que reconnaître que le débiteur d’obligations constitutionnelles ne peut pas s’en défaire en les déléguant à d’autres. Il en reste toujours responsable.

[42] La question soulevée par cet appel est de savoir si le délégué de ces obligations est lui aussi responsable des obligations constitutionnelles de son commettant. En l’instance, le délégué est un office fédéral mais il pourrait tout aussi facilement être un office provincial (par exemple la Sureté du Québec sous contrat à la province du Nouveau-Brunswick) ou encore une entreprise n’ayant aucun caractère gouvernemental (un

province, all are responsible in the same way, if they are responsible. When the issue of the agent's responsibility is raised in a context other than that of a federal institution, it is obvious that the source of the responsibility is contractual, and not constitutional.

[43] The failure to identify the party owing the obligation leads to the misidentification of the court able to hear the resulting dispute. Under subsection 24(1) of the Charter as well as subsection 43(18) of New Brunswick's *Official Languages Act*, the court that has the authority to decide a dispute regarding the language obligations of the Province of New Brunswick is the Court of Queen's Bench of that province.

[44] I would add that the declaration issued in this case is based on the determination that the obligations imposed by the Act of 2002 were not respected. However, that text does not apply in this case since, as I noted earlier, the events giving rise to this dispute took place before the Act came into effect.

[45] The Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick disputes the consultant's report filed in February 1998. The incident on which Ms. Paulin's complaint is based occurred on April 26, 2000. The Act came into effect on August 5, 2002, more than two years later. The Act does not apply to those complaints.

Disposition

[46] For these reasons, the appeal will be allowed and the declaration issued in the order by the Federal Court will be set aside.

Costs

[47] Considering the circumstances of this matter, it would be fair that each party assume their costs.

NADON J.A.: I agree.

PELLETIER J.A.: I agree.

service de police privé). Puisque tous sont les délégués de la province, tous sont responsables, s'ils le sont, au même titre. Lorsque la question de la responsabilité du délégué se pose dans un contexte autre que celui d'un office fédéral il est évident que l'origine de la responsabilité est contractuelle et non pas constitutionnelle.

[43] Mal identifier le débiteur de l'obligation mène à mal identifier la cour habilitée à connaître du litige en découlant. Tant en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte que du paragraphe 43(18) de la *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick, le tribunal habilité à décider d'un litige relatif aux obligations linguistiques de la province du Nouveau-Brunswick est la Cour du Banc de la Reine de cette province.

[44] J'ajoute que la déclaration émise en l'instance repose sur la conclusion que les obligations imposées par la Loi de 2002 n'auraient pas été respectées. Toutefois, ce texte ne s'applique pas en l'instance puisque, comme je l'ai noté plus haut, les événements donnant lieu à ce litige sont survenus avant l'entrée en vigueur de la Loi.

[45] La Société des Acadiens et Acadiennes du Nouveau-Brunswick conteste le rapport du consultant, déposé en février 1998. L'incident à l'origine de la plainte de M^{me} Paulin a eu lieu le 26 avril 2000. Or, la Loi est entrée en vigueur le 5 août 2002, plus de deux ans plus tard. La Loi ne s'applique pas à ces plaintes.

Disposition

[46] Pour ces motifs, l'appel sera accueilli et la déclaration émise dans l'ordonnance de la Cour fédérale sera infirmée.

Les frais

[47] Compte tenu des circonstances de cette affaire, il serait juste que chaque partie assume ses dépens.

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

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

A-372-05
2006 FCA 213

A-372-05
2006 CAF 213

Selladurai Premakumaran and Nesamalar Premakumaran (*Appellants*)

Selladurai Premakumaran et Nesamalar Premakumaran (*appelants*)

v.

c.

Her Majesty the Queen (*Respondent*)

Sa Majesté la Reine (*intimée*)

INDEXED AS: PREMAKUMARAN v. CANADA (F.C.A.)

RÉPERTORIÉ : PREMAKUMARAN c. CANADA (C.A.F.)

Federal Court of Appeal, Linden, Nadon and Evans
J.J.A.—Edmonton, May 29; Ottawa, June 9, 2006.

Cour d'appel fédérale, juges Linden, Nadon et Evans,
J.C.A.—Edmonton, 29 mai; Ottawa, 9 juin 2006.

Crown — Torts — Appeal from Federal Court decision dismissing action against Canadian government for fraud, negligent misrepresentation in skilled worker immigration context on ground no genuine issue for trial pursuant to Federal Courts Rules, r. 213 — Claiming Canadian immigration material, practices deceptive — In law of negligence, novel duty issue must be analyzed in two-step process — Court must determine preliminary question: whether case falling in category in which case law establishing duty of care owed — Two-stage process not necessary in present case because claim of liability for negligent misstatement falling in category in which duty of care owed — Five general requirements for imposing liability for negligent misrepresentations examined — Appellants not demonstrating genuine issue to be tried on four of five requirements — Appeal dismissed.

Couronne — Responsabilité délictuelle — Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une action intentée contre le gouvernement du Canada pour déclarations frauduleuses et inexactes faites par négligence dans le contexte de l'immigration de travailleurs qualifiés au motif qu'il n'existait pas de véritable question litigieuse en application de la règle 213 des Règles des Cours fédérales — Les appelants affirmaient que les documents qui leur avaient été remis par les responsables de l'immigration et les pratiques en matière d'immigration prêtaient à confusion — En droit de la négligence, l'obligation nouvelle doit faire l'objet d'une analyse à deux étapes — La Cour doit trancher la question préliminaire qui se pose, soit de savoir si l'affaire cadre dans une catégorie qui contient un précédent dans lequel une obligation a été reconnue — L'analyse à deux étapes n'était pas nécessaire en l'espèce puisque la demande reposait sur des déclarations inexactes faites avec négligence, l'une des catégories où une obligation de diligence est imposée — Examen des cinq conditions générales pour imposer une responsabilité quant à des déclarations faites par négligence — Les appelants n'ont pas démontré l'existence d'une véritable question à trancher suivant quatre des cinq indices — Appel rejeté.

Practice — Dismissal of Proceedings — Appeal from Federal Court decision dismissing action against Canadian government for fraud, negligent misrepresentation in skilled worker immigration context on ground no genuine issue for trial pursuant to Federal Courts Rules (Rules), r. 213 — Test Court to apply to determine whether to grant motion for summary judgment under Rules, r. 213 examined — Court correctly exercising discretion, dismissing action in entirety because case clearly without foundation.

Pratique — Rejet de l'instance — Appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une action intentée contre le gouvernement du Canada pour déclarations frauduleuses et inexactes faites par négligence dans le contexte de l'immigration de travailleurs qualifiés au motif qu'il n'existait pas de véritable question litigieuse en application de la règle 213 des Règles des Cours fédérales (les Règles) — Examen du critère à appliquer pour déterminer s'il y avait lieu d'accueillir la requête pour obtenir un jugement sommaire en application de la règle 213 des Règles — La Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire correctement lorsqu'elle a rejeté l'affaire dans son ensemble parce qu'elle était manifestement dénuée de tout fondement.

This was an appeal from a Federal Court decision dismissing an action against the Canadian government for fraud and negligent misrepresentation in the skilled worker immigration context on the ground that there was no genuine issue for trial pursuant to rule 213 of the *Federal Courts Rules*. The appellants immigrated to Canada from the United Kingdom believing that work opportunities for accountants were better in this country. They were accepted as immigrants in the skilled worker category but had difficulty finding suitable work once they moved to Canada. For nearly eight years, the appellants did menial work to survive causing them and their children severe economic, physical and psychological damage. The male appellant had been trained in the field of accounting but was unable to secure employment in his field until recently. They claimed that the Canadian immigration system is unfair since it too often abandons people who have been enticed to come here and does practically nothing to enable them to find work and to function at their full capacity in Canada. They alleged *inter alia* that the material supplied by the immigration officials was outdated and misleading, particularly regarding certain job categories that were supposed to be in high demand (eg. accountants), that the points system used to select skilled immigrants is deceptive and flawed, that the information regarding the processing fees charged to immigrant applicants was false and that they were not assisted in finding jobs in Canada. The appellants sought damages as well as a *mandamus* ordering the federal government to do certain things to fix the immigration system and to apologize publicly. The defendant brought a motion for summary judgment to dismiss the appellants' claims. The issue was whether the Federal Court was correct in dismissing the case.

Held, the appeal should be dismissed.

The Federal Court correctly granted the motion for summary judgment and dismissed the case in its entirety, including the claims of fraudulent and negligent misrepresentation. It applied the correct test i.e. whether the case was so doubtful that it "does not deserve consideration by the trier of fact at a future trial." It was correct in finding no evidence of fraud, that the complaint about the alleged misuse of the processing fees was unfounded and that the unusual remedies sought were not among those available to the Court to grant. Although it also correctly dismissed the claim of negligent misrepresentation, that issue was further examined in light of recent developments.

Il s'agissait d'un appel d'une décision par laquelle la Cour fédérale a rejeté une action intentée contre le gouvernement du Canada pour déclarations frauduleuses et inexactes faites par négligence dans le contexte de l'immigration de travailleurs qualifiés au motif qu'il n'existait pas de véritable question litigieuse en application de la règle 213 des *Règles des Cours fédérales*. Les appelants ont immigré au Canada du Royaume-Uni, croyant que le Canada offrait de meilleures possibilités d'emploi pour des comptables. Ils ont été reçus dans la catégorie des travailleurs qualifiés, mais ils ont éprouvé beaucoup de difficulté à trouver un emploi convenable à leur arrivée au Canada. Pendant près de huit années, les appelants ont accompli de menus travaux pour survivre, ce qui a causé aux appelants et à leurs enfants de graves séquelles économiques, physiques et psychologiques. L'appelant avait été formé en comptabilité, mais il n'avait pu, jusqu'il y a peu, se trouver d'emploi dans son domaine. Les appelants affirmaient que le système canadien d'immigration est injuste puisqu'il abandonne trop souvent les gens qu'il a incité à venir ici et ne fait peu ou rien pour les aider à se trouver du travail et à fonctionner pleinement au Canada. Ils affirmaient, entre autres, que les responsables de l'immigration leur avaient remis des documents périmés et trompeurs, notamment à l'égard de certaines catégories d'emploi qui étaient censément en forte demande (p. ex. des comptables), que le système de points employé pour choisir des immigrants qualifiés prêtait à confusion et comportait des lacunes, que les renseignements relatifs aux droits d'ouverture de dossier imputés aux candidats à l'immigration étaient faux et qu'ils n'avaient pas eu d'aide pour se trouver du travail au Canada. Les appelants ont réclamé des dommages-intérêts de même qu'un *mandamus* enjoignant le gouvernement fédéral de prendre certaines mesures pour corriger le système d'immigration et de présenter des excuses publiques. La défenderesse a présenté une requête pour obtenir un jugement sommaire rejetant la demande des appelants. Il s'agissait de déterminer si la Cour fédérale avait eu raison de rejeter l'affaire.

Arrêt : l'appel est rejeté.

La Cour fédérale avait raison d'accueillir la requête pour obtenir un jugement sommaire et de rejeter l'affaire dans son ensemble, y compris les allégations de déclarations frauduleuses et inexactes faites par négligence. Elle a appliqué le critère pertinent, soit celui de savoir si l'affaire est douteuse au point « de ne pas mériter d'être examinée par le juge des faits lors d'une instruction ultérieure ». Elle avait raison de statuer qu'aucun élément de preuve ne démontrerait l'existence d'une fraude, que la plainte relative au prétendu mésusage des droits d'ouverture de dossier était dénuée de tout fondement et que la Cour n'était pas habilitée à accorder les redressements inhabituels demandés. Même si elle avait aussi raison de rejeter les allégations de déclarations inexactes

Case law has established that, in the law of negligence, a novel duty issue must be analyzed in a two-step process. At stage one, foreseeability and factors going to the relationship between the parties must be considered with a view to determining whether a *prima facie* duty of care arises. At stage two, the issue is whether this duty is negated by other, broader policy considerations. As for the legal burden of proof at trial, the plaintiff must establish a *prima facie* duty of care and once this is done “the evidentiary burden of showing countervailing policy considerations shifts to the defendant, following the general rule that the party asserting a point should be required to establish it.” However, the preliminary point the Court must decide is whether the case law has already established a duty of care because, if the case is within either a category in which precedent has held that a duty is owed or an analogous category, it is unnecessary to go through the two-stage test, which is reserved only for novel duty situations. Moreover, because case law has not abolished the doctrine of precedent, only new duty situations, not established categories and those analogous thereto are to be analyzed with the newly framed test.

Thus the two-stage duty test need not have been undertaken in this case. The essence of the negligence claim herein was one of “liability for negligent misstatement”, an existing category of case listed in case law where proximity can be posited. An action in tort may lie, in appropriate circumstances, for damage caused by negligent misstatement or negligent misrepresentations. The five general requirements for imposing liability for negligent representations are set out by the S.C.C. in *Queen v. Cognos Inc.*, which affirmed that a duty of care exists with respect to representations when a “special relationship” between the representor and representee is present. A “special relationship” exists *prima facie* when reliance by the representee is both reasonably foreseeable and reasonable in the circumstances. The *prima facie* duty established by foreseeable reasonable reliance may be negated by policy considerations when, for example, concerns of indeterminate liability are present.

The appellants failed to demonstrate a genuine issue to be tried on four of the five established elements. First, although the relationship between the government and the governed in respect of policy matters is not one of individual proximity, it

faites par négligence, cette question a fait l’objet d’un examen approfondi à la lumière de l’évolution récente de la jurisprudence.

Il appert de la jurisprudence que, en droit de la négligence, une obligation nouvelle doit faire l’objet d’une analyse à deux étapes. À la première étape, la prévisibilité et les facteurs ayant trait au lien qui existe entre les parties doivent être examinés en vue de déterminer s’il existe une obligation de diligence *prima facie*. À la deuxième étape, il faut se demander si cette obligation est écartée par d’autres considérations de politique plus générales. Pour ce qui est du fardeau de la preuve au procès, une fois que le demandeur a établi l’existence d’une obligation de diligence *prima facie*, « le fardeau de prouver qu’il existe des considérations de politique générale dominantes incombe alors au défendeur, conformément à la règle générale voulant que la partie qui affirme un fait doit en établir l’existence ». Cependant, la question préliminaire que la Cour doit trancher est celle de savoir si la jurisprudence impose déjà une obligation de diligence parce que, si l’affaire cadre dans une catégorie qui contient un précédent dans lequel une obligation a été reconnue ou dans une catégorie analogue, une analyse à deux étapes ne serait plus nécessaire, cette analyse étant réservée aux situations où l’obligation invoquée est nouvelle. Qui plus est, parce que la jurisprudence n’a pas aboli la doctrine du précédent, seules les situations d’obligation nouvelle, qui ne cadrent pas avec les catégories établies et les catégories analogues, doivent faire l’objet d’une analyse en fonction du critère récemment élaboré.

Il n’était donc pas nécessaire en l’espèce de se livrer à l’analyse à deux étapes. La demande en l’espèce reposait essentiellement sur des « déclarations inexactes faites avec négligence », soit l’une des catégories énumérées dans la jurisprudence, où on peut affirmer l’existence de la proximité. Une action en responsabilité délictuelle peut être intentée, lorsque les circonstances le justifient, pour un préjudice découlant d’une déclaration inexacte faite par négligence. La Cour suprême du Canada a exposé les cinq conditions générales pour imposer une responsabilité quant à des déclarations faites par négligence dans *Queen c. Cognos Inc.*, où elle a confirmé l’obligation de diligence à l’égard d’une déclaration lorsqu’il existe un « lien spécial » entre son auteur et le destinataire. Un « lien spécial » existe à première vue lorsque le destinataire s’y est fié d’une manière raisonnable dans les circonstances. L’obligation *prima facie* qui résulte de la confiance raisonnable prévisible peut être annihilée par des considérations de principe lorsque, par exemple, des questions de responsabilité indéterminée se posent.

Les appelants n’ont pas démontré l’existence d’une véritable question à trancher suivant quatre des cinq indices établis. D’abord, bien que le lien entre le gouvernement et les gouvernés dans le cadre de considérations de politique ne soit

is possible in appropriate circumstances for a tort duty to be owed by government officials to furnish non-negligent information when a duty of care with respect to representations would ordinarily arise. In this case, no duty of care arose since there was no special relationship of proximity and reliance to support a duty. There were no personal, specific representations of fact made to the particular appellants upon which they could reasonably have relied. Second, the material given to the appellants did not raise a genuine issue that it is “untrue, inaccurate or misleading”, even though the appellants may, on the basis of it, have actually been led to believe that the conditions in Canada were better than they really were. Third, there was also no evidence of any negligence by any government official in the preparation of the documentation nor in the oral information provided to the appellants. Finally, even if a genuine issue was raised, there was doubt as to whether there was sufficient actual reliance on the information given by the government to the appellants for this information to be held to have been the cause of their coming to Canada. The appellants visited Canada, spoke to relatives and others about Canada, consulted an employment agency and had other family and security reasons to come to Canada, in addition to finding work in the accounting field.

pas caractérisé par une grande proximité sur le plan individuel, des représentants du gouvernement pourraient être astreints, lorsque les circonstances le justifient, à une obligation en responsabilité délictuelle de fournir des renseignements non négligents lorsqu’une obligation de diligence relative aux déclarations s’impose normalement. Aucune obligation de diligence ne s’imposait en l’espèce, aucun lien spécial de proximité et de confiance ne s’appliquant. Aucune assertion de fait personnelle ou particulière sur laquelle les appelants auraient pu raisonnablement se fier n’a été avancée. Deuxièmement, on n’a pas démontré que les documents remis aux appelants soulevaient une véritable question quant à savoir s’ils constituaient une déclaration « fausse, inexacte ou trompeuse », bien que les appelants aient pu se fonder sur ceux-ci pour croire que les conditions au Canada étaient plus attrayantes qu’elles ne l’étaient en réalité. Troisièmement, il n’existait aucune preuve que le représentant du gouvernement chargé de la préparation des documents ou de la communication orale des renseignements avait agi avec négligence. Enfin, même si on avait estimé précédemment qu’une véritable question avait été soulevée, on peut douter que les appelants se soient réellement fiés aux renseignements que le gouvernement leur a transmis, au point de pouvoir conclure qu’ils sont venus au Canada sur le fondement de ces renseignements. Les appelants ont visité le Canada, ils ont parlé à leurs parents et à d’autres citoyens du Canada, ils se sont adressés à un bureau de placement et, outre le fait de se trouver un emploi en comptabilité, ils avaient d’autres raisons familiales et de sécurité d’immigrer au Canada.

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. 15.
Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 3 (as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 36), 10 (as am. *idem*, s. 40).
Federal Courts Rules, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 213.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Cooper v. Hobart, [2001] 3 S.C.R. 537; (2001), 206 D.L.R. (4th) 193; [2002] 1 W.W.R. 221; 96 B.C.L.R. (3d) 36; 160 B.C.A.C. 268; 8 C.C.L.T. (3d) 26; 277 N.R. 113; 2001 SCC 79; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643; (2006), 266 D.L.R. (4th) 257; 39 C.C.L.T.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 15.
Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 3 (mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 36), 10 (mod., *idem*, art. 40).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 213.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Cooper c. Hobart, [2001] 3 R.C.S. 537; 2001 CSC 79; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643; 2006 CSC 18; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller &*

(3d) 163; 30 M.V.R. (5th) 1; 210 O.A.C. 315; [2006] R.R.A. 245; 2006 SCC 18; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; (1993), 99 D.L.R. (4th) 626; 45 C.C.E.L. 153; 14 C.C.L.T. (2d) 113; 93 CCLC 14,019; 147 N.R. 169 60 O.A.C. 1; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; (1997), 146 D.L.R. (4th) 577; 115 Man. R. (2d) 241; 35 C.C.L.T. (2d) 115; 211 N.R. 352; 139 W.A.C. 241; *Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.).

CONSIDERED:

Odhavji Estate v. Woodhouse, [2003] 3 S.C.R. 263; (2003), 233 D.L.R. (4th) 193; 11 Admin. L.R. (4th) 45; 19 C.C.L.T. (3d) 163; 312 N.R. 305; 180 O.A.C. 201; 2003 SCC 69; *Spinks v. Canada*, [1996] 2 F.C. 563; (1996), 134 D.L.R. (4th) 223; 19 C.C.E.L. (2d) 1; 12 C.C.P.B. 81 (C.A.).

REFERRED TO:

NFL Enterprises L.P. v. 1019491 Ontario Ltd. (1998), 85 C.P.R. (3d) 328; 152 F.T.R. 109; 229 N.R. 231 (F.C.A.); *Feoso Oil Ltd. v. Sarla (The)*, [1995] 3 F.C. 68; (1995), 184 N.R. 307 (C.A.); *ITV Technologies Inc. v. WIC Television Ltd.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 174; 199 F.T.R. 319; 2001 FCA 11; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; (1989), 64 D.L.R. (4th) 689; [1990] 1 W.W.R. 385; 41 B.C.L.R. (2d) 350; 41 Admin. L.R. 161; 1 C.C.L.T. (2d) 1; 18 M.V.R. (2d) 1; 103 N.R. 1; *Gauthier v. Canada (Attorney General)* (2000), 225 N.B.R. (2d) 211; 185 D.L.R. (4th) 660; 23 C.C.P.B. 275 (C.A.); *Luo v. Canada (Attorney General)* (1997), 33 O.R. (3d) 300; 145 D.L.R. (4th) 457; 28 C.C.E.L. (2d) 304; 9 C.P.C. (4th) 343 (Div. Ct.); *Gadutsis et al. v. Milne et al.*, [1973] 2 O.R. 503; (1972), 34 D.L.R. (3d) 455 (H.C.); *Windsor Motors Ltd. v. District of Powell River* (1969), 4 D.L.R. (3d) 155; 68 W.W.R. 173 (B.C.C.A.); *H.L. & M. Shoppers Ltd. et al. v. Town of Berwick et al.* (1977), 28 N.S.R. (2d) 229; 82 D.L.R. (3d) 23; 3 M.P.L.R. 241 (S.C.T.D.); *Jung et al. v. District of Burnaby et al.* (1978), 91 D.L.R. (3d) 592; [1978] 6 W.W.R. 670; 7 C.C.L.T. 113 (B.C.S.C.); *Bell et al. v. City of Sarnia* (1987), 59 O.R. (2d) 123; 37 D.L.R. (4th) 438 (H.C.J.); *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191; (1990), 71 Man. R. (2d) 81; 74 D.L.R. (4th) 636; 5 C.C.L.T. (2d) 1; [1990] I.L.R. 1-2672; 116 N.R. 1; 44 O.A.C. 81; *Hodgins v. Hydro-Electric Commission of the Township of Nepean*, [1972] 3 O.R. 332; (1972), 28 D.L.R. (2d) 174 (Co. Ct.); revd (1973), 10 O.R. (2d) 713 (C.A.); aff'd [1976] 2 S.C.R. 501; (1975), 60 D.L.R. (3d) 1; *Moin v. Blue Mountains (Town)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 1; 135 O.A.C. 278 (Ont. C.A.); *Granitile Inc. v.*

Partners Ltd., [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Succession Odhavji c. Woodhouse, [2003] 3 R.C.S. 263; 2003 CSC 69; *Spinks c. Canada*, [1996] 2 C.F. 563 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

NFL Enterprises L.P. c. 1019491 Ontario Ltd., [1998] A.C.F. n° 1063 (C.A.) (QL); *Feoso Oil Ltd. c. Sarla (Le)*, [1995] 3 C.F. 68 (C.A.); *ITV Technologies Inc. c. WIC Television Ltd.*, 2001 CAF 11; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Gauthier c. Canada (Procureur général)* (2000), 225 R.N.-B. (2^e) 211 (C.A.); *Luo v. Canada (Attorney General)* (1997), 33 O.R. (3d) 300; 145 D.L.R. (4th) 457; 28 C.C.E.L. (2d) 304; 9 C.P.C. (4th) 343 (C. div.); *Gadutsis et al. v. Milne et al.*, [1973] 2 O.R. 503; (1972), 34 D.L.R. (3d) 455 (H.C.); *Windsor Motors Ltd. v. District of Powell River* (1969), 4 D.L.R. (3d) 155; 68 W.W.R. 173 (C.A.C.-B.); *H.L. & M. Shoppers Ltd. et al. v. Town of Berwick et al.* (1977), 28 N.S.R. (2d) 229; 82 D.L.R. (3d) 23; 3 M.P.L.R. 241 (C.S. 1^{re} inst.); *Jung et al. v. District of Burnaby et al.* (1978), 91 D.L.R. (3d) 592; [1978] 6 W.W.R. 670; 7 C.C.L.T. 113 (C.S.C.-B.); *Bell et al. v. City of Sarnia* (1987), 59 O.R. (2d) 123; 37 D.L.R. (4th) 438 (H.C.J.); *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191; *Hodgins v. Hydro-Electric Commission of the Township of Nepean*, [1972] 3 O.R. 332; (1972), 28 D.L.R. (2d) 174 (C. c.); inf. par (1973), 10 O.R. (2d) 713 (C.A.); conf. par [1976] 2 R.C.S. 501; *Moin v. Blue Mountains (Town)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 1; 135 O.A.C. 278 (C.A. Ont.); *Granitile Inc. v. Canada* (1998), 41 C.L.R. (2d) 115; 82 O.T.C. 84 (Div. gén. Ont.); *Sevidal et al. v. Chopra et al.* (1987), 64 O.R. (2d) 169; 41 C.C.L.T. 179; 2 C.E.L.R. (N.S.) 173; 45 R.P.R. 79 (H.C.J.); *Halifax (Regional Municipality) v. David* (2003), 216 N.S.R. (2d) 325; 2003 NSSC 171; conf. par (2004), 228 N.S.R. (2d) 91; 245 D.L.R. (4th) 700; 27 C.C.L.T. (3d) 213; 3 M.P.L.R. (4th) 61; 2004 NSCA 138; *Farzam c. Canada (Ministre de la*

Canada (1998), 41 C.L.R. (2d) 115; 82 O.T.C. 84 (Ont. Gen. Div.); *Sevidal et al. v. Chopra et al.* (1987), 64 O.R. (2d) 169; 41 C.C.L.T. 179; 2 C.E.L.R. (N.S.) 173; 45 R.P.R. 79 (H.C.J.); *Halifax (Regional Municipality) v. David* (2003), 216 N.S.R. (2d) 325; 2003 NSSC 171; *affd* (2004), 228 N.S.R. (2d) 91; 245 D.L.R. (4th) 700; 27 C.C.L.T. (3d) 213; 3 M.P.L.R. (4th) 61; 2004 NSCA 138; *Farzam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1659.

APPEAL from a Federal Court decision ((2005), 33 C.C.L.T. (3d) 307; 2005 FC 1131) dismissing an action against the Canadian government for fraud and negligent misrepresentation in the skilled worker immigration context on the ground that there was no genuine issue for trial. Appeal dismissed.

APPEARANCES:

Selladurai Premakumaran and Nesamalar Premakumaran on their own behalf.
Brad Hardstaff for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] LINDEN J.A.: The appellants are immigrants to Canada from the United Kingdom. Mr. Premakumaran was born in Sri Lanka and Mrs. Premakumaran in Malaysia. They had earlier immigrated to the United Kingdom, became citizens and were living there quite comfortably when they began to investigate the idea of coming to Canada. They had relatives in Canada and they believed that there was work opportunity here for accountants, a field in which Mr. Premakumaran was involved.

[2] They were accepted as immigrants in the professional skilled immigrant category and came to Canada in 1998, but they had real difficulty finding suitable work. Mr. Premakumaran, though trained in accounting, was not fully qualified in Canada as a C.M.A., C.G.A. or C.A. by the relevant licensing bodies,

Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CF 1659.

APPEL d'une décision (2005 CF 1131) par laquelle la Cour fédérale a rejeté une action intentée contre le gouvernement du Canada pour déclarations frauduleuses et inexactes faites par négligence dans le contexte de l'immigration de travailleurs qualifiés au motif qu'il n'existait pas de véritable question litigieuse. Appel rejeté.

ONT COMPARU :

Selladurai Premakumaran et Nesamalar Premakumaran pour leur propre compte.
Brad Hardstaff pour l'intimée.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

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

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

[1] LE JUGE LINDEN, J.C.A. : Les appelants ont quitté le Royaume-Uni pour immigrer au Canada. M. Premakumaran est né au Sri Lanka, et M^{me} Premakumaran, en Malaisie. Ils ont d'abord immigré au Royaume-Uni; ils sont devenus citoyens de ce pays et y vivaient très bien lorsqu'ils ont commencé à examiner la possibilité de venir au Canada. Les appelants avaient des parents ici et croyaient que le Canada offrait des possibilités d'emploi pour des comptables, domaine dans lequel M. Premakumaran œuvrait.

[2] Les appelants ont été reçus dans la catégorie des immigrants qualifiés professionnels et sont arrivés au Canada en 1998, mais ils ont éprouvé beaucoup de difficulté à trouver un emploi convenable. Bien qu'il ait reçu une formation en comptabilité, M. Premakumaran ne possède pas toutes les compétences requises au

whose criteria differed from the British, where he was also not fully licensed.

[3] For nearly eight years, Mr. Premakumaran and Mrs. Premakumaran had to do menial work to keep them and their four children alive causing them severe economic, physical and psychological damage.

[4] The appellants blame this on the Canadian government. They contend that the material supplied to them by the immigration officials was outdated and misleading in that it stated, *inter alia*, that accountants were needed in Canada. They also argue that the points system used to select skilled immigrants is deceptive and flawed, as the process misrepresents that selected applicants have been screened for special occupational skills and experience that will be readily transferable to the Canadian labour market. In fact, the appellants argue, overseas qualifications, skills and experience are not recognized by the Canadian market. The appellants allege that the respondent was aware of these problems, and knowingly perpetuated the appellants' mistaken perceptions by not disclosing these facts to them during the application process or upon their acceptance as immigrants to Canada.

[5] Having filled out more than 4,000 application forms over eight years, however, Mr. Premakumaran was unable, until quite recently, to secure employment in his field. The appellants admit that they were given no guarantees of work. Mr. Premakumaran also admits that to be a fully licensed accountant in Canada he knew he had to become qualified according to official Canadian standards, which he has not done to this day.

[6] The appellants allege that they were misled by the information and documentation supplied to them, that they were treated unequally, contrary to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*,

Canada pour se faire reconnaître comme CMA, CGA ou CA par les organismes compétents de réglementation professionnelle, dont les critères diffèrent de ceux appliqués au Royaume-Uni, qui n'a pas reconnu ses compétences non plus.

[3] Pendant près de huit années, M. et M^{me} Premakumaran ont dû accomplir de menus travaux pour subvenir à leurs besoins et à ceux de leurs quatre enfants, ce qui leur a causé de graves séquelles économiques, physiques et psychologiques.

[4] Les appellants rejettent le blâme sur le gouvernement canadien. Ils affirment que les responsables de l'immigration leur ont remis des documents périmés et trompeurs qui indiquaient notamment que le Canada avait besoin de comptables. En outre, ils allèguent que le système de points employé pour choisir des immigrants qualifiés prête à confusion et comporte des lacunes puisqu'il donne à penser que les candidats choisis ont été présélectionnés en raison de leurs compétences professionnelles spécialisées et leur expérience, qui seront d'emblée applicables au marché du travail canadien. Les appelants soutiennent en fait que le marché canadien ne reconnaît pas les qualités, les compétences et l'expérience acquises à l'étranger. Les appelants prétendent que l'intimée avait connaissance de ces difficultés et a sciemment perpétué les perceptions erronées des appelants en ne leur communiquant pas ces faits pendant le processus de demande ou lorsqu'ils ont été reçus comme immigrants au Canada.

[5] Bien qu'il ait rempli plus de 4 000 formules de demande d'emploi sur une période de huit ans, M. Premakumaran n'a pu, jusqu'il y a peu, se trouver d'emploi dans son domaine. Les appelants reconnaissent qu'ils n'avaient pas de garantie de travail. De plus, M. Premakumaran a admis savoir qu'il devait acquérir les compétences requises selon les normes canadiennes officielles pour se voir reconnaître la qualité de comptable agréé au Canada, ce qu'il n'a pas encore fait.

[6] Les appelants soutiennent que les renseignements et les documents qui leur ont été fournis les ont induits en erreur, qu'ils ont été traités injustement, en violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*,

1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], and that they were not provided with adequate assistance in finding jobs in Canada. They have bravely sought to focus public attention on the unfairness of the Canadian immigration system, which, they say, entices people to come here, but which too often abandons them and does little or nothing to enable them to find work and to function at their full capacity in Canada. Their efforts in this regard appear to have met with some success, in that policy initiatives have recently been announced by the federal government to improve the foreign credential recognition process in the future for people in their position.

[7] The appellants instituted this law suit, alleging fraudulent and negligent misrepresentation causing them financial, physical and psychological harm. It was also claimed that false information was disseminated about certain job categories that were supposed to be in high demand and about the use of the processing fees which were charged to applicants for immigration. As remedies, damages were sought for expenses and pain and suffering, as well as a *mandamus* ordering the federal government to do certain things to fix the immigration system and to apologize publicly.

[8] The defendant brought a motion for summary judgment, seeking to dismiss the appellants' claims under rule 213 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)], which permits the Court to do so where there is "no genuine issue for trial". The test to be applied by the motions Judge is whether the case is so doubtful that it "does not deserve consideration by the trier of fact at a future trial". One need not show that the plaintiff "cannot possibly succeed", only that the case is "clearly without foundation". (See *NFL Enterprises L.P. v. 1019491 Ontario Ltd.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 328 (F.C.A.), at page 329; see also *Feoso Oil Ltd. v. Sarla (The)*, [1995] 3 F.C. 68 (C.A.), at page 82; *ITV Technologies Inc. v. WIC Television Ltd.* (2001), 11 C.P.R. (4th) 174 (F.C.A.), at paragraph 4).

annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], et qu'ils n'ont pas reçu d'aide suffisante pour trouver un emploi au Canada. Ils ont courageusement tenté d'attirer l'attention du public sur l'injustice du système canadien d'immigration, qui, selon eux, incite les gens à venir ici, mais les abandonne trop souvent et ne fait peu ou rien pour les aider à se trouver du travail et à fonctionner pleinement au Canada. Ils semblent avoir connu un certain succès à cet égard, le gouvernement fédéral ayant récemment annoncé des initiatives stratégiques pour améliorer le processus de reconnaissance des titres de compétences étrangers à l'avenir des gens dans leur situation.

[7] Les appelants ont intenté la présente action, alléguant que des déclarations frauduleuses et inexactes faites par négligence leur ont causé un préjudice financier, physique et psychologique. Ils prétendent aussi qu'on a diffusé de faux renseignements sur certaines catégories d'emploi qui étaient censément en forte demande et sur l'affectation des droits d'ouverture de dossier imputés aux candidats à l'immigration. En ce qui a trait au redressement, les appelants ont réclamé des dommages-intérêts pour les frais engagés et pour les douleurs et les souffrances subies de même qu'un *mandamus* enjoignant le gouvernement fédéral de prendre certaines mesures pour corriger le système d'immigration et de présenter des excuses publiques.

[8] La défenderesse a présenté une requête pour obtenir un jugement sommaire rejetant la demande des appelants en vertu de la règle 213 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, r. 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], qui permet à la Cour d'agir ainsi lorsqu'il « n'existe pas de véritable question litigieuse ». Le critère que le juge des requêtes doit appliquer consiste à savoir si l'affaire est douteuse au point « de ne pas mériter d'être examinée par le juge des faits lors d'une instruction ultérieure ». Il n'est pas nécessaire de démontrer que le demandeur « n'a aucune chance d'avoir gain de cause », seulement que l'affaire n'est « manifestement pas fondée » (se reporter à *NFL Enterprises L.P. c. 1019491 Ontario Ltd.* (1998), 85 C.P.R. (3d) 328 (C.A.F.), à la page 329; se reporter aussi à *Feoso Oil Ltd. c. Sarla (Le)*, [1995] 3 C.F. 68 (C.A.), à la page 82; *ITV Technologies Inc. c. WIC*

[9] Employing this test, the motions Judge (2005 FC 1131) dismissed the action [(2005), 33 C.C.L.T. (3d) 307 (F.C.)], including the claims of fraudulent and negligent misrepresentation, the allegations that the processing fees were not used as professed and the unusual relief requested in paragraphs 2(g) to 2(l) of the third amended statement of claim.

[10] I am of the view that the motions Judge correctly exercised his discretion in dismissing this case, in its entirety. He was correct to hold that there was no evidence of fraud, that the complaint about the alleged misuse of the processing fees was unfounded, and that the unusual remedies sought were not among those available to the Court to grant. Nor was there any foundation in fact for the section 15 Charter arguments advanced before us.

[11] As for the allegations of negligent misrepresentation, the motions Judge was also correct in dismissing that claim, but, since there have been some recent developments in the jurisprudence on this issue, this Court is of the view that a brief review of the current state of the law on this issue might be appropriate.

[12] The Supreme Court of Canada in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537 has recently clarified and restructured the Canadian approach to the duty issue in the law of negligence. Building on the neighbour principle of *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.) and the more nuanced test in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), and of course, the *Cooper* case, a novel duty issue must now be analyzed in a two-step process, another version of which was recently set out in *Childs v. Desormeaux*, [2006] 1 S.C.R. 643 as follows (at paragraph 11):

- (1) is there “a sufficiently close relationship between the parties” or “proximity” to justify imposition of a duty and, if so,
- (2) are there policy considerations which ought to negative or limit the scope of the duty, the class of persons to

Television Ltd. (2001), 11 C.P.R. (4th) 174 (C.A.F.), au paragraphe 4).

[9] Le juge des requêtes [2005 CF 1131] a appliqué ce critère pour rejeter l'action, y compris les allégations de déclarations frauduleuses et inexactes faites par négligence, les allégations de mésusage des droits d'ouverture de dossier et le redressement inhabituel demandé aux alinéas 2g) à 2l) de la troisième déclaration modifiée.

[10] J'estime que le juge des requêtes a exercé son pouvoir discrétionnaire correctement lorsqu'il a rejeté l'affaire dans son ensemble. Il avait raison de statuer qu'aucun élément de preuve ne démontrait l'existence d'une fraude, que la plainte relative au prétendu mésusage des droits d'ouverture de dossier était dénuée de tout fondement et que la Cour n'était pas habilitée à accorder les redressements inhabituels demandés. En outre, les arguments liés à l'article 15 de la Charte invoqués en l'espèce n'ont aucun fondement factuel.

[11] Le juge des requêtes avait aussi raison de rejeter les allégations de déclarations inexactes faites par négligence, mais comme la jurisprudence sur cette question a évolué récemment, la Cour estime indiqué de procéder à un examen sommaire de l'état actuel du droit à cet égard.

[12] Dans l'arrêt récent *Cooper c. Hobart*, [2001] 3 R.C.S. 537, la Cour suprême du Canada a élucidé et restructuré l'approche canadienne envers l'obligation en droit de la négligence. Tout en faisant fond sur le principe du prochain posé dans *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.) ainsi que sur le critère plus nuancé retenu dans *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), et, bien entendu, sur l'affaire *Cooper*, une obligation nouvelle doit maintenant faire l'objet d'une analyse à deux étapes, dont une nouvelle version a récemment été exposée dans *Childs c. Desormeaux*, [2006] 1 R.C.S. 643 (au paragraphe 11) :

- (1) y-a-t-il « un lien suffisamment étroit entre les parties » ou un rapport de « proximité » justifiant l'imposition d'une obligation, et dans l'affirmative,
- (2) existe-t-il des considérations de politique générale exigeant de restreindre ou de rejeter la portée de

whom it is owed or the damages to which breach may give rise?

[13] It is also now clear, since *Childs*, that the further effort to clarify the *Anns/Cooper* test in *Odhavji Estate v. Woodhouse*, [2003] 3 S.C.R. 263, describing it as a three-step process, has not been adopted. The Supreme Court in *Childs* explained that “[t]here is no suggestion that *Odhavji* was intended to change the *Anns* test; rather it merely clarified that proximity will not always be satisfied by reasonable foreseeability” (paragraph 12).

[14] In summary, the Supreme Court in *Childs*, concluded (at paragraph 12):

What is clear is that at stage one, foreseeability and factors going to the relationship between the parties must be considered with a view to determining whether a *prima facie* duty of care arises. At stage two, the issue is whether this duty is negated by other, broader policy considerations.

[15] Also in *Childs*, the Supreme Court clarified the burden of proof issue, at least as far as the legal burden at trial: the plaintiff must establish a *prima facie* duty of care and once this is done “the evidentiary burden of showing countervailing policy considerations shifts to the defendant, following the general rule that the party asserting a point should be required to establish it” (paragraph 13). No comment was made about the onus on motions to strike out pleadings or for summary judgment.

[16] Before doing the *Anns/Cooper* analysis, however, the Supreme Court reaffirmed in *Childs* that a “preliminary point” arises: the court must decide whether the jurisprudence has already established a duty of care because, if the case is within either a category in which precedent has held that a duty is owed or an analogous category, it is “unnecessary to go through the *Anns* analysis”, which is reserved only for novel duty situations (paragraph 15). The doctrine of precedent has not been abolished by *Cooper*. As the Court explains in

l’obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages auxquels un manquement à l’obligation peut donner lieu?

[13] Depuis l’arrêt *Childs*, il ne fait aucun doute que les autres mesures prises dans *Succession Odhavji c. Woodhouse*, [2003] 3 R.C.S. 263, où le critère a été décrit comme étant un processus à trois étapes, pour éclaircir le critère formulé dans *Anns* et *Cooper* n’ont pas été adoptées. Dans *Childs*, la Cour suprême a précisé que « [r]ien n’indique que l’arrêt *Odhavji* était censé modifier le critère énoncé dans *Anns*; il a plutôt précisé simplement que la prévisibilité raisonnable ne suffit pas toujours à établir le rapport de proximité » (au paragraphe 12).

[14] En résumé, la Cour suprême est arrivée à la conclusion suivante dans *Childs* (au paragraphe 12) :

Il est clair qu’à la première étape, la prévisibilité et les facteurs ayant trait au lien qui existe entre les parties doivent être examinés en vue de déterminer s’il existe une obligation de diligence *prima facie*. À la deuxième étape, il faut se demander si cette obligation est écartée par d’autres considérations de politique plus générales.

[15] Dans *Childs*, la Cour suprême a aussi fait la lumière sur le fardeau de la preuve, du moins pour ce qui est de la charge au procès : une fois que le demandeur a établi l’existence d’une obligation de diligence *prima facie*, « le fardeau de prouver qu’il existe des considérations de politique générale dominantes incombe alors au défendeur, conformément à la règle générale voulant que la partie qui affirme un fait doit en établir l’existence » (au paragraphe 13). La Cour suprême ne s’est pas prononcée quant au fardeau qui s’applique dans le cadre de requêtes en radiation d’actes de procédure ou en jugement sommaire.

[16] La Cour suprême a toutefois réitéré dans *Childs*, avant de se livrer à l’analyse préconisée dans les arrêts *Anns* et *Cooper*, qu’une « question préliminaire » se pose. En effet, la cour doit décider si la jurisprudence impose déjà une obligation de diligence. Si l’affaire cadre dans une catégorie qui contient un précédent dans lequel une obligation a été reconnue ou dans une catégorie analogue, « une analyse préconisée dans l’arrêt *Anns* ne serait plus nécessaire », cette analyse étant réservée aux situations où l’obligation invoquée est

Childs, “[t]he reference to categories simply captures the basic notion of precedent” (paragraph 15). It is, therefore, only new duty situations, not established categories and those analogous thereto, that are to be analyzed with the newly framed test (*Childs*, paragraph 15).

[17] This review of the current state of the law demonstrates that the full *Anns/Cooper* analysis need not have been undertaken in this case. The essence of the negligence claim in this case is one of “liability for negligent misstatement”, an existing category of case listed in *Cooper v. Hobart*, where proximity can be posited (paragraph 36). The Canadian law in this area was well-articulated prior to *Cooper v. Hobart* in two Supreme Court of Canada decisions, the *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87 and *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165.

[18] Since the now-famous decision in *Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.), courts have recognized that an action in tort may lie, in appropriate circumstances, for damage caused by negligent misstatement or negligent misrepresentations. In *Queen v. Cognos Inc.*, the Supreme Court of Canada summarized the jurisprudence in this area and outlined five general requirements for imposing liability for negligent representations [at page 110]:

. . . (1) there must a duty of care based on a “special relationship” between the representor and the representee; (2) the representation in question must be untrue, inaccurate, or misleading; (3) the representor must have acted negligently in making said misrepresentation; (4) the representee must have relied, in a reasonable manner, on said negligent misrepresentation; and (5) the reliance must have been detrimental to the representee in the sense that damages resulted.

[19] *Cognos* affirmed that a duty of care exists with respect to representations when a “special relationship” between the representor and representee is present. As

nouvelle (au paragraphe 15). L’arrêt *Cooper* n’a pas aboli la doctrine du précédent. Comme la Cour suprême l’a indiqué dans *Childs*, « [l]a mention des catégories reprend simplement la notion fondamentale de précédent » (au paragraphe 15). Ainsi, c’est seulement lorsqu’on a affaire à une situation d’obligation nouvelle, qui ne cadre pas avec les catégories établies et les catégories analogues, qu’on doit procéder à une analyse en fonction du critère récemment élaboré (*Childs*, au paragraphe 15).

[17] Il appert de cet examen de l’état actuel du droit qu’il n’était pas nécessaire en l’espèce de se livrer à l’analyse complète préconisée dans les arrêts *Anns* et *Cooper*. La demande en l’espèce reposait essentiellement sur des « déclarations inexactes faites avec négligence », soit l’une des catégories énumérées dans *Cooper c. Hobart*, où on peut affirmer l’existence de la proximité (au paragraphe 36). Deux décisions de la Cour suprême du Canada, soit *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, et *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, ont bien exposé le droit canadien en la matière avant l’arrêt *Cooper c. Hobart*.

[18] Depuis la célèbre affaire *Hedley Byrne & Co., Ltd. v. Heller & Partners Ltd.*, [1963] 2 All E.R. 575 (H.L.), les tribunaux reconnaissent qu’une action en responsabilité délictuelle peut être intentée, lorsque les circonstances le justifient, pour un préjudice découlant d’une déclaration inexacte faite par négligence. Dans *Queen c. Cognos Inc.*, la Cour suprême du Canada a fait la synthèse de la jurisprudence en la matière et a exposé cinq conditions générales pour imposer une responsabilité quant à des déclarations faites par négligence [à la page 110] :

[. . .] (1) il doit y avoir une obligation de diligence fondée sur un « lien spécial » entre l’auteur et le destinataire de la déclaration; (2) la déclaration en question doit être fautive, inexacte ou trompeuse; (3) l’auteur doit avoir agi d’une manière négligente; (4) le destinataire doit s’être fié d’une manière raisonnable à la déclaration inexacte faite par négligence, et (5) le fait que le destinataire s’est fié à la déclaration doit lui être préjudiciable en ce sens qu’il doit avoir subi un préjudice.

[19] Dans *Cognos*, la Cour suprême a confirmé l’obligation de diligence à l’égard d’une déclaration lorsqu’il existe un « lien spécial » entre son auteur et le

explained in *Hercules*, utilizing the *Anns v. Merton* test, such a “special relationship” exists *prima facie* when reliance by the representee is both reasonably foreseeable and reasonable in the circumstances. The *Hercules* decision identified five general indicia of reasonable reliance (at paragraph 43):

- (1) The defendant had a direct or indirect financial interest in the transaction in respect of which the representation was made.
- (2) The defendant was a professional or someone who possessed special skill, judgment, or knowledge.
- (3) The advice or information was provided in the course of the defendant’s business.
- (4) The information or advice was given deliberately, and not on a social occasion.
- (5) The information or advice was given in response to a specific enquiry or request.

[20] *Hercules* further explained that the *prima facie* duty established by foreseeable reasonable reliance may be negated by policy considerations when, for example, concerns of indeterminate liability are present on the facts of the particular case. So too, in the case of governmental liability, if the conduct is a policy decision, it may not give rise to liability. Tort liability is imposed only if the conduct occurs in the course of operational implementation of policy (*Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228).

[21] The appellants in this case failed to demonstrate a genuine issue to be tried on four of the five elements set out in *Cognos*.

[22] On the first element of duty, the *Hercules* indicia of reasonable reliance must be borne in mind. In general, the relationship between the government and the governed in respect of policy matters is not one of individual proximity. However, consistent with sections 3 [as am. by S.C. 2001, c. 4, s. 36] and 10 [as am. *idem*, s. 40] of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [s. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21)] which make the Crown liable for the damages for

destinataire. Comme il ressort de l’arrêt *Hercules*, où la Cour suprême a appliqué le critère formulé dans *Anns c. Merton*, ce « lien spécial » existe à première vue lorsque le destinataire s’y est fié d’une manière raisonnable dans les circonstances. Cinq indices généraux de confiance raisonnable sont exposés dans l’arrêt *Hercules* (au paragraphe 43) :

- (1) Le défendeur avait directement ou indirectement un intérêt financier dans l’opération visée par la déclaration.
- (2) Le défendeur était un professionnel ou une personne possédant des aptitudes, une capacité de discernement ou des connaissances particulières.
- (3) Le conseil ou le renseignement a été donné dans le cours des affaires du défendeur.
- (4) Le renseignement ou le conseil a été donné délibérément, et non dans le cadre d’un événement social.
- (5) Le renseignement ou le conseil a été donné en réponse à une question précise.

[20] En outre, il ressort de l’affaire *Hercules* que l’obligation *prima facie* qui résulte de la confiance raisonnable prévisible peut être annihilée par des considérations de principe lorsque, par exemple, des questions de responsabilité indéterminée se posent à l’égard des faits de l’espèce. Ainsi, si le comportement constitue une décision de politique lorsqu’il est question de responsabilité du gouvernement, il peut ne pas entraîner de responsabilité. La responsabilité délictuelle n’est imposée que si le comportement survient pendant la mise en œuvre opérationnelle de la politique (*Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228).

[21] Les appelants en l’espèce n’ont pas démontré l’existence d’une véritable question à trancher suivant quatre des cinq indices énoncés dans *Cognos*.

[22] Il faut garder à l’esprit la confiance raisonnable, indice exposé dans *Hercules*, relativement au premier élément de l’obligation. Règle générale, le lien entre le gouvernement et les gouvernés dans le cadre de considérations de politique n’est pas caractérisé par une grande proximité sur le plan individuel. Cependant, suivant les articles 3 [mod. par L.C. 2001, ch. 4, art. 36] et 10 [mod., *idem*, art. 40] de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, L.R.C.

which it would be liable “if it were a person”, it is possible in appropriate circumstances for a tort duty to be owed by government officials to furnish non-negligent information, when a duty of care with respect to representations would ordinarily arise.

[23] For example, in *Spinks v. Canada*, [1996] 2 F.C. 563 (C.A.), a public service employer was found liable in tort based on its negligent provision of information to an employee concerning his pension options (see also *Gauthier v. Canada (Attorney General)* (2000), 225 N.B.R. (2d) 211 (C.A.); *Luo v. Canada (Attorney General)* (1997), 33 O.R. (3d) 300 (Div. Ct.)). In other cases, municipalities have been found liable for the negligent advice provided by their employees to persons inquiring about zoning restrictions or other regulations (see *Gadutsis et al. v. Milne et al.*, [1973] 2 O.R. 503 (H.C.); *Windsor Motors Ltd. v. District of Powell River* (1969), 4 D.L.R. (3d) 155 (B.C.C.A.); *H.L. & M. Shoppers Ltd. et al. v. Town of Berwick et al.* (1977), 28 N.S.R. (2d) 229 (S.C.T.D.); *Jung et al. v. District of Burnaby et al.* (1978), 91 D.L.R. (3d) 592 (B.C.S.C.); *Bell et al. v. City of Sarnia* (1987), 59 O.R. (2d) 123 (H.C.J.)). Tort duties have also been recognized in diverse other contexts in which employees of government agencies or authorities negligently provided incorrect advice or misleading representations: see *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191; *Hodgins v. Hydro-Electric Commission of the Township of Nepean*, [1972] 3 O.R. 332 (Co. Ct.), revd re no negligence (1976), 10 O.R. (2d) 713 (C.A.), affd [1976] 2 S.C.R. 501; *Moin v. Blue Mountains (Town)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 1 (Ont. C.A.); *Granitile Inc. v. Canada* (1998), 41 C.L.R. (2d) 115 (Ont. Gen. Div.); *Sevidal et al. v. Chopra et al.* (1987), 64 O.R. (2d) 169 (H.C.J.); *Halifax (Regional Municipality) v. David* (2003), 216 N.S.R. (2d) 325 (S.C.), affd re: negligent misrepresentation (2004), 228 N.S.R. (2d) 91 (C.A.).

[24] In this case, however, no duty of care arises. As the motions Judge correctly found, no special

(1985), ch. C-50 [art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)], qui disposent qu’en matière de responsabilité, l’État est « assimilé à une personne », des représentants du gouvernement pourraient être astreints, lorsque les circonstances le justifient, à l’obligation en responsabilité délictuelle de fournir des renseignements non négligents lorsqu’une obligation de diligence relative aux déclarations s’impose normalement.

[23] Par exemple, dans *Spinks c. Canada*, [1996] 2 C.F. 563 (C.A.), un employeur de la fonction publique a encouru une responsabilité délictuelle parce qu’il a fourni de façon négligente à un employé des renseignements sur ses options de pension (se reporter aussi à *Gauthier c. Canada (Procureur général)* (2000), 225 R.N.-B. (2^e) 211 (C.A.), et à *Luo v. Canada (Attorney General)* (1997), 33 O.R. (3d) 300 (C. div.)). Dans d’autres affaires, des municipalités ont été tenues responsables des conseils négligents que leurs employés ont prodigué à des personnes se renseignant au sujet des restrictions en matière de zonage ou d’autres règlements (se reporter à *Gadutsis et al. v. Milne et al.*, [1973] 2 O.R. 503 (H.C.); *Windsor Motors Ltd. v. District of Powell River* (1969), 4 D.L.R. (3d) 155 (C.A.C.-B.); *H.L. & M. Shoppers Ltd. et al. v. Town of Berwick et al.* (1977), 28 N.S.R. (2d) 229 (C.S. 1^{re} inst.); *Jung et al. v. District of Burnaby et al.* (1978), 91 D.L.R. (3d) 592 (C.S.C.-B.); *Bell et al. v. City of Sarnia* (1987), 59 O.R. (2d) 123 (H.C.J.)). Une responsabilité délictuelle a aussi été imposée dans divers autres contextes où des employés d’organismes ou d’autorités gouvernementaux ont prodigué de façon négligente des conseils erronés ou fait des déclarations trompeuses : *Fletcher c. Société d’assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191; *Hodgins v. Hydro-Electric Commission of the Township of Nepean*, [1972] 3 O.R. 332 (C. c.), inf. décision d’absence de négligence (1976), 10 O.R. (2d) 713 (C.A.), confirmé [1976] 2 R.C.S. 501; *Moin v. Blue Mountains (Town)* (2000), 13 M.P.L.R. (3d) 1 (C.A. Ont.); *Granitile Inc. v. Canada* (1998), 41 C.L.R. (2d) 115 (Div. gén. Ont.); *Sevidal et al. v. Chopra et al.* (1987), 64 O.R. (2d) 169 (H.C.J.); *Halifax (Regional Municipality) v. David* (2003), 216 N.S.R. (2d) 325 (C.S.), confirmé quant à une déclaration inexacte faite par négligence (2004), 228 N.S.R. (2d) 91 (C.A.).

[24] Aucune obligation de diligence ne s’impose toutefois en l’espèce. Comme le juge des requêtes l’a

relationship of proximity and reliance is present on the facts of this case. There were no personal, specific representations of fact made to these particular appellants upon which they could reasonably have relied. The printed documentation and information given to them was merely general material for them to use in making an application for immigrant status. As the motions Judge observed, it is not correct to say that someone [at paragraph 25] “who picks up a brochure or reads a poster at the High Commission is a ‘neighbour’” and is owed a duty as a result. More is required. The information given to the appellants contained no guarantees of work, nor of guaranteed success in the licensing procedure, nor that any particular assistance would be forthcoming. The statement that Mr. Premakumaran would “have no trouble finding a job” was made by his brother, not a counter clerk at the High Commission, as found by the motions Judge. There is no evidence of any special relationship that could be relied on to support a duty in this case.

[25] As for element (2) from *Cognos*, the material given to the appellants has not been shown to raise a genuine issue that it is “untrue, inaccurate or misleading”, even though the appellants may, on the basis of it, have actually been led to believe that the conditions in Canada were rosier than they really were.

[26] With respect to element (3), there is no evidence of any negligence by any government official in the preparation of the documentation nor in the oral information provided to the appellants. While the list of needed jobs that included the accountant category may not have been completely up to date, as alleged by the plaintiffs, it has not been shown that there is a genuine issue as to whether it was negligent to use that list.

[27] As to element (4), even if there was a genuine issue raised above, there is doubt whether there was

conclu à juste titre, aucun lien spécial de proximité et de confiance ne s’applique dans les faits de l’espèce. Aucune assertion de fait personnelle ou particulière sur laquelle les appelants auraient pu raisonnablement se fier n’a été avancée. La documentation et les renseignements écrits qui leur ont été fournis ne constituaient que des documents généraux leur permettant de demander le statut d’immigrant. Comme le juge des requêtes l’a fait remarquer, nul ne peut affirmer que quiconque [au paragraphe 25] « prend une brochure ou lit une affiche au haut-commissariat est un “voisin” » et a donc droit de bénéficier d’une obligation. Cela ne suffit pas. Les renseignements qui ont été communiqués aux appelants ne contenaient aucune garantie de travail. En outre, rien n’indiquait qu’ils réussiraient le processus d’octroi d’agrément ou qu’ils bénéficieraient d’une aide particulière. Comme le juge des requêtes l’a constaté, le frère de M. Premakumaran a déclaré que ce dernier n’aurait [TRADUCTION] « pas de difficulté à se trouver un emploi », pas un commis au comptoir du haut-commissariat. Aucun élément de preuve ne démontre en l’espèce l’existence d’un lien spécial qui pourrait être invoqué à l’appui d’une obligation.

[25] Pour ce qui est de la deuxième condition énoncée dans *Cognos*, on n’a pas démontré que les documents remis aux appelants soulèvent une véritable question quant à savoir s’ils constituent une déclaration « fausse, inexacte ou trompeuse », bien que les appelants aient pu se fonder sur ceux-ci pour croire que les conditions aux Canada étaient plus attrayantes qu’elles ne l’étaient en réalité.

[26] En ce qui a trait à la troisième condition, il n’existe aucune preuve que le représentant du gouvernement chargé de la préparation des documents ou de la communication orale des renseignements a agi avec négligence. Bien que la liste d’emplois à combler, qui comprenait des postes en comptabilité, puisse ne pas avoir été à jour, comme les demandeurs le prétendent, ils n’ont pas établi qu’il y a une véritable question quant à savoir si l’utilisation de cette liste constitue de la négligence.

[27] Pour ce qui est de la quatrième condition, même si on avait estimé précédemment qu’une véritable

sufficient actual reliance on the information given by the government to the appellants, for this information to be held to have been the cause of their coming to Canada. While the information certainly may have influenced the appellants' decision, they visited Canada, they spoke to relatives and other people about Canada, they consulted an employment agency, and they had other family and security reasons to come to Canada, in addition to finding work in the accounting field. The causal role of the representations in question has not been established sufficiently to raise a genuine issue. (See *Farzam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1659, at paragraph 88.)

[28] The appeal will be dismissed.

NADON J.A.: I agree.

EVANS J.A.: I agree.

question avait été soulevée, on peut douter que les appelants se soient réellement fiés aux renseignements que le gouvernement leur a transmis, au point de pouvoir conclure qu'ils sont venus au Canada sur le fondement de ces renseignements. Bien que les renseignements aient certainement pu influencer sur leur décision, les appelants ont visité le Canada, ils ont parlé à leurs parents et à d'autres citoyens du Canada, ils se sont adressés à un bureau de placement et, outre le fait de se trouver un emploi en comptabilité, ils avaient d'autres raisons familiales et de sécurité d'immigrer au Canada. Le rôle causal des déclarations en cause n'a pas été établi de façon assez convaincante pour que se soulève une véritable question (se reporter à *Farzam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1659, au paragraphe 88).

[28] L'appel sera rejeté.

LE JUGE NADON, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE EVANS, J.C.A. : Je souscris aux présents motifs.

IMM-4803-05
2006 FC 641

IMM-4803-05
2006 CF 641

Afshin Keymanesh (*Applicant*)

Afshin Keymanesh (*demandeur*)

v.

c.

The Minister of Citizenship and Immigration
(*Respondent*)

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

INDEXED AS: KEYMANESH v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : KEYMANESH c. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (C.F.)

Federal Court, Barnes J.—Vancouver, May 10; Ottawa, May 25, 2006.

Cour fédérale, juge Barnes—Vancouver, 10 mai; Ottawa, 25 mai 2006.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Permanent Residents — Judicial review of decision by Citizenship and Immigration Canada (CIC) denying application for permanent resident status — Applicant approved in principle for visa exemption — CIC requiring applicant to obtain pardon for criminal conviction — Applicant not providing proof of pardon — Notices sent to applicant returned to CIC as “undelivered” — Following final notice, application for permanent residence refused as, in absence of pardon, applicant ineligible for landing — Application allowed — Although attempted to inform applicant of intention to revoke status, CIC not making any effort to locate him — In light of circumstances, duty to give notice not met — As such, procedural fairness breached.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Résidents permanents — Contrôle judiciaire de la décision de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) de rejeter une demande de résidence permanente — La demande de dispense de visa présentée par le demandeur avait été approuvée en principe — CIC exigeait que le demandeur obtienne un pardon quant à sa déclaration de culpabilité — Le demandeur n'a pas fourni la preuve de sa réhabilitation — Les lettres d'avis transmises au demandeur ont été retournées à CIC avec la mention « non remise » — Après avoir envoyé un dernier avis, CIC a rejeté la demande de résidence permanente au motif que le demandeur ne pouvait obtenir le droit d'établissement en l'absence d'une preuve de réhabilitation — Demande accueillie — Même s'il a tenté de donner avis au demandeur de son intention de révoquer son statut, CIC n'a pas fait d'efforts pour le retrouver — Dans les circonstances de l'espèce, CIC ne s'est pas acquitté de son devoir de donner un avis — Par conséquent, il y a eu manquement à l'équité procédurale.

This was an application for judicial review of a decision by Citizenship and Immigration Canada (CIC) denying an application for permanent resident status because the applicant had failed to obtain a pardon from a criminal conviction and as such was ineligible for landing and subject to removal. Upon learning of this conviction, CIC notified the applicant, who had been admitted to Canada for humanitarian and compassionate reasons and approved in principle for a visa exemption, of the need for a pardon. The applicant was not particularly attentive to meeting this request, and CIC lost track of his whereabouts. CIC wrote to the applicant, giving him 30 days to respond, but this letter was returned as “undelivered”, as was the final notice that it subsequently sent. The application for permanent residence was therefore refused, as no proof of a pardon had been received by CIC.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) a rejeté la demande de résidence permanente du demandeur qui, parce qu'il n'avait pas réussi à obtenir un pardon quant à une déclaration de culpabilité, ne pouvait obtenir le droit d'établissement et pouvait faire l'objet d'une mesure de renvoi. Lorsqu'il a appris que le demandeur, qui avait été accepté pour des considérations humanitaires et dont la demande de dispense de visa avait été approuvée en principe, avait fait l'objet d'une condamnation au criminel, CIC l'a prévenu qu'il devait obtenir une preuve de réhabilitation. Le demandeur ne s'est pas particulièrement soucié de satisfaire à cette exigence, et CIC ne savait pas où il se trouvait. CIC a écrit au demandeur et lui a donné 30 jours pour répondre, mais sa lettre lui a été retournée avec la mention « non remise », tout comme le dernier avis transmis

At issue was whether CIC had a duty to give notice to the applicant of its intention to determine his application in the absence of proof of a pardon and, if so, whether it fulfilled that duty.

Held, the application should be allowed.

CIC's decision carried serious consequences. The requirement that notice be afforded to the person affected by such a decision is fundamental to the achievement of fairness. CIC therefore had a duty to inform the applicant that it was contemplating revoking his interim status. Although CIC attempted to inform the applicant of this risk, there was no evidence that it did anything to locate him before it decided to revoke his status, contrary to CIC's own policy guidelines, which suggest that where contact has been lost, some effort should be made to locate the subject. These guidelines also imply that where CIC is aware that its notification letters have not been received, as was the case here, there is some responsibility to make some inquiries with respect to whereabouts. This was particularly important here given CIC's history of dealings with the applicant over the years.

par la suite. N'ayant pas reçu la preuve de la réhabilitation du demandeur, CIC a rejeté sa demande de résidence permanente.

La question en litige était de savoir si CIC était tenu d'aviser le demandeur qu'il avait l'intention de statuer sur sa demande de résidence permanente en l'absence d'une preuve de réhabilitation et, dans l'affirmative, s'il s'était acquitté de cette obligation.

Jugement : la demande doit être accueillie.

La décision de CIC comportait des conséquences importantes. L'exigence qu'avis soit donné à la personne touchée par une telle décision est fondamentale en matière d'équité. CIC avait donc l'obligation d'informer le demandeur qu'il envisageait la possibilité de révoquer son statut. Même si le Ministère a tenté de donner avis au demandeur de cette possibilité, rien ne prouvait qu'il avait fait des efforts pour savoir où se trouvait le demandeur avant de décider de révoquer son statut, contrairement à ses propres lignes directrices qui donnent à penser que, lorsqu'il y a eu perte de contact, un certain nombre d'efforts devraient être faits afin de retrouver le sujet. Ces lignes directrices laissent également entendre que lorsqu'il sait que ses lettres d'avis n'ont pas été reçues, comme en l'espèce, CIC a une certaine obligation de faire quelques recherches quant au lieu où se trouve la personne visée. C'était particulièrement important en l'espèce, compte tenu des nombreux échanges que CIC a eus avec le demandeur au fil des ans.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

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.

DISTINGUISHED:

Arumugam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (2001), 211 F.T.R. 65; 2001 FCT 985; *Bernard v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1068; *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 4 F.C. 358; (2002), 212 D.L.R. (4th) 139; 20 Imm. L.R. (3d) 119; 288 N.R. 174; 2002 FCA 125; revg [2001] 3 F.C. 277; (2001), 203 D.L.R. (4th) 450; 203 F.T.R. 47; 2001 FCT 315; *Tahir v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 159 F.T.R. 109 (F.C.T.D.); *Ali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 151 F.T.R. 1 (F.C.T.D.).

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817.

DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

Arumugam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2001 CFPI 985; *Bernard c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1068; *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 4 C.F. 358; 2002 CAF 125; infirmant [2001] 3 C.F. 277; 2001 CFPI 315; *Tahir c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1354 (1^{re} inst.) (QL); *Ali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 468 (1^{re} inst.) (QL).

REFERRED TO:

Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [2004] 3 F.C.R. 195; (2004), 236 D.L.R. (4th) 485; 11 Admin. L.R. (4th) 306; 34 Imm. L.R. (3d) 157; 316 N.R. 299; 2004 FCA 49.

AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Immigration Manual: Inland Processing (IP)*. Chapter IP 5: Immigrant Applications in Canada made on Humanitarian or Compassionate Grounds. Ottawa: Citizenship and Immigration, online: <<http://www.cic.gc.ca/manuals-guides/english/index.html>>.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto: Irwin Law, 2001.

APPLICATION for judicial review of the Department of Citizenship and Immigration's decision to refuse the applicant's application for permanent resident status. Application allowed.

APPEARANCES:

Zool K. B. Suleman for applicant.
Helen C. H. Park for respondent.

SOLICITORS OF RECORD:

Suleman and Company, Vancouver, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

[1] BARNES J.: The applicant has challenged a decision made by an officer of the respondent (Department) denying his application for permanent resident status because of a failure to obtain a pardon from a conviction for impaired driving in 1998. In the absence of a pardon, the applicant was ineligible for landing and, in the result, subject to removal.

DÉCISION CITÉE :

Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2004] 3 R.C.F. 195; 2004 CAF 49.

DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide de l'immigration : Traitement des demandes au Canada (IP)*. Chapitre IP 5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire. Ottawa : Citoyenneté et Immigration, en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/manuals-guides/français/index.html>>.

Mullan, David J. *Administrative Law*. Toronto : Irwin Law, 2001.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision par laquelle le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration a rejeté la demande de résidence permanente du demandeur. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Zool K. B. Suleman pour le demandeur.
Helen C. H. Park pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Suleman and Company, Vancouver, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE BARNES : Le demandeur a contesté une décision rendue par un agent du défendeur (le Ministère) par laquelle celui-ci a rejeté sa demande de résidence permanente parce qu'il n'avait pas réussi à obtenir un pardon quant à une déclaration de culpabilité de conduite avec facultés affaiblies en 1998. Sans pardon, le demandeur ne pouvait pas obtenir le droit d'établissement et, par conséquent, il pouvait faire l'objet d'une mesure de renvoi.

Background

[2] The applicant came to Canada from Iran in 1992. Since that time, he has made significant cultural and social contributions to the community. Indeed, it was on the basis of those contributions that he was admitted for humanitarian and compassionate (H&C) reasons in 1996. The departmental report recommending him for landing described him very positively:

It is felt that Mr. Keymanesh has not only contributed significantly to the local Iranian community culturally, but to the Canadian community as a whole, and will continue to do so. Highly skilled Persian instrument maker who is self-supporting and would probably qualify under the self-employed category. He is highly respected within the Iranian community and well integrated within society. His work and music teaching does enrich the community and seen by the community (*sic*) as an important part of maintaining the cultural heritage of the local Iranian community. If forced to return to Iran Mr. Keymanesh would suffer an undue hardship in that the music that is so much been part of his life, would probably be lost forever, or a (*sic*) the very best, he would be forced to practise his craft underground.

-Mr. Keymanesh impressed me a t (*sic*) the interview and appeared to be a very honest and sincere individual.

[3] By letter dated June 12, 1996, the Department advised the applicant that he had been approved in principle for a visa exemption but that landing would be subject to meeting other immigration requirements, including health and security assessments.

[4] When the Department learned of the applicant's criminal conviction, it notified him of the need for both a pardon and a valid Iranian passport. It also advised him that he would not be eligible to apply for a pardon for three years. This extension of time afforded by the Department was generous because the applicant could have been removed immediately on the basis of his criminal conviction. By letter dated March 20, 2001, the Department again advised the applicant of the need for

L'historique

[2] Le demandeur est arrivé au Canada en provenance de l'Iran en 1992. Depuis ce temps, il a beaucoup contribué à la collectivité sur le plan culturel et social. En effet, c'est en raison de cette contribution que, en 1996, il a été accepté pour des considérations humanitaires (CH). Le rapport ministériel recommandant qu'on lui accorde le droit d'établissement a décrit le demandeur d'une manière très favorable :

[TRADUCTION] On estime que M. Keymanesh a non seulement beaucoup contribué à la collectivité locale iranienne sur le plan culturel, mais qu'il a également beaucoup contribué à la collectivité canadienne dans son ensemble et qu'il continuera à le faire. M. Keymanesh est un confectionneur perse d'instruments hautement qualifié qui subvient à ses propres besoins et qui pourrait être admis à titre de membre de la catégorie des travailleurs autonomes. M. Keymanesh est très respecté dans la collectivité iranienne et il est bien intégré dans la société. Son travail et son enseignement de la musique enrichissent la collectivité et sont considérés comme constituant une partie importante de la préservation du patrimoine culturel de la collectivité local iranienne. S'il est contraint de retourner en Iran, M. Keymanesh subirait un préjudice indu car il devrait renoncer à la musique, laquelle a occupé une très grande place dans sa vie ou, à tout le moins, il serait obligé de pratiquer son métier clandestinement.

-M. Keymanesh m'a impressionné lors de l'entrevue et il m'a semblé être une personne très honnête et très sincère.

[3] Dans une lettre datée du 12 juin 1996, le Ministère a informé le demandeur que sa demande de dispense de visa avait été approuvée en principe, mais que sa demande de droit d'établissement serait soumise à d'autres exigences en matière d'immigration. Elle serait notamment soumise à des évaluations en matière de santé et de sécurité.

[4] Lorsque le Ministère a appris que le demandeur avait fait l'objet d'une condamnation au criminel, il a prévenu ce dernier qu'il devait obtenir une réhabilitation ainsi qu'un passeport iranien valide. Le Ministère l'a également prévenu qu'il ne pourrait pas demander la réhabilitation avant trois ans. Cette prorogation de délai accordée par le Ministère était généreuse parce que le demandeur aurait pu être renvoyé immédiatement en raison de sa condamnation au criminel. Dans une lettre

a pardon and a passport. It appears from the record that that letter was not initially received by the applicant and it was reforwarded to him at a new address in Harrison Hot Springs by covering letter of July 17, 2001. Also in the record is a letter from the applicant to the Department dated July 19, 2001, requesting a copy of the original letter confirming his approval in principle for admission to Canada which he advised had not been received.

[5] The Department's file indicates that the applicant maintained fairly regular contact including advising it of his various changes of address over the years. Although the applicant was reasonably diligent in keeping the Department advised of his whereabouts, he was not particularly attentive to meeting its outstanding request for a pardon. The only explanation offered by the applicant for his failure to fulfil this requirement is that he was confused about the process. Nevertheless, the record does indicate that he made some effort to attend to the departmental requests for information. The problem is that he did not advise the Department of what he was doing and the Department, at one point, lost track of his whereabouts.

[6] The Department, quite rightly, was not prepared to hold the applicant's case for landing in abeyance indefinitely. It wrote to him on January 6, 2002, at his Harrison Hot Springs address (which, in reality, was a forwarding address) giving him 30 days to respond or run the risk of having his application for landing resolved in the absence of a pardon. It appears from the record that this letter was returned by Canada Post to the Department as "undelivered".

[7] When it did not hear from the applicant, the Department sent a "final notice" letter to him dated March 20, 2003 at the Harrison Hot Springs address and it, too, was returned as "undelivered".

datée du 20 mars 2001, le Ministère a de nouveau informé le demandeur qu'il devait obtenir une réhabilitation ainsi qu'un passeport. Il ressort du dossier que le demandeur n'a pas reçu cette lettre et qu'une autre lettre, datée du 17 juillet 2001, lui a été envoyée à une nouvelle adresse à Harrison Hot Springs. Figure également au dossier une lettre datée du 19 juillet 2001 que le demandeur a envoyée au Ministère pour lui demander que celui-ci lui envoie une copie de la lettre initiale, qu'il affirme ne pas avoir reçue, confirmant que son admission au Canada avait été approuvée en principe.

[5] Le dossier du Ministère révèle que le demandeur a entretenu des contacts réguliers avec le Ministère. Le demandeur l'a notamment informé de ses divers changements d'adresse au fil des ans. Bien que le demandeur ait fait preuve d'une diligence raisonnable en tenant le Ministère informé quant à ses déplacements, il ne s'est pas particulièrement soucié de satisfaire à l'exigence d'obtenir une réhabilitation. La seule explication offerte par le demandeur quant à son omission de satisfaire à cette exigence est qu'il n'avait pas très bien compris le processus. Il ressort néanmoins du dossier que le demandeur a fait un certain nombre d'efforts pour répondre aux demandes de renseignements du Ministère. Le problème est qu'il n'a pas informé le Ministère de ce qu'il faisait et le Ministère, à un certain moment, ne savait pas où il se trouvait.

[6] Le Ministère n'était pas prêt, et ce, à juste titre, à tenir indéfiniment en suspens la demande d'octroi du droit d'établissement du demandeur. Il lui a écrit le 6 janvier 2002, à son adresse de Harrison Hot Springs (laquelle est en réalité une adresse de réexpédition), et lui a donné 30 jours pour répondre sans quoi il courait le risque que sa demande de droit d'établissement soit tranchée en l'absence d'une preuve de réhabilitation. Il ressort du dossier que cette lettre a été retournée au Ministère par Postes Canada avec la mention [TRADUCTION] « non remise ».

[7] Comme il ne recevait aucune nouvelle de la part du demandeur, le Ministère a envoyé à ce dernier, à l'adresse de Harrison Hot Springs, une lettre de [TRADUCTION] « dernier avis » datée du 20 mars 2003.

[8] When nothing further was heard from the applicant, the Department refused his application for permanent residence and attempted again to advise him of that determination by a letter dated April 28, 2003, sent to the Harrison Hot Springs address. On the same day the Department recorded the following reason for its decision:

Applic refused for criminal and inadmissibility. Subject did not respond to our previous letters for evid of pardon or evid that he applied for same.

[9] The applicant filed an affidavit in support of this application deposing that he had advised the Department of a change of address from Harrison Hot Springs to Chilliwack when he attended at the Department's office on Hornby Street. That affidavit does not indicate when the move occurred, or when the notification of the change of address was given to the Department; but there is no doubt that the move did occur. The applicant's affidavit states that he did not receive any of the three notification letters referenced above. He deposed that his Harrison Hot Springs address was that of former friends with whom he had had a falling out and who had apparently not bothered to forward his mail to his new Chilliwack address. He rather blithely assumed that any mail from the Department sent to him via Harrison Hot Springs would ultimately make its way to him in Chilliwack by virtue of the change of address information he says he had provided earlier to the Department. There is, though, no indication in the record of any notification having been recorded by the Department with respect to the applicant's new address in Chilliwack, albeit that the Department was aware that the Harrison Hot Springs address was no longer valid.

Issue

[10] Did the Department owe a duty to give notice to the applicant that it was intending to determine his application for permanent residence in the absence of

Cette lettre a également été retournée avec la mention [TRADUCTION] « non remise ».

[8] Comme il n'avait aucune nouvelle du demandeur, le Ministère a rejeté la demande de résidence permanente présentée par le demandeur et a tenté une fois de plus de l'informer de cette décision dans une lettre datée du 28 avril 2003 qu'il a envoyée à l'adresse de Harrison Hot Springs. Ce même jour, le Ministère a inscrit le motif suivant quant à sa décision :

[TRADUCTION] Demande refusée pour condamnation criminelle et non-admissibilité. Le sujet n'a pas répondu à nos lettres antérieures quant à la preuve de réhabilitation ou quant à la preuve qu'il a demandé une réhabilitation.

[9] Le demandeur a déposé un affidavit à l'appui de cette demande témoignant qu'il a informé le Ministère que son adresse n'était plus à Harrison Hot Springs mais à Chilliwack lorsqu'il a comparu au bureau du Ministère de la rue Hornby. Cet affidavit ne mentionne pas à quel moment le déménagement a eu lieu ou à quel moment l'avis de changement d'adresse a été remis au Ministère. Il ne fait cependant aucun doute que le déménagement a vraiment eu lieu. Dans son affidavit, le demandeur déclare qu'il n'a reçu aucune des trois lettres d'avis susmentionnées. Il a témoigné que son adresse de Harrison Hot Springs était celle d'anciens amis avec lesquels il s'était brouillé et qui, manifestement, n'ont pas pris la peine de faire suivre son courrier à sa nouvelle adresse de Chilliwack. Il a plutôt allégrement présumé que le courrier que le Ministère lui enverrait à Harrison Hot Springs lui parviendrait éventuellement à Chilliwack grâce aux renseignements de changement d'adresse qu'il affirme avoir déjà fournis au Ministère. Toutefois, rien dans le dossier ne montre que le Ministère a pris note d'un avis en rapport avec la nouvelle adresse du demandeur à Chilliwack. Le dossier indique seulement que le Ministère savait que l'adresse de Harrison Hot Springs n'était plus valide.

La question en litige

[10] Le Ministère était-il tenu d'aviser le demandeur qu'il avait l'intention de prendre une décision quant à sa demande de résidence permanente en l'absence d'une

proof of a pardon and, if so, did it fulfil that duty?

Analysis

[11] The issue raised on this application for judicial review is one of procedural fairness involving the duty to give notice. In such a case, the standard of review is one of simple correctness and does not require a pragmatic and functional approach: see *Ha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 3 F.C.R. 195 (F.C.A.).

[12] Counsel for the Department argued that it had no legal obligation in this case to give any notice to the applicant with respect to his potential risk of deportation. She points out, with some validity, that the applicant was always subject to potential removal until he was approved for landing and that, once he was convicted, he was ineligible for landing because of inadmissibility. She says that the applicant was aware of these issues affecting his status in Canada and that it was up to him to overcome the legal impediments that he faced.

[13] I do not accept that, in these circumstances, the Department had no legal obligation to notify the applicant of the potential consequences of failing to produce a pardon. The Department, of course, attempted to give notice, albeit unsuccessfully. This could be seen as an acknowledgment that notice was legally required but I am not inclined to give it that much import. What is significant is that the applicant had some legal status in Canada. Unlike a visa applicant who is seeking status here, the applicant had been lawfully in Canada since 1996 and he had been approved in principle for landing on H&C grounds since that time. He had also received authorization for employment in Canada and, even after his criminal conviction, the Department did not seek to declare him inadmissible. To its credit, the Department allowed the applicant to remain in Canada and thereby gave him the time to obtain a pardon which would remove the legal impediment to landing.

preuve de réhabilitation et, dans l'affirmative, s'est-il acquitté de cette obligation?

L'analyse

[11] La question soulevée dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire est une question d'équité procédurale comportant l'obligation de donner avis. Dans un tel cas, la norme de contrôle est celle de la décision correcte et celle-ci n'exige pas l'application de la méthode pragmatique et fonctionnelle : voir *Ha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 3 R.C.F. 195 (C.A.F.).

[12] L'avocate du Ministère a prétendu que, en l'espèce, il n'était pas tenu par la loi d'aviser le défendeur de quelque façon que ce soit en rapport avec le risque potentiel de renvoi qu'il courrait. Elle souligne, à juste titre d'ailleurs, que le demandeur a toujours couru le risque d'être renvoyé tant que le droit d'établissement ne lui serait pas accordé et que, dès qu'il a été déclaré coupable, il ne pouvait plus obtenir le droit d'établissement pour raison de non-admissibilité. Elle affirme que le demandeur savait que ces questions avaient une incidence sur son statut au Canada et que c'était à lui de surmonter les obstacles juridiques auxquels il était confronté.

[13] Je n'accepte pas, dans ces circonstances, que le Ministère n'ait aucune obligation juridique d'aviser le demandeur quant aux conséquences potentielles qu'entraînerait le défaut de produire une preuve de réhabilitation. Le Ministère, évidemment, a tenté de donner un avis, et ce, sans succès. Cela peut être considéré comme étant une reconnaissance que la délivrance d'un avis était exigée par la loi, mais je ne suis pas enclin à accorder beaucoup d'importance à cela. Ce qui est important c'est que le demandeur possédait un certain statut juridique au Canada. Contrairement à un demandeur de visa qui demande l'asile au Canada, le demandeur réside légalement au Canada depuis 1996 et sa demande d'établissement a depuis été approuvée en principe pour des raisons d'ordre humanitaire. Il a également reçu le droit de travailler au Canada et, même après sa condamnation au criminel, le Ministère n'a pas tenté de le faire déclarer interdit de territoire. Le

[14] I agree with the applicant's counsel that cases like the one at bar are very fact-specific and that any duty to give notice and the means by which notice is effected are contextual. This point is made by David J. Mullan in *Administrative Law* (2001), at page 233:

It is one of the fundamentals of procedural fairness that those affected by decisions coming within its ambit should in general receive notice of the process about to be undertaken in a sufficient degree of detail and in a timely enough fashion to enable the effectuation of their participatory entitlements. However, what this involves is a very context-sensitive inquiry. Moreover, as will be seen a little later in this chapter, there are also rare emergency situations in which notice comes and hearing opportunities are provided after a preliminary or interim decision or action has been taken.

[15] The kinds of considerations identified in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, apply with equal force to the obligation by an administrative decision maker to give effective notice, bearing in mind, of course, that a failure to give any notice will deprive a person of the right to be heard. This is the crux of the issue in the case at bar: the right to make one's case in response to an administrative decision which carries serious consequences.

[16] Here, the applicant had a clear indication that the Department required proof of a pardon before his application for landing would be finalized. That was fair to him as far as it went. However, when the Department began to contemplate the possibility of revoking his interim status, it did have a duty to inform him of that risk. Indeed, the Department's lengthy acquiescence may well have created some expectation in the mind of

Ministère, et cela est à son honneur, a permis au demandeur de demeurer au Canada et, de ce fait, lui a donné du temps pour obtenir une réhabilitation, laquelle ferait disparaître l'obstacle juridique à l'octroi du droit d'établissement.

[14] Je suis d'accord avec l'avocat du demandeur que les affaires comme celle en l'espèce sont très liées aux faits et que l'obligation de donner avis et le moyen par lequel l'avis est donné dépendent du contexte. Ce point est soulevé par David J. Mullan dans *Administrative Law* (2001), à la page 233 :

[TRADUCTION] Il s'agit de l'un des principes fondamentaux de l'équité procédurale que les personnes qui sont touchées par des décisions qui relèvent de son champ d'application devraient en général recevoir un avis suffisamment détaillé quant au processus qui est sur le point de commencer, et ce, en temps suffisamment opportun pour leur permettre de faire valoir leur droit d'intervention. Toutefois, cela comporte une enquête qui tient grand compte du contexte. En outre, comme nous le verrons un peu plus loin dans le présent chapitre, il existe également de rares situations d'urgence dans lesquelles un avis est donné et une occasion de se faire entendre est accordée après qu'une décision préliminaire ou intérimaire a été rendue ou après qu'une mesure a été prise.

[15] Le genre de considérations mentionnées dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, s'appliquent tout autant à l'obligation à laquelle est tenue un décideur de donner un avis valide, mais il ne faut pas oublier, évidemment, que le défaut de donner avis privera une personne du droit d'être entendue. Il s'agit du cœur de la question en litige dans la présente instance : le droit de faire valoir son point de vue en réponse à une décision administrative qui comporte des conséquences importantes.

[16] En l'espèce, le demandeur savait très bien que le Ministère exigeait une preuve de réhabilitation avant que sa demande d'établissement ne soit traitée au complet. En autant qu'il était concerné, cela était équitable. Toutefois, lorsque le Ministère a commencé à envisager la possibilité de révoquer son statut intérimaire, il était tenu d'informer le demandeur de ce risque. En effet, la longue inaction du Ministère a pu

the applicant that time was not of the essence and that he would be informed of any change in the Department's position.

[17] It is difficult to contemplate any decision by the Department which would have greater significance to the applicant than the one taken here. The finalization of his application for permanent residence without the required pardon had only one possible outcome—deportation. The requirement that notice be afforded to the person affected by such a decision is fundamental to the achievement of fairness: it is the essential foundation of virtually all of the other procedural fairness protections.

[18] The obligation to give effective notice of a potentially adverse administrative decision is different than a situation involving the obligation to produce evidence or to meet a burden of proof. Cases like *Arumugam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2001), 211 F.T.R. 65 (F.C.T.D.); *Bernard v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 1068; *Legault v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 4 F.C. 358 (C.A.); reversing [2001] 3 F.C. 277 (T.D.); *Tahir v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 159 F.T.R. 109 (F.C.T.D.); and *Ali v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1998), 151 F.T.R. 1 (F.C.T.D.)—all cited by the respondent—deal with the obligation to produce evidence to a decision maker and correctly hold that the person affected ordinarily carries that burden. With few exceptions, the decision maker has no duty to make independent inquiries or to search out evidence that might have been identified through the inquiry or hearing process and which is available to the person affected. I believe however that effective notice is required, in cases like this one, where a person's status in Canada is effectively being revoked, and where the right to be heard hangs in the balance.

[19] The question remains as to where the responsibility lies where notice has not occurred because contact with the affected person has been lost. Here the

créer un certain nombre d'attentes dans l'esprit du demandeur selon lesquelles le respect des délais n'était pas une condition essentielle et qu'il serait informé de tout changement dans la position du Ministère.

[17] Il est difficile de concevoir que le Ministère pourrait prendre une décision qui pourrait avoir plus d'importance pour le demandeur que celle qui est prise en l'espèce. Il ne peut y avoir qu'une seule issue quant à sa demande de résidence permanente présentée sans la réhabilitation exigée : le renvoi. L'exigence qu'un avis soit donné à la personne touchée par une telle décision est fondamentale quant à l'atteinte de l'équité, c'est le fondement essentiel de pratiquement toutes les autres protections d'équité procédurale.

[18] L'obligation de donner un avis valide quant à une décision administrative potentiellement préjudiciable est différente d'une situation comportant l'obligation de présenter une preuve ou de s'acquitter du fardeau de la preuve. Des causes comme *Arumugam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 985; *Bernard c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 1068; *Legault c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 4 C.F. 358 (C.A.); infirmant [2001] 3 C.F. 277 (1^{re} inst.); *Tahir c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 1354 (1^{re} inst.) (QL); *Ali c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] A.C.F. n° 468 (1^{re} inst.) (QL)—toutes invoquées par le défendeur—traitent de l'obligation de présenter une preuve à un décideur et concluent à juste titre que la personne visée doit normalement s'acquitter de ce fardeau. À quelques exceptions près, le décideur n'est pas tenu de faire des enquêtes indépendantes ou de rechercher des éléments de preuve qui ont pu être relevés par le biais de l'enquête ou du processus d'audience et auxquels la personne visée peut avoir accès. Je crois toutefois qu'un avis valide est exigé, dans les cas comme celui en l'espèce, où le statut d'une personne au Canada est bel et bien révoqué et où le droit d'être entendu est en jeu.

[19] Il reste à savoir qui est responsable lorsqu'un avis n'a pas été donné parce qu'on ne sait plus où se trouve la personne visée. En l'espèce, le Ministère a

Department attempted to give notice to the applicant and the content of the letters it sent cannot be faulted. However, the critical notification letters—those which spoke of the potential consequences of failing to respond—were not received, and the Department knew that. There is no evidence that the Department did anything to locate the applicant before it decided to revoke his interim status, despite the fact that he undoubtedly could have been found fairly easily through other references in the file.

[20] It is noteworthy that the Department's own policy guidelines (*Immigration Manual: Inland Processing (IP)*, Chapter IP 5: Immigration Applications in Canada made on Humanitarian and Compassionate Grounds, section 17.3) suggest that where contact has been lost some effort should be made to locate the subject. Those guidelines indicate that where an applicant does not respond to requests for information or fails to provide an updated address a decision can be taken "based on information on file as long as previous correspondence has informed the applicant of how and when to reply and included the consequences of failing to respond." Those guidelines go on to indicate that officers should indicate in their computer notes "any attempts to verify the applicant's current address such as looking in the local telephone directory, calling the most recent telephone number provided on the application form or calling other persons listed as contacts or representatives." These recommendations imply that where the Department is aware that its notification letters have not been received there is some responsibility to make some inquiries with respect to whereabouts. This is particularly important here given the Department's history of dealings with the applicant over the years which indicated that he had been quite consistent in keeping it apprised of his whereabouts and had not infrequently initiated contact.

[21] This case is also unique because the applicant has deposed that he did notify the Department of his

tenté de donner avis au demandeur et on ne peut pas s'en prendre à la teneur des lettres que ce dernier a envoyées. Toutefois, les lettres d'avis importantes—celles qui faisaient mention des conséquences potentielles du défaut de répondre—n'ont pas été reçues et le Ministère le savait. Rien ne prouve que le Ministère a fait des efforts pour savoir où se trouvait le demandeur avant de décider de révoquer son statut intérimaire, en dépit du fait qu'il aurait sans doute pu savoir facilement où il se trouvait grâce aux autres renseignements figurant dans le dossier.

[20] Il convient de souligner que les lignes directrices du Ministère (*Guide de l'immigration : Traitement des demandes au Canada (IP)*). Chapitre IP 5 : Demande présentée par des immigrants au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire, article 17.3) donnent à penser que lorsqu'il y a eu perte de contact, un certain nombre d'efforts doivent être faits afin de retrouver le sujet. Ces lignes directrices mentionnent que lorsqu'un demandeur ne répond pas aux demandes de renseignements ou ne fournit pas sa nouvelle adresse, on peut prendre une décision « d'après l'information au dossier tant que le demandeur a été informé par courrier de la façon de transmettre sa réponse, du délai accordé et des conséquences d'une absence de réponse ». Ces lignes directrices mentionnent de plus que les agents doivent inscrire dans leurs fichiers informatiques « toute tentative de vérifier l'adresse actuelle du demandeur, par exemple recherche dans le bottin téléphonique local, appel au numéro de téléphone le plus récent fourni sur le formulaire de demande ou appel à d'autres personnes inscrites comme personnes-ressources ou représentants ». Ces recommandations laissent entendre que lorsque le Ministère sait que ses lettres d'avis n'ont pas été reçues, il existe une certaine obligation de faire quelques recherches quant au lieu où se trouve la personne visée. Cela est particulièrement important en l'espèce, compte tenu des nombreux échanges que le Ministère a eus avec le demandeur au fil des ans, lesquels donnaient à penser que le demandeur avait tenu le Ministère informé de façon assez régulière de ses déplacements et qu'il l'avait contacté régulièrement.

[21] La présente cause est unique parce que le demandeur a témoigné qu'il avait prévenu le Ministère

move to Chilliwack, but the Department continued to use his Harrison Hot Springs address. I have no reason to discount the validity of that evidence or his evidence of not receiving the Department's letters. It is indisputable that two notice letters were undelivered and there were at least two other documented, albeit unrelated, instances of correspondence between the applicant and the Department which either went astray or which were overlooked. These are the kinds of errors that routinely occur in business environments involving the handling and exchange of large volumes of documents. The question, of course, is who should bear the consequences of an error of this sort: to my way of thinking, it is the party who makes the error and not the party adversely affected by it. This is particularly the case where the Department is aware that its notices have not been received, and yet does nothing to determine a person's whereabouts. From the Department's record in this case, it is also not clear that the officer who decided to refuse the application for landing was even aware that its notification correspondence had been returned as undelivered.

[22] I do not mean to suggest by these reasons that the Department must exhaust every tracing possibility. But some effort to that end is essential in cases like this, at least to the extent recognized by the Department's own guidelines.

[23] In these particular circumstances, I am satisfied that the Department did not meet the duty of fairness owed to the applicant with respect to the giving of effective notice. This failure was entirely inadvertent but does require that the decision to refuse the applicant's application for permanent residence be set aside, with that matter to be remitted to a different decision maker for reconsideration on the merits. The applicant shall be given a fresh opportunity to make submissions to the Department with respect to the perfection of his application for permanent residency. I am, of course, assuming that any subsequent steps taken by the Department or by any other agency of the Government

de son déménagement à Chilliwack, mais le Ministère a continué de se servir de son adresse d'Harrison Hot Springs. Je n'ai aucune raison de rejeter la validité de ce témoignage ou de son témoignage qu'il n'a pas reçu les lettres du Ministère. Il est incontestable que deux lettres d'avis n'ont pas été livrées et qu'il y a eu au moins deux autres cas documentés, quoique non liés, d'échange de correspondance entre le demandeur et le Ministère où les lettres ont été égarées ou n'ont pas été prises en compte. C'est le genre d'erreurs qui se produisent régulièrement dans des environnements de travail comportant la manipulation et l'échange d'une grande quantité de documents. La question qui se pose, évidemment, est qui devrait assumer les conséquences d'une telle erreur : dans mon esprit, c'est la partie qui commet l'erreur et non pas la partie qui en subi l'effet préjudiciable. Cela est particulièrement vrai lorsque le Ministère sait que ses avis n'ont pas été reçus et qu'il ne fait rien pour connaître le lieu où se trouve la personne visée. Si on se fie au dossier du Ministère en l'espèce, il n'est pas non plus clair que l'agent qui a décidé de rejeter la demande d'établissement savait que ses lettres d'avis avaient été retournées parce qu'elles n'avaient pas pu être remises.

[22] Je ne veux pas dire par les présents motifs que le Ministère doit tenter de retracer le demandeur par tous les moyens possibles. Il est essentiel qu'un certain nombre d'efforts à cet égard soient faits dans des affaires comme celle en l'espèce, au moins dans la mesure reconnue dans les lignes directrices du Ministère.

[23] Dans les présentes circonstances, je suis convaincu que le Ministère ne s'est pas acquitté de son devoir d'agir équitablement envers le demandeur en ce qui concerne la délivrance d'un avis valide. Cette omission s'est produite tout à fait par inadvertance mais exige que la décision de rejeter la demande de résidence permanente présentée par le demandeur soit annulée et que l'affaire soit renvoyée à un décideur différent afin que celui-ci l'examine à nouveau sur le fond. Le demandeur doit se voir accorder une nouvelle occasion de présenter des observations au Ministère afin de mettre au point sa demande de résidence permanente. Je présume, évidemment, que toute mesure subséquente

will be either reversed or held in abeyance pending this re-determination.

[24] I give both parties the opportunity to propose a certified question within seven days of this decision with a right of reply within the following three days.

JUDGMENT

THIS COURT ADJUDGES that:

1. This application is allowed and that the respondent's decision to refuse the applicant's application for permanent residence is hereby set aside, with the matter to be remitted to a different decision maker for reconsideration on the merits; and
2. Both parties shall have the opportunity to propose a certified question within seven days of this order with a right of reply within the following three days.

prise par le Ministère ou par un autre organisme du gouvernement sera soit infirmée, soit mise en suspens en attendant que la nouvelle décision soit rendue.

[24] Je donne aux deux parties l'occasion de proposer une question à certifier dans les sept jours suivant la date de la présente décision et de répliquer dans les trois jours qui suivent.

JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. La présente demande est accueillie et la décision du défendeur de rejeter la demande de résidence permanente présentée par le demandeur est annulée et l'affaire est renvoyée à un décideur différent afin que celui-ci l'examine à nouveau sur le fond.
2. Les deux parties se voient accorder l'occasion de proposer une question à certifier dans les sept jours suivant la date de la présente décision et de répliquer dans les trois jours qui suivent.

T-937-04
2006 FC 727

T-937-04
2006 CF 727

Abdurahman Khadr (*Applicant*)

Abdurahman Khadr (*demandeur*)

v.

c.

Attorney General of Canada (*Respondent*)

Procureur général du Canada (*défendeur*)

INDEXED AS: KHADR v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (F.C.)

RÉPERTORIÉ : KHADR c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.F.)

Federal Court, Phelan J.—Toronto, December 5 and 6, 2005; Ottawa, June 8, 2006.

Cour fédérale, juge Phelan—Toronto, 5 et 6 décembre 2005; Ottawa, 8 juin 2006.

Crown — Prerogatives — Judicial review of decision made under Crown prerogative by Minister of Foreign Affairs to deny issuance of passport — Applicant Canadian citizen, issued Canadian passport scheduled to expire in November 2004 — Application for replacement passport made in accordance with Canadian Passport Order — No known or stated grounds upon which to refuse to issue passport — Decision actually made by Minister, not Passport Office — Grant, refusal of passport matter within Crown prerogative — Source of power for issuance of passports royal prerogative — Prerogative can only be abolished, exhausted by clear words in statute, by necessary implication from words in statute — Canadian Passport Order not being statute, not raising necessary implication prerogative exhausted — Application allowed.

Couronne — Prerogatives — Contrôle judiciaire d'une décision, prise par le ministre des Affaires étrangères dans l'exercice de la prerogative de la Couronne, de refuser la délivrance d'un passeport — Le demandeur, un citoyen canadien, s'est vu délivrer un passeport venant à expiration en novembre 2004 — Il a présenté sa demande de passeport de remplacement en conformité avec le Décret sur les passeports canadiens — Il n'y avait aucun motif connu de refuser de lui délivrer un passeport — La décision avait en fait été prise par le ministre, et non par le Bureau des passeports — L'octroi ou le refus d'un passeport est une question qui relève de la prerogative de la Couronne — La source du pouvoir de délivrer des passeports est la prerogative royale — La prerogative ne peut être abolie ou épuisée que par les dispositions claires d'une loi ou par implication nécessaire découlant des dispositions d'une loi — Il ne peut ressortir par implication nécessaire du Décret sur les passeports canadiens, comme il ne s'agit pas d'une loi, que la prerogative a été épuisée — Demande accueillie.

Federal Court Jurisdiction — Judicial review of refusal to issue new passport to applicant — Source of power for issuance of passports royal prerogative — Federal Court previously taking jurisdiction in matters involving Crown prerogative — Matter justiciable, amenable to judicial review if subject-matter affects rights, legitimate expectations of individual — Refusal to issue passport for improper purpose, without affording procedural fairness, judicially reviewable — Federal Court having jurisdiction on grounds Minister's decision not to issue passport "order", pursuant to exercise of prerogative falling within Federal Courts Act, s. 2(1) definition and under purposive interpretation of Federal Courts Act, s. 18 — Order made pursuant to exercise of Crown prerogative squarely within exclusive jurisdiction of Federal Court.

Compétence de la Cour fédérale — Contrôle judiciaire du refus de délivrer un nouveau passeport au demandeur — La source du pouvoir de délivrer des passeports est la prerogative royale — Dans le passé, la Cour fédérale s'est reconnue compétente dans des affaires mettant en cause la prerogative de la Couronne — Une question est justiciable et susceptible de contrôle judiciaire si son objet porte atteinte aux droits ou aux attentes légitimes d'un individu — Le refus de délivrer un passeport dans un but irrégulier ou sans qu'il y ait équité procédurale pour l'intéressé est susceptible de contrôle judiciaire — La Cour fédérale a compétence au motif que la décision du ministre de ne pas délivrer un passeport, prise dans l'exercice de la prerogative de la Couronne, était une « ordonnance » et tombait sous le coup de l'art. 2(1) de la Loi sur les Cours fédérales et, suivant l'interprétation fondée sur l'objet, de l'art. 18 de la Loi sur les Cours fédérales — L'ordonnance prise dans l'exercice de la prerogative de la Couronne relève directement de la compétence exclusive de la Cour fédérale.

Administrative Law — Judicial Review — Grounds of Review — Applicant initially advised by Passport Office of decision to refuse to issue passport — Decision actually made by Minister of Foreign Affairs, not Passport Office — Whether applicant entitled, on grounds of procedural fairness, to have passport application dealt with by Passport Office, as stipulated in Canadian Passport Order — Content of duty of procedural fairness depending on number of factors — Principle of legitimate expectation requiring government to follow processes, procedures, regular practices held out to individual, public at large — Minister's decision contrary to fairness principle generally, to legitimate expectation Minister directly and through Department officials created — Applicant entitled to have legitimate expectation met.

Constitutional Law — Charter of Rights — Mobility Rights — Applicant arguing Minister's refusal to issue new passport contrary to Charter, s. 6 — Primary purpose of s. 6(1) to guarantee right to remain in Canada — Canadian government recognizing importance of passport even for entry into Canada — Access to passport manifestation of exercise of Charter right — Importance of passport meaning principle of fairness must be closely, rigorously adhered to.

Constitutional Law — Charter of Rights — Life, Liberty and Security — Applicant submitting denial of passport violation of right to liberty, contrary to principles of fundamental justice — Liberty more than freedom from physical restraint, including personal autonomy — S. 7 right to liberty encompassing only matters properly characterized as fundamentally, inherently personal — Right to leave Canada not constituting s. 7 right to liberty.

Construction of Statutes — Provisions of Federal Courts Act should be read purposefully to give effect to objects, aims of legislation, subjecting exercise of federal decision-making powers to Court's supervisory jurisdiction — In face of two acknowledged reasonable interpretations, court must find which one better according with purpose of legislation, intent of section, avoiding inconsistency, problems — Interpretation of "may" in Canadian Passport Order, ss. 4, 9 — Under Interpretation Act, s. 11, "shall" to be construed as imperative, "may" as permissive — More consistent with purpose, intent of Canadian Passport Order to read "may" as granting permission to Canadian citizens to be issued passport.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Motifs — Le demandeur a été initialement avisé par le Bureau des passeports du rejet de sa demande de passeport — La décision avait en fait été prise par le ministre des affaires étrangères, et non par le Bureau des passeports — Le demandeur était-il en droit, pour des motifs d'équité procédurale, de voir sa demande de passeport traitée par le Bureau des passeports de la manière prévue dans le Décret sur les passeports canadiens? — La nature de l'obligation d'équité procédurale dépend d'un certain nombre de facteurs — Le principe de l'attente légitime requiert que le gouvernement suive les processus, les procédures et les pratiques habituelles comme il a annoncé qu'il le ferait à l'endroit d'un individu ou du grand public — La décision du ministre était contraire au principe d'équité de manière générale et à l'attente légitime que le ministre avait suscitée, directement ou par l'intermédiaire de fonctionnaires du ministère — Le demandeur avait droit à ce qu'on réponde à cette attente.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de circulation et d'établissement — Le demandeur a soutenu que le refus du ministre de lui délivrer un nouveau passeport était contraire à l'art. 6 de la Charte — L'objet premier de l'art. 6(1) est de garantir le droit de demeurer au Canada — Le gouvernement canadien reconnaît l'importance d'un passeport même aux fins de l'entrée au Canada — L'accès à un passeport est une manifestation de l'exercice d'un droit garanti par la Charte — Vu l'importance d'un passeport, il faut observer avec grande rigueur le principe d'équité.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Le demandeur a soutenu que lui refuser un passeport portait atteinte à son droit à la liberté et était contraire aux principes de justice fondamentale — La liberté, c'est davantage que d'échapper à la contrainte physique; cela comprend aussi l'autonomie personnelle — Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 vise uniquement les questions qui peuvent à juste titre être qualifiées de fondamentalement ou d'essentiellement personnelles — Le droit de sortir du Canada ne constitue pas un droit à la liberté garanti par l'art. 7.

Interprétation des lois — Il convient d'interpréter les dispositions de la Loi sur les Cours fédérales en se fondant sur le but visé de manière à ce que ses objets soient atteints, c'est-à-dire assujettir l'exercice des pouvoirs des décideurs fédéraux à la compétence de contrôle de la Cour — Face à deux interprétations reconnues comme étant raisonnables, la cour doit trouver celle qui s'accorde le mieux avec l'objet de la loi et le but des dispositions en cause, tout en évitant les incohérences et les problèmes — Interprétation du mot « peut » se trouvant aux art. 4 et 9 du Décret sur les passeports canadiens — Suivant l'art. 11 de la Loi d'interprétation, l'obligation s'exprime par l'indicatif présent du verbe porteur de sens principal, et l'octroi de pouvoirs,

This was an application for judicial review of a decision made by the Minister of Foreign Affairs pursuant to the Crown prerogative to deny the issuance of a new passport. The applicant, a Canadian citizen, was issued a Canadian passport in November 1999 with an expiry date of November 2004. Following the loss of his passport, the applicant applied to the Canadian Passport Office for a replacement passport in accordance with the *Canadian Passport Order*. There was no known basis upon which to refuse his application. However, by letter of April 16, 2004, from the Chief Executive Officer of the Passport Office, the applicant was informed that his application was denied. The letter did not state the grounds for the denial, the identity of the person who made the decision or the legal authority on which the decision was based. It took the applicant some time to determine that the decision had actually been made by the Minister and not the Passport Office. The principal reason for denying the passport—in the interests of national security—was based on concern about Canada-U.S. relations and public disapproval for issuing a passport to a member of an infamous family, many members of which are openly supporters of Al-Qaida. National security was not a ground for denial of a passport listed in the *Canadian Passport Order* at the time.

The applicant sought a declaration, pursuant to paragraph 18(1)(a) of the *Federal Courts Act*, that the Minister's decision was unlawful, unconstitutional, in violation of sections 6 and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore invalid. The respondent admitted that the Minister's decision was procedurally unfair and requested that it be quashed and the matter remitted to the Minister for re-determination in accordance with the amended *Canadian Passport Order*. It was agreed that the grant or refusal of a passport is a matter within the prerogative of the Crown, and that refusal of a passport application on the grounds of national security is not within the authority vested in the Passport Office by the *Canadian Passport Order* as it stood at the time of the applicant's application.

Held, the application should be allowed.

droits, d'autorisations ou de facultés s'exprime par le verbe « pouvoir » — Il est plus conforme à l'objet et à l'esprit du Décret sur les passeports canadiens d'interpréter le mot « peut » comme accordant aux citoyens canadiens la permission de se voir délivrer un passeport.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision, prise par le ministre des Affaires étrangères dans l'exercice de la prerogative de la Couronne, de refuser la délivrance d'un nouveau passeport. Le demandeur, un citoyen canadien, s'est vu délivrer en novembre 1999 un passeport venant à expiration en novembre 2004. Après avoir perdu son passeport, le demandeur a présenté au Bureau canadien des passeports une demande de passeport de remplacement, conformément au *Décret sur les passeports canadiens*. Il n'y avait aucun motif à l'appui du refus de lui délivrer un passeport. Toutefois, dans une lettre datée du 16 avril 2004, le président-directeur général du Bureau des passeports a informé le demandeur du rejet de sa demande de passeport. Les motifs du refus, l'identité du décideur et le fondement légal de la décision n'étaient pas précisés dans la lettre. Il a fallu un certain temps au demandeur pour apprendre que la décision avait en fait été prise par le ministre, et non par le Bureau des passeports. Le principal motif du refus de délivrance du passeport—l'intérêt de la sécurité nationale—était motivé par des soucis quant aux relations entre le Canada et les États-Unis et quant à la désapprobation du public relativement à la délivrance d'un passeport à un membre, d'une famille mal famée, dont plusieurs membres sont ouvertement des sympathisants d'Al-Qaida. Or, la sécurité nationale ne constituait pas à l'époque un motif de refus de délivrance de passeport énuméré dans le *Décret sur les passeports canadiens*.

Le demandeur demandait qu'il soit déclaré, en application de l'alinéa 18(1)a) de la *Loi sur les Cours fédérales*, que la décision du ministre était illégale, inconstitutionnelle et contraire aux articles 6 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*, et qu'elle était par conséquent invalide. Le défendeur a admis que la décision du ministre était inéquitable au plan de la procédure et a demandé qu'elle soit annulée et que l'affaire soit renvoyée au ministre pour que celui-ci rende une nouvelle décision, en conformité avec le *Décret sur les passeports canadiens* en sa version modifiée. Les parties ont convenu que l'octroi ou le refus d'un passeport est une question qui relève de la prerogative de la Couronne et que le rejet d'une demande de passeport pour des motifs de sécurité nationale ne faisait pas partie des pouvoirs conférés au Bureau des passeports par le *Décret sur les passeports canadiens*, en sa version en vigueur au moment de la demande du demandeur.

Jugement : la demande doit être accueillie.

(1) The first question was whether the exercise of the Crown prerogative was subject to judicial review and, if so, whether the Federal Court has jurisdiction to conduct that review. The Supreme Court of Canada has held that where the Crown prerogative violates an individual's rights provided under the Charter, the exercise of the prerogative can be reviewed by the Court. In *Black v. Canada (Prime Minister)*, the Ontario Court of Appeal ruled that a matter is justiciable and amenable to judicial review if its subject-matter affects the rights or legitimate expectations of an individual. The subject-matter herein, the granting of a single passport to an individual, was readily justiciable. The law is now that the refusal to issue a passport is justiciable, particularly where there are issues of Charter rights and questions of fairness and legitimate expectations. The Federal Court had jurisdiction over the exercise of Crown prerogative on both the grounds that the Minister's decision not to issue a passport was an "order" within the *Federal Courts Act*, subsection 2(1) definition and that a purposive interpretation of the *Federal Courts Act* indicates that Parliament intended the Federal Court to have exclusive jurisdiction over the exercise of the justiciable aspects of the federal exercise of the Crown prerogative. The Minister's decision was carried out by an order to officials to deny the passport application; as such, it was an order made pursuant to the exercise of the Crown prerogative and it fell squarely within the exclusive jurisdiction of the Federal Court. In *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, the Supreme Court of Canada underlined the intent of Parliament to grant to the Federal Courts general administrative jurisdiction over federal decision makers. The Federal Court has previously, either expressly or by action, taken jurisdiction in matters involving the Crown prerogative. The provisions of the *Federal Courts Act* should be read purposefully to give effect to its objects and aims, subjecting the exercise of federal decision-making powers to the Federal Court's supervisory jurisdiction. By including a reference to the Crown prerogative, Parliament intended the Federal Court to have jurisdiction over justiciable matter of that prerogative. Subsection 2(1) of the *Federal Courts Act* is aimed at control of the exercise of a federal power; it focusses on the source of the power, be it Parliament or the executive. In the face of two acknowledged reasonable interpretations, a court must find the one which better accords with the purpose of the legislation, the intent of the section, and avoids inconsistency and problems. Therefore, even where there is no order, the exercise of the federal Crown prerogative as the source of the power in the area of justiciable matters is within the jurisdiction of the Federal Courts under subsection 2(1) and specifically assigned to the Federal Court under section 18.

1) La première question était de savoir si l'exercice en cause de la prérogative de la Couronne était susceptible de contrôle judiciaire et, dans l'affirmative, si la Cour fédérale a compétence pour procéder à ce contrôle. La Cour suprême du Canada a statué que, lorsque l'exercice de la prérogative de la Couronne enfreint les droits garantis par la Charte à une personne, cet exercice est assujéti au contrôle de la Cour. Dans *Black v. Canada (Prime Minister)*, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé qu'une question est justiciable et susceptible de contrôle judiciaire si son objet porte atteinte aux droits ou aux attentes légitimes d'un individu. L'objet concerné, soit la délivrance d'un passeport à un seul individu, était d'emblée justiciable. Dans l'état du droit actuel, le refus de délivrer un passeport est justiciable, particulièrement lorsque sont soulevées des questions de droits garantis par la Charte ainsi que d'équité et d'attentes légitimes. Relativement à l'exercice de la prérogative de la Couronne, la Cour fédérale avait compétence tant parce que la décision du ministre de ne pas délivrer de passeport était une « ordonnance » au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, que parce qu'une interprétation de cette Loi qui est fondée sur l'objet révèle que le législateur voulait que la Cour fédérale ait compétence exclusive quant aux éléments justiciables de l'exercice de la prérogative de la Couronne fédérale. La décision du ministre a été mise à exécution au moyen d'une ordonnance enjoignant à des fonctionnaires de rejeter la demande de passeport; à ce titre, il s'agissait d'une ordonnance prise dans l'exercice de la prérogative de la Couronne et, partant, qui relevait directement de la compétence exclusive de la Cour fédérale. Dans l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, la Cour suprême du Canada a souligné l'intention du législateur d'accorder aux Cours fédérales une compétence administrative générale sur les décideurs fédéraux. Déjà dans le passé, la Cour fédérale, que ce soit expressément ou en agissant en ce sens, s'est reconnue compétente dans des affaires mettant en cause la prérogative de la Couronne. Il convient d'interpréter les dispositions de la *Loi sur les Cours fédérales* en se fondant sur le but visé de manière à ce que soit atteint son objet, soit assujettir l'exercice de pouvoirs de décideurs fédéraux au contrôle de la Cour. Vu la mention de la prérogative de la Couronne, il est manifeste que le législateur voulait que la Cour fédérale ait compétence sur les questions justiciables liées à l'exercice de cette prérogative. L'objet du paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Cours fédérales* est d'assurer le contrôle sur l'exercice d'un pouvoir fédéral; l'élément principal de la disposition, c'est son pouvoir, qu'il s'agisse du législateur ou de l'exécutif. Face à deux interprétations reconnues comme étant raisonnables, une cour doit trouver celle qui s'accorde le mieux avec l'objet de la loi et le but des dispositions en cause, tout en évitant les incohérences et les problèmes. Par conséquent, même en l'absence d'une ordonnance, l'exercice de la prérogative de la

(2) The applicant submitted that the Minister's decision to refuse the renewal of his passport was contrary to sections 6 and 7 of the Charter. While not determinative, the Charter arguments were addressed. Section 6 gives to citizens a right to enter, remain in and leave Canada. The Supreme Court of Canada has ruled that the primary purpose of subsection 6(1) of the Charter was to guarantee the right to remain in Canada. The Canadian government in its own published materials recognized the importance of a passport even for entry into Canada. Access to a passport is a manifestation of the exercise of a Charter right. The importance of a passport means that the principle of fairness must be closely and rigorously adhered to. As to section 7 of the Charter, the applicant argued that the denial of a passport violates the right to liberty and is contrary to the principles of fundamental justice. Liberty is more than freedom from physical restraint and includes personal autonomy. The section 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence. As such, the right to leave Canada does not constitute a section 7 right to liberty. The matter of choice to leave Canada is enshrined in section 6. If one provision of the Charter covers a specific freedom, other section should not be presumed to cover the same freedom.

(3) The applicant submitted that the *Canadian Passport Order* exhausts the Crown prerogative over passports. The source of power for the issuance of passports is the royal prerogative, both in the United Kingdom and Canada. The prerogative is the residue of discretionary or arbitrary authority left in the hands of the Crown; it is the Crown's power left over from that which was taken away by Parliament. The prerogative can only be abolished or exhausted by clear words in a statute or by necessary implication from words in a statute. There was no such statute at play in this case. The *Canadian Passport Order*, not being a statute, could not raise the necessary implication that the prerogative has been exhausted. While the prerogative may not have been exhausted and therefore remained in place, the executive could not exercise that prerogative in any manner it chooses. The power is still subject to other legal norms including the Charter and the duty of fairness. The issue remained whether the Minister could exercise the prerogative

Couronne fédérale en tant que source d'un pouvoir à l'égard de questions justiciables relève de la compétence des Cours fédérales prévue au paragraphe 2(1), et plus particulièrement conférée à la Cour fédérale par l'article 18.

2) Le demandeur a soutenu que la décision du ministre de lui refuser le renouvellement de son passeport était contraire aux articles 6 et 7 de la Charte. Même si elles n'étaient pas déterminantes, les questions relatives à la Charte ont été examinées. L'article 6 confère à tout citoyen le droit de demeurer au Canada, d'y entrer et d'en sortir. La Cour suprême a conclu que l'objet premier du paragraphe 6(1) était de garantir le droit de demeurer au Canada. Dans ses propres documents publiés, le gouvernement canadien reconnaît l'importance d'un passeport, même aux fins de l'entrée au Canada. L'accès à un passeport est une manifestation de l'exercice d'un droit garanti par la Charte. Il faut donc, vu l'importance d'un passeport, observer avec grande rigueur le principe d'équité. Quant à l'article 7 de la Charte, le demandeur a soutenu que lui refuser un passeport porte atteinte à son droit à la liberté, ce qui est contraire aux principes de justice fondamentale. La liberté, c'est davantage que d'échapper à la contrainte physique; cela comprend aussi l'autonomie personnelle. Le droit à la liberté garanti par l'article 7 vise uniquement les questions qui peuvent à juste titre être qualifiées de fondamentalement personnelles et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles. À ce titre, le droit de sortir du Canada ne constitue pas un droit à la liberté garanti par l'article 7. Le droit au choix de sortir du Canada a été consacré à l'article 6. Si une disposition de la Charte porte sur une liberté particulière, il y a lieu de présumer que les autres dispositions de la Charte ne visent pas cette même liberté.

3) Le demandeur a soutenu que le *Décret sur les passeports canadiens* épuise l'exercice de la prerogative de la Couronne relativement aux passeports. La source du pouvoir de délivrer des passeports est la prerogative royale, tant au Royaume-Uni qu'au Canada. La prerogative est constituée des pouvoirs discrétionnaires ou arbitraires qui restent aux mains de la Couronne; ce sont les pouvoirs laissés à la Couronne après ceux que le Parlement lui a pris. La prerogative ne peut être abolie ou épuisée que par les dispositions claires d'une loi ou par implication nécessaire découlant des dispositions d'une loi. Aucune pareille loi n'était en jeu en l'espèce. Il ne peut ressortir par implication nécessaire du *Décret sur les passeports canadiens*, comme il ne s'agit pas d'une loi, que la prerogative a été épuisée. Même si la prerogative peut ne pas avoir été épuisée et reste donc toujours en application, cela ne veut toutefois pas dire que l'exécutif peut l'exercer comme bon lui semble. Ce pouvoir est toujours assujéti à d'autres normes juridiques, y compris la Charte et l'obligation d'agir

given that an order in council governed the administration of passports. There is nothing in the *Canadian Passport Order*, other than that it emanated from Cabinet, to suggest that the power to deal with passports had been transferred to the Governor in Council. Where the prerogative can be exercised by other than the Governor in Council, the only issue was which minister or other authority may do so. In this case, the Minister of Foreign Affairs was the appropriate Crown minister to exercise that authority.

(4) The respondent acknowledged that the Minister had breached the duty of fairness by failing to give notice and an opportunity to be heard. The applicant would have expected, on grounds of procedural fairness, to have his passport application dealt with by the Passport Office as stipulated in the *Canadian Passport Order*. The content of the duty of procedural fairness depends on a number of factors, including the importance of the decision to the individual or individuals affected and the legitimate expectations of the person challenging the decision. The word “may” appears three times in the *Canadian Passport Order* as it stood at the time of the applicant’s passport application. For example, subsection 4(1) states that “Subject to this Order, any person who is a Canadian citizen under the Act may be issued a passport”; and section 9 provides that “The Passport Office may refuse to issue a passport to an applicant [on seven different grounds]”. Section 11 of the *Interpretation Act* states that “‘shall’ is to be construed as imperative” and “‘may’ as permissive”. It is more consistent with the purpose and intent of the *Canadian Passport Order* to read the verb “may” as granting permission to Canadian citizens to be issued a passport. The authority granted by the verb “may” is exhausted by the grounds listed in section 9 for the refusal of a passport. Although “may” implies discretion, it can, in certain circumstances, carry with it an obligation. The obligation imported by “may” in section 9 of the Order is one of refusal. The Order gives to the Passport Office the power, coupled with the duty, to refuse a passport to a person who falls into one of the conditions enumerated.

In respect of the applicant’s legitimate expectations, the Supreme Court of Canada has confirmed that this principle is part of the doctrine of fairness or natural justice. It does not create substantive rights. The principle of legitimate expectation requires that government, at a minimum, follow

équitablement. Il restait la question de savoir si le ministre pouvait exercer la prérogative, étant donné qu’un décret régissait l’administration des passeports. Rien dans le *Décret sur les passeports canadiens* ne donne à entendre, si ce n’est qu’il émane du Cabinet, que ce pouvoir a été transféré au gouverneur en conseil. Lorsque la prérogative peut être exercée par une personne autre que le gouverneur en conseil, la seule question qui se pose est de savoir quel ministre ou quelle autre autorité peut le faire. En l’espèce, le ministre des Affaires étrangères était le ministre de la Couronne à qui il revenait d’exercer ce pouvoir.

4) Le défendeur a reconnu que le ministre avait manqué à son obligation d’agir équitablement en refusant de donner avis au demandeur et de lui fournir l’occasion d’être entendu. Le demandeur se serait attendu, pour des motifs d’équité procédurale, à ce que ce soit le Bureau canadien des passeports qui traite sa demande de passeport de la manière prévue dans le *Décret sur les passeports canadiens*. La nature de l’obligation d’équité procédurale dépend d’un certain nombre de facteurs, notamment l’importance de la décision pour les personnes visées et les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision. On a recouru au mot « peut » à trois reprises dans le *Décret sur les passeports canadiens* en sa teneur au moment de la présentation de la demande de passeport du demandeur. Par exemple, selon le paragraphe 4(1), « [s]ous réserve du présent décret, un passeport peut être délivré à toute personne qui est un citoyen canadien en vertu de la Loi » et l’article 9 dispose que « [L]e bureau des passeports peut refuser de délivrer un passeport à un requérant qui [suit une liste de sept motifs de refus] ». Selon l’article 11 de la *Loi d’interprétation*, l’obligation s’exprime essentiellement par l’indicatif présent du verbe porteur de sens principal, et l’octroi de pouvoirs, de droits, d’autorisations ou de facultés s’exprime essentiellement par le verbe « pouvoir ». Il est plus conforme à l’objet et à l’esprit du *Décret sur les passeports canadiens* d’interpréter le mot « peut » comme accordant aux citoyens canadiens la permission de se voir délivrer un passeport. Les motifs énumérés à l’article 9 pour le refus de délivrance d’un passeport épuisent le pouvoir découlant du verbe « peut ». Bien que le mot « peut » laisse entendre un pouvoir discrétionnaire, il peut créer une obligation dans certaines circonstances. L’obligation indiquée par le mot « peut » à l’article 9 en est une de refus. Le Décret confère au Bureau des passeports le pouvoir, assorti du devoir, de refuser la délivrance d’un passeport à une personne qui est visée par l’une des conditions énumérées.

Pour ce qui est des attentes légitimes du demandeur, la Cour suprême du Canada a confirmé que ce principe est un élément de la doctrine de l’équité ou de la justice naturelle. Il n’en découle pas des droits matériels. Le principe de l’attente légitime requiert que le gouvernement, à tout le moins, suive

the processes, procedures and regular practices which it has held out to either an individual or the public at large. The applicant was informed by the Chief Executive Officer of the Canadian Passport Office, without any indication of ministerial direction, that his passport application was denied leading to the inference that officials at Passport Office made the decision. The clandestine decision making was never explained either as to its necessity or how it accords with the principle of procedural fairness. Knowing who the decision maker is or may be is an important aspect of the rules of natural justice and procedural fairness. It is an aspect of the principles of natural justice and fairness that one know the case one must meet. As one is entitled to notice of a proceeding, one is entitled to know who will decide and the basis on which the decision can be made. The Minister's decision was contrary to the fairness principle generally and to that legitimate expectation that the Minister directly and through officials of the Department created. The applicant was entitled to have that legitimate expectation met. That the applicant would not necessarily qualify as a model citizen did not disentitle him to the application of fairness and natural justice to his passport application.

(5) The respondent asked that the Court send the matter back to the Minister and that it be dealt with under the 2004 *Canadian Passport Order*. The respondent's proposed remedy would authorize the Minister to decide the passport application on the basis of new criteria not in place at the time the applicant made his filing. This would in fact give retrospective effect to the 2004 CPO, something not specifically authorized in that Order. To remit the matter to the Minister on that basis would be to violate the presumption against retroactivity of laws. Nothing in the 2004 CPO would suggest that retroactive effect. The doctrine of legitimate expectation is a significant procedural protection to the public at large from arbitrary government action. Its goal is to put the person, at least procedurally, in the same position as if the impugned decision or action had not occurred. The only way in which that can occur is to remit the matter back to the Passport Office to be dealt with by it in accordance with the *Canadian Passport Order* as it was when the passport application was submitted.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act*

les processus, les procédures et les pratiques habituelles comme il a annoncé qu'il le ferait à l'endroit d'un individu ou du grand public. Le président-directeur général du Bureau des passeports a informé le demandeur, sans lui faire mention d'une directive ministérielle, que sa demande de passeport était rejetée, amenant ce dernier à conclure que la décision avait été prise par des fonctionnaires du Bureau des passeports. On ne lui a jamais donné d'explications quant à la nécessité du processus clandestin de prise de décision ni quant à sa conformité avec les principes d'équité procédurale. Savoir qui est ou pourrait être le décideur est un aspect important des règles de justice naturelle et d'équité procédurale. L'un des principes de justice naturelle et d'équité procédurale, c'est que l'intéressé doit savoir ce qu'il lui faudra démontrer. Au même titre que l'intéressé a le droit d'être avisé de l'existence d'une procédure, il a le droit de savoir qui sera le décideur et sur quels fondements ce dernier pourra prendre sa décision. La décision du ministre était contraire au principe d'équité de manière générale et à l'attente légitime que le ministre avait suscitée, directement ou par l'intermédiaire de fonctionnaires du ministère. Le demandeur avait droit à ce qu'on réponde à cette attente. Le fait que le demandeur ne soit pas nécessairement qualifié de citoyen modèle ne devait pas le priver du droit de voir les principes d'équité et de justice naturelle s'appliquer à sa demande de passeport.

5) Le défendeur a demandé à la Cour de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'elle soit traitée en conformité avec le *Décret sur les passeports canadiens* de 2004. Si la mesure de réparation proposée par le défendeur était retenue, le ministre serait autorisé à statuer sur la demande de passeport en se fondant sur les nouveaux critères, qui n'étaient pas en vigueur au moment où le demandeur a présenté sa demande. Dans les faits, cela donnerait un effet rétroactif au Décret 2004, ce qui n'est pas expressément autorisé par les dispositions de ce Décret. Renvoyer l'affaire au ministre selon cette modalité enfreindrait la présomption de non-rétroactivité des lois. Aucune disposition du Décret 2004 ne laisse entendre que celui-ci doit avoir un effet rétroactif. La doctrine de l'attente légitime constitue une importante protection procédurale pour le public en général à l'encontre des mesures gouvernementales arbitraires. Le but est de placer l'intéressé, du moins au plan de la procédure, dans la même position où il se serait trouvé si la décision ou l'acte contesté n'avait pas eu lieu. Le seul moyen d'y parvenir est de renvoyer l'affaire au Bureau des passeports pour qu'il la traite conformément au *Décret sur les passeports canadiens* en sa teneur au moment de la présentation de la demande de passeport.

LOIS ET RÉGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B,

1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 6, 7.
Canadian Passport Order, SI/81-86, ss. 2 “Passport Office”, 4 (as am. by SI/2004-113, s. 3), 9, 10, 10.1 (as enacted *idem*, s. 5).
Canadian Passport Regulations, C.R.C., c. 641.
Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 2(1) “federal board, commission or other tribunal” (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 18 (as am. *idem*, s. 4).
Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 2(1) “federal board, commission or other tribunal” (as am. *idem*, s. 15), 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26).
Interpretation Act, R.S.C., 1985, c. I-21, ss. 2, 11, 17.
Order Amending the Canadian Passport Order, SI/2004-113, ss. 3, 5.

Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 6, 7.
Décret modifiant le Décret sur les passeports canadiens, TR/2004-113, art. 3, 5.
Décret sur les passeports canadiens, TR/81-86, art. 2 « Bureau des passeports », 4 (mod. par TR/2004-113, art. 3), 9, 10, 10.1 (édicte, *idem*, art. 5).
Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 2, 11, 17.
Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29.
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).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 2(1) « office fédéral » (mod., *idem*, art. 15), 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26).
Règlement sur les passeports canadiens, C.R.C., ch. 641.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Black v. Canada (Prime Minister) (2001), 54 O.R. (3d) 215; 199 D.L.R. (4th) 228; 147 O.A.C. 141 (C.A.) (as to the justiciability of the Crown prerogative); *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; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; (1977), 52 D.L.R. (4th) 577; 47 C.R.R. (2d) 1; 43 M.P.L.R. (2d) 1; 219 N.R. 1; *Ross River Dena Council Band v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 816; (2002), 213 D.L.R. (4th) 193; [2002] 9 W.W.R. 391; 168 B.C.A.C. 1; 3 B.C.L.R. (4th) 201; [2002] 3 C.N.L.R. 229; 289 N.R. 233; 2002 SCC 54; *Brink's Canada Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 2 F.C. 113; (1996), 39 Admin. L.R. (2d) 203; 96 CLLC 230-010; 105 F.T.R. 215 (T.D.).

NOT FOLLOWED:

Black v. Canada (Prime Minister) (2001), 54 O.R. (3d) 215; 199 D.L.R. (4th) 228; 147 O.A.C. 141 (C.A.) (on the issue of jurisdiction).

CONSIDERED:

Khadr v. Canada (Attorney General) (2004), 49 Imm. L.R. (3d) 292; 2004 FC 1719; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.); *Mount Sinai*

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Black v. Canada (Prime Minister) (2001), 54 O.R. (3d) 215; 199 D.L.R. (4th) 228; 147 O.A.C. 141 (C.A.) (quant au caractère justiciable de la prérogative de la Couronne); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 816; 2002 CSC 54; *Brink's Canada Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 2 C.F. 113 (1^{re} inst.).

DÉCISION NON SUIVIE :

Black v. Canada (Prime Minister) (2001), 54 O.R. (3d) 215; 199 D.L.R. (4th) 228; 147 O.A.C. 141 (C.A.) (quant à la question de compétence).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Khadr c. Canada (Procureur général), 2004 CF 1719; *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.); *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281; 2001

Hospital Centre v. Quebec (Minister of Health and Social Services), [2001] 2 S.C.R. 281; 200 D.L.R. (4th) 193; 36 Admin. L.R. (3d) 71; 271 N.R. 104; 2001 SCC 41; *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465; (1990), 73 D.L.R. (4th) 289; 1 C.R.R. (2d) 193; 114 N.R. 255 (C.A.); *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165; (2004), 244 D.L.R. (4th) 422; 327 N.R. 160; 2004 FCA 172; *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626; (1998), 157 D.L.R. (4th) 385; 6 Admin. L.R. (3d) 1; 22 C.P.C. (4th) 1; 224 N.R. 241; *United States of America v. Cotroni*; *United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469; (1989), 23 Q.A.C. 182; 96 N.R. 321; 48 C.C.C. (3d) 193; *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1994] 1 F.C. 102; (1993), 19 Admin. L.R. (2d) 91; 11 C.E.L.R. (N.S.) 1; 64 F.T.R. 127 (T.D.); *Canadian Pacific Railway Co. v. Vancouver (City)*, [2006] 1 S.C.R. 227; (2006), 262 D.L.R. (4th) 454; 221 B.C.A.C. 1; 88 L.C.R. 161; 18 M.P.L.R. (4th) 1; 35 N.R. 140; 40 R.P.R. (4th) 159; 2006 SCC 5; *R. v. S.(S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254; (1990), 57 C.C.C. (3d) 115; 77 C.R. (3d) 273; 49 C.R.R. 79; 110 N.R. 321; 41 O.A.C. 81; *Julius v. Lord Bishop of Oxford and another*, [1874-80] All E.R. Rep. 43 (H.L.); *Brown v. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43 (C.A.).

REFERRED TO:

Schreiber v. Canada (Attorney General), [2000] 1 F.C. 427; (1999), 174 F.T.R. 221 (T.D.); *Copello v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, [2002] 3 F.C. 24; (2001), 39 Admin. L.R. (3d) 89; 213 F.T.R. 272; 2001 FCT 1350; *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, [2002] 1 S.C.R. 405; (2002), 245 N.B.R. (2d) 299; 209 D.L.R. (4th) 564; 31 C.C.P.B. 55; 17 C.P.C. (5th) 1; 91 C.R.R. (2d) 1; 282 N.R. 201; 2002 SCC 13; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271; (1975), 66 D.L.R. (3d) 449; [1976] CTC 1; 75 DTC 5451; 7 N.R. 401.

APPLICATION for judicial review of a decision by the Minister of Foreign Affairs denying the issuance of a passport pursuant to an exercise of the Crown prerogative. Application allowed.

APPEARANCES:

Clayton C. Ruby and *Jai Dhar* for applicant.
Peter M. Southey and *Michael H. Morris* for respondent.

CSC 41; *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.); *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165; 2004 CAF 172; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*; *États-Unis d'Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1994] 1 C.F. 102 (1^{re} inst.); *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, [2006] 1 R.C.S. 227; 2006 CSC 5; *R. c. S. (S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254; *Julius v. Lord Bishop of Oxford and another*, [1874-80] All E.R. Rep. 43 (H.L.); *Brown v. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43 (C.A.).

DÉCISIONS CITÉES :

Schreiber c. Canada (Procureur général), [2000] 1 C.F. 427 (1^{re} inst.); *Copello c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [2002] 3 C.F. 24; 2001 CFPI 1350; *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405; (2002), 245 R.N.-B. (2^e) 299; 2002 CSC 13; *Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision, prise par le ministre des Affaires étrangères dans l'exercice de la prérogative de la Couronne, de refuser la délivrance d'un passeport. Demande accueillie.

ONT COMPARU :

Clayton C. Ruby et *Jai Dhar* pour le demandeur.
Peter M. Southey et *Michael H. Morris* pour le défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Ruby & Edwardh, Toronto, for applicant.
Deputy Attorney General of Canada for respondent.

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

PHELAN J. :

I. OVERVIEW

[1] This judicial review concerns a Canadian citizen, who is neither convicted nor charged with any offence nor said to be a threat to Canada, who applied for his passport renewal for which he qualified in all respects under the existing provisions. The government, recognizing that the applicant was entitled to his passport, changed the qualifications, without notice to anyone, to deprive the applicant of his passport. This is the judicial review of the decision to deny the issuance of the passport, a decision made pursuant to an exercise of the prerogative of the Crown.

[2] The above neutral description is the legally relevant synopsis of what occurred. However, the description lacks the colour of the surrounding facts, that the applicant is a member of a family, many of whom are openly supporters of Al-Qaida. The principal reason for denying the passport—in the interests of national security—was based on concern about Canada-U.S. relations and public disapproval for issuing a passport to a member of such an infamous family. National security was not a ground for denial of a passport listed in the *Canadian Passport Order* [SI/81-86] at the time.

[3] The principal issues raised by this case can be summarized as follows:

- the jurisdiction of the Federal Court over the exercise of the Crown prerogative;

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Ruby & Edwardh, Toronto, pour le demandeur.
Le sous-procureur général du Canada pour le défendeur.

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

LE JUGE PHELAN :

I. APERÇU

[1] Le présent contrôle judiciaire concerne un citoyen canadien, qui n'a été ni inculpé ni déclaré coupable d'une infraction, ni n'a été déclaré constituer une menace pour le Canada, et qui a demandé le renouvellement de son passeport, pour lequel il était admissible à tous égards en vertu des dispositions législatives existantes. Reconnaissant que le demandeur avait ainsi droit à son passeport, le gouvernement a modifié les conditions d'admissibilité, sans en aviser quiconque, de manière à priver le demandeur de son passeport. Il s'agit du contrôle judiciaire de la décision de refuser la délivrance du passeport, une décision prise dans l'exercice de la prérogative de la Couronne.

[2] La description à caractère neutre ci-dessus est un résumé d'ordre juridique de ce qui s'est produit. Il manque toutefois à cette description l'éclairage du contexte factuel, soit que le demandeur fait partie d'une famille dont bien des membres sont ouvertement des sympathisants d'Al-Qaida. Le principal motif du refus de délivrance du passeport—l'intérêt de la sécurité nationale—était motivé par des soucis quant aux relations entre le Canada et les États-Unis et quant à la désapprobation par le public d'une telle délivrance à un membre d'une famille si mal famée. Or, la sécurité nationale ne constituait pas à l'époque un motif de refus de délivrance de passeport énuméré dans le *Décret sur les passeports canadiens* [TR/81-86].

[3] On peut résumer comme suit les principales questions soulevées par la présente affaire :

- la compétence de la Cour fédérale relativement à l'exercice de la prérogative de la Couronne;

- who can exercise the prerogative in respect of the *Canadian Passport Order*;
 - whether the prerogative was exhausted by the *Canadian Passport Order*;
 - the role of the Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], in particular section 6 (mobility rights), section 7 (liberty and security of the person), and section 1 (reasonable limitation), in the exercise of the prerogative;
 - the applicability of the doctrine of legitimate expectation; and
 - the appropriate remedy, if any.
- la question de savoir qui peut exercer la prérogative à l'égard du *Décret sur les passeports canadiens*;
 - la question de savoir si le *Décret sur les passeports canadiens* épuise la portée de la prérogative;
 - le rôle de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]], en particulier l'article 6 (la liberté de circulation), l'article 7 (la liberté et la sécurité de la personne) et l'article premier (les limites raisonnables), dans l'exercice de la prorogative;
 - l'applicabilité de la doctrine de l'attente légitime;
 - la mesure de redressement appropriée, s'il en est.

[4] For the reasons which follow, I have concluded that, in this case, every citizen is entitled to be treated, procedurally at least, in the manner in which the government says his or her rights or interests will be dealt with. It is part of our law of procedural fairness that in order to know the case one must meet, one is entitled to know who will decide and on what criteria the decision may be based. As a result, the applicant will be entitled to have his passport renewal dealt with by the Passport Office in accordance with the *Canadian Passport Order* as it stood at the time he applied for renewal of that passport. However, nothing in these reasons should be held to conclude that the respondent is prevented from immediately taking steps to revoke the passport on the grounds now enumerated in the amended *Canadian Passport Order*, if such grounds exist.

II. BACKGROUND

[5] This is an application for judicial review in respect of the April 16, 2004 denial of Abdurahman Khadr's (Khadr) passport application purportedly made by the Passport Office, Department of Foreign Affairs and International Trade. The actual decision was made by the Minister of Foreign Affairs (Minister) on March 3,

[4] Pour les motifs qui suivent, j'ai conclu qu'en l'espèce, tout citoyen a le droit d'être traité, du moins au plan de la procédure, de la manière dont le gouvernement dit que seront traités ses droits et ses intérêts. Selon les règles de notre droit en matière d'équité procédurale, l'intéressé a le droit de savoir qui rendra la décision, et sur le fondement de quels critères afin de savoir ce qu'il lui faudra démontrer. Ainsi, le demandeur a droit à ce que le Bureau des passeports traite sa demande de renouvellement de passeport en conformité avec le *Décret sur les passeports canadiens*, tel qu'il était libellé au moment de la présentation de la demande. Toutefois, les présents motifs ne permettent aucunement de conclure que le défendeur ne peut immédiatement prendre les mesures requises pour révoquer le passeport pour l'un des motifs, s'il en est, maintenant énumérés dans le *Décret sur les passeports canadiens*, en sa version modifiée.

II. LE CONTEXTE

[5] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire relative à la décision censément prise par le Bureau des passeports, ministère des Affaires étrangères et du Commerce international, le 16 avril 2004, de rejeter la demande de passeport présentée par Abdurahman Khadr (M. Khadr). La véritable décision a toutefois été prise

2004. The judicial review includes a review of a decision of the Minister to refuse the applicant access to passport services pursuant to the exercise of the Crown prerogative. However, the central issue is the refusal to issue a new passport.

[6] The applicant seeks a declaration, pursuant to paragraph 18(1)(a) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act* [R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)] that the Minister's decision is unlawful, unconstitutional, is a violation of sections 6 and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and therefore invalid. As a remedy, the applicant seeks an order of *mandamus* directing the Minister to issue or cause to be issued a passport to him.

[7] The respondent, in the course of the litigation, admitted that the Minister's decision was procedurally unfair, largely through failure to disclose certain information. The respondent requested that the decision be quashed and the matter remitted to the Minister for re-determination in accordance with the amended *Canadian Passport Order*.

[8] Given the Minister's concession, the respondent had argued, in a motion to amend the application for judicial review, that the whole matter was moot because of the Minister's concession. Justice MacKay (sitting as a Deputy Judge) [(2004), 49 Imm. L.R. (3d) 292 (F.C.)] concluded that the matter was not moot because the applicant contests the Minister's decision "in light of the principles of the Rule of Law and of the Charter" [at paragraph 12]. In summary, Justice MacKay concluded [at paragraph 18]:

The submissions invite this Court to ignore any questions concerning the jurisdiction of the Minister to make the decision of March 3. In my opinion, the proper exercise of the prerogative, by anyone purporting to be authorized, is a matter of concern to the Court when it is raised by an individual affected by the exercise.

par le ministre des Affaires étrangères (le ministre), le 3 mars 2004. Le contrôle judiciaire comprend l'examen d'une décision du ministre de refuser au demandeur, dans l'exercice de la prérogative de la Couronne, l'accès aux services des passeports. La question fondamentale en litige a toutefois trait au refus de délivrer un nouveau passeport.

[6] Le demandeur demande qu'il soit déclaré, en application de l'alinéa 18(1)a [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales* [L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], que la décision du ministre est illégale, inconstitutionnelle et contraire aux articles 6 et 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle est par conséquent invalide. Comme mesure de redressement, le demandeur conclut à une ordonnance de *mandamus* enjoignant au ministre de lui délivrer ou de lui faire délivrer un passeport.

[7] Le défendeur a admis pendant l'instance que la décision du ministre était inéquitable au plan de la procédure, en raison pour bonne part du défaut de divulguer certains renseignements. Le défendeur a demandé que la décision soit annulée et l'affaire renvoyée au ministre pour que celui-ci rende une nouvelle décision, en conformité avec le *Décret sur les passeports canadiens* en sa version modifiée.

[8] Étant donné cette admission faite par le ministre, le défendeur a soutenu, dans une requête en modification de la demande de contrôle judiciaire, que toute l'affaire était sans objet. Le juge MacKay (siégeant comme juge suppléant) [2004 CF 1719] a conclu que l'affaire n'était pas sans objet puisque le demandeur conteste la décision du ministre « compte tenu du principe de la légalité et de la Charte » [au paragraphe 12]. Le juge MacKay a ainsi conclu, en résumé [au paragraphe 18]:

Ces arguments invitent la Cour à ne pas aborder la question de savoir si le ministre avait le pouvoir de prendre la décision du 3 mars. À mon avis, la régularité de l'exercice de la prérogative par une autorité possédant ce pouvoir est une question qui intéresse la Cour lorsqu'elle est soulevée par la personne qui est directement touchée par l'exercice de cette prérogative.

[9] It is common ground between the parties that the grant or refusal of a passport is a matter within the prerogative of the Crown. They also agree that refusal of a passport application on the grounds of national security is not within the authority vested in the Passport Office by the *Canadian Passport Order* as it stood at the time of the applicant's application. There was no statute or order vesting that specific authority in the Minister or anyone else until the *Canadian Passport Order* was subsequently amended to add national security as grounds for refusal and giving the authority to deny a passport to the Minister.

III. FACTS

[10] The applicant is a Canadian citizen, in his early 20s. In November 1999 he was issued a Canadian passport. That passport was scheduled to expire in November 2004.

[11] Sometime in November 2001, the applicant's father (now deceased) took the passport from the applicant, allegedly for safekeeping. The passport then fell into the hands of his mother in Pakistan. As a result of unusual circumstances, by November 2003 he ended up in Bosnia and reported his passport inaccessible.

[12] According to the applicant, in November 2001 he was detained in Afghanistan. He was subsequently liberated by U.S. authorities and in March 2003 he was flown to Guantanamo Bay, Cuba to act as a "mole" for the U.S. Central Intelligence Agency (CIA). He was released from Guantanamo Bay in November 2003 and flown to Sarajevo, Bosnia by the CIA. It was there in November 2003 that he went to the Canadian Embassy to obtain help returning to Canada and where he received an emergency passport.

[13] Members of the Khadr family have admitted involvement as associates of Usama bin Laden and the parents and four of their children, including the applicant, have been on the passport control list since 2000 as "persons of interest".

[9] Les parties s'accordent pour reconnaître que l'octroi ou le refus d'un passeport est une question qui relève de la prérogative de la Couronne. Elles conviennent également que la faculté de rejeter une demande de passeport pour des motifs de sécurité nationale ne faisait pas partie des pouvoirs conférés au Bureau des passeport par le *Décret sur les passeports canadiens*, en sa version en vigueur au moment de la demande du demandeur. Aucune disposition d'une loi ou d'un décret n'a conféré ce pouvoir exprès au ministre ou à qui que ce soit d'autre jusqu'à ce que le *Décret sur les passeports canadiens* soit modifié par la suite de manière à y inclure la sécurité nationale comme motif de refus et à accorder au ministre le pouvoir de refuser la délivrance d'un passeport.

III. LES FAITS

[10] Le demandeur est un citoyen canadien au début de la vingtaine. Il s'est vu délivrer un passeport en novembre 1999, celui-ci devant venir à expiration en novembre 2004.

[11] Le père du demandeur (maintenant décédé) aurait pris le passeport de ce dernier en novembre 2001 pour le placer en lieu sûr. Le passeport s'est ensuite retrouvé entre les mains de la mère du demandeur, au Pakistan. Puis, à la suite de circonstances inhabituelles, le demandeur a abouti en Bosnie en novembre 2003 et il a alors déclaré ne plus pouvoir retracer son passeport.

[12] Le demandeur affirme qu'en novembre 2001, il était détenu en Afghanistan. Il aurait ensuite été libéré par les autorités américaines et, en mars 2003, transporté en avion vers Guantanamo Bay, à Cuba, pour y être une « taupe » au service de la Central Intelligence Agency des États-Unis (la CIA). La CIA l'a fait sortir de Guantanamo Bay en novembre 2003, pour qu'il se rende par avion à Sarajevo, en Bosnie. C'est là qu'en novembre 2003, il s'est rendu à l'ambassade canadienne pour obtenir de l'aide en vue de son retour au Canada, et qu'on lui a délivré un passeport d'urgence.

[13] Les membres de la famille Khadr ont admis avoir eu des liens avec Oussama ben Laden, et quatre des enfants de la famille, dont le demandeur, figurent depuis 2000 comme « personnes d'intérêt » sur la liste de contrôle des passeports.

[14] Based on the information in its file showing the connection between members of the Khadr family and Al-Qaida, the Passport Office became concerned that the issuance of passports to members of the family might be contrary to the national security interests of Canada.

[15] In this regard and in respect of the applicant, there is no evidence that the Canadian authorities took any steps to revoke the passports previously issued. Revocation of a passport can occur on the same grounds as a refusal to issue a passport under the then *Canadian Passport Order*.

[16] The respondent states that there were meetings between officials of the Department of Foreign Affairs and the Canadian Security Intelligence Service (CSIS) concerning the issuance of passports and that CSIS provided a report expressing national security concerns. No effort was made to put this evidence before the Court. However, on March 3, 2004, the Passport Office prepared an action memorandum, more fully described in paragraph 22.

[17] On April 5, 2004, the applicant applied to the Canadian Passport Office for a replacement passport. He submitted all the required documents to the Passport Office in support of his application. In all respects, his application was in accordance with the *Canadian Passport Order* and there was no known basis upon which to refuse his application.

[18] The issuance and revocation of Canadian passports has been governed since 1981 by the *Canadian Passport Order* issued by the Governor in Council to replace the *Canadian Passport Regulations* [C.R.C., c. 641]. At the time, a passport could be refused on the following grounds:

9. The Passport Office may refuse to issue a passport to an applicant who

(a) fails to provide the Passport Office with a duly completed application for a passport or with the information and material that is required or requested

[14] Des renseignements figurant aux dossiers et montrant l'existence de liens entre les membres de la famille Khadr et Al-Qaida ont fait craindre au Bureau des passeports que la délivrance de passeports à des membres de cette famille pourrait constituer un danger pour la sécurité nationale du Canada.

[15] Pour ce qui est du demandeur à cet égard, il n'y a aucune preuve du fait que les autorités canadiennes ont pris la moindre mesure pour révoquer des passeports déjà délivrés. Un passeport pouvait être révoqué pour les mêmes motifs qu'il pouvait être refusé en vertu du *Décret sur les passeports canadiens* en sa version d'alors.

[16] Le défendeur déclare que des représentants du ministère des Affaires étrangères et du Service canadien du renseignement de sécurité (le SCRS) se sont réunis pour discuter de la délivrance de passeports, et que le SCRS a fourni un rapport faisant état de sources d'inquiétude pour la sécurité nationale. On n'a pas tenté de présenter à la Cour une preuve à cet égard. Le Bureau des passeports a toutefois préparé un mémoire à des fins d'intervention, en date du 3 mars 2004, décrit de manière plus détaillée au paragraphe 22.

[17] Le 5 avril 2004, le demandeur a demandé au Bureau canadien des passeports de lui délivrer un passeport de remplacement. Il a remis au Bureau tous les documents requis au soutien de sa demande. La demande était conforme à tous égards au *Décret sur les passeports canadiens* et il n'existait aucun motif connu pour la rejeter.

[18] La délivrance et la révocation des passeports est régie depuis 1981 par le *Décret sur les passeports canadiens*, pris par le gouverneur en conseil en remplacement du *Règlement sur les passeports canadiens* [C.R.C., ch. 641]. À l'époque, les motifs de refus de délivrance étaient les suivants :

9. Le Bureau des passeports peut refuser de délivrer un passeport à un requérant qui

a) ne lui présente pas une demande de passeport dûment remplie ou ne lui fournit pas les renseignements et les documents exigés ou demandés

- | | |
|--|--|
| <p>(i) in the application for a passport, or</p> <p>(ii) pursuant to section 8;</p> <p>(b) stands charged in Canada with the commission of an indictable offence;</p> <p>(c) stands charged outside Canada with the commission of any offence that would, if committed in Canada, constitute an indictable offence;</p> <p>(d) is serving a term of imprisonment or is forbidden to leave Canada by</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) the terms and conditions of any parole or mandatory supervision imposed under or by virtue of the <i>Parole Act</i>,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) the conditions of a probation order made under the <i>Criminal Code</i>, or</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) the conditions of the grant of a temporary absence without escort from a prison or penitentiary;</p> <p>(e) has been convicted of an offence under section 58 of the <i>Criminal Code</i>;</p> <p>(f) is indebted to the Crown for expenses related to repatriation to Canada or for other consular financial assistance provided abroad at his request by the Government of Canada; or</p> <p>(g) has been issued a passport that has not expired and has not been revoked or whose name is included in such a passport.</p> | <p>(i) dans la demande de passeport, ou</p> <p>(ii) selon l'article 8;</p> <p>b) est accusé au Canada d'un acte criminel;</p> <p>c) est accusé dans un pays étranger d'avoir commis une infraction qui constituerait un acte criminel si elle était commise au Canada;</p> <p>d) purge une peine d'emprisonnement ou est frappé de l'interdiction de quitter le Canada</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) selon les modalités découlant d'une libération conditionnelle ou d'une libération sous surveillance obligatoire imposée en vertu de la <i>Loi sur la libération conditionnelle de détenus</i>,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) selon les dispositions d'une ordonnance de probation établie en vertu du <i>Code criminel</i>, ou</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) selon les conditions régissant une absence temporaire sans escorte d'une prison ou d'un pénitencier;</p> <p>e) a été déclaré coupable d'un acte criminel selon l'article 58 du <i>Code criminel</i>;</p> <p>f) est redevable envers la Couronne par suite des dépenses engagées en vue de son rapatriement au Canada ou d'une autre assistance financière consulaire qu'il a demandée et que le gouvernement du Canada lui a fournie à l'étranger; ou</p> <p>g) détient un passeport ou dont le nom est inscrit dans un passeport qui n'est pas expiré et n'a pas été révoqué.</p> |
|--|--|

[19] The applicant has not been charged with any offence in Canada or any other nation, has never been convicted of any crime or served any term of imprisonment and is not indebted to the Crown for expenses related to repatriation to Canada. There were no stated grounds upon which to refuse to issue the passport.

[19] Le demandeur n'a été inculpé d'aucune infraction, au Canada ou ailleurs, non plus qu'il n'a été reconnu coupable d'un crime quelconque ni n'a purgé la moindre peine, et il n'a aucune dette envers la Couronne par suite des dépenses engagées en vue de son rapatriement au Canada. Il n'y avait aucun motif à l'appui du refus de lui délivrer un passeport.

[20] In the face of what officials obviously saw as a forthcoming undesirable public reaction, the Passport Office issued an action memorandum dated March 3, 2004 (one month before the applicant's passport application filing) signed by the Deputy Minister and two Assistant Deputy Ministers. The version before the Court of this memorandum and related subsequent documents are severely redacted.

[20] Face à la réaction non souhaitable à laquelle il s'attendait manifestement de la part du public, le Bureau des passeports a produit un mémoire à des fins d'intervention daté du 3 mars 2004 (soit un mois avant le dépôt de la demande de passeport par le demandeur) signé par le sous-ministre et deux sous-ministres adjoints. La Cour est saisie d'une version du mémoire et des documents connexes ultérieurs rédigée sévèrement.

[21] This action memorandum, which recommended that the Minister refuse further passport issuance to the applicant in the interests of the national security of Canada, was signed by the Minister, indicating his decision to refuse passport issuance to the applicant. However, the applicant was initially advised by the Passport Office that it had been decided to deny Khadr's application, the clear implication being that the decision was made by the Passport Office in accordance with the *Canadian Passport Order*. It took the applicant some period of time to force out disclosure that the decision had actually been made by the Minister and not the Passport Office.

[22] The action memorandum sets out the rationale for the decision and contains the gravamen of the decision. The pertinent parts of the action memorandum state:

- “The Passport Office requires your approval or that of Cabinet, to formally refuse further passport issuance to . . . Abdurahman Khadr (they hold passports valid until November 2004) in the interests of the national security of Canada and the protection of Canadian troops in Afghanistan.”
- “National interests and national security are not listed in the *Canadian Passport Order* as grounds for the refusal of passport services. This limitation constrains passport officials but does not constrain the Crown.”
- “The Passport Office believes that denial of passport services to several members of the Khadr family (a family tree is attached) is warranted.”
- “Section 9 of the *Canadian Passport Order* (CPO) limits the right to refuse passport issuance to specific circumstances. Threats to national security are not within the scope of the CPO and as such the Passport Office has no legal justification to refuse to issue full validity passports to the Khadr family. A Canadian citizen must stand charged with an indictable offence

[21] Ce mémoire, dans lequel on recommandait au ministre de refuser de délivrer de nouveau un passeport au demandeur dans l'intérêt de la sécurité nationale du Canada, était signé par le ministre et faisait état de sa décision de refuser une telle délivrance. M. Khadr avait toutefois été initialement avisé par le Bureau des passeports qu'on avait décidé de rejeter sa demande, ce qui laissait clairement entendre que cette décision avait été prise par le Bureau des passeports lui-même, en conformité avec le *Décret sur les passeports canadiens*. Il a fallu un certain temps au demandeur pour qu'on lui révèle que la décision avait en fait été prise par le ministre, et non par le Bureau.

[22] Le mémoire énonce une justification de la décision, tout en exposant le fondement. Voici les extraits pertinents du mémoire :

[TRADUCTION]

- « Le Bureau des passeports requiert votre autorisation, ou celle du Cabinet, en vue de refuser en bonne et due forme de délivrer un nouveau passeport à [. . .] Abdurahman Khadr (ils disposent de passeports valides jusqu'en novembre 2004) dans l'intérêt de la sécurité nationale du Canada et pour protéger les troupes canadiennes en Afghanistan. »
- « Les intérêts nationaux et la sécurité nationale ne figurent pas dans le *Décret sur les passeports canadiens* comme motifs de refus d'accorder les services de passeport. Cela vient restreindre les pouvoirs des fonctionnaires des passeports mais non de la Couronne. »
- « Le Bureau des passeports estime justifié de ne pas accorder de services de passeport à plusieurs des membres de la famille Khadr (on trouvera ci-joint un arbre généalogique). »
- « L'article 9 du *Décret sur les passeports canadiens* (DPC) restreint, dans les circonstances qui y sont précisées, le droit de refuser de délivrer un passeport. Les menaces à la sécurité nationale ne sont pas visées par le DPC et, à ce titre, le Bureau des passeports ne peut s'appuyer sur aucune justification légale pour refuser de délivrer à la famille Khadr des passeports à

(such as terrorist activity or affiliation) in order to refuse or revoke a passport under the CPO.”

• “However, in the interim, the Passport Office is unable to support Canadian government interests in cases where a subject is a threat to national security or is a person of interest to other agencies.”

• “Further, if the refusal of passports were subjected to judicial review before the Federal Court, it is doubtful that a court would be satisfied with a bald assertion by the Passport Office alone that the members of the Khadr family are the subject of a national security investigation. The Passport Office must have documentation from source agencies on file, including any sensitive intelligence prior to the Minister taking the decision to refuse passport issuance. The Passport Office now holds that documentation from CSIS on file.”

• “The *Canada Evidence Act* provides a mechanism by which a prohibition order can be obtained from the court to prevent disclosure of information, that, if made public, would encroach on the public interest, in this case national security.” (As it stands, none of this evidence has been presented, and no such prohibition order sought. The Court is largely left with the “bald assertions”. There is evidence of a general concern about misuse of Canadian passports and the activities of members of the Khadr family. However, there is nothing that singularly addresses the applicant as distinct from other members of his family.)

• Lastly—“We believe the implications of providing passports to the high risk members of the Khadr family are significant in terms of ‘Canada-U.S. relations’. Given the circumstances described, it seems likely that the Canadian public and the American government would be highly critical of full passport services being

durée de validité maximale. Un citoyen canadien doit être accusé d’un acte criminel (comme des activités terroristes ou l’appartenance à un groupe terroriste) pour qu’il y ait refus ou révocation de passeport en vertu du DPC. »

• « Dans l’intervalle, toutefois, le Bureau des passeports n’est pas en mesure de soutenir les intérêts du gouvernement canadien lorsqu’un individu constitue une menace pour la sécurité nationale ou est une personne d’intérêt pour d’autres organismes. »

• « En outre, si le refus d’un passeport faisait l’objet d’un contrôle judiciaire devant la Cour fédérale, il est douteux qu’un juge puisse être convaincu par la simple affirmation émanant du seul Bureau des passeports que les membres de la famille Khadr sont visés par une enquête en matière de sécurité nationale. Le Bureau des passeports doit disposer dans ses dossiers de documents de l’organisme d’où provient l’information, notamment tout renseignement délicat antérieur à la prise par le ministre de la décision de refuser la délivrance du passeport. Le Bureau des passeports dispose actuellement dans ses dossiers de tels documents du SCRS. »

• « La *Loi sur la preuve au Canada* établit un mécanisme permettant d’obtenir du tribunal une ordonnance qui interdise de divulguer des renseignements lorsque cela serait contraire à l’intérêt public, en l’occurrence la sécurité nationale. » (À ce jour, aucune pareille preuve n’a été présentée et aucune pareille ordonnance d’interdiction n’a été demandée. La Cour se retrouve essentiellement devant de « simples affirmations ». Il y a une preuve quant à des préoccupations générales relativement au mauvais usage de passeports canadiens et aux activités de membres de la famille Khadr. Rien ne porte toutefois expressément sur le demandeur en tant qu’individu distinct de cette famille.)

• Finalement—« Nous estimons que la délivrance de passeports aux membres à haut risque de la famille Khadr aurait des répercussions importantes sur les “relations canado-américaines”. Étant donné la situation décrite ci-dessus, il semble vraisemblable que le public canadien et le gouvernement américain verraient d’un

provided to this family.”

[23] In summary, the unestablished national security concern, coupled with the concerns for the approbation of an ally and the Canadian public, was the shoal upon which the interests of a Canadian citizen in obtaining his passport foundered.

[24] By letter of April 16, 2004 from the Chief Executive Officer of the Passport Office, the applicant was informed that his application was denied. The letter did not state the grounds for the denial, the identity of the person who made the decision or the legal authority on which the decision was based.

[25] On September 1, 2004, the Governor General in Council enacted an *Order Amending the Canadian Passport Order* [SI/2004-113], including the following amendments:

3. . . .

(3) Nothing in this Order in any manner limits or affects Her Majesty in right of Canada’s royal prerogative over passports.

(4) The royal prerogative over passports can be exercised by the Governor in Council or the Minister on behalf of Her Majesty in right of Canada.

. . .

5. . . .

10.1 Without limiting the generality of subsections 4(3) and (4) and for greater certainty, the Minister may refuse or revoke a passport if the Minister is of the opinion that such action is necessary for the national security of Canada or another country.

IV. ISSUES

[26] The issues arising in this case have been described earlier in paragraph 3.

V. ANALYSIS

A. Court Jurisdiction

(1) Justiciability

[27] In the current case, this is an exercise of the Crown prerogative outside any statutorily based

très mauvais œil qu’on fournisse aux membres de la famille Khadr de pleins services de passeport. »

[23] En résumé, la préoccupation non démontrée quant à la sécurité nationale, en plus des préoccupations ayant trait à l’approbation d’un allié et du public canadien, ont été l’écueil sur lequel a échoué l’intérêt d’un citoyen canadien de se voir délivrer son passeport.

[24] On a informé le demandeur, par lettre datée du 16 avril 2004 du président-directeur général du Bureau des passeports, que sa demande de passeport était rejetée. Les motifs du refus, l’identité du décisionnaire et le fondement légal de la décision n’étaient pas précisés dans la lettre.

[25] Le 1^{er} septembre 2004, le gouverneur général en conseil a promulgué le *Décret modifiant le Décret sur les passeports canadiens* [TR/2004-113], lequel prévoit notamment les modifications suivantes :

3. [. . .]

(3) Le présent décret n’a pas pour effet de limiter, de quelque manière, la prérogative royale que possède Sa Majesté du chef du Canada en matière de passeport.

(4) La prérogative royale en matière de passeport peut être exercée par le gouverneur en conseil ou le ministre au nom de Sa Majesté du chef du Canada.

[. . .]

5. [. . .]

10.1 Sans que soit limitée la généralité des paragraphes 4(3) et (4), il est entendu que le ministre peut refuser de délivrer un passeport ou en révoquer un s’il est d’avis que cela est nécessaire pour la sécurité nationale du Canada ou d’un autre pays.

IV. LES QUESTIONS EN LITIGE

[26] Les questions soulevées dans la présente affaire ont déjà été décrites au paragraphe 3 ci-dessus.

V. ANALYSE

A. Compétence de la Cour

1) Question justiciable

[27] Il s’agit en l’espèce d’une prérogative de la Couronne exercée en l’absence d’un pouvoir

discretion. The first question then is whether this particular exercise of the Crown prerogative is subject to judicial review. If so, the second question is whether the Federal Court has jurisdiction to conduct that review.

[28] In *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, [1985] 1 S.C.R. 441, the Supreme Court of Canada held that where the Crown prerogative violates an individual's rights provided under the Charter, then that exercise of the prerogative can be reviewed by the Court.

[29] At about the same time, the House of Lords in the case of *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.) [at paragraph 42] expanded the areas of the Crown prerogative which may be subject to judicial review to include situations where the prerogative power affected rights either by altering an individual's legal rights and obligations or by affecting the individual's legitimate expectations:

To qualify as a subject for judicial review the decision must have consequences which affect some person (or body of persons) other than the decision-maker, although it may affect him too. It must affect such other person either:

(a) by altering rights or obligations of that person which are enforceable by or against him in private law; or

(b) by depriving him of some benefit or advantage which either (i) he has in the past been permitted by the decision-maker to enjoy and which he can legitimately expect to be permitted to continue to do until there has been communicated to him some rational ground for withdrawing it on which he has been given an opportunity to comment; or (ii) he has received assurance from the decision-maker [that the benefit or advantage] will not be withdrawn without giving him first an opportunity of advancing reasons for contending that they should not be withdrawn.

[30] It is well to bear in mind that in the U.K., the doctrine of legitimate expectations creates substantive and procedural rights whereas in Canada the Supreme Court has limited the principle to the protection of

discrétionnaire quelconque conféré par la loi. La première question à trancher est, par conséquent, celle de savoir si l'exercice en cause de la prérogative de la Couronne est ou non susceptible de contrôle judiciaire. Dans l'affirmative, la seconde question a alors trait à la compétence de la Cour fédérale pour procéder à ce contrôle.

[28] Dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. et autres c. La Reine et autres*, [1985] 1 R.C.S. 441, la Cour suprême du Canada a statué que, lorsque l'exercice de la prérogative de la Couronne enfreint les droits garantis par la Charte à une personne, cet exercice est assujéti au contrôle de la Cour.

[29] À peu près à la même époque, la Chambre des lords, dans l'affaire *Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service*, [1985] 1 A.C. 374 (H.L.) [au paragraphe 42], a élargi les champs où la prérogative de la Couronne pouvait être assujéti au contrôle judiciaire, pour que puissent être visées les situations où la prérogative porte atteinte aux droits d'un individu, soit en modifiant ses droits et obligations juridiques, soit en portant atteinte à ses attentes légitimes :

[TRADUCTION] Pour être susceptible de contrôle judiciaire, la décision doit avoir des conséquences qui touchent une personne (ou un groupe de personnes) mis à part le décisionnaire, quoique celui-ci puisse également être touché. La décision doit toucher cette personne soit :

a) en modifiant des droits ou des obligations de cette personne, que cette dernière peut opposer ou qu'on peut lui opposer en droit privé, soit

b) en la privant d'un avantage alors que, soit (i) le décisionnaire lui a permis dans le passé de jouir de cet avantage et la personne peut s'attendre légitimement à continuer de pouvoir en jouir jusqu'à ce qu'on lui fasse part d'un motif rationnel pour lui retirer cet avantage, motif à l'égard duquel on lui donne l'occasion de formuler des commentaires, soit (ii) le décisionnaire a assuré à la personne qu'on ne lui retirerait pas [cet avantage] sans d'abord lui fournir l'occasion de faire valoir des motifs à l'encontre d'un retrait.

[30] Il y a lieu de se rappeler à cet égard qu'au Royaume-Uni, la doctrine des attentes légitimes crée des droits matériels aussi bien que procéduraux alors qu'au Canada, la Cour suprême a restreint l'application du

procedural rights (*Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281). This Court is therefore constrained by the more limited application in this country of the principle of legitimate expectation.

[31] In the context of the Crown prerogative, Laskin J.A. in *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215 (C.A.), a case involving the award (or non-award) of honours by the Crown, held that a matter is justiciable and amenable to judicial review if its subject-matter affects the rights or legitimate expectations of an individual [at paragraph 51]:

Under the test set out by the House of Lords, the exercise of the prerogative will be justiciable, or amenable to the judicial process, if its subject matter affects the rights or legitimate expectations of an individual. Where the rights or legitimate expectations of an individual are affected, the court is both competent and qualified to judicially review the exercise of the prerogative.

[32] I adopt Justice Laskin's rationale in respect of justiciability. In the instant case the applicant raises both Charter and legitimate expectation arguments. Most importantly, the subject-matter, the granting of a single passport to an individual (in contrast to a matter of great state policy such as war or treaty making), is readily justiciable. The issue then becomes under what grounds can the matter be reviewed. I do not understand Justice Laskin's comments to extend to creating protection of substantive rights under the principle of legitimate expectation.

[33] In *Black*, above, the Court of Appeal, in what is clearly *obiter*, proceeded to expound on the very issue of passports. It made the point that common sense dictates that a refusal to issue a passport for an improper purpose or without affording a person procedural fairness should be judicially reviewable.

principe à la protection des seuls droits procéduraux (*Centre hospitalier Mont-Sinai c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281). La Cour doit par conséquent se conformer à l'application plus restreinte dans notre pays du principe des attentes légitimes.

[31] En ce qui concerne la prérogative de la Couronne, le juge Laskin a statué, dans *Black v. Canada (Prime Minister)* (2001), 54 O.R. (3d) 215 (C.A.), une affaire concernant l'octroi (ou le non-octroi) de distinctions par la Couronne, qu'une question est justiciable et susceptible de contrôle judiciaire si son objet porte atteinte aux droits ou aux attentes légitimes d'un individu [au paragraphe 51] :

[TRADUCTION] Selon le critère établi par la Chambre des lords, l'exercice de la prérogative sera justiciable, ou susceptible de contrôle judiciaire, si ce qui est visé porte atteinte aux droits ou aux attentes légitimes d'un individu. Dans un tel cas, la cour est à la fois compétente pour soumettre l'exercice de la prérogative au contrôle judiciaire et qualifiée pour le faire.

[32] Je souscris au raisonnement du juge Laskin relatif à la question justiciable. Dans l'affaire qui nous occupe, le demandeur avance des arguments fondés tant sur la Charte que sur le principe des attentes légitimes. Plus important encore, l'objet concerné, soit la délivrance d'un passeport à un seul individu (plutôt qu'une question mettant en jeu une politique majeure de l'État, comme une guerre ou la conclusion de traités) est d'emblée justiciable. Et ce qu'il faut dès lors se demander, c'est pour quels motifs il pourrait y avoir lieu de soumettre la question au contrôle judiciaire. Or, selon ce que je comprends de ses commentaires, le juge Laskin n'a pas voulu élargir la portée du principe des attentes légitimes jusqu'à protéger les droits substantifs.

[33] Dans *Black*, précité, la Cour d'appel s'est ensuite exprimée, sous la forme manifestement d'un *obiter*, sur la question même des passeports. Elle a fait ressortir que, comme le veut le bon sens, le refus de délivrer un passeport dans un but irrégulier ou sans qu'il y ait équité procédurale pour l'intéressé devrait être susceptible de contrôle judiciaire.

[34] That Court then went on to discuss the basis upon which the refusal to issue a passport may be reviewed [at paragraph 54]:

In today's world, the granting of a passport is not a favour bestowed on a citizen by the state. It is not a privilege or a luxury but a necessity. Possession of a passport offers citizens the freedom to travel and to earn a livelihood in the global economy. In Canada, the refusal to issue a passport brings into play Charter considerations; the guarantee of mobility under s. 6 and perhaps even the right to liberty under s. 7. In my view, the improper refusal of a passport should, as the English courts have held, be judicially reviewable.

[35] While the Ontario Court of Appeal's comments must be considered *obiter* in *Black*, both because passports were not the subject of that case and because such a refusal is a matter for the Federal Court, it is not *obiter* in this case and I adopt it. The law is now that the refusal to issue a passport is justiciable—particularly where there are issues of Charter rights and questions of fairness and legitimate expectations—as are the issues in this case.

(2) Federal Court

[36] In *Black*, the Ontario Court of Appeal held that despite (or because of) section 2 of the *Federal Court Act*, there was a gap in jurisdiction in respect of the federal Crown prerogative. As a result, it concluded that a provincial superior court had jurisdiction over the exercise of federal Crown prerogative in certain limited circumstances. The pertinent part of subsection 2(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1] is as follows:

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

[34] La Cour d'appel a traité ensuite du fondement éventuel du contrôle d'un refus de délivrance [au paragraphe 54] :

[TRADUCTION] De nos jours, la délivrance d'un passeport n'est pas une faveur faite par l'État à un citoyen. Il ne s'agit pas d'un privilège ou d'un luxe, mais plutôt d'une nécessité. Posséder un passeport rend un citoyen libre de voyager et de pouvoir gagner sa vie au sein d'une économie planétaire. Au Canada, le refus de délivrance fait entrer en jeu des éléments de la Charte, plus particulièrement la liberté de circulation garantie par l'article 6 et, peut-être même, le droit à la liberté prévu à l'article 7. Selon moi, le refus irrégulier de délivrer un passeport devrait être, comme l'ont statué les tribunaux anglais, susceptible de contrôle judiciaire.

[35] Bien qu'il faille considérer les commentaires de la Cour d'appel de l'Ontario comme étant un *obiter* dans *Black*, à la fois parce que l'affaire ne portait pas sur les passeports et parce qu'un refus de délivrance est une question relevant de la compétence de la Cour fédérale, ils n'ont pas un tel caractère d'*obiter* en l'espèce et je les fais miens. L'état du droit actuel, c'est que le refus de délivrer un passeport est justiciable, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, sont soulevées des questions de droits garantis par la Charte ainsi que d'équité et d'attentes légitimes.

2) La Cour fédérale

[36] Dans *Black*, la Cour d'appel de l'Ontario a statué qu'en dépit (ou à cause) de l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, il existait une lacune quant à la compétence de la Couronne fédérale en matière de prérogative. La Cour d'appel de l'Ontario a par conséquent conclu que les cours supérieures provinciales avaient compétence, dans certaines situations restreintes, relativement à l'exercice de la prérogative de la Couronne fédérale. La disposition pertinente du paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1] est la suivante :

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, exerçant ou censé exercer une compétence ou

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*; [Emphasis added.]

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 constitutionnelle de 1867*. [Non souligné dans l'original.]

[37] The issue of jurisdiction turned on whether the Federal Court had exclusive jurisdiction under section 18 of the *Federal Court Act* where the exercise of the federal Crown prerogative is not exercised by means of an order.

[37] La question soulevée quant à la compétence était celle de savoir si la Cour fédérale avait ou non compétence exclusive aux termes de l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* lorsque la prérogative de la Couronne fédérale n'est pas exercée au moyen d'une ordonnance.

[38] The Ontario Court of Appeal expressed concern that sections 2 and 18 of the *Federal Court Act* were efforts to oust the inherent jurisdiction of a provincial superior court. It therefore held that in subsection 2(1) of the *Federal Court Act*, the phrase "an order made pursuant to" modifies "by" and "under" and concluded that absent an order, the exercise of the federal Crown prerogative power may be reviewed by a provincial superior court. In other words, the exercise of the prerogative itself, absent an antecedent order, would not fall within the jurisdiction of the Federal Court.

[38] La Cour d'appel de l'Ontario a dit s'inquiéter qu'on ait tenté avec les articles 2 et 18 de la *Loi sur la Cour fédérale* de priver les cours supérieures provinciales de leur compétence inhérente. Elle a par conséquent statué qu'à l'article 2 de la *Loi sur la Cour fédérale*, l'expression « *an order made pursuant to* » dans la version anglaise (« une ordonnance prise en vertu ») qualifie les mots « *by* » et « *under* » dans la version anglaise (tous deux rendus par le même mot « *par* » dans la version française) et conclu que, faute d'une ordonnance, l'exercice de la prérogative de la Couronne fédérale est susceptible de contrôle par une cour supérieure provinciale. Autrement dit, l'exercice même de la prérogative, en l'absence d'une ordonnance antérieure, échapperait à la compétence de la Cour fédérale.

[39] The counterargument, rejected by the Ontario Court of Appeal, was that "an order" related to "under" but not "by". This interpretation was said to be more consistent with the purpose of the *Federal Court Act* and avoided the "gap" in jurisdictional consistency created by the alternate interpretation.

[39] L'argument contraire, rejeté par la Cour d'appel de l'Ontario, était que l'expression « *an order* » (« une ordonnance ») se rapportait à « *under* » mais non pas à « *by* ». On soutenait que cette interprétation était plus conforme à l'objet de la *Loi sur la Cour fédérale* et permettait d'éviter la « lacune » quant à la compétence découlant de l'autre l'interprétation.

[40] As a result of this jurisdictional issue, the Court asked the parties to address the issue of this Court's jurisdiction, although both parties had accepted that the Federal Court was the appropriate forum.

[40] En raison de cette question de compétence, la Cour a demandé aux parties de se prononcer sur la question de sa propre compétence, même si toutes deux avaient reconnu que la Cour fédérale était bien la juridiction compétente.

[41] The applicant submitted that the Minister's decision not to issue a passport was an "order" and therefore fell squarely within subsection 2(1). In the alternative, the applicant argued that, applying a purposive approach, the pure exercise of the prerogative would fall within subsection 2(1). The respondent takes a slightly different tack contending that the Minister's decision is a direct exercise of the prerogative power but that the Ontario Court of Appeal erred in *Black* and that under a purposive test, the Federal Court has the jurisdiction over the exercise of the federal Crown prerogative.

[42] It is my conclusion that the Federal Court has jurisdiction on both the grounds that there is an "order" and further that a purposive interpretation of the legislation indicates that Parliament intended the Federal Court to have exclusive jurisdiction over the exercise of the justiciable aspects of the federal exercise of the Crown prerogative. On the facts of this case, there is a decision which resulted in an order to deny the passport. The Minister's decision was carried out by an order to officials to deny the passport application. That order flows from the Minister's acceptance of the action memorandum. As such, it was an order made pursuant to the exercise of the Crown prerogative. It falls squarely within the exclusive jurisdiction of the Federal Court, as recognized in *Black*.

[43] However, even accepting the respondent's view that there was a direct exercise of the prerogative, this Court has jurisdiction. The Ontario Court of Appeal acknowledges that there were two reasonable interpretations of the relevant parts of subsection 2(1) of the *Federal Court Act*. When that situation occurs, a court must engage in a purposive approach to the legislation as mandated by the *Interpretation Act* [R.S.C., 1985, c. I-21] and the Supreme Court of Canada.

[44] In interpreting the jurisdiction of the Federal Court set out in the *Federal Courts Act*, one must take

[41] Le demandeur a prétendu que la décision du ministre de ne pas délivrer de passeport était une « ordonnance » et tombait ainsi directement sous le coup du paragraphe 2(1). Le demandeur a avancé comme argument subsidiaire que, si on adopte une interprétation fondée sur l'objet visé, l'exercice pur et simple de la prerogative tomberait sous le coup du paragraphe 2(1). Le défendeur suit pour sa part une voie quelque peu différente, en soutenant que la décision du ministre constitue un exercice direct de la prerogative de la Couronne mais que, la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur dans *Black*, et qu'une interprétation fondée sur l'objet fait voir que la Cour fédérale a compétence relativement à l'exercice de la prerogative de la Couronne fédérale.

[42] J'en viens pour ma part à la conclusion que la Cour fédérale a compétence tant parce qu'il y a en l'espèce une « ordonnance », que parce qu'une interprétation fondée sur l'objet révèle que le législateur voulait que la Cour fédérale ait compétence exclusive quant aux éléments justiciables de l'exercice de la prerogative de la Couronne fédérale. En l'espèce, nous avons affaire à une décision qui a donné lieu à une ordonnance de refuser un passeport. La décision du ministre a été mise à exécution au moyen d'une ordonnance enjoignant à des fonctionnaires de rejeter la demande de passeport. Et cette ordonnance découle de l'aval donné par le ministre au mémoire à des fins d'intervention. À ce titre, il s'agissait d'une ordonnance prise dans l'exercice de la prerogative de la Couronne. Or, cela relève directement de la compétence exclusive de la Cour fédérale, comme on l'a reconnu dans *Black*.

[43] Toutefois, même si l'on admettait la prétention du défendeur selon laquelle il y a eu exercice direct de la prerogative, notre Cour aurait compétence. La Cour d'appel de l'Ontario reconnaît qu'il existe deux interprétations raisonnables possibles des dispositions pertinentes du paragraphe 2(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Lorsqu'elle fait face à une telle situation, une cour doit recourir à une interprétation fondée sur l'objet des dispositions législatives concernées, tel que le prescrivent la *Loi d'interprétation* [L.R.C. (1985), ch. I-21] et la Cour suprême du Canada.

[44] Lorsqu'on interprète la compétence de la Cour fédérale en vertu des dispositions de *Loi sur les Cours*

a fair and liberal approach to the words as best achieves the objectives of the legislation. Section 12 of the *Interpretation Act* reads:

12. Every enactment is deemed remedial, and shall be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects.

[45] In *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465 (C.A.), Chief Justice Iacobucci (as he then was) described the purpose of the then *Federal Court Act* as [at page 481]:

The major purpose of this aspect of the *Federal Court Act* was to transfer the supervisory jurisdiction of federal boards and tribunals from provincial superior courts to the newly created Federal Court . . .

[46] The concern which was to be addressed by the expanded powers of the Federal Court (as it moved from the Exchequer Court) was to ensure consistency with respect to the exercise of justiciable federal powers. This was articulated by Desjardins J.A. in *Canada v. Tremblay*, [2004] 4 F.C.R. 165 (C.A.), [at paragraph 10]:

The Parliament of Canada thus ensured that federal boards, commissions or other tribunals, whose activities are spread across Canada, would not be subjected to potentially contradictory decisions from one province to the next. Henceforth, they would come under the superintending and reforming power of the Federal Court of Canada.

[47] In *Canada (Human Rights Commission) v. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 S.C.R. 626, Justice Bastarache addressed some of the jurisdictional issues raised in this judicial review. In *Black*, the Ontario Court of Appeal was concerned with what it saw as the ousting of superior court jurisdiction and therefore gave a narrow interpretation to the *Federal Court Act*. However, in *Canadian Liberty Net*, the Supreme Court cautioned against such approach—the inherent jurisdiction of a provincial superior court is to ensure that, absent some other court’s jurisdiction, there is always a court available to vindicate a right [at paragraph 32]:

fédérales, il convient de le faire de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de leur objet. L’article 12 de la *Loi d’interprétation* prévoit ainsi ce qui suit :

12. Tout texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

[45] Dans *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.), le juge en chef Iacobucci (tel était alors son titre) a décrit comme suit l’objet de la *Loi sur la Cour fédérale*, tel qu’elle était alors désignée [à la page 481] :

Cet aspect de la *Loi sur la Cour fédérale* avait principalement pour but de transférer à la Cour fédérale nouvellement créée le pouvoir de contrôle qu’exerçaient les cours supérieures des provinces sur les offices fédéraux [. . .]

[46] Ce qu’on visait en élargissant ainsi les pouvoirs de la Cour fédérale (auparavant la Cour de l’Échiquier), c’était d’assurer l’uniformité relativement à l’exercice des pouvoirs fédéraux justiciables. La juge Desjardins a ainsi exprimé ce principe dans *Canada c. Tremblay*, [2004] 4 R.C.F. 165 (C.A.) [au paragraphe 10] :

Le Parlement du Canada s’assurait ainsi que les offices fédéraux, dont les activités s’étendent à travers le Canada, ne soient pas soumis à des décisions, possiblement contradictoires, d’une province à l’autre. Ils relevaient dès lors du pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour fédérale du Canada.

[47] Dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canadian Liberty Net*, [1998] 1 R.C.S. 626, le juge Bastarache s’est penché sur certaines des questions de compétence soulevées dans le cadre du présent contrôle judiciaire. Dans *Black*, la Cour d’appel de l’Ontario se souciait de ce qu’elle considérait être la perte de compétence des cours supérieures et elle a par conséquent donné une interprétation étroite à la *Loi sur la Cour fédérale*. Dans *Canadian Liberty Net*, toutefois, la Cour suprême a mis en garde contre une telle approche—la compétence inhérente dont disposent les cours supérieures provinciales a pour but d’assurer que, en l’absence de compétence d’une quelconque autre cour, il y ait toujours un tribunal disponible pour faire valoir un droit [au paragraphe 32] :

The notion of “inherent jurisdiction” arises from the presumption that if there is a justiciable right, then there must be a court competent to indicate the right. The issue addressed in *Board v. Board* was whether a failure to grant jurisdiction should be read as implicitly excluding jurisdiction. In that context, the doctrine of inherent jurisdiction requires that only an explicit ouster of jurisdiction should be allowed to deny jurisdiction to the superior court. In my view, the case does not stand for the fundamentally different proposition that statutes which purport to grant jurisdiction to another court should be read narrowly so as to protect the jurisdiction of the superior court. That is not the purpose of the doctrine of inherent jurisdiction, which is simply to ensure that a right will not be without a superior court forum in which it can be recognized.

[48] In the same vein, the Supreme Court adopted the fair and liberal interpretation of the *Federal Court Act* and cautioned against finding gaps unless the words clearly created them [at paragraph 34]:

But in my view, there is nothing in this articulation of the essentially remedial concept of inherent jurisdiction which in any way can be used to justify a narrow, rather than a fair and liberal, interpretation of federal statutes granting jurisdiction to the Federal Court. The legitimate proposition that the institutional and constitutional position of provincial superior courts warrants the grant to them of a residual jurisdiction over all federal matters where there is a “gap” in statutory grants of jurisdiction, is entirely different from the proposition that federal statutes should be read to find “gaps” unless the words of the statute explicitly close them. The doctrine of inherent jurisdiction raises no valid reasons, constitutional or otherwise, for jealously protecting the jurisdiction of provincial superior courts as against the Federal Court of Canada.

[49] Finally, the Supreme Court [at paragraph 36] underlined the intent of Parliament to grant to the Federal Courts general administrative jurisdiction over federal decision makers. I take this to mean all persons exercising powers conferred by statute or prerogative.

As is clear from the face of the *Federal Court Act*, and confirmed by the additional role conferred on it in other federal Acts, in this case the *Human Rights Act*, Parliament

La notion de « compétence inhérente » découle de la présomption qui veut que, s’il existe un droit justiciable, il doit alors exister un tribunal compétent permettant de le faire valoir. La question examinée dans *Board c. Board* était celle de savoir si l’absence d’une attribution de compétence devait être interprétée comme une exclusion implicite de compétence. Dans ce contexte, suivant la théorie de la compétence inhérente, seule une exclusion explicite de la compétence peut priver la cour supérieure de la compétence sur une question. À mon avis, cet arrêt n’étaye pas la proposition fondamentalement différente voulant que les lois censées conférer compétence à un autre tribunal doivent être interprétées strictement de manière à protéger la compétence de la cour supérieure. Il ne s’agit pas là de l’objet de la théorie de la compétence inhérente, qui est tout simplement d’éviter qu’un droit ne puisse être exercé faute d’une cour supérieure où il peut être reconnu.

[48] Dans la même veine, la Cour suprême a donné une interprétation juste et libérale à la *Loi sur la Cour fédérale* et a déconseillé aux tribunaux de conclure en l’existence de lacunes, à moins que cela ne ressorte clairement du texte législatif [au paragraphe 34] :

Toutefois, je suis d’avis que rien dans cet exposé de la notion essentiellement réparatrice de compétence inhérente ne peut être invoqué pour justifier une interprétation étroite, plutôt qu’une interprétation juste et libérale, des lois fédérales qui confèrent compétence à la Cour fédérale. La proposition légitime—selon laquelle la situation institutionnelle et constitutionnelle des cours supérieures provinciales justifie de leur reconnaître une compétence résiduelle sur toute matière fédérale en cas de « lacune » dans l’attribution législative des compétences—est entièrement différente de l’argument selon lequel il faut conclure à l’existence d’une « lacune » dans une loi fédérale à moins que le texte de cette loi ne comble explicitement la lacune en question. La théorie de la compétence inhérente ne fait ressortir aucun motif valable, d’ordre constitutionnel ou autre, justifiant de protéger jalousement la compétence des cours supérieures des provinces contre la Cour fédérale du Canada.

[49] La Cour suprême [au paragraphe 36], finalement, a souligné l’intention du législateur d’accorder aux Cours fédérales une compétence administrative générale sur les décisionnaires fédéraux. Cela désigne, selon moi, toutes les personnes qui exercent des pouvoirs conférés par la loi ou la prérogative.

Comme l’indique clairement le texte de la *Loi sur la Cour fédérale* et le confirme le rôle additionnel qui est confié à cette cour par d’autres lois fédérales, dans le présent cas la *Loi sur*

intended to grant a general administrative jurisdiction over federal tribunals to the Federal Court. Within the sphere of control and exercise of powers over administrative decision-makers, the powers conferred on the Federal Court by statute should not be interpreted in a narrow fashion. This means that where an issue is clearly related to the control and exercise of powers of an administrative agency, which includes the interim measures to regulate disputes whose final disposition is left to an administrative decision-maker, the Federal Court can be considered to have a plenary jurisdiction.

[50] This Court has previously, either expressly or by action, taken jurisdiction in matters involving the Crown prerogative. (See: *Schreiber v. Canada (Attorney General)*, [2000] 1 F.C. 427 (T.D.); and *Copello v. Canada (Minister of Foreign Affairs)*, [2002] 3 F.C. 24 (T.D.)) However, the issue raised in *Black* has not been considered explicitly by this Court.

[51] With the greatest respect to the Ontario Court of Appeal and while I adopt that Court's conclusions on the justiciability of the Crown prerogative, on this issue of jurisdiction, I cannot concur.

[52] The provisions of the *Federal Courts Act* should be read purposefully to give effect to its objects and aims of the legislation, in this instance, subjecting the exercise of federal decision-making powers to this Court's supervisory jurisdiction. It is evident by the inclusion of a reference to the Crown prerogative that Parliament intends the Federal Court to have jurisdiction over justiciable matters of the exercise of that prerogative.

[53] It would be inconsistent with that intent that some aspect of the justiciable area of federal Crown prerogative could be truncated off to the jurisdiction of another court. That could lead to the very inconsistency of judicial decisions which the *Federal Courts Act* was designed to avoid.

[54] The *Federal Courts Act*, in particular subsection 2(1) [as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 15], is aimed at

les droits de la personne, le Parlement a voulu conférer à la Cour fédérale une compétence administrative générale sur les tribunaux administratifs fédéraux. Pour ce qui concerne son rôle de surveillance des décideurs administratifs, les pouvoirs confiés par une loi à la Cour fédérale à cet égard ne doivent pas être interprétés de façon restrictive. Cela signifie que, lorsqu'il s'agit d'une question relevant clairement de son rôle de surveillance d'un organisme administratif, ce qui inclut la prise de mesures provisoires visant à régir des différends dont l'issue finale est laissée au décideur administratif concerné, la Cour fédérale peut être considérée comme ayant plénitude de compétence.

[50] Déjà dans le passé, la Cour, que ce soit expressément ou en agissant en ce sens, s'est reconnue compétente dans des affaires mettant en cause la prérogative de la Couronne (voir : *Schreiber c. Canada (Procureur général)*, [2000] 1 C.F. 427 (1^{re} inst.); et *Copello c. Canada (Ministre des Affaires étrangères)*, [2002] 3 C.F. 24 (1^{re} inst.)). Toutefois, la Cour, n'a jamais explicitement examiné la question qui était soulevée dans *Black*.

[51] Avec tout le respect que je dois à la Cour d'appel de l'Ontario, tout en me ralliant aux conclusions de celle-ci sur le caractère justiciable de la prérogative de la Couronne, je ne puis me ranger à son avis sur la question de compétence.

[52] Il convient d'interpréter les dispositions de la *Loi sur les Cours fédérales* en se fondant sur le but visé de manière à ce que soit atteint son objet, soit en l'occurrence assujettir l'exercice de pouvoirs de décideurs fédéraux au contrôle de la Cour. Vu la mention de la prérogative de la Couronne, il est manifeste que le législateur voulait que la Cour fédérale ait compétence sur les questions justiciables liées à l'exercice de cette prérogative.

[53] Il serait incompatible avec une telle intention qu'un volet du champ justiciable de la prérogative de la Couronne fédérale puisse être retranché pour relever de la compétence d'une autre cour. Il pourrait en découler le manque même d'uniformité dans les décisions judiciaires que la *Loi sur les Cours fédérales* avait pour objet d'empêcher.

[54] L'objet de la *Loi sur les Cours fédérales*, particulièrement son paragraphe 2(1) [mod. par L.C.

control of the exercise of a federal power—that is, its central purpose—the means of exercise are secondary. The focus of the provision is the source of the power, be it Parliament or the executive. The alternate interpretation adopted by the Ontario Court of Appeal focuses attention on the means of the exercise not the source of the power.

[55] Finally, on this point, in the face of two acknowledged reasonable interpretations, a court must find the one which better accords with the purpose of the legislation, the intent of the section, and avoids inconsistency and problems. A “gap” should not be accepted where a reasonable interpretation resolves the issue of the gap. Therefore, in my view, by interpreting subsection 2(1) in this manner, one must conclude that even where there is no order, the exercise of the federal Crown prerogative as the source of the power in the area of justiciable matters, is within the jurisdiction of the Federal Courts under subsection 2(1) and specifically assigned to the Federal Court under section 18.

B. Charter Issues

(1) Preliminary

[56] The applicant has, as indicated in paragraph 6, raised the issue of whether the Minister’s decision is contrary to sections 6 and 7 of the Charter. On the other hand, the respondent asks that the Court exercise its discretion not to decide the issue because of the inadequacy of the record before the Court upon which to make such a determination.

[57] The respondent’s concern for the record is two-fold. Firstly, the respondent acknowledges that the applicant was not treated fairly because he did not have a chance to address the new grounds for denial of a passport—national security. This assumes that the Minister had the right to create this new ground outside the bounds of the *Canadian Passport Order*. Secondly, the respondent says that it has not put forward sufficient section 1 Charter evidence to demonstrate that any breach of a Charter right is justified.

2002, ch. 8, art. 15], est d’assurer le contrôle sur l’exercice d’un pouvoir fédéral; c’est là son objet fondamental—les modes d’exercice sont de caractère secondaire. L’élément principal de la disposition, c’est la source du pouvoir, qu’il s’agisse du législateur ou de l’exécutif. L’autre interprétation, adoptée par la Cour d’appel de l’Ontario, est axée pour sa part sur le mode d’exercice et non la source du pouvoir.

[55] Pour en finir sur ce point, face à deux interprétations reconnues comme étant raisonnables, une cour doit trouver celle qui s’accorde le mieux avec l’objet de la loi et le but des dispositions en cause, tout en évitant les incohérences et les problèmes. Il ne faudrait pas accepter une « lacune » lorsqu’une interprétation raisonnable permet de régler la question. À mon avis, par conséquent, en interprétant le paragraphe 2(1) de cette manière, il y a lieu de conclure que même en l’absence d’une ordonnance, l’exercice de la prérogative de la Couronne fédérale en tant que source d’un pouvoir à l’égard de questions justiciables relève de la compétence des Cours fédérales prévue au paragraphe 2(1), et plus particulièrement conférée à la Cour fédérale par l’article 18.

B. Questions liées à la Charte

1) Remarques préliminaires

[56] Comme je l’ai mentionné au paragraphe 6, le demandeur a soulevé la question de savoir si la décision du ministre est contraire ou non aux articles 6 et 7 de la Charte. Le défendeur demande quant à lui à la Cour, d’exercer son pouvoir discrétionnaire de ne pas se prononcer sur cette question, parce que le dossier dont elle est saisie est trop peu étoffé pour pouvoir la trancher.

[57] Les préoccupations du défendeur au sujet du dossier sont de deux ordres. Il reconnaît, premièrement, que le demandeur n’a pas été traité équitablement puisqu’il n’a pas eu l’occasion de s’exprimer au sujet du nouveau motif de refus d’un passeport—la sécurité nationale. On présume de la sorte que le ministre avait le droit de créer ce nouveau motif, hors du cadre du *Décret sur les passeports canadiens*. Le défendeur déclare, deuxièmement, qu’il n’a pas présenté suffisamment d’éléments de preuve relativement à

[58] The simple response to that is that the respondent cannot deprive the applicant of his rights to a proper determination because of the respondent's failure to put forward proper evidence. The applicant must take the record as it is—not the record it would like. So too, the respondent has to take the record it created—it does not get a second chance to create a further and better record.

[59] With respect to section 1 evidence, the respondent gambled that the Charter arguments would be dismissed without the necessity of a section 1 analysis. Sometimes the gamble does not pay out.

[60] In this case, the section 1 analysis would be critical, particularly to the issue of whether the Crown prerogative, as interpreted by the respondent, is a matter “prescribed by law”. The respondent argues that the *Canadian Passport Order* does not limit the Crown in any way. It has argued that the Minister can add to or subtract from the grounds for refusal of a passport as it sees fit without notice or publication. In my view, if the argument is correct, it truly challenges the notion of “prescribed by law” because it takes an arbitrary and important power, the Crown prerogative, and allows it to operate secretly and arbitrarily.

[61] However, in this case, the applicant's rights can be addressed sufficiently under the doctrine of legitimate expectation. I therefore will not decide this case on Charter grounds raised in the application for judicial review because, as stated in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, “courts should refrain from dealing with Charter issues raised in an application for judicial review where it is unnecessary to do so”. I will, nevertheless, address the Charter arguments as they give context and importance to the legitimate expectations of this applicant and any other applicant for a passport.

l'article premier de la Charte en vue de démontrer que, s'il y a atteinte à tout droit garanti par la Charte, cette atteinte est justifiée.

[58] On peut répondre simplement à cela que le défendeur ne peut priver le demandeur de son droit à une décision équitable en raison de son propre défaut de présenter une preuve valable. Le demandeur doit se débrouiller avec le dossier tel qu'il est et non tel qu'il souhaiterait qu'il soit. Et il en est de même pour le défendeur, qui doit accepter le dossier tel qu'il l'a créé; il ne dispose pas d'une deuxième occasion de créer un dossier nouveau et amélioré.

[59] Pour ce qui est de la preuve relative à l'article premier, le défendeur a misé sur le fait que les arguments liés à la Charte seraient rejetés sans que soit nécessaire une analyse fondée sur l'article premier. Parfois on perd en misant de la sorte.

[60] En l'espèce, l'analyse fondée sur l'article premier serait essentielle, au regard particulièrement de la question de savoir si la prérogative de la Couronne, tel que l'interprète le défendeur, est ou non une « règle de droit ». Le défendeur soutient que le *Décret sur les passeports canadiens* n'impose aucune restriction quelconque à la Couronne. Il prétend que le ministre peut ajouter ou soustraire des motifs à ceux prévus pour le refus de passeports, selon son gré, sans avis ni publication. Selon moi, si cet argument était fondé, cela mettrait sérieusement en cause la notion de la « règle de droit », puisque cela permettrait qu'un important pouvoir arbitraire, la prérogative de la Couronne, puisse être exercé de manière secrète et arbitraire.

[61] En l'espèce toutefois, la doctrine de l'attente légitime suffit pour se prononcer sur les droits du demandeur. Je ne trancherai donc pas la présente affaire en me fondant sur les motifs découlant de la Charte invoqués dans la demande de contrôle judiciaire puisque, comme la Cour suprême l'a déclaré dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, les « tribunaux devraient s'abstenir de traiter de questions liées à la Charte soulevées dans une demande de contrôle judiciaire lorsque cela n'est pas nécessaire ». Je vais néanmoins traiter des arguments fondés sur la Charte

parce qu'ils éclairent le contexte où s'inscrivent les attentes légitimes du demandeur et de tout autre demandeur de passeport, et qu'ils montrent l'importance de ces attentes.

(2) Section 6—Mobility Rights

[62] Section 6 gives to citizens a right to enter, remain in and leave Canada. A passport plays a role in two out of three of the rights accorded under section 6. The Ontario Court of Appeal in *Black* [at paragraph 54] captured the modern approach to passports when it said, “[i]n today’s world, the granting of a passport is not a favour bestowed on a citizen by the state. It is not a privilege or a luxury but a necessity”.

[63] The right to leave Canada is a hollow right if it cannot be exercised in a meaningful way due to the actions of the Canadian government directed against an individual or group of individual citizens. At the time of the hearing, 201 countries required Canadians to carry passports to enter their country: these include some of the countries with whom Canadians have the closest personal and business relations such as France, England, Australia and New Zealand.

[64] Virtually everyone in Canada is aware of the current issue with the United States which may result in Canadians being required to carry passports for travel to the United States. The passport is becoming the primary international travel document for much of the world. It symbolizes not only the ability to travel but one’s identity and nationality. It has gone long past the point of a form of diplomatic communication only.

[65] Applied at an individual level, it is no answer to say that it is not the Canadian government which prevents one from leaving Canada when a passport is denied, that the responsibility is solely that of the foreign country which requires it. If that were correct, the right to leave would in any realistic sense in today’s world, be subject to the will of the Canadian

2) Article 6—la liberté de circulation

[62] L’article 6 confère à tout citoyen le droit de demeurer au Canada, d’y entrer et d’en sortir. Le passeport joue un rôle quant à deux des trois droits ainsi garantis à l’article 6. Dans *Black* [au paragraphe 54], la Cour d’appel de l’Ontario a bien compris la façon moderne de concevoir les passeports lorsqu’elle a déclaré : [TRADUCTION] « [d]e nos jours, la délivrance d’un passeport n’est pas une faveur faite par l’État à un citoyen. Il ne s’agit pas d’un privilège ou d’un luxe, mais bien d’une nécessité ».

[63] Le droit de sortir du Canada est sans signification s’il ne peut valablement être exercé en raison d’actions du gouvernement canadien qui visent un individu ou un groupe d’individus. Au moment de l’audience, 201 pays exigeaient des Canadiens qu’ils aient avec eux leur passeport pour pouvoir traverser leurs frontières. On compte parmi ces pays certains de ceux avec lesquels les Canadiens ont les relations d’affaires et personnelles les plus étroites, comme la France, l’Angleterre, l’Australie et la Nouvelle-Zélande.

[64] Pratiquement tout le monde au Canada est au courant du désaccord actuel avec les États-Unis qui pourrait résulter en la nécessité pour les Canadiens d’avoir un passeport pour se rendre dans ce pays. Le passeport est en train de devenir le principal titre de voyage international dans la plupart des pays du monde. Il symbolise non seulement la capacité de voyager mais également l’identité et la nationalité de son détenteur. Il ne s’agit plus seulement d’un mode de communication diplomatique.

[65] À l’échelle individuelle, on ne règle pas la question en disant que ce n’est pas le gouvernement canadien qui empêche un citoyen de sortir du pays en lui refusant un passeport, et que la responsabilité en incombe uniquement au pays étranger qui exige ce titre de voyage. Si une telle assertion était exacte, le droit de sortir du pays serait, au plan pratique dans le monde

government. To accept this interpretation is to give a narrow and technical meaning to a Charter right.

[66] In *United States of America v. Cotroni; United States of America v. El Zein*, [1989] 1 S.C.R. 1469, the Supreme Court [at page 1482], in the context of an extradition case, held that the “central thrust of s. 6(1) is against exile and banishment, the purpose of which is the exclusion of membership in the national community”. The Supreme Court found that the primary purpose of subsection 6(1) was to guarantee the right to remain in Canada. However, I do not interpret that decision as holding that that is all that subsection 6(1) is designed to protect. If that were the case, Parliament would never have enshrined a right to leave Canada but merely have prohibited expulsion.

[67] Recognizing that the issuance of a passport is an aspect of subsection 6(1) rights does not impose on the Canadian government any corresponding duty to conduct its international affairs (matters of high policy and not justiciable) in any particular manner so as not to adversely affect the movement of people across borders. Nor does the statement that a passport is property of the Government of Canada lessen the interest of a citizen in holding a passport; it does, however, prevent foreign governments from seizing the passport and gives a measure of security to Canada’s citizens.

[68] The Canadian government in its own published materials recognizes the importance of a passport even for entry into Canada. While this is not strictly accurate as, by law, proof of citizenship, birth certificate or other such documents is sufficient, the government’s own publications and advice to travellers underscores the importance of a passport.

[69] Although the Court will not make a final determination on the section 6 argument, it is evident that access to a passport is a manifestation of the exercise of a Charter right. The right to leave Canada is

actuel, assujéti à la volonté du gouvernement canadien. Souscrire à une telle interprétation serait donner un sens étroit et technique à un droit garanti par la Charte.

[66] Dans l’arrêt *États-Unis d’Amérique c. Cotroni; États-Unis d’Amérique c. El Zein*, [1989] 1 R.C.S. 1469, la Cour suprême du Canada [à la page 1482] a statué, dans une affaire d’extradition, que « le par. 6(1) vise à protéger contre l’exil et le bannissement qui ont pour objet l’exclusion de la participation à la communauté nationale ». La Cour suprême a conclu que l’objet premier du paragraphe 6(1) était de garantir le droit de demeurer au Canada. Selon mon interprétation, toutefois, la Cour suprême n’a pas statué dans cet arrêt que c’était là tout ce que le paragraphe 6(1) vise à garantir. Si tel avait été le cas, le législateur n’aurait jamais consacré dans la Charte le droit de sortir du Canada, mais aurait simplement interdit l’expulsion.

[67] Reconnaître que la délivrance d’un passeport constitue un aspect des droits garantis au paragraphe 6(1) n’impose pas au gouvernement canadien une quelconque obligation corrélative de mener ses relations internationales (des questions hautement politiques non justiciables) d’une manière particulière afin que ne soit pas entravé le déplacement des gens hors des frontières. De même, déclarer qu’un passeport est la propriété du gouvernement canadien ne réduit en rien l’intérêt pour un citoyen de détenir un passeport; cela empêche cependant les gouvernements étrangers de saisir le passeport et accorde une certaine sécurité aux citoyens du Canada.

[68] Dans ses propres documents publiés, le gouvernement canadien reconnaît l’importance d’un passeport, même aux fins de l’entrée au Canada. Bien que cela ne soit pas rigoureusement exact puisque, en droit, une preuve de citoyenneté, un certificat de naissance ou un autre document semblable suffit, les propres publications et avertissements aux voyageurs du gouvernement font ressortir l’importance qu’a le passeport.

[69] Bien que la Cour ne rendra pas de décision finale quant à l’argument fondé sur l’article 6, il est évident que l’accès à un passeport est une manifestation de l’exercice d’un droit garanti par la Charte. Le droit de

a sufficiently important aspect of an individual's freedom that any exercise of power which has an impact on that Charter value must be held to a high standard—of fairness—of review.

[70] In my view, the greater the importance of the right or interest, the higher the standard of fairness which will be imposed. The importance of a passport means that the principle of fairness—of which legitimate expectation is one—must be closely and rigorously adhered to.

(3) Section 7—Liberty

[71] The applicant argues that the denial of a passport constitutes being deprived of liberty, in a manner not in accordance with principles of fundamental justice. The applicant also submits that the decision of the Minister, since it was done in a clandestine manner and was not based upon an articulated law, should be found constitutionally vague as it so lacks in precision that it does not give sufficient guidance for legal debate.

[72] While it is true that the Minister's decision is procedurally unfair (some aspects of that unfairness are admitted) and therefore potentially contrary to the principles of fundamental justice, there must first be a finding of a violation of the right to liberty.

[73] Liberty includes more than freedom from physical restraint; it includes personal autonomy. It is fairly arguable that if choosing where to establish one's home is a quintessentially private decision going to the very heart of personal or individual autonomy, as held in *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at paragraph 66, so too is the choice of where to go either in or outside Canada.

[74] However, *Godbout*, above, makes clear that the section 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence.

sortir du Canada est un aspect suffisamment important de la liberté de tout individu pour que l'exercice d'un pouvoir qui a une incidence sur cette valeur consacrée par la Charte appelle une norme élevée de contrôle—soit le caractère équitable.

[70] À mon avis, plus le droit ou l'intérêt en cause est important, plus la norme du caractère équitable sera élevée. Il faut donc, vu l'importance d'un passeport, observer avec grande rigueur le principe d'équité—dont l'attente légitime constitue un élément.

3) Article 7—la liberté

[71] Le demandeur soutient que lui refuser un passeport le prive de sa liberté, ce qui est contraire aux principes de justice fondamentale. Il soutient également que la décision du ministre, prise clandestinement et sans fondement juridique exprès, souffre d'une telle imprécision inconstitutionnelle qu'elle ne peut constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire.

[72] Bien qu'il soit exact que la décision du ministre est inéquitable au plan de la procédure (certains aspects de ce caractère inéquitable sont d'ailleurs reconnus) et pourrait ainsi être contraire aux principes de justice fondamentale, il faut qu'on en vienne d'abord à la conclusion qu'il y a eu une violation du droit à la liberté.

[73] La liberté, c'est davantage que d'échapper à la contrainte physique; cela comprend aussi l'autonomie personnelle. On pourrait assez facilement soutenir que, si le choix du lieu de résidence est une décision essentiellement privée qui tient de la nature même de l'autonomie personnelle, comme il a été statué dans *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844 au paragraphe 66, il en va de même pour le choix d'entrer au Canada ou d'en sortir.

[74] Il ressort toutefois clairement de l'arrêt *Godbout*, précité, que le droit à la liberté garanti par l'article 7 vise uniquement les questions qui peuvent à juste titre être qualifiées de fondamentalement ou d'essentiellement personnelles et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence

[75] The ability to travel where and when one wants outside Canada does not strike at that basic value of individual dignity and independence. I say this because the matter of choice to leave Canada is enshrined in section 6 of the Charter. If one provision of the Charter covers a specific freedom, other sections of the Charter should not be presumed to cover the same freedom. There is a presumption against redundancies in legislation. The denial of a passport, while limiting the right to leave Canada, is not tantamount to making one a prisoner in one's own country. As such, I would not consider that the right to leave Canada constitutes a section 7 right to liberty.

(4) Section 1

[76] As this matter can be determined on administrative law grounds, I have made no finding as to a violation of a Charter right. Therefore, it is unnecessary to perform a full Charter section 1 analysis. The analysis of sections 6 and 7 of the Charter was important to provide context to the issue of the applicant's legitimate expectation and the principles of procedural fairness.

[77] However, the starting point of a section 1 consideration is that the limit on a Charter right be "prescribed by law". The *Canadian Passport Order* would qualify as a matter prescribed by law as it indicates the basis upon which the Crown prerogative will be exercised. The difficulty arising in this case is that the respondent contends that what is contained in the *Canadian Passport Order* can be ignored, and that the Minister can arbitrarily insert new grounds for refusal of a passport.

[78] The issue of whether the *Canadian Passport Order* and the Crown prerogative in this case meets section 1 is best left to another case with a more complete record.

même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles.

[75] La capacité de voyager quand et où on le désire à l'extérieur du Canada ne participe pas de cette valeur fondamentale de la dignité et de l'indépendance individuelles. Je l'affirme parce qu'on a consacré à l'article 6 de la Charte le droit au choix de sortir du Canada. Or, si une disposition de la Charte porte sur une liberté particulière, il y a lieu de présumer que les autres dispositions de la Charte ne visent pas cette même liberté. Il y a une présomption à l'encontre de la redondance dans la législation. Le refus de délivrer un passeport, s'il restreint le droit de sortir du Canada, n'équivaut pas à emprisonner l'intéressé dans son propre pays. À ce titre, je ne considère pas que le droit de sortir du Canada constitue un droit à la liberté garanti par l'article 7.

4) L'article premier

[76] Comme il est possible de trancher la présente affaire pour des motifs de droit administratif, je n'ai tiré aucune conclusion quant à la violation d'un droit garanti par la Charte. Il ne sera donc pas nécessaire de procéder à une analyse exhaustive fondée sur l'article premier. L'analyse portant sur les articles 6 et 7 de la Charte importait pour situer en contexte la question de l'attente légitime du demandeur et des principes d'équité procédurale.

[77] Le point de départ d'un examen fondé sur l'article premier, toutefois, c'est qu'un droit garanti par la Charte ne peut être restreint que « par une règle de droit ». On peut considérer que le *Décret sur les passeports canadiens* constitue une telle règle de droit parce qu'on y indique le fondement sur lequel sera exercée la prérogative de la Couronne. Ce qui pose toutefois problème en l'espèce, c'est la prétention du défendeur selon laquelle on peut faire abstraction des dispositions du Décret, et le ministre peut ajouter de nouveaux motifs de refus de délivrance d'un passeport.

[78] Il vaut mieux laisser à trancher dans une future affaire, au dossier plus étoffé, la question de savoir si, en l'espèce, le *Décret sur les passeports canadiens* et la prérogative de la Couronne respectent l'article premier.

C. Exhaustion of Crown prerogative

[79] The applicant submits that the *Canadian Passport Order* deprives the Minister of the authority to exercise the Crown prerogative over passports. The issues raised are:

- whether the *Canadian Passport Order* exhausts the Crown prerogative in the sense that there is no residual power to exercise the prerogative except by a new order; and
- if there is still some residual prerogative power, is it vested in the Minister or only in the Cabinet?

[80] There is no question that the source of power for the issuance of passports is the royal prerogative, both in the U.K. and Canada. A circular dispatch from the Secretary of State for the Colonies dated September 23, 1891 confirmed the authority of the Governor General to issue passports. The issue of passports was transferred to the Department of External Affairs in 1909.

[81] Prior to 1981, passports were issued under the *Canadian Passport Regulations*. There was concern expressed that using a regulation gave rise to an implication that the regulation, being subordinate legislation, abrogated the Crown prerogative over passports. As a consequence, an order, which is a statutory instrument but not subordinate legislation, was put in place.

[82] The *Canadian Passport Order* assigned to the Canadian Passport Office the duties of passport issuance, refusal and revocation on specific grounds. The Passport Office had no authority to deny a passport on national security grounds as evidenced in the action memorandum. There was no reference in the *Canadian Passport Order* to any residual authority being vested in the Minister or the Cabinet to deal with passport issues.

[83] Following the problems raised by this case, amendments to the *Canadian Passport Order* (2004

C. Épuisement de la prérogative royale

[79] Le demandeur soutient que le *Décret sur les passeports canadiens* enlève au ministre le pouvoir d'exercer la prérogative de la Couronne relativement aux passeports. Les questions soulevées à cet égard sont les suivantes :

- le *Décret sur les passeports canadiens* épuise-t-il ou non la prérogative de la Couronne, en ce sens qu'il n'existe pas de pouvoir résiduaire permettant, faute d'une nouvelle ordonnance, d'exercer cette prérogative?;
- dans l'hypothèse où il reste un pouvoir résiduaire quelconque d'exercer la prérogative, ce pouvoir est-il dévolu au ministre, ou seulement au Cabinet?

[80] Il ne fait pas de doute que la source du pouvoir de délivrer des passeports est la prérogative royale, tant au Royaume-Uni qu'au Canada. On a confirmé dans une dépêche du Secrétaire d'État aux Colonies datée du 23 septembre 1891 le pouvoir du gouverneur général de délivrer des passeports. Ce pouvoir a été transféré au ministère des Affaires extérieures en 1909.

[81] Avant 1981, les passeports étaient délivrés en vertu du *Règlement sur les passeports canadiens*. Certains ont craint que le recours à un règlement donne lieu de croire, comme il s'agit là d'une législation subordonnée, que la prérogative de la Couronne à l'égard des passeports était abrogée. On a par conséquent adopté un décret, qui est un texte réglementaire mais non une législation subordonnée.

[82] Le *Décret sur les passeports canadiens* conférerait comme fonctions au Bureau canadien des passeports la délivrance, le refus et la révocation, pour des motifs déterminés, des passeports. Tel que l'atteste le mémoire, le Bureau des passeports ne disposait pas du pouvoir de refuser la délivrance d'un passeport pour des motifs de sécurité nationale. Il n'y avait nulle mention dans le *Décret sur les passeports canadiens* d'un pouvoir résiduaire quelconque qui soit dévolu au ministre ou au Cabinet pour les questions qui touchent les passeports.

[83] Par suite des problèmes soulevés dans la présente affaire, des modifications au *Décret sur les passeports*

CPO) were published in the *Canada Gazette* on September 22, 2004 [C. Gaz. 2004.II.1310]. In addition to providing for the use of biometric facial recognition technology in Canadian passports, the amendments did the following:

- added a statement that nothing in the Order limits or affects the Crown prerogative over passports;
- added that the Crown prerogative over passports can be exercised by the Governor in Council or the Minister;
- added that the Minister “may refuse or revoke a passport if the Minister is of the opinion that such action is necessary for the national security of Canada or another country”.

[84] The respondent contends that the amendments really add nothing new, that the powers of the Minister and grounds to revoke and refuse were always existent in the Crown prerogative despite their absence in the *Canadian Passport Order*. If that is so, one must conclude then that a significant reason for publishing the amendments is an acknowledgement that fairness required that Canadian citizens know the procedure and basis upon which their passport application will be dealt and that they are entitled to rely upon what their government says in the exercise of the Crown prerogative.

[85] A further aspect of the 2004 CPO, an issue for another day perhaps, is that a Canadian citizen could lose or be refused a passport, not because it is necessary for Canadian national security, but because another country convinces a minister that to do so against the interests of a Canadian citizen is in their national security interest.

[86] The respondent, as part of its concession that the original decision was procedurally flawed, submits that the applicant’s passport application should be sent back to be dealt with under the terms of the amended

canadiens (le Décret 2004) ont été publiées le 22 septembre 2004 dans la *Gazette du Canada* [Gaz. C. 2004.II.1310]. En plus de prévoir le recours à la technologie biométrique de reconnaissance du visage, les modifications prévoyaient ce qui suit :

- on a déclaré que le décret n’avait pas pour effet de limiter ou de modifier, de quelque manière que ce soit, la prérogative de la Couronne en matière de passeports;
- on a précisé que la prérogative de la Couronne en matière de passeports peut être exercée par le gouverneur en conseil ou le ministre;
- on a précisé que le ministre « peut refuser de délivrer un passeport ou en révoquer un s’il est d’avis que cela est nécessaire pour la sécurité nationale du Canada ou d’un autre pays ».

[84] Le défendeur soutient qu’on n’a en fait rien ajouté de nouveau au moyen des modifications, car les pouvoirs du ministre et les motifs de révocation et de refus ont toujours découlé de la prérogative de la Couronne, même s’ils n’étaient pas énoncés dans le *Décret sur les passeports canadiens*. Si tel est bien le cas, l’on doit alors conclure qu’une raison importante pour laquelle on a publié les modifications était la reconnaissance de la nécessité, pour des raisons d’équité, que les citoyens canadiens sachent quelle est la procédure applicable au traitement des demandes de passeport, et quel en est le fondement, et qu’ils ont le droit de se fier sur ce que dit leur gouvernement dans l’exercice de la prérogative de la Couronne.

[85] Un autre aspect du Décret 2004, une question qui sera peut-être examinée un autre jour, c’est la possibilité qu’un Canadien puisse perdre son passeport ou s’en voir refuser la délivrance, non parce que cela est nécessaire pour la sécurité nationale du Canada, mais parce qu’un autre pays convainc le ministre qu’agir ainsi, à l’encontre des intérêts du citoyen canadien, va dans le sens de son propre intérêt national.

[86] Le défendeur, qui concède que des failles entachaient la décision originale au plan de la procédure, soutient que la demande de passeport du demandeur devrait être renvoyée en vue d’être traitée selon les

Canadian Passport Order. Given the respondent's position that nothing has changed in terms of powers and grounds, it is difficult to see how there is any realistic likelihood of a new decision.

[87] As to whether the Crown prerogative has been exhausted, it is important to bear in mind the nature of the prerogative as being the residue of discretionary or arbitrary authority left in the hands of the Crown. Without tracing forward from the *Magna Carta*, it is the Crown's powers left over from that which was taken away by Parliament.

[88] Laskin J.A. in *Black* summarizes the nature of the prerogative in the following paragraphs (at paragraphs 25-27):

To put these submissions in context, I will briefly review the nature of the Crown's prerogative power. According to Professor Dicey, the Crown prerogative is "the residue of discretionary or arbitrary authority, which at any given time is left in the hands of the Crown": Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. (London: Macmillan, 1959) at p. 424. Dicey's broad definition has been explicitly adopted by the Supreme Court of Canada and the House of Lords. See *Reference re Effect of Exercise of Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] S.C.R. 269 at pp. 272-73, 59 C.C.C. 301, and *Attorney General v. De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508 at p. 526, [1920] All E.R. Rep. 80 (H.L.). See also Peter Hogg and Patrick Monahan, *Liability of the Crown*, 3rd ed. (Toronto: Carswell, 2000) at p. 15.

The prerogative is a branch of the common law because decisions of courts determine both its existence and its extent. In short, the prerogative consists of "the powers and privileges accorded by the common law to the Crown": Peter Hogg, *Constitutional Law in Canada*, loose-leaf ed. (Toronto: Carswell, 1995) at 1.9. See also *Proclamations Case* (1611), 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352 (K.B.). The Crown prerogative has descended from England to the Commonwealth. As Professor Cox has recently observed, "it is clear that the major prerogatives apply throughout the Commonwealth, and are applied as a pure question of law": N. Cox, *The Dichotomy of Legal Theory and Political Reality: The Honours Prerogative and Imperial Unity*, 14 Australian Journal of Law and Society (1998-99) 15 at 19.

dispositions modifiées du *Décret sur les passeports canadiens*. Le défendeur ayant soutenu que rien n'avait changé au plan des pouvoirs et des motifs, il est alors difficile d'imaginer comment, de manière réaliste, il serait possible qu'une décision nouvelle soit prise.

[87] Pour ce qui est de savoir si la prérogative de la Couronne est ou non épuisée, il importe de se rappeler la nature de cette prérogative, soit les pouvoirs discrétionnaires ou arbitraires qui restent à la Couronne. Sans faire l'historique depuis la *Magna Carta*, disons que ce sont les pouvoirs laissés à la Couronne après ceux que le Parlement lui a pris.

[88] Dans *Black*, le juge Laskin résume dans les paragraphes suivants la nature de la prérogative (aux paragraphes 25 à 27) :

[TRADUCTION] Pour dresser le contexte de ces observations, je vais brièvement résumer la nature de la prérogative de la Couronne. Selon le professeur Dicey, la prérogative de la Couronne est « ce qu'il reste aux mains de la Couronne à un moment quelconque comme pouvoirs discrétionnaires ou arbitraires » (Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10^e éd. (Londres : Macmillan, 1959, à la page 424)) . La large définition de Dicey a été adoptée explicitement par la Cour suprême du Canada et la Chambre des lords. Voir *Reference re Effect of Exercise of Royal Prerogative of Mercy Upon Deportation Proceedings*, [1933] R.C.S. 269, aux pages 272 et 273, 59 C.C.C. 301 et à *Attorney General v. De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508, à la page 526, [1920] All E.R. Rep. 80 (H.L.). Voir également Peter Hogg et Patrick Monahan, *Liability of the Crown*, 3^e éd. (Toronto : Carswell, 2000), à la page 15.

La prérogative est un rameau de la common law puisque son existence et sa portée ont été établies dans des décisions des tribunaux. En bref, la prérogative consiste en « les pouvoirs et privilèges reconnus à la Couronne par la common law » (Peter Hogg, *Constitutional Law in Canada*, éd. en feuilles mobiles (Toronto : Carswell, 1995), à 1.9. Voir également *Proclamations Case* (1611), 12 Co. Rep. 74, 77 E.R. 1352 (B.R.). Et la prérogative de la Couronne est passée de l'Angleterre aux pays du Commonwealth. Comme l'a récemment fait observer le professeur N. Cox dans *The Dichotomy of Legal Theory and Political Reality : The Honours Prerogative and Imperial Unity*, 14 Australian Journal of Law and Society (1998-99), aux pages 15 à 19, « il est clair que les principales prérogatives s'appliquent à travers le Commonwealth comme une question de droit pure ».

Despite its broad reach, the Crown prerogative can be limited or displaced by statute. See *Parliament of Canada Act*, R.S.C. 1985, c. P-1, s. 4. Once a statute occupies ground formerly occupied by the prerogative, the prerogative goes into abeyance. The Crown may no longer act under the prerogative, but must act under and subject to the conditions imposed by the statute: *Attorney General v. De Keyser's Royal Hotel*, *supra*. In England and Canada, legislation has severely curtailed the scope of the Crown prerogative. Dean Hogg comments that statutory displacement of the prerogative has had the effect of "shrinking the prerogative powers of the Crown down to a very narrow compass" (*supra*). Professor Wade agrees:

[I]n the course of constitutional history the Crown's prerogative powers have been stripped away, and for administrative purposes the prerogative is now a much-attenuated remnant. Numerous statutes have expressly restricted it, and even where a statute merely overlaps it the doctrine is that the prerogative goes into abeyance.

E.C.S. Wade, *Administrative Law*, 6th ed. (Oxford: Clarendon Press, 1988) at pp. 240-41).

[89] Given its nature as the power not otherwise occupied by statute, it has been held by Justice Bastarache, dissenting on a different issue, in *Ross River Dena Council Band v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 816 that the prerogative can only be taken away by express statutory provisions or by implication, although there is doubt as to the latter method [at paragraph 4]:

There is no doubt that a royal prerogative can be abolished or limited by clear and express statutory provision: see *R. v. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 F.C. 745, at p. 780, aff'd [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 464. It is less certain whether in Canada the prerogative may be abolished or limited by necessary implication. Although this doctrine seems well established in the English courts (see *Attorney-General v. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.)), this Court has questioned its application as an exception to Crown immunity (see *R. v. Eldorado Nuclear Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 551, at p. 558; *Sparling v. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 S.C.R. 1015, at pp. 1022-23). Assuming that prerogative powers may be removed or curtailed by necessary implication, what is meant by "necessary implication"? H. V. Evatt explains the doctrine as follows:

Malgré sa grande portée, la prérogative de la Couronne peut être restreinte ou même évincée par une loi (*Loi sur le Parlement du Canada* L.R.C. (1985), ch. P-1, art. 4). Dès qu'une loi régit un domaine qui relevait jusque-là d'une prérogative, cette dernière cesse de s'appliquer. La Couronne ne peut alors plus agir en s'autorisant de la prérogative, mais doit agir conformément aux conditions prévues par la loi (*Attorney General v. De Keyser's Royal Hotel*, précité). En Angleterre et au Canada, on a considérablement restreint par législation la prérogative de la Couronne. Selon le doyen Hogg, l'évincement de la prérogative par la loi a eu pour effet de « réduire la portée des pouvoirs en vertu de la prérogative de la Couronne en un très faible registre » (précité). Le professeur Wade partage cet avis.

[A]u cours de l'histoire constitutionnelle, les pouvoirs en vertu de la Couronne ont été réduits et, au plan administratif, cette prérogative n'est plus que l'ombre d'elle-même. On l'a restreinte expressément au moyen de nombreuses lois et, même lorsqu'un texte législatif ne fait que la chevaucher, la doctrine veut qu'elle ne reçoive plus application.

E.C.S. Wade, *Administrative Law*, 6^e éd. (Oxford: Clarendon Press, 1988), aux pages 240 et 241).

[89] Compte tenu de sa nature, soit un pouvoir exercé dans un champs de compétence qui n'est pas occupé par une loi, le juge Bastarache, dissident mais sur une autre question, a statué, dans l'arrêt *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 816, qu'on ne peut exclure la prérogative qu'au moyen de dispositions législatives expresses ou par implication, bien qu'en ce dernier cas un certain doute existe [au paragraphe 4] :

Il ne fait aucun doute qu'une prérogative royale peut être abolie ou restreinte par une disposition législative claire ou explicite : voir *R. c. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 C.F. 745, p. 780, conf. par [1985] 1 R.C.S. 441, p. 464. Il est toutefois moins certain que, au Canada, la prérogative puisse être abolie ou restreinte par implication nécessaire. Bien que cette doctrine semble bien établie dans la jurisprudence britannique (voir *Attorney-General c. De Keyser's Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C. 508 (H.L.)), notre Cour a mis en doute son application en tant qu'exception à l'immunité de la Couronne (voir *R. c. Eldorado Nucléaire Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 551, p. 558; *Sparling c. Quebec (Caisse de dépôt et placement du Québec)*, [1988] 2 R.C.S. 1015, p. 1022-1023). En supposant que les pouvoirs de prérogative puissent être éliminés ou réduits par implication nécessaire, qu'entend-on par « implication nécessaire »? Voici comment H. V. Evatt explique cette doctrine :

Where Parliament provides by statute for powers previously within the prerogative being exercised subject to conditions and limitations contained in the statute, there is an implied intention on the part of Parliament that those powers can only be exercised in accordance with the statute. “Otherwise,” says Swinfen-Eady M.R., “what use would there be in imposing limitations if the Crown could at its pleasure disregard them and fall back on prerogative?” [Emphasis added.]

(H.V. Evatt, *The Royal Prerogative* (1987), at p. 44)

[90] Justice LeBel, on behalf of the majority, in the same decision, essentially concurred with Justice Bastarache stating [at paragraph 54]:

The royal prerogative is confined to executive governmental powers, whether federal or provincial. The extent of its authority can be abolished or limited by statute: “once a statute has occupied the ground formerly occupied by the prerogative, the Crown [has to] comply with the terms of the statute”. (See P. W. Hogg and P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3rd ed. 2000), at p. 17; see also, Hogg, *supra*, at pp. 1:15-1:16; P. Lordon, Q.C., *Crown Law* (1991), at pp. 66-67.) In *Attorney-General v. De Keyser’s Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C 508 (H.L.), Lord Dunedin described the interplay of royal prerogative and statute, at p. 526:

Inasmuch as the Crown is a party to every Act of Parliament it is logical enough to consider that when the Act deals with something which before the Act could be effected by the prerogative, and specially empowers the Crown to do the same thing, but subject to conditions, the Crown assents to that, and by that Act, to the prerogative being curtailed.

Lord Parmoor added, at p. 568: “The Royal prerogative has of necessity been gradually curtailed, as a settled rule of law has taken the place of an uncertain and arbitrary administrative discretion”. In summary, then, as statute law expands and encroaches upon the purview of the royal prerogative, to that extent the royal prerogative contracts. However, this displacement occurs only to the extent that the statute does so explicitly or by necessary implication: see *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 17; Hogg and Monahan, *supra*, at p. 17; Lordon, *supra*, at p. 66.

[TRADUCTION] Lorsque le Parlement précise dans une loi que l’exercice de pouvoirs relevant jusque-là de la prérogative est assujéti aux conditions et restrictions prévues par cette loi, il entend implicitement que ces pouvoirs ne puissent être exercés qu’en conformité avec la loi. « Sinon », comme l’affirme le maître des rôles Swinfen-Eady, « quelle serait l’utilité d’imposer des restrictions, si la Couronne pouvait en faire fi à son gré et continuer d’avoir recours à la prérogative? » [Je souligne.]

(H. V. Evatt, *The Royal Prerogative* (1987), p. 44)

[90] Le juge LeBel, s’exprimant au nom de la majorité, a souscrit pour l’essentiel à l’avis du juge Bastarache et a ainsi déclaré [au paragraphe 54] :

La prérogative royale se limite aux pouvoirs exercés par l’exécutif, tant au niveau fédéral que provincial. Il est possible, au moyen d’une loi, d’abolir la prérogative ou de restreindre la portée de celle-ci : [TRADUCTION] « dès qu’une loi régit un domaine qui relevait jusque-là d’une prérogative, l’État est tenu de se conformer à ses dispositions ». (Voir P. W. Hogg et P. J. Monahan, *Liability of the Crown* (3^e éd. 2000), p. 17; voir aussi Hogg, *op. cit.*, p. 1 :15-1 :16; P. Lordon, c.r., *La Couronne en droit canadien* (1992), p. 75-76). Dans l’arrêt *Attorney-General c. De Keyser’s Royal Hotel, Ltd.*, [1920] A.C 508 (H.L.), lord Dunedin a décrit ainsi l’interaction de la prérogative royale et des textes de loi, à la p. 526 :

[TRADUCTION] Dans la mesure où la Couronne est partie à chaque loi fédérale, il est logique d’affirmer que, dans les cas où la loi porte sur quelque chose qui, avant cette loi, pouvait être effectué au moyen de la prérogative, et qu’elle a particulièrement pour effet d’habiliter la Couronne à accomplir la même chose, sous réserve de certaines conditions, la Couronne consent à cette situation et, par cette loi, à ce que la prérogative soit restreinte.

Lord Parmoor a ajouté, à la p. 568, que [TRADUCTION] « [1]a prérogative royale est nécessairement réduite de façon graduelle, au fur et à mesure qu’une règle de droit bien établie remplace un pouvoir discrétionnaire administratif de nature arbitraire et incertaine ». En résumé, donc, à mesure que le droit d’origine législative s’élargit et empiète sur la prérogative, celle-ci se contracte de façon correspondante. Toutefois, un tel remplacement ne se produit que lorsque la loi le dit explicitement ou lorsque ce remplacement ressort de celle-ci par implication nécessaire : voir *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985 ch. I-21, art. 17; Hogg et Monahan, *op. cit.*, p. 17; Lordon, *op. cit.*, p. 75-76.

[91] The prerogative can only be abolished or exhausted by clear words in a statute or by necessary implication from words in a statute (see sections 2 and 17 of the *Interpretation Act*). There is no such statute at play in this case. The *Canadian Passport Order*, not being a statute, cannot raise the necessary implication that the prerogative has been exhausted.

[92] While the prerogative may not have been exhausted and therefore remained in place, that does not mean that the executive could exercise that prerogative in any manner it chooses. The power is still subject to other legal norms including the Charter and the duty of fairness. As stated by Justice MacKay of this Court in *Vancouver Island Peace Society v. Canada*, [1994] 1 F.C. 102 [at page 141]:

The royal prerogative is comprised of the residue of miscellaneous powers, rights, privileges, immunities and duties accepted under our law as vested in Her Majesty and under our Constitution exercised by the Governor in Council acting on advice of Ministers. Orders in Council may express the decisions of the Governor in Council in relation to matters within the discretionary authority of prerogative powers. Traditionally the courts have recognized that within the ambit of these powers the Governor in Council may act in relation to matters concerning the conduct of international affairs including the making of treaties, and the conduct of measures concerning national defence and security. The prerogative power is, of course, subject to the doctrine of parliamentary supremacy and Parliament, by statute, may withdraw or regulate the exercise of the prerogative power. The authority of the Governor in Council in exercise of the prerogative is also bound by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Operation Dismantle, supra*).

[93] Having determined that the prerogative had not been exhausted or occupied by the *Canadian Passport Order*, the issue remains whether the Minister could exercise the prerogative given that an order in council governed the administration of passports. It seems logical that since Cabinet had devolved some aspects of the prerogative to the Passport Office under the *Canadian Passport Order*, only Cabinet could act to deal with exceptions to the *Canadian Passport Order*.

[91] La prérogative ne peut être abolie ou épuisée que par les dispositions claires d'une loi ou par implication nécessaire découlant des dispositions d'une loi (articles 2 et 17 de la *Loi d'interprétation*). Aucune pareille loi n'est en jeu en l'espèce. Il ne peut ressortir par implication nécessaire du *Décret sur les passeports canadiens*, comme il ne s'agit pas d'une loi, que la prérogative a été épuisée.

[92] Même si la prérogative peut ne pas avoir été épuisée et reste donc toujours en application, cela ne veut toutefois pas dire que l'exécutif peut l'exercer comme bon lui semble. Ce pouvoir est toujours assujéti à d'autres normes juridiques, y compris la Charte et l'obligation d'agir équitablement. Comme l'a déclaré le juge MacKay de la Cour dans *Vancouver Island Peace Society c. Canada*, [1994] 1 C.F. 102 (1^{re} inst.) [à la page 141] :

La prérogative royale comprend l'ensemble des divers pouvoirs, droits, privilèges, immunités et devoirs reconnus dans notre droit comme dévolus à Sa Majesté et exercés, en vertu de notre Constitution, par le gouverneur en conseil agissant sur l'avis des ministres. Les décisions du gouverneur en conseil relativement aux questions qui relèvent de son pouvoir discrétionnaire issu de la prérogative peuvent être prises par décret. Traditionnellement, les tribunaux ont reconnu que dans les limites de ces pouvoirs, le gouverneur en conseil pouvait agir dans le domaine des affaires internationales, notamment en concluant des traités et en prenant des mesures intéressant la défense et la sécurité nationales. Bien entendu, la prérogative est assujéti au principe de la souveraineté du Parlement et celui-ci peut, par une loi, retirer la prérogative ou en réglementer l'exercice. Le pouvoir du gouverneur en conseil dans l'exercice de la prérogative est également assujéti à la *Charte canadienne des droits et libertés* (voir l'arrêt *Operation Dismantle*, précité).

[93] Après avoir conclu que la prérogative n'a pas été épuisée ni son champ occupé par le *Décret sur les passeports canadiens*, il reste à régler la question de savoir si le ministre pouvait exercer la prérogative étant donné qu'un décret régissait l'administration des passeports. Il semble logique que, puisque le Cabinet a dévolu certains éléments de la prérogative au Bureau des passeports en vertu du *Décret sur les passeports canadiens*, seul le Cabinet pourrait prévoir des exceptions au *Décret sur les passeports canadiens*.

[94] As indicated in paragraph 80, the power to deal with passports was transferred to the Department of External Affairs where it has remained [now Department of Foreign Affairs and International Trade]. There is nothing in the *Canadian Passport Order*, other than that it emanated from Cabinet, to suggest that this authority had been transferred to the Governor in Council.

[95] In both *Black*, above, at paragraphs 32-34 and in *Schreiber*, above, at paragraphs 27-28, in this Court, the respective courts found that the prerogative could be exercised by either the Governor in Council or by the responsible minister. Indeed, in *Black*, at paragraph 33, there is an outright rejection of the notion that only the Governor in Council could exercise the Crown prerogative.

[96] Where the prerogative can be exercised by other than the Governor in Council, the only issue is which minister or other authority may do so. In this case, it is evident that the Minister is the appropriate Crown minister to exercise that authority. Therefore, to the extent that the prerogative could be exercised, the Minister had the power to do so. Still, it had to be exercised in the proper manner.

[97] The question remains whether the Minister could exercise the power in the manner he did against this applicant. In other words, was the applicant entitled, on grounds of procedural fairness, to have his passport application dealt with by the Passport Office, as stipulated in the *Canadian Passport Order*.

D. Fairness/Legitimate Expectation

[98] The respondent early in this litigation acknowledged that the Minister had breached the duty of fairness, largely by failure to give notice and an opportunity to be heard. While the Court agrees with the respondent, the applicant claims even further breach of the principles of fairness in terms of legitimate expectation, particularly the expectation as to who will

[94] Tel que je l'ai mentionné au paragraphe 80, le pouvoir à l'égard du traitement des passeports a été transféré au ministère des Affaires extérieures et il demeure entre ses mains [maintenant le ministère des Affaires étrangères et du Commerce international]. Rien dans le *Décret sur les passeports canadiens* ne laisse à entendre, si ce n'est qu'il émane du Cabinet, que ce pouvoir a été transféré au gouverneur en conseil.

[95] Tant dans *Black* (précité, aux paragraphes 32 à 34) que dans *Schreiber* (précité, paragraphes 27 et 28), il a été conclu que la prerogative pouvait être exercée soit par le gouverneur en conseil, soit par le ministre concerné. Dans *Black* d'ailleurs, au paragraphe 33, on rejette catégoriquement l'idée que seul le gouverneur en conseil puisse exercer la prerogative de la Couronne.

[96] Lorsque la prerogative peut être exercée par une personne autre que le gouverneur en conseil, la seule question qui se pose est alors celle de savoir quel ministre ou quelle autre autorité peut le faire. En l'espèce, il est évident que le ministre est le ministre de la Couronne à qui il revient d'exercer ce pouvoir. Dans la mesure où la prerogative pouvait être exercée, par conséquent, le ministre disposait du pouvoir d'un tel exercice. Encore fallait-il toutefois que ce pouvoir soit valablement exercé.

[97] Ce qu'il reste maintenant à savoir, c'est si le ministre pouvait ou non exercer son pouvoir de la manière dont il l'a fait à l'encontre du demandeur. En d'autres mots, le demandeur était-il en droit, pour des motifs d'équité procédurale, de voir sa demande de passeport traitée par le Bureau des passeports de la manière prévue dans le *Décret sur les passeports canadiens*.

D. Équité et attentes légitimes

[98] Dès les débuts de la présente instance, le défendeur a reconnu que le ministre avait manqué à son obligation d'agir équitablement, pour bonne part en refusant de donner avis au demandeur et de lui fournir l'occasion d'être entendu. La Cour est d'accord avec ce qu'admet le défendeur, mais le demandeur prétend qu'il y eu d'autres violations des principes d'équité en

make the decision affecting his application.

[99] On the facts of this case, the applicant, and indeed virtually every Canadian citizen, would have expected that the Canadian Passport Office acting on the criteria contained in the *Canadian Passport Order* would deal with and issue or refuse to issue a passport. No previous instance of the Minister's direct intervention in a passport application was cited to the Court.

[100] The duty of procedural fairness, as discussed in *Baker*, has been further summarized by the Chief Justice in *Canadian Pacific Railway Co. v. Vancouver (City)*, [2006] 1 S.C.R. 227, at paragraph 39 as follows:

The content of the duty of procedural fairness depends on a number of factors, including: the "nature of the decision being made and the process followed in making it"; the "nature of the statutory scheme and the 'terms of the statute pursuant to which the body operates'"; the "importance of the decision to the individual or individuals affected"; the "legitimate expectations of the person challenging the decision"; and the requirement to "respect the choices of procedure made by the agency itself, particularly when the statute leaves to the decision-maker the ability to choose its own procedures, or when the agency has an expertise in determining what procedures are appropriate in the circumstances": *Baker*, at paras. 22-27.

[101] Of those factors, the two most critical in this instance are "the importance of the decision to the individual or individuals affected" and "the legitimate expectations of the person challenging the decision".

[102] The respondent argued that the use of the word "may" in the *Canadian Passport Order* gave a wide discretion. As such, a significantly reduced level of procedural fairness is warranted in respect of passport issuance and control. Read in context I cannot agree that "may" has this effect.

matière d'attentes légitimes, particulièrement l'attente quant à l'auteur de la décision à prendre relativement à la demande.

[99] En l'espèce, le demandeur, et d'ailleurs pratiquement tout citoyen canadien, se serait attendu à ce que ce soit le Bureau canadien des passeports, se fondant sur les critères énumérés dans le *Décret sur les passeports canadiens*, qui traite la demande de passeport et décide de délivrer ou non le passeport. À cet égard, on n'a cité à la Cour aucun cas antérieur d'intervention directe du ministre relativement à une demande de passeport.

[100] L'obligation d'équité procédurale, dont la Cour suprême a traité dans *Baker*, a en outre été résumée comme suit par le juge en chef dans *Chemin de fer Canadien Pacifique c. Vancouver (Ville)*, [2006] 1 R.C.S. 227, au paragraphe 39 :

La nature de l'obligation d'équité procédurale dépend d'un certain nombre de facteurs, notamment « la nature de la décision recherchée et le processus suivi pour y parvenir »; la « nature du régime législatif et "les termes de la loi en vertu de laquelle agit l'organisme en question" »; l'« importance de la décision pour les personnes visées »; les « attentes légitimes de la personne qui conteste la décision » et l'obligation de « respecter les choix de procédure que l'organisme fait lui-même, particulièrement quand la loi laisse au décideur la possibilité de choisir ses propres procédures, ou quand l'organisme a une expertise dans le choix des procédures appropriées dans les circonstances » : *Baker*, par. 22-27.

[101] Parmi ces facteurs, les deux plus décisifs en l'instance sont « l'importance de la décision pour les personnes visées » et « les attentes légitimes de la personne qui conteste la décision ».

[102] Le défendeur soutient que l'emploi du mot « peut » dans le *Décret sur les passeports canadiens* conférerait un large pouvoir discrétionnaire. Cela étant, il serait justifié que la portée de l'obligation d'équité procédurale soit considérablement réduite à l'égard de la délivrance et du contrôle de passeports. En interprétant le mot « peut » en contexte, toutefois, je ne puis convenir qu'il a un tel effet.

[103] The word “may” appears three times in the *Canadian Passport Order* as it stood at the time of Khadr’s passport application; once in subsection 4(1) and once more in section 9 and again in section 10. For this case, the relevant sections are sections 4 and 9. Subsection 4(1) states that “Subject to this Order, any person who is a Canadian citizen under the Act may be issued a passport” [emphasis added]. Section 9 then states that “The Passport Office may refuse to issue a passport to an applicant who [list of seven grounds for refusal]” [emphasis added].

[104] Section 11 of the *Interpretation Act* states that “‘shall’ is to be construed as imperative” and “‘may’ as permissive”. If section 4 of the *Canadian Passport Order* used the word “shall”, it would have the effect of requiring that every Canadian have a passport.

[105] In my view, it is more consistent with the purpose and intent of the *Canadian Passport Order* to read the verb “may” as granting permission to Canadian citizens to be issued a passport. The effect of the section is to exclude non-Canadians from the entitlement to a passport.

[106] Section 9 of the *Canadian Passport Order*, on the other hand, permits the Passport Office, in cases where an applicant falls into one of the enumerated circumstances (paragraphs 9(a)-(g)), to refuse to issue a passport. I agree with the respondent’s argument that the authority granted by the “may” is exhausted by the grounds listed in section 9 for the refusal of a passport.

[107] Characterizing “may” as permissive implies that it imports discretion upon the person it grants the permissive authority. Although this implication of discretion arises, it is not in itself conclusive. In *R. v. S.(S.)*, [1990] 2 S.C.R. 254, at pages 273-274, Dickson C.J. indicates that, although “may” implies discretion, it

[103] On recourt au mot « peut » à trois reprises dans le *Décret sur les passeports canadiens* en sa teneur au moment de la demande de passeport de M. Khadr : au paragraphe 4(1), à l’article 9 ainsi qu’à l’article 10. En l’espèce, les dispositions pertinentes sont les articles 4 et 9. Selon le paragraphe 4(1), « [s]ous réserve du présent décret, un passeport peut être délivré à toute personne qui est un citoyen canadien en vertu de la Loi » [non souligné dans l’original]. L’article 9 prévoit ensuite que « [l]e bureau des passeports peut refuser de délivrer un passeport à un requérant qui [suit une liste de sept motifs de refus] » [non souligné dans l’original].

[104] Selon l’article 11 de la *Loi d’interprétation*, l’obligation s’exprime essentiellement par l’indicatif présent du verbe porteur de sens principal (dans la version anglaise, « “shall” is to be construed as imperative »), et l’octroi de pouvoirs, droits, autorisations ou facultés par le verbe « pouvoir » (« “may” as permissive »). Ainsi, si on utilisait l’indicatif présent (« un passeport est délivré ») à l’article 4 du *Décret sur les passeports canadiens*, l’effet en serait l’obligation de délivrer un passeport à tout citoyen canadien.

[105] Or, selon moi, il est plus conforme à l’objet et à l’esprit du *Décret sur les passeports canadiens* d’interpréter le mot « peut » comme accordant aux citoyens canadiens la permission de se voir délivrer un passeport. L’article 4 a pour effet de priver les non-Canadiens du droit à la délivrance d’un passeport.

[106] L’article 9 du *Décret sur les passeports canadiens*, d’un autre côté, permet au Bureau des passeports, lorsqu’un requérant se trouve dans l’une des situations énumérées (les alinéas 9a) à g)), de refuser la délivrance du passeport. À cet égard, je souscris à l’argument du défendeur selon lequel les motifs énumérés à l’article 9 pour le refus de délivrance d’un passeport épuisent le pouvoir découlant de « peut ».

[107] Dire de l’emploi du mot « peut » qu’il dénote une permission donne à entendre qu’un pouvoir discrétionnaire est conféré à la personne à qui l’on accorde cette permission. Bien que ce soit vrai, cela n’a toutefois pas un caractère déterminant. Dans *R. c. S.(S.)*, [1990] 2 R.C.S. 254, aux pages 273 et 274, le juge en

does not preclude obligation. In *R. v. S.(S.)*, Dickson C.J. refers to the judgment of Lord Cairns in the House of Lords case of *Julius v. Lord Bishop of Oxford and another*, [1874-80] All E.R. Rep. 43 where a distinction was drawn between a power coupled with a duty and a complete discretion. The relevant portion of this judgment is as follows [at pages 47, 49]:

[The words “shall be lawful”] confer a faculty or power, and they do not of themselves do more than confer a faculty or power. But there may be something in the nature of the thing empowered to be done, something in the object for which it is to be done, something in the conditions under which it is to be done, something in the title of the person or persons for whose benefit the power is to be exercised, which may couple the power with a duty, and make it the duty of the person in whom the power is reposed, to exercise that power when called upon to do so. . . .

...

. . . where a power is deposited with a public officer for the purpose of being used for the benefit of persons who are specifically pointed out, and with regard to whom a definition is supplied by the legislature of the conditions upon which they are entitled to call for its exercise, that power ought to be exercised, and the Court will require it to be exercised.

[108] The Nova Scotia Court of Appeal, in *Brown v. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43, fully adopted the reasoning in *Julius*, holding that once the conditions were met (conditions as set out in a particular statute imposing a duty on the Metropolitan Authority to pay compensation for damages that arose out of its actions), a duty arose to exercise this power in spite of the fact that the words empowering the Authority were “may pay”.

[109] Section 9 does not create an obligation to issue a passport if certain criteria is met. Instead it states that the Passport Office may refuse a passport to an individual who falls into one of the listed categories. The obligation imported by the “may” is one of refusal. The Order, as appears to have been accepted by the respondent’s officials, is to be read as giving to the Passport Office the power, coupled with the duty, to

chef Dickson dit à cet égard que, bien que le mot « may » (« peut ») laisse entendre un pouvoir discrétionnaire, il peut néanmoins créer une obligation. Dans *R. c. S.(S.)*, le juge en chef Dickson renvoie aux motifs de lord Cairns, dans la décision de la Chambre des lords *Julius v. Lord Bishop of Oxford and another*, [1874-80] all E.R. Rep. 43, qui a établi une distinction entre un pouvoir assorti d’un devoir et un pouvoir discrétionnaire absolu. Voici l’extrait pertinent de ce jugement [aux pages 47 et 49] :

[TRADUCTION] [Les mots « *shall be lawful* » (« il est licite »)] confèrent une faculté ou un pouvoir, mais ils ne font en eux-mêmes rien de plus. Il peut toutefois y avoir un élément dans la nature de la chose qu’on autorise à faire, dans l’objet visé, dans les conditions dans lesquelles la chose doit être faite ou dans le titre de la ou des personnes à l’avantage desquelles le pouvoir doit être exercé qui assortisse le pouvoir d’un devoir, et qui confère le devoir au destinataire du pouvoir de l’exercer lorsqu’il lui est demandé de le faire [. . .]

[. . .]

[. . .] L’orsqu’un pouvoir est conféré à un agent public pour être exercé à l’avantage de personnes expressément désignées, une définition étant énoncée par le législateur qui vient préciser les conditions devant être réunies pour que ces personnes en demandent l’exercice, ce pouvoir devrait être exercé et la Cour exigera qu’il le soit.

[108] Dans *Brown v. Metropolitan Authority* (1996), 150 N.S.R. (2d) 43, la Cour d’appel de la Nouvelle-Écosse a pleinement souscrit au raisonnement suivi dans *Julius*, statuant qu’une fois les conditions réunies (les conditions prévues dans la loi concernée imposant à la Metropolitan Authority le devoir de verser compensation pour les dommages occasionnés par ses actions), le devoir s’imposait d’exercer ce pouvoir bien que les mots conférant celui-ci à la Metropolitan Authority aient été « may pay » (« peut verser »).

[109] L’article 9 ne crée pas l’obligation de délivrer un passeport si certains critères sont respectés. On y prévoit plutôt que le Bureau des passeports peut refuser la délivrance à une personne faisant partie d’une des catégories énumérées. L’obligation indiquée par le mot « peut » en est une de refus. Il convient d’interpréter le Décret, tel que les fonctionnaires du défendeur semblent l’avoir reconnu, comme conférant au Bureau des

refuse a passport to a person who falls into one of the conditions enumerated.

[110] Subsection 4(1), however, reads quite differently. It states that a Canadian citizen may be issued a passport. Although silent on who will do the actual issuing, reference to the interpretation section of the Order (section 2) reveals that it would be the Passport Office. The “Passport Office” therein is described as “a section of the Department of External Affairs, wherever located, that has been charged by the Minister with the issuing, revoking, withholding, recovery and use of passports”.

[111] A proper interpretation of subsection 4(1) would be as follows: “The Passport Office, subject to this Order, may issue a passport to any person who is a Canadian citizen under the Act” [Act meaning *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29]]. Therefore, if an individual meets the two conditions outlined—(1) he or she is a Canadian citizen pursuant to the *Citizenship Act* and (2) nothing in the Order prohibits such issuance—then he or she is entitled to a passport. In light of the principle presented in *Julius*, this “may”, as it vests power in a public authority, carries with it an obligation to exercise the power granted to it.

[112] Section 4, read together with sections 9 and 10, mean that the Passport Office has the permission or authority of the Governor in Council to issue passports, and to refuse or revoke passports in accordance with the terms of the Order. No reasonable person reading this Order would conclude that if one otherwise complied with the terms of this Order, the Minister could, and on entirely new grounds, deny one a passport or indeed that the Passport Office could act likewise.

[113] In respect of the two most critical factors referred to in paragraph 101 (the importance of the decision and the legitimate expectations), as discussed in these reasons in respect of section 6 of the Charter,

passports le pouvoir, assorti du devoir, de refuser la délivrance d’un passeport à une personne qui est visée par l’une des conditions énumérées.

[110] La teneur du paragraphe 4(1) est toutefois fort différente. On y prévoit en effet qu’un passeport peut être délivré à un citoyen canadien. Bien qu’on n’y dise pas qui procédera en fait à la délivrance, la lecture de l’article d’interprétation du Décret (l’article 2) révèle qu’il s’agirait du Bureau des passeports. On définit en effet le « Bureau des passeports » comme « le service du ministère des Affaires extérieures, où qu’il se trouve, que le Ministre a chargé de la délivrance, de la révocation, de la retenue, de la récupération et de l’utilisation des passeports ».

[111] On devrait ainsi interpréter le paragraphe 4(1) comme voulant dire : « Le Bureau des passeports, sous réserve du présent Décret, peut délivrer un passeport à toute personne qui est citoyen canadien en vertu de la Loi » (Loi s’entend de la *Loi sur la citoyenneté* [L.R.C. (1985), ch. C-29]). Par conséquent, si une personne satisfait aux deux conditions mentionnées—1) il s’agit d’un citoyen canadien en vertu de la *Loi sur la citoyenneté* et 2) aucune disposition du Décret n’interdit la délivrance —, elle aura droit à un passeport. Compte tenu du principe énoncé dans *Julius*, l’expression « peut », puisqu’elle confère alors un pouvoir à une autorité publique, emporte l’obligation d’exercer le pouvoir ainsi conféré.

[112] L’article 4, si on l’interprète à la lumière des articles 9 et 10, veut dire que le Bureau des passeports a la faculté ou le pouvoir, que confère le gouverneur en conseil, de délivrer, de refuser de délivrer ou de révoquer des passeports conformément aux dispositions du Décret. À la lecture du Décret, nulle personne raisonnable ne pourrait conclure que, si un requérant se conformait par ailleurs aux dispositions du Décret, le ministre—et tout autant d’ailleurs le Bureau des passeports—pourrait, et ce, pour des motifs entièrement nouveaux, lui refuser la délivrance d’un passeport.

[113] En ce qui concerne les deux facteurs les plus décisifs mentionnés au paragraphe 101 (soit l’importance de la décision et les attentes légitimes), tel que j’en ai traité dans les présents motifs relativement à

the issuance of a passport in the modern international setting of the world is an aspect of and reflects the Charter value expressed by the mobility rights. That the applicant has no current travel plans (or whether other countries would accept him) is not relevant. As held in *Baker* [at paragraph 25]:

A third factor in determining the nature and extent of the duty of fairness owed is the importance of the decision to the individual or individuals affected. The more important the decision is to the lives of those affected and the greater its impact on that person or those persons, the more stringent the procedural protections that will be mandated. This was expressed, for example, by Dickson J. (as he then was) in *Kane v. Board of Governors of the University of British Columbia*, [1980] 1 S.C.R. 1105, at p. 1113:

A high standard of justice is required when the right to continue in one's profession or employment is at stake. . . . A disciplinary suspension can have grave and permanent consequences upon a professional career.

As Sedley J. (now Sedley L.J.) stated in *R. v. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), at p. 667:

In the modern state the decisions of administrative bodies can have a more immediate and profound impact on people's lives than the decisions of courts, and public law has since *Ridge v. Baldwin* [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40 been alive to that fact. While the judicial character of a function may elevate the practical requirements of fairness above what they would otherwise be, for example by requiring contentious evidence to be given and tested orally, what makes it "judicial" in this sense is principally the nature of the issue it has to determine, not the formal status of the deciding body.

The importance of a decision to the individuals affected, therefore, constitutes a significant factor affecting the content of the duty of procedural fairness.

[114] The Government of Canada holds out just how important a passport is. In its Web site display and other publications (some of which are referred to in paragraph 68 of these reasons), the government lays considerable

l'article 6 de la Charte, la délivrance d'un passeport dans l'environnement mondial contemporain est un aspect et un écho de la valeur consacrée par la Charte que constitue la liberté de circulation. Le fait que le demandeur n'ait actuellement aucun projet de voyage (ou la question de savoir si d'autres pays accepteraient sa venue) n'est pas pertinent. La Cour suprême a ainsi statué dans *Baker* [au paragraphe 25] :

Le troisième facteur permettant de définir la nature et l'étendue de l'obligation d'équité est l'importance de la décision pour les personnes visées. Plus la décision est importante pour la vie des personnes visées et plus ses répercussions sont grandes pour ces personnes, plus les protections procédurales requises seront rigoureuses. C'est ce que dit par exemple le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Kane c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie-Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, à la p. 1113 :

Une justice de haute qualité est exigée lorsque le droit d'une personne d'exercer sa profession ou de garder son emploi est en jeu. [. . .] Une suspension de nature disciplinaire peut avoir des conséquences graves et permanentes sur une carrière.

Comme le juge Sedley (maintenant Lord juge Sedley) le dit dans *R. c. Higher Education Funding Council, ex parte Institute of Dental Surgery*, [1994] 1 All E.R. 651 (Q.B.), à la p. 667 :

[TRADUCTION] Dans le monde moderne, les décisions rendues par des organismes administratifs peuvent avoir un effet plus immédiat et plus important sur la vie des gens que les décisions des tribunaux et le droit public a depuis l'arrêt *Ridge c. Baldwin* [1963] 2 All E.R. 66, [1964] A.C. 40, reconnu ce fait. Bien que le caractère judiciaire d'une fonction puisse élever les exigences pratiques en matière d'équité au-delà de ce qu'elles seraient autrement, par exemple en exigeant que soit présenté et vérifié oralement un élément de preuve contesté, ce qui le rend « judiciaire » dans ce sens est principalement la nature de la question à trancher, et non le statut formel de l'organisme décisionnel.

L'importance d'une décision pour les personnes visées a donc une incidence significative sur la nature de l'obligation d'équité procédurale.

[114] Le gouvernement du Canada fait voir l'importance qu'il attribue aux passeports. Sur son site Web et dans d'autres publications (auxquelles il est fait allusion pour certaines au paragraphe 68 des présents

emphasis, to some extent incorrectly, on the necessity of a passport to establish internationally a person's identity and his/her right to return to Canada.

[115] In paragraph 63, the Court has referred to a significant number of countries which require a passport to gain entry. A passport gives true effect to the right to leave Canada as it is the primary means by which to gain entry elsewhere.

[116] In respect of the applicant's legitimate expectations, the Supreme Court has confirmed, in *Baker* and more recently in *Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance)*; *Rice v. New Brunswick*, [2002] 1 S.C.R. 405, that this principle is part of the doctrine of fairness or natural justice. It does not create substantive rights. It is for this reason that this Court cannot follow fully the U.K. cases on the subject of passport issuance. As a remedy under U.K. principles on this subject, a court could presumably mandate the issuance of a passport.

[117] The courts have recognized that there may be difficulties trying to distinguish between procedural and substantive relief. In *Mount Sinai Hospital Center*, the Court put emphasis on avoiding formal classifications and categorization of powers. The Court affirmed that broad public policy is a matter for the Minister to determine.

[118] In the present case, the power exercised is not one of broad public policy. The fact that the substantive relief may flow from granting the procedural remedy does not alter the procedural right.

[119] The principle of legitimate expectation requires that government, at a minimum, follow the processes, procedures and regular practices which it has held out to either an individual or the public at large. The principle does not guarantee a particular result. As Madam Justice

motifs), il met fortement l'accent, de manière inexacte dans une certaine mesure, sur la nécessité du passeport pour établir l'identité de l'intéressé au plan international et aux fins du droit de ce dernier de retourner au Canada.

[115] Au paragraphe 63, la Cour a fait état d'un nombre important de pays qui exigent le passeport pour l'accès à leur territoire. Le passeport donne véritablement effet au droit de sortir du Canada, vu qu'il s'agit du moyen principal permettant l'entrée dans d'autres pays.

[116] Pour ce qui est des attentes légitimes du demandeur, la Cour suprême a confirmé, dans *Baker* et plus récemment dans *Mackin c. Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)*; *Rice c. Nouveau-Brunswick*, [2002] 1 R.C.S. 405, que ce principe est un élément de la doctrine de l'équité ou de la justice naturelle. Il n'en découle pas des droits matériels. C'est pour cette raison que la Cour ne peut suivre entièrement la jurisprudence du Royaume-Uni portant sur la délivrance des passeports. Si l'on se conformait aux principes sur le sujet dans cette jurisprudence, une cour pourrait, peut-on présumer, prescrire à titre de réparation la délivrance d'un passeport.

[117] Les cours ont reconnu qu'il pouvait être difficile de distinguer entre réparation matérielle et réparation procédurale. Dans *Centre hospitalier Mont-Sinai*, la Cour a insisté sur le fait qu'il fallait éviter une qualification et une catégorisation formelles des pouvoirs. La Cour a également affirmé que c'est du ministre que relèvent les politiques générales d'intérêt public.

[118] En l'espèce, le pouvoir exercé n'est pas une politique générale d'intérêt public. Le fait qu'une réparation matérielle puisse découler de l'octroi de la réparation procédurale ne porte pas atteinte au droit procédural.

[119] Le principe de l'attente légitime requiert que le gouvernement, à tout le moins, suive les processus, les procédures et les pratiques habituelles comme il a annoncé qu'il le ferait à l'endroit d'un individu ou du grand public. Ce principe n'offre pas la garantie d'un

L'Heureux-Dubé articulated in paragraph 26 of her reasons in *Baker*:

As applied in Canada, if a legitimate expectation is found to exist, this will affect the content of the duty of fairness owed to the individual or individuals affected by the decision. If the claimant has a legitimate expectation that a certain procedure will be followed, this procedure will be required by the duty of fairness: *Qi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (F.C.T.D.); *Mercier-Néron v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1989] 3 F.C. 16 (C.A.). Similarly, if a claimant has a legitimate expectation that a certain result will be reached in his or her case, fairness may require more extensive procedural rights than would otherwise be accorded: D. J. Mullan, *Administrative Law* (3rd ed. 1996), at pp. 214-15; D. Shapiro, "Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law" (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282, at p. 297; *Canada (Attorney General) v. Human Rights Tribunal Panel (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1. Nevertheless, the doctrine of legitimate expectations cannot lead to substantive rights outside the procedural domain. This doctrine, as applied in Canada, is based on the principle that the "circumstances" affecting procedural fairness take into account the promises or regular practices of administrative decision-makers, and that it will generally be unfair for them to act in contravention of representations as to procedure, or to backtrack on substantive promises without according significant procedural rights.

[120] At the time of Khadr's application, the *Canadian Passport Order* represented that the powers over issuing, revoking, withholding, recovery and use of passports was vested in the Canadian Passport Office. Khadr was informed by the Chief Executive Officer of the Canadian Passport Office, without any indication of ministerial direction, that his passport application was denied.

[121] Based on the Order and the refusal letter, the only reasonable conclusion was that officials of the Canadian Passport Office made the decision. Only well into the litigation and upon receipt of the respondent's responding motion material was the true decision maker revealed. The clandestine decision making was never explained either as to its necessity or how it accords with the principle of procedural fairness.

résultat particulier. Comme l'a exprimé la juge L'Heureux-Dubé au paragraphe 26 de ses motifs dans *Baker* :

Au Canada, la reconnaissance qu'une attente légitime existe aura une incidence sur la nature de l'obligation d'équité envers les personnes visées par la décision. Si le demandeur s'attend légitimement à ce qu'une certaine procédure soit suivie, l'obligation d'équité exigera cette procédure : *Qi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1995), 33 Imm. L.R. (2d) 57 (C.F. 1^{re} inst.); *Mercier-Néron c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 98 F.T.R. 36; *Bendahmane c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1989] 3 C.F. 16 (C.A.). De même, si un demandeur s'attend légitimement à un certain résultat, l'équité peut exiger des droits procéduraux plus étendus que ceux qui seraient autrement accordés : D. J. Mullan, *Administrative Law* (3^e éd. 1996), aux pp. 214 et 215; D. Shapiro, « Legitimate Expectation and its Application to Canadian Immigration Law » (1992), 8 *J.L. & Social Pol'y* 282, à la p. 297; *Canada (Procureur général) c. Comité du tribunal des droits de la personne (Canada)* (1994), 76 F.T.R. 1. Néanmoins, la doctrine de l'attente légitime ne peut pas donner naissance à des droits matériels en dehors du domaine de la procédure. Cette doctrine, appliquée au Canada, est fondée sur le principe que les « circonstances » touchant l'équité procédurale comprennent les promesses ou pratiques habituelles des décideurs administratifs, et qu'il serait généralement injuste de leur part d'agir en contravention d'assurances données en matière de procédures, ou de revenir sur des promesses matérielles sans accorder de droits procéduraux importants.

[120] Lorsque M. Khadr a présenté sa demande, il était prévu dans le *Décret sur les passeports canadiens* que le pouvoir de délivrer, de révoquer, de retenir, de récupérer et d'utiliser les passeports était dévolu au Bureau canadien des passeports. Le président-directeur général du Bureau a informé M. Khadr, sans lui faire mention d'une directive ministérielle, que sa demande de passeport était rejetée.

[121] En se fondant sur le Décret et sur la lettre de refus, la seule conclusion raisonnable que pouvait tirer M. Khadr était que la décision avait été prise par des fonctionnaires du Bureau canadien des passeports. Ce n'est qu'à une étape avancée de l'instance et après avoir reçu le dossier de requête du défendeur que le demandeur a appris quel était le véritable décisionnaire. On ne lui a jamais donné d'explications quant à la nécessité du processus clandestin de prise de décision ni

[122] Knowing who the decision maker is or may be is an important aspect of the rules of natural justice and procedural fairness.

[123] It is an aspect of the principles of natural justice and fairness that one know the case one must meet. As one is entitled to notice of a proceeding, one is entitled to know who will decide and the basis on which the decision can be made.

[124] Justice MacKay in *Brink's Canada Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 2 F.C. 113 (T.D.), confirmed that knowing who the decision maker will be and the procedures to be followed are aspects of the principles of fairness. He also held that a change in who is the decision maker without any prior indication that such an event could happen would be a violation of the fairness principle.

[125] In the light of the *Canadian Passport Order* and the other promises and procedures held out to the public, the federal government represented that the issuance, refusal and revocation of passports would be determined by the Passport Office based on specific criteria, none of which are in conflict with any other law or statute of Canada. Therefore, a legitimate expectation in regard to the processing of the applicant's passport application must be found to exist.

[126] The Minister's decision is contrary to the fairness principle generally and to that legitimate expectation that the Minister directly and through officials of the Department created. The applicant is entitled to have that legitimate expectation met.

[127] In so saying, the Court is mindful of the applicant's admitted conduct; he would not necessarily qualify as a model citizen but that fact does not disentitle him to the application of fairness and natural justice to his passport application.

quant à sa conformité avec les principes d'équité procédurale.

[122] Or, savoir qui est ou pourrait être le décisionnaire est un aspect important des règles de justice naturelle et d'équité procédurale.

[123] L'un des principes de justice naturelle et d'équité procédurale, c'est que l'intéressé doit savoir ce qu'il lui faudra démontrer. Au même titre que l'intéressé a le droit d'être avisé de l'existence d'une procédure, il a le droit de savoir qui sera le décisionnaire et sur quels fondements ce dernier pourra prendre sa décision.

[124] Dans *Brink's Canada Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 2 C.F. 113 (1^{re} inst.), le juge MacKay a confirmé le principe portant que savoir qui sera le décisionnaire et quelles procédures seront suivies, sont là des aspects des principes d'équité. Il a également statué qu'un changement de décisionnaire sans que cette éventualité ait été évoquée constituerait une violation du principe d'équité.

[125] Au vu du *Décret sur les passeports canadiens* et des autres promesses et procédures qu'on a annoncées au public, le gouvernement fédéral a donné à entendre que la délivrance, le refus et la révocation des passeports allaient relever du Bureau des passeports, lequel se fonderait sur des critères déterminés, dont aucun n'est contraire à une autre loi ou un autre texte législatif du Canada. Il faut donc conclure en l'existence d'une attente légitime relativement au traitement de la demande de passeport du demandeur.

[126] La décision du ministre est contraire au principe d'équité de manière générale et à l'attente légitime que le ministre avait suscitée, directement ou par l'intermédiaire de fonctionnaires du ministère. Le demandeur a droit à ce qu'on réponde à cette attente.

[127] En affirmant cela, la Cour n'oublie pas la conduite du demandeur, admise par ce dernier. On ne qualifierait pas nécessairement le demandeur de citoyen modèle, mais ce fait ne doit pas le priver du droit de voir les principes d'équité et de justice naturelle s'appliquer à sa demande de passeport.

[128] In the interests of the protection of national security and the very legitimate public interest in countering terrorism and other threats, a nation which has as a core principle that of the rule of law, must still adhere to the very legal principles that it seeks to protect.

VI. REMEDY

[129] The respondent asks that the Court send the matter back to the Minister, to accord the applicant such procedural rights to notice and evidence as is feasible given the national security concerns, and that the matter be dealt with under the 2004 CPO.

[130] The respondent's proposed remedy would authorize the Minister to decide the passport application on the basis of new criteria not in place at the time Khadr made his filing. This would, in reality, give retrospective effect to the 2004 CPO, something not specifically authorized in that Order. To remit the matter to the Minister on this basis would be to violate the presumption against retroactivity of laws (*Gustavson Drilling (1964) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1977] 1 S.C.R. 271).

[131] There is nothing in the 2004 CPO which would suggest that it was to have retroactive effect. The respondent in its own action memorandum confirmed that the then *Canadian Passport Order* did not include, as a grounds for refusal of a passport, the interests of national security. The 2004 CPO was intended to rectify this situation without anything, either in words or by implication, to suggest retroactive application.

[132] The doctrine of legitimate expectation is a significant procedural protection to the public at large from arbitrary government action. It has as its goal to put the person, at least procedurally, in the same position as if the impugned decision or action had not occurred. The only way in which that can occur is to

[128] Dans l'intérêt même de la protection de la sécurité nationale et l'intérêt très légitime du public à ce que soient contrés le terrorisme et d'autres dangers, une nation qui compte la primauté du droit parmi ses principes fondamentaux se doit de respecter les principes juridiques mêmes qu'elle vise à protéger.

VI. RÉPARATION

[129] Le défendeur demande à la Cour de renvoyer l'affaire au ministre, de façon à ce que le demandeur dispose des droits procéduraux que sont le droit d'être avisé et le droit de savoir quelle est la preuve à établir dans la mesure où cela peut se réaliser compte tenu des préoccupations quant à la sécurité nationale. Il demande que l'affaire soit traitée en conformité avec le Décret 2004.

[130] Si la mesure de réparation proposée par le défendeur était retenue, le ministre serait autorisé à statuer sur la demande de passeport en se fondant sur les nouveaux critères, qui n'étaient pas en vigueur au moment où M. Khadr a présenté sa demande. Dans les faits, cela donnerait un effet rétroactif au Décret 2004, ce qui n'est pas expressément autorisé par les dispositions de ce Décret. Renvoyer l'affaire au ministre selon cette modalité enfreindrait la présomption de non-rétroactivité des lois (*Gustavson Drilling (1964) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1977] 1 R.C.S. 271).

[131] Aucune disposition du Décret 2004 ne laisse entendre que celui-ci doit avoir un effet rétroactif. Dans son propre mémoire, le défendeur a confirmé qu'on ne comptait pas dans le *Décret sur les passeports canadiens*, en sa version au moment pertinent, l'intérêt de la sécurité nationale parmi les motifs de refus d'un passeport. Le Décret 2004 visait à rectifier cette situation sans qu'aucune de ses dispositions, explicitement ou par implication, ne laisse croire en son application rétroactive.

[132] La doctrine de l'attente légitime constitue une importante protection procédurale pour le public en général à l'encontre des mesures gouvernementales arbitraires. Le but est de placer l'intéressé, du moins au plan de la procédure, dans la même position où il se serait trouvé si la décision ou l'acte contesté n'avait pas

remit the matter back to the Passport Office to be dealt with by it in accordance with the *Canadian Passport Order* as it was when the passport application was submitted.

[133] As indicated earlier, the procedural protection to have a passport decided by the Passport Office under the *Canadian Passport Order* does not necessarily mean that the applicant's passport is immune from the newer provisions of the 2004 CPO where the circumstances warrant.

[134] For these reasons, the Minister's decision to refuse to issue a passport to the applicant is quashed. In the exercise of the Court's discretion to fashion the appropriate remedy, the passport application is remitted to the Passport Office to be dealt with in an expeditious manner in accordance with the provisions of the *Canadian Passport Order*.

VII. COSTS

[135] The applicant asks for costs on a solicitor-client basis. I reject that request. There is no question of the good faith of the respondent or his officials. They acted as they believed appropriate in the public interest even when acting in a clandestine manner.

[136] The applicant succeeds in this case, not because he is a victim of malicious government abuse, but because of the importance of the principle of fairness and legitimate expectation owed to all Canadian citizens. Citizens must be able to rely upon what the government tells them about how the government will behave toward them. To the extent that the applicant is a genuine concern to national security, there are appropriate measures available.

[137] There is no basis for anything other than the usual award of party-and-party costs.

eu lieu. Or, le seul moyen d'y parvenir est de renvoyer l'affaire au Bureau des passeports pour qu'il la traite conformément au *Décret sur les passeports canadiens* en sa teneur au moment de la présentation de la demande de passeport.

[133] Tel que je l'ai déjà mentionné, la protection procédurale faisant en sorte que ce soit le Bureau des passeports qui doit statuer sur la demande de passeport conformément au *Décret sur les passeports canadiens* n'entraîne pas nécessairement comme conséquence que le passeport du demandeur échappe aux nouvelles dispositions du Décret 2004 lorsque les circonstances le justifient.

[134] Pour ces motifs, la décision du ministre de refuser de délivrer un passeport au demandeur est annulée. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de prévoir, une réparation appropriée, la Cour renvoie au Bureau des passeports la demande de passeport, qui devra être traitée avec célérité conformément aux dispositions du *Décret sur les passeports canadiens*.

VII. LES DÉPENS

[135] Le demandeur sollicite les dépens sur la base procureur-client. Je rejette cette demande. La bonne foi du défendeur et de ses représentants n'est pas mise en doute. Ceux-ci ont agi comme ils l'estimaient approprié dans l'intérêt public, même lorsqu'ils l'ont fait clandestinement.

[136] Le demandeur a gain de cause en l'espèce, non parce qu'il est victime d'un abus de pouvoir malveillant de la part du gouvernement, mais en raison de l'importance du principe de l'équité et de l'attente légitime applicable à tous les citoyens canadiens. Les citoyens doivent pouvoir se fier sur ce que le gouvernement leur dit quant à la façon dont il va les traiter. Des mesures appropriées peuvent être prises advenant que le demandeur suscite de véritables préoccupations pour la sécurité nationale.

[137] Rien n'appelle l'octroi d'autre chose que les dépens partie-partie habituels.

JUDGMENT

JUGEMENT

THE COURT ORDERS THAT:

LA COUR ORDONNE :

- (a) this application for judicial review is granted;
- (b) the Minister's decision denying the applicant his passport is quashed;
- (c) the passport application is remitted to the Passport Office to be determined by it in an expeditious manner in accordance with the *Canadian Passport Order* as it was at the time that the application was filed; and
- (d) the applicant shall have his costs on the usual scale.
- a) La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
- b) La décision du ministre de refuser au demandeur la délivrance de son passeport est annulée.
- c) La demande de passeport est renvoyée au Bureau des passeports pour qu'il la traite avec célérité conformément au *Décret sur les passeports canadiens* en sa teneur au moment de la présentation de la demande.
- d) Le demandeur a droit à ses dépens calculés de la façon ordinaire.

DIGESTS

Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any Federal Court of Appeal decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> and of any Federal Court decision may be accessed at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html>, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.

*** The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

ACCESS TO INFORMATION

Appeal from dismissal by Federal Court (2005 FC 1314) of Heinz's application for review of Canadian Food Inspection Agency's decision, in response to access to information request, to disclose documents containing information about Heinz—Heinz objecting to release of documents on ground containing confidential commercial information, pursuant to *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, s. 20(1)(b), and on ground one of documents not falling within terms of access request—Documents in question containing commercial information, but that information not confidential—As to whether documents within terms of original request, presumptive right of access conferred by Act, s. 4 applying to all documents, including those not described in access request—Appeal dismissed.

H.J. HEINZ CO. OF CANADA LTD. V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-505-05, A-506-05, 2006 FCA 378, Pelletier J.A., judgment dated 17/11/06, 14 pp.)

BANKRUPTCY

Judicial review of complementary and ongoing disciplinary decisions rendered by delegate of Superintendent of Bankruptcy (delegate), in which plaintiff (trustee) found to have committed four of fifteen disciplinary offences charged with and imposing one-week suspension of trustee licence in accordance with *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 14.01—Attorney General contested dismissal of seven of those offences on grounds decision wrong in law when proper interpretation of certain legislative and regulatory provisions considered (*Bankruptcy and Insolvency Act*, ss. 13.5, 26(2), 30(1)(a),(e),(f),(i), 41(1), 152(1); *Bankruptcy and Insolvency General Rules*, C.R.C., c. 368, rr. 45, 64(2) (now r. 61(2)), 65 (now r. 68(1)))—Application allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. ROY (T-402-05, 2006 FC 1387, Noël J., judgment dated 17/11/06, 37 pp.)

Judicial review of complementary and ongoing disciplinary decisions rendered by delegate of Superintendent of Bankruptcy (delegate), in which plaintiff (trustee) found to have committed four of fifteen disciplinary offences charged with and imposing one-week suspension of trustee licence—*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3, s. 14.01(1) listing sanctions that may be taken against trustee—Drafted in such a way as to provide Superintendent or Superintendent's delegate with option of not imposing any sanction, if justified by circumstances of case—Delegate therefore erred in law when, after having eliminated certain options, stated there were only two left, namely cancellation or suspension of licence—Application allowed in part.

ROY V. POITRAS (T-360-05, 2006 FC 1386, Noël J., judgment dated 17/11/06, 35 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

Application for *mandamus* to require Minister of Citizenship and Immigration to render decision on father's sponsored application for permanent residence—Test case—In absence of regulations under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, s. 14(2), Minister acting lawfully in establishing 60:40 ratio between economic, non-economic classes as target for immigration to Canada, in establishing targets for visa approvals by class and in setting procedures for prioritizing sponsored

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Continued

applications within family class as these things were done in good faith and consistently with purpose, objectives, scheme of Act—Facts not supporting applicant in respect of conditions required for *mandamus*—Questions certified with respect to Minister's authority, entitlement to *mandamus*.

VAZIRI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-7109-05, 2006 FC 1159, Snider J., order dated 29/9/06, 29 pp.)

EXCLUSION AND REMOVAL*Immigration Inquiry Process*

Judicial review of decision by Immigration and Refugee Board (IRB) applicant should remain in custody—Applicant in custody since 2001 on basis danger to public or unlikely to appear for removal—Factors to be considered on detention review when assessing danger to public, credibility—Board's conclusions unreasonable—Application allowed.

SITTAMPALAM V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS) (IMM-7293-05, 2006 FC 1118, O'Reilly J., judgment dated 19/9/06, 15 pp.)

Inadmissible Persons

Appeal from Federal Court decision (2005 FC 1212) upholding refusal by Immigration and Refugee Board, Immigration Appeal Division (IAD) of discretionary relief from deportation order—Certified question as to whether deportation order, with respect to permanent resident who has been declared Convention refugee, specifying country fled as refugee as sole country of citizenship, sufficient without more to establish that country as likely country of removal so that *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84 applicable, and IAD required to consider hardship to applicant in that country on appeal therefrom, answered in negative—Appellant not demonstrating Judge committed palpable, overriding error in upholding IAD's decision—Appeal dismissed.

BALATHAVARAJAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-464-05, 2006 FCA 340, Linden J.A., judgment dated 19/10/06, 6 pp.)

STATUS IN CANADA*Citizens*

Judicial review of Citizenship Officer's dismissal of application for proof of citizenship—Applicant, natural son of Canadian soldier and British mother, born out of wedlock in England in 1944—Landing in Canada with mother in 1946, but returning to England six weeks before coming into force of *The Canadian Citizenship Act* (referred to as 1947 Citizenship Act), S.C., 1946, c. 15—Application for proof of citizenship dismissed in 2005 on ground applicant never acquired citizenship status because child born out of wedlock prior to coming into force of 1947 Citizenship Act could only derive citizenship from mother—Evolution of immigration, nationality, citizenship law reviewed—1947 Citizenship Act interpreted—Order in Council P.C. 858 tantamount to grant of Canadian citizenship to war brides, children who landed in Canada prior to May 15, 1947, where husband, father born in Canada and became Canadian citizen upon coming into force of 1947 Citizenship Act—As such, on January 1, 1947, applicant Canadian citizen, and Citizenship Officer's failure to consider, apply that Order in Council error of law vitiating decision—Argument applicant lost citizenship status because did not apply for retention of citizenship before turned 24 rejected—Automatic application of loss of citizenship provisions depriving applicant of Canadian nationality, citizenship previously granted contrary to due process, infringing *Canadian Bill of Rights*, R.S.C., 1985, appendix III, ss. 1(a), 2(e) and *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—In event Order in Council P.C. 858 not having purported effects mentioned above, provision preventing children born out of wedlock from deriving Canadian citizenship because mother not Canadian violating Charter, s. 15—That violation not justified under section 1—Application allowed, Minister directed to issue certificate of Canadian citizenship to applicant.

TAYLOR V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (T-1024-05, 2006 FC 1053, Martineau J., order dated 1/9/06, 133 pp.)

CITIZENSHIP AND IMMIGRATION—Concluded*Convention Refugees*

Judicial review of denial by Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) of refugee protection claim—In holding Guideline 7 issued by Chairperson requiring psychological evaluation of claimant for change in order of questioning, Board member creating new criterion to assess exceptional circumstances provided by paragraph 23 of Guideline thereby fettering discretion—Paragraphs 19, 23 of Guideline 7 not imposing such requirement—Psychological evaluation valid piece of evidence to warrant change in order of questioning, but not required—Application allowed—Question certified as to whether implementation of Guideline 7 leading to fettering of RPD member’s discretion.

KATHIRAVELU V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-7766-05, 2006 FC 1287, Blais J., judgment dated 26/10/06, 9 pp.)

Persons with Temporary Status

Judicial review of immigration officer’s refusal of application for temporary resident status extension or restoration, work permit for principal applicant—Applicants obtaining multiple-entry visitor visas since principal applicant world-famous Islamic scholar invited to give series of lectures—Principal applicant eventually receiving temporary full-time employment offer in Canada—Immigration officer erring in concluding principal applicant: (1) not admitted to Canada for purposes of working without work permit under *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227; s. 186(1), (2) not eligible for work permit.

HASHMI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-6264-05, 2006 FC 1335, Gibson J., order dated 7/11/06, 14 pp.)

CONSTRUCTION OF STATUTES

Canada Student Financial Assistance Regulations, SOR/95-329; s. 2(1), definition of “permanent disability”—Judicial review of refusal by Canada Student Loans Program (CSLP) of application for permanent disability benefit—*Canada Student Financial Assistance Act*, S.C. 1994, c. 28, s. 11(1) providing for cancellation of repayment obligation if borrower having permanent disability and experiences exceptional hardship in repaying loan due to permanent disability—CSLP holding that to qualify as permanent, disability must permanently “prevent” borrower from returning to school and/or functioning in workforce—Definition incorrectly interpreted—Only requiring permanent disability “restrict” person’s ability to participate in studies at post-secondary level—Other sections of Act contemplate person with permanent disability can be full-time student—Application allowed.

MARSDEN V. CANADA (MINISTER OF HUMAN RESOURCES AND SKILLS DEVELOPMENT) (T-1451-05, 2006 FC 1246, Kelen J., judgment dated 18/10/06, 11 pp.)

COPYRIGHT**PRACTICE**

Judicial review of Copyright Board’s decision certifying tariffs of royalties payable by commercial radio stations to respondents—Board finding increase to tariff warranted because existing tariff underestimated value of music to radio stations’ revenue, broadcasters using more music in programming, broadcasters using music more efficiently to target audiences, increase revenues—Reasons respecting quantification of royalty increases attributable to historical undervaluation of music, greater efficiencies achieved by industry through use of its music, inadequate—Not sufficient to merely refer to evidence taken as a whole—Parties have responsibility to produce relevant evidence in support of position—If none forthcoming Board can explain how it made its best efforts to estimate appropriate rate increase—Application allowed.

CANADIAN ASSN. OF BROADCASTERS V. SOCIETY OF COMPOSERS, AUTHORS AND MUSIC PUBLISHERS OF CANADA (A-542-05, 2006 FCA 337, Evans J.A., judgment dated 19/10/06, 8 pp.)

CUSTOMS AND EXCISE**EXCISE TAX ACT**

Judicial review of denial by respondent of request for cancellation of penalties, interest under fairness provisions of *Excise*

CUSTOMS AND EXCISE—Concluded

Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15—Applicant personally paying GST owing by son's travel business, together with interest, penalties based on understanding by collection staff that if he did so, interest and penalty would be waived—Record filed by Minister containing handwritten memorandum confirming such undertaking—CCRA not having regard to unusual circumstances (third party paying debt, CCRA's undertaking as to waiver)—Merely following fairness guidelines—Application allowed—Respondent ordered to pay interest, penalties paid plus interest thereon to applicant.

LIDDAR V. M.N.R. (T-264-06, 2006 FC 1303, Hughes J., judgment dated 27/10/06, 4 pp.)

EMPLOYMENT INSURANCE

Judicial review of Umpire's decision person not accumulating violation as result of issuance of notice of warning, i.e. only monetary penalty triggering application of *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, s. 7.1(4)(a)—Warning issued instead of imposition of monetary penalty as result of false representation by respondent pursuant to s. 41.1—S. 7.1(4)(a) providing insured person accumulating violation if Commission issuing notice of violation where penalty imposed under s. 41.1—*Canada (Attorney General) v. Piovesan*, 2006 FCA 245, holding warning to be treated as penalty, followed—Application allowed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. MAXWELL (A-463-05, 2006 FCA 371, Linden J.A., judgment dated 14/11/06, 3 pp.)

PATENTS

Appeal from Federal Court decision (2005 FC 1461) dismissing application for order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance (NOC) to respondent Apotex in respect of ramipril oral capsules until expiry of Canadian patent No. 2023089—Whether *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, s. 5(1)(b)(iv) barring Minister from issuing NOC to second person in circumstances where it is conceded mere sale of its drug product for approved use will lead to infringement of patented use when patients consume drug for patented use—*Aventis Pharma Inc. v. Pharmascience Inc.*, [2007] 2 F.C.R. 103 (C.A.) providing complete answer to that issue—Not possible to reverse that judgment as it was not manifestly wrong—Appeal dismissed.

AVENTIS PHARMA INC. V. APOTEX INC. (A-575-05, 2006 FCA 357, Nadon J.A., judgment dated 2/11/06, 7 pp.)

INFRINGEMENT

Plaintiff claiming City of North Bay's use of ultraviolet drinking water disinfection system infringing its Canadian patent No. 2331525 ('525 patent)—North Bay counterclaiming '525 patent anticipated, thus invalid—Claims of '525 patent construed—Test for anticipation reviewed—Prior public use alone insufficient to qualify as anticipation, enabling disclosure required (i.e. disclosure enabling public to make, obtain invention)—Defendants establishing such disclosure in case at bar —'525 patent anticipated by both prior use and publication—Claim dismissed; counterclaim allowed.

CALGON CARBON CORP. V. NORTH BAY (CITY) (T-1408-02, 2006 FC 1373, Mosley J., judgment dated 14/11/06, 78 pp.)

PENITENTIARIES

Judicial review of Acting Assistant Deputy Commissioner's decision upholding Warden of Bath Institution's decision to maintain applicant's medium-security classification—Medium-security risk rating based on vague security intelligence concerns, some of which based on ongoing investigations—Despite existence of alternative remedy, i.e. pursuit of applicant's grievance to third level, Court considering substance of application as on facts herein Correctional Service Canada failed in dramatic way to comply with own policy to respond to grievances within 25 working days—Applicant only receiving response to second-level grievance more than eight months after filed—But decision not perverse, capricious or made without regard to sum total of material before decision-maker—Application dismissed.

CARUANA V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1889-05, 2006 FC 1355, Gibson J., order dated 9/11/06, 20 pp.)

Judicial review of Senior Deputy Commissioner's decision upholding applicant's third-level grievance that medium-security classification should not have been overridden to maximum security, but not ordering reassessment of classification or ordering

PENITENTIARIES—Concluded

applicant be recommended for medium-security classification—Failure to provide applicant with reasonably detailed summary of additional information gathered for purpose of third-level grievance analysis not violation of *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, s. 27 rights—S. 30, not s. 27, applicable to grievances regarding security classification of inmates—Neither section according offender right to disclosure of information prior to decision on security classification—Contrary to applicant's submission, corrective action was ordered: Institution Head to ensure future security classification reviews articulated with detailed, justified rationale, so as to afford inmate opportunity to know information considered in making decision—Application dismissed.

LEBLANC V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-653-06, 2006 FC 1337, Beaudry J., judgment dated 7/11/06, 22 pp.)

PRACTICE**DISCOVERY***Production of Documents*

Motion for order directing defendants to produce better affidavit of documents, provide information re: documents for which privilege claims asserted—Defendants' affidavits describing process by which searching, reviewing documents for purposes of producing them, admissible—*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 82 prohibition against use of solicitor's affidavit only applying when solicitor deposing to affidavit and presenting argument to Court based on that affidavit—Documents created after contract award announced relevant as falling within scope of judicial review aspect of proceedings—*Canada v. Grenier*, [2006] 2 F.C.R. 287 (C.A.), not applicable herein, not having effect of prohibiting action in damages from proceeding concurrently with judicial review—Documents originating from pre-qualification stage of procurement, database material generated through Proposal Evaluation Software also relevant, must be produced—Motion granted.

AGUSTAWESTLAND INTERNATIONAL LTD. V. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (T-1605-04, 2006 FC 1371, Kelen J., order dated 10/11/06, 20 pp.)

LIMITATION OF ACTIONS

Appeal from dismissal by Federal Court (2005 FC 163) of claims on ground barred by Manitoba *Limitation of Actions Act* C.C.S.M. c. L150 (Act)—Representatives of leaseholders seeking declaration of right of perpetual renewal of leases in national park although no such term in leases—Appeal dismissed—*Markevich v. Canada*, [2003] 1 S.C.R. 94 undermining foundation of argument entitled to declaration as only remedy, not right, barred—Argument time not running as loss not yet suffered based on notion cause of action inchoate until renewal refused—If right of renewal claim depending on terms of prior leases, loss occurred when surrendered prior leases—If Crown's conduct giving rise to right of redress, loss of right to perpetual renewal last element necessary to constitute cause of action—Reliance on Act, ss. 25, 26, 30 misplaced because not seeking to recover possession of land.

ABBOTT V. CANADA (A-93-05, 2006 FCA 342, Pelletier J.A., judgment dated 20/10/06, 6 pp.)

PRIVACY**PERSONAL INFORMATION PROTECTION AND ELECTRONIC DOCUMENTS ACT**

As result of independent medical examination arranged by insurer, applicant's long-term disability benefits terminated—Applicant seeking access to doctor's notes made during examination—Notes within definition of "personal information" in Act, s. 2—Exception for solicitor-client privilege (s. 9(3)(a)) including litigation privilege—Twofold test for litigation privilege requiring reasonable prospect of litigation at time of communication be shown and that litigation be dominant purpose for creation of communication—No evidence suggesting litigation dominant purpose for medical examination—Similarly no evidence suggesting independent medical examination requisitioned by insurer indication of ongoing dispute resolution process (exception in s. 9(3)(d))—Submitting to medical examinations part of insurance contract—Applicant entitled to access to notes.

ROUSSEAU V. WYNDOWE (T-711-05, 2006 FC 1312, Teitelbaum J., judgment dated 30/10/06, 16 pp.)

FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.shtml> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

*** Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs d'ordonnance ou de jugement originaux.**

ACCÈS À L'INFORMATION

Appel de la décision de la Cour fédérale (2005 CF 1314) rejetant la demande de contrôle judiciaire présentée par Heinz à l'encontre de la décision de l'Agence canadienne d'inspection des aliments, rendue en réponse à une demande d'accès à l'information, de communiquer des documents contenant des renseignements sur Heinz—Cette dernière s'opposait à la communication des documents au motif qu'ils contenaient des renseignements commerciaux confidentiels en application de l'art. 20(1*b*) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, et au motif que l'un des documents n'était pas visé par la demande de communication— Les documents en cause contenaient des renseignements commerciaux, mais ces renseignements n'étaient pas confidentiels— Pour ce qui est de la question de savoir si les documents étaient visés par la demande initiale, le droit d'accès qui est, en principe, conféré par l'art. 4 de la *Loi* s'applique à tous les documents, y compris ceux qui ne sont pas énumérés dans une demande de communication— Appel rejeté.

H.J. HEINZ CO. OF CANADA LTD. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-505-05, A-506-05, 2006 CAF 378, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 17-11-06, 14 p.)

ASSURANCE-EMPLOI

Contrôle judiciaire de la décision d'un juge-arbitre portant qu'un prestataire n'est pas responsable d'une violation parce qu'il a fait l'objet d'un avertissement et que seule une amende donne ouverture à l'application de l'art. 7.1(4*a*) de la *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23— Un avertissement a été donné au défendeur en application de l'art. 41.1 au lieu de lui imposer une amende par suite d'une fausse déclaration—L'art. 7.1(4*a*) dispose que le prestataire est responsable d'une violation lorsque la Commission émet un avis de violation à son égard si une peine lui est infligée en application de l'art. 41.1—L'affaire *Canada (Procureur général) c. Piovesan* (2006 CAF 245), où la Cour a statué que l'avertissement compte pour une pénalité, a été appliquée—Demande accueillie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. MAXWELL (A-463-05, 2006 CAF 371, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 14-11-06, 3 p.)

BREVETS

Appel de la décision (2005 CF 1461) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande visant à obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité (AC) à la défenderesse, Apotex, à l'égard des capsules de ramipril pour administration par voie orale avant l'expiration du brevet canadien n° 2023089—Il s'agissait de savoir si l'art. 5(1*b*)(iv) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, empêchait le ministre de délivrer un AC à une deuxième personne dans des circonstances où l'on reconnaît que la simple vente d'un médicament en vue d'un usage autorisé donnera lieu à une contrefaçon de l'usage breveté lorsque des patients consomment le médicament pour l'usage breveté—L'affaire *Aventis Pharma Inc. c. Pharmascience Inc.*, [2007] 2 R.C.F. 103 (C.A.) donne une réponse

BREVETS—Fin

complète à cette question—Il n'était pas possible d'infirmer ce jugement puisqu'il n'était pas manifestement erroné— Appel rejeté.

AVENTIS PHARMA INC. C. APOTEX INC. (A-575-05, 2006 CAF 357, juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 2-11-06, 7 p.)

CONTREFAÇON

La demanderesse a prétendu que l'utilisation, par la Ville de North Bay, d'un système de purification de l'eau par ultraviolets contrefaisait son brevet canadien n° 2331525 (le brevet '525)—North Bay a soutenu dans sa demande reconventionnelle que le brevet '525 était antérieur et était donc invalide—Interprétation des revendications du brevet '525—Examen du critère de l'antériorité—L'utilisation antérieure par le public seule était un motif insuffisant pour tirer une conclusion d'antériorité; une divulgation permettant de réaliser l'invention (*enabling disclosure*) s'imposait—Les défenderesses ont prouvé l'existence d'une telle divulgation en l'espèce—Le brevet '525 avait été antérieur par l'utilisation et la publication antérieures—Demande rejetée; demande reconventionnelle accueillie.

CALGON CARBON CORP. C. NORTH BAY (VILLE) (T-1408-02, 2006 CF 1373, juge Mosley, jugement en date du 14-11-06, 78 p.)

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

Demande de bref de *mandamus* visant à enjoindre au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration de statuer sur la demande parrainée de résidence permanente du père—Cas type—En l'absence de dispositions réglementaires prises en application de l'art. 14(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, le ministre pouvait en toute légalité prévoir, dans ses objectifs en matière d'immigration, l'admission au Canada d'immigrants faisant partie de la catégorie économique dans une proportion de 60% et faisant partie des autres catégories dans une proportion de 40%, lorsqu'il a établi les taux cibles d'approbation des demandes de visas par catégorie et qu'il a mis en place des mesures visant à assurer le traitement prioritaire des demandes de parrainage présentées au titre du regroupement familial car, en ce faisant, il a agi de bonne foi et en conformité avec les objets et l'esprit de la Loi—Selon les faits au dossier, le demandeur ne remplissait pas les conditions nécessaires pour faire délivrer un bref de *mandamus*—Une question a été certifiée concernant le pouvoir du ministre et le droit à un bref de *mandamus*.

VAZIRI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-7109-05, 2006 CF 1159, juge Snider, ordonnance en date du 29-9-06, 29 p.)

EXCLUSION ET RENVOI*Personnes interdites de territoire*

Appel de la décision de la Cour fédérale (2005 CF 1212) confirmant le refus par la Section d'appel de l'immigration (SAI) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié d'exercer son pouvoir discrétionnaire relativement à la mesure d'expulsion—La Cour a répondu par la négative à la question certifiée de savoir si la mesure d'expulsion qui vise un résident permanent qui s'est vu reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention et qui précise comme seul pays de citoyenneté le pays dont il s'est enfui est suffisante, sans plus d'éléments, pour établir que ce pays est le pays de destination probable, de sorte que l'arrêt *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, s'applique et que, saisie de l'appel de cette mesure d'expulsion, la SAI doit tenir compte des difficultés auxquelles l'intéressé risque d'être exposé dans ce pays—L'appelant n'a pas démontré que le juge avait commis une erreur manifeste et dominante en confirmant la décision de la SAI—Appel rejeté.

BALATHAVARAJAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-464-05, 2006 CAF 340, juge Linden, J.C.A., jugement en date du 19-10-06, 6 p.)

Processus d'enquête en matière d'immigration

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (CISR) de maintenir en détention le demandeur—Le demandeur est en détention depuis 2001 au motif qu'il constitue un danger pour la sécurité publique ou qu'il

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

se soustraira vraisemblablement au renvoi—Examen des facteurs que la Commission doit prendre en considération lors du contrôle des motifs de détention dans son évaluation des questions de danger pour la sécurité publique et de crédibilité—Les conclusions de la Commission étaient déraisonnables—Demande accueillie.

SITTAMPALAM C. CANADA (MINISTRE DE LA SÉCURITÉ PUBLIQUE ET DE LA PROTECTION CIVILE) (IMM-7293-05, 2006 CF 1118, juge O'Reilly, jugement en date du 19-9-06, 15 p.)

STATUT AU CANADA

Citoyens

Contrôle judiciaire de la décision par laquelle un agent de citoyenneté a rejeté une demande de preuve de citoyenneté— Le demandeur, le fils naturel d'un soldat canadien et d'une mère britannique, est né hors du mariage en Angleterre en 1944—Il a obtenu le droit d'établissement au Canada avec sa mère en 1946, mais il est retourné en Angleterre six semaines avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur la citoyenneté canadienne* (appelée la Loi sur la citoyenneté de 1947), S.C. 1946, ch. 15—La demande de preuve de citoyenneté a été rejetée en 2005 au motif que le demandeur n'avait jamais acquis le statut de citoyen, étant né hors du mariage avant l'entrée en vigueur de la Loi sur la citoyenneté de 1947, et qu'il pouvait seulement tenir la citoyenneté de sa mère— Examen de l'évolution du droit en matière d'immigration, de nationalité et de citoyenneté— Interprétation de la Loi sur la citoyenneté de 1947—Le décret C.P. 858 octroie essentiellement la citoyenneté canadienne aux épouses de guerre et aux enfants qui ont obtenu le droit d'établissement au Canada avant le 15 mai 1947 lorsque le mari et le père est né au Canada et est devenu citoyen canadien à l'entrée en vigueur de la Loi sur la citoyenneté de 1947—À ce titre, le demandeur est devenu un citoyen canadien le 1^{er} janvier 1947 et l'omission de l'agent de citoyenneté de prendre en considération et d'appliquer ce décret constituait une erreur de droit qui vicie sa décision—L'argument selon lequel le demandeur a perdu son statut de citoyenneté parce qu'il n'a pas soumis de demande de conservation de la citoyenneté avant d'avoir 24 ans a été rejeté—L'application automatique des dispositions sur la révocation de la citoyenneté privait le demandeur de la nationalité et de la citoyenneté canadiennes qui lui avaient été reconnues auparavant, ce qui était contraire à l'application régulière de la loi et enfreignait les art. 1a) et 2e) de la *Déclaration canadienne des droits libérés*, L.R.C. (1985), appendice III et l'art. 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]—Si le décret C.P. 858 n'avait pas les effets susmentionnés, la disposition empêchant les enfants nés hors du mariage de tenir la citoyenneté canadienne parce que leur mère n'était pas canadienne contreviendrait à l'art. 15 de la Charte— Cette infraction n'est pas justifiée en vertu de l'article premier—Demande accueillie, le ministre étant sommé de délivrer un certificat de citoyenneté au demandeur.

TAYLOR C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (T-1024-05, 2006 CF 1053, juge Martineau, ordonnance en date du 1-9-06, 133 p.)

Personnes ayant un statut temporaire

Contrôle judiciaire du rejet par un agent d'immigration de la demande de prorogation ou de rétablissement du statut de résident temporaire de la demandeuse principale ainsi que de sa demande de permis de travail—Les demandeurs ont obtenu des visas de visiteurs pour séjours multiples parce que la demandeuse principale est une spécialiste des questions islamiques de renommée internationale qui a été invitée à donner des conférences—La demandeuse principale a finalement reçu une offre d'emploi à plein temps de courte durée au Canada—L'agent d'immigration a conclu à tort : 1) que la demandeuse principale n'avait pas été autorisée à entrer au Canada pour y travailler sans permis en vertu de l'art. 186l) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*; DORS/2002-227 et 2) qu'elle ne remplissait pas les conditions nécessaires pour obtenir un permis de travail.

HASHMI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-6264-05, 2006 CF 1335, juge Gibson, ordonnance en date du 7-11-06, 14 p.)

Réfugiés au sens de la convention

Contrôle judiciaire du rejet de la demande d'asile par la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—En statuant qu'aux termes des Directives n° 7 données par le président, une évaluation psychologique du demandeur d'asile était requise pour changer l'ordre des interrogatoires, la commissaire a créé un nouveau critère d'évaluation des circonstances exceptionnelles prévues au paragraphe 23 des Directives, entravant ainsi l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—Les paragraphes 19 et 23 des Directives n° 7 n'imposent pas une telle exigence—L'évaluation

CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

psychologique constitue un élément de preuve valable pouvant justifier le changement de l'ordre des interrogatoires, mais elle n'est pas exigée—Demande accueillie—La Cour a certifié la question de savoir si la mise en œuvre des Directives n° 7 avait eu pour effet d'entraver l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la commissaire de la SPR.

KATHIRAVELU C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-7766-05, 2006 CF 1287, juge Blais, jugement en date du 26-10-06, 9 p.)

DOUANES ET ACCISE**LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Contrôle judiciaire du rejet par l'intimé de la demande d'annulation des amendes et des intérêts au titre des dispositions d'équité de la *Loi sur la taxe d'accise* L.R.C. (1985), ch. E-15—Le demandeur a lui-même payé les arriérés de TPS de l'entreprise de voyage de son fils ainsi que les intérêts et les amendes parce que les employés chargés du recouvrement lui avaient laissé entendre qu'il obtiendrait alors une dispense—Le dossier déposé par le ministre contenait une note écrite à la main confirmant une telle entente—L'ADRC n'a pas tenu compte des circonstances inhabituelles (dette payée par un tiers, engagement relatif à la dispense pris par l'ADRC)—Les directives en matière d'équité ont simplement été appliquées—Demande accueillie—Il a été ordonné à l'intimé de rembourser au demandeur les intérêts et les amendes payés ainsi que l'intérêt sur ces sommes.

LIDDAR C. M.R.N. (T-264-06, 2006 CF 1303, juge Hughes, jugement en date du 27-10-06, 4 p.)

DROIT D'AUTEUR**PRATIQUE**

Contrôle judiciaire de la décision de la Commission du droit d'auteur homologuant les tarifs de droits d'auteur payables par les stations de radiodiffusion commerciales aux intimés—La Commission a conclu que l'augmentation des tarifs était justifiée parce que les tarifs en vigueur sous-estimaient l'apport de la musique aux recettes des stations de radiodiffusion, puisque les radiodiffuseurs avaient davantage recours à la musique dans leur programmation et utilisaient la musique plus efficacement pour cibler des publics et accroître leurs recettes—Il a été conclu à l'insuffisance des motifs justifiant l'évaluation quantitative des augmentations des droits d'auteur attribuables à l'apport historique sous-estimé de la musique et aux gains réalisés dans le secteur grâce à l'utilisation de la musique—Ce n'est pas suffisant de renvoyer à la preuve dans son ensemble—Il incombe aux parties de présenter des éléments de preuve pertinents à l'appui de leur position—En l'absence de telles preuves, la Commission peut expliquer comment elle s'y est prise pour faire une estimation aussi juste que possible du taux acceptable d'augmentation des tarifs—Demande accueillie.

ASSOCIATION CANADIENNE DES RADIODIFFUSEURS C. SOCIÉTÉ CANADIENNE DES AUTEURS, COMPOSITEURS ET ÉDITEURS DE MUSIQUE DU CANADA (A-542-05, 2006 CAF 337, juge Evans, J.C.A., jugement en date du 19-10-06, 8 p.)

FAILLITE

Contrôle judiciaire de décisions disciplinaires complémentaires et continues rendues par le délégué du surintendant des faillites (le délégué) concluant que le demandeur (le syndic) avait commis quatre des quinze infractions disciplinaires auxquelles il faisait face et imposant une suspension de la licence du syndic d'une semaine en vertu de l'art. 14.01 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), ch. B-3—Le procureur général a contesté le rejet de sept de ces infractions au motif qu'il s'agissait d'une décision erronée en droit si l'on tenait compte de l'interprétation à donner à certaines dispositions législatives et réglementaires (*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, art. 13.5, 26(2), 30(1)a),e),f),i), 41(1), 152(1); *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*, C.R.C., ch. 368, règles 45, 64(2) (maintenant la règle 61(2)), 65 (maintenant la règle 68(1)))—Demande accueillie.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. ROY (T-402-05, 2006 CF 1387, juge Noël, jugement en date du 17-11-06, 37 p.)

Contrôle judiciaire de décisions disciplinaires complémentaires et continues rendues par le délégué du surintendant des faillites (le délégué) concluant que le demandeur (le syndic) avait commis quatre des quinze infractions disciplinaires auxquelles il faisait

FAILLITE—Fin

face et imposant une suspension de la licence du syndic d'une semaine—L'art. 14.01(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* L.R.C. (1985), ch. B-3, énumère les sanctions pouvant être prises à l'encontre du syndic—Il est rédigé de façon à offrir au surintendant ou son délégué l'option de ne pas imposer de sanction si les circonstances du dossier le justifient—Le délégué a donc commis une erreur de droit lorsque, après avoir éliminé certaines options, il a indiqué qu'il n'en restait que deux, soit celle de l'annulation de la licence ou de la suspension de celle-ci—Demande accueillie en partie.

ROY C. POITRAS (T-360-05, 2006 CF 1386, juge Noël, jugement en date du 17-11-06, 35 p.)

INTERPRÉTATION DES LOIS

Définition de l'expression « invalidité permanente » donnée à l'art. 2(1) du *Règlement fédéral sur l'aide financière aux étudiants*—Contrôle judiciaire du rejet par le Programme canadien de prêts aux étudiants (PCPE) de la demande de prestations d'invalidité permanente—L'art. 11(1) de la *Loi fédérale sur l'aide financière aux étudiants*, DORS/95-329, L.C. 1994, ch. 28, prévoit l'extinction des obligations de remboursement si l'emprunteur, en raison d'une invalidité permanente, ne peut rembourser son prêt sans privations excessives—Le PCPE soutient qu'une invalidité ne peut être considérée comme permanente que si elle empêche l'emprunteur de poursuivre des études ou de participer au marché du travail—La définition a été mal interprétée—Il est suffisant que l'invalidité permanente ne fasse que « réduire » la capacité d'une personne de participer à des études de niveau postsecondaire—Selon d'autres dispositions de la Loi, des personnes atteintes d'une invalidité permanente peuvent poursuivre des études à temps plein—Demande accueillie.

MARSDEN C. CANADA (MINISTRE DES RESSOURCES HUMAINES ET DU DÉVELOPPEMENT DES COMPÉTENCES) (T-1451-05, 2006 CF 1246, juge Kelen, jugement en date du 18-10-06, 11 p.)

PÉNITENCIERS

Contrôle judiciaire de la décision du sous-commissaire adjoint intérimaire confirmant la décision du directeur de l'Établissement de Bath de maintenir la cote de sécurité moyenne du demandeur—Le classement au niveau de sécurité moyenne était fondé sur de vagues préoccupations en matière de renseignement de sécurité soulevées, dans certains cas, dans le cadre d'enquêtes en cours—Malgré la possibilité d'un autre recours, c'est-à-dire de soumettre le grief au troisième palier de la procédure de règlement, la Cour s'est penchée sur le fond de la demande après avoir tiré la conclusion de fait qu'il y avait eu, de la part de Service correctionnel Canada, un manquement flagrant à sa propre politique de répondre aux griefs dans un délai de 25 jours ouvrables—Le demandeur n'a reçu une réponse à son grief présenté au deuxième palier que plus de huit mois après l'avoir déposé—Toutefois, le décideur n'a pas fondé sa décision sur une conclusion tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte de l'ensemble des éléments dont il disposait—Demande rejetée.

CARUANA C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1889-05, 2006 CF 1355, juge Gibson, ordonnance en date du 9-11-06, 20 p.)

Contrôle judiciaire de la décision du sous-commissaire principal accueillant le grief au troisième palier que le demandeur a présenté pour contester la cote de sécurité maximale plutôt que moyenne qui lui a été assignée, mais n'ordonnant pas le réexamen du classement ni l'assignation d'une cote de sécurité moyenne au demandeur—Le défaut de fournir au demandeur un sommaire raisonnablement détaillé des renseignements supplémentaires recueillis pour les besoins de l'examen du grief au troisième palier ne porte pas atteinte aux droits garantis à l'art. 27 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20—L'art. 30, et non l'art. 27, s'applique dans le cas de griefs portant sur l'assignation de cotes de sécurité aux détenus—Ni l'une ni l'autre de ces dispositions ne confèrent aux délinquants le droit d'obtenir des renseignements avant la détermination du niveau de sécurité—Malgré les observations faites par le demandeur, des mesures correctives ont été prises : le directeur du pénitencier doit veiller à ce que les décisions rendues à l'avenir à la suite des réexamens du classement du niveau de sécurité soient motivées en détail afin que le détenu soit au courant des renseignements qui ont été pris en compte—Demande rejetée.

LEBLANC C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-653-06, 2006 CF 1337, juge Beaudry, jugement en date du 7-11-06, 22 p.)

PRATIQUE

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET INTERROGATOIRE PRÉALABLE

Production de documents

Requête sollicitant une ordonnance intimant aux défendeurs de produire un affidavit de documents plus complet et de fournir des renseignements portant sur les documents faisant l'objet d'une revendication de privilège—Les affidavits des défendeurs décrivant les efforts de recherche et d'examen qui ont été faits en vue de la présentation en preuve des documents étaient admissibles—L'interdiction prévue à la règle 82 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 s'applique uniquement lorsque l'avocat est l'auteur de l'affidavit et qu'il présente aussi à la Cour des arguments sur cet affidavit—Les documents créés après l'annonce de l'adjudication du contrat sont pertinents puisqu'ils s'inscrivent dans le cadre du contrôle judiciaire—L'arrêt *Canada c. Grenier*, [2006] 2 R.C.F. 287 (C.A.), ne s'applique pas en l'espèce et n'a pas pour effet d'interdire l'introduction d'une action en dommages-intérêts pendant l'audition du contrôle judiciaire—Sont également pertinents et doivent être produits en preuve les documents établis à l'étape de la présélection du processus d'achat ainsi que les données produites par le logiciel d'évaluation des propositions—Requête accordée.

AGUSTA WESTLAND INTERNATIONAL LTD. C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (T-1605-04, 2006 CF 1371, juge Kelen, ordonnance en date du 10-11-06, 20 p.)

PRESCRIPTION

Appel du rejet par la Cour fédérale (2005 CF 163) des réclamations du fait de l'application de la *Loi sur la prescription* du Manitoba, C.P.L.M. ch. L150 (la Loi)—Les représentants de preneurs à bail demandaient un jugement déclaratoire reconnaissant le droit de reconduction perpétuelle des baux consentis dans les parcs nationaux, malgré l'absence d'une telle clause dans les baux—Appel rejeté—L'arrêt *Markevich c. Canada*, [2003] 1 R.C.S. 94, mine le fondement de l'argument à l'appui du jugement déclaratoire puisque le délai de prescription s'applique au recours et non au droit—L'argument selon lequel le délai ne commence à courir qu'au moment où il y a perte de droit repose sur la prémisse que la cause d'action ne prend naissance qu'après la signification du refus de reconduire les baux—Si la demande de reconnaissance du droit de reconduction est fonction des conditions des baux antérieurs, la perte est survenue lors de la renonciation aux baux antérieurs—Si le comportement de la Couronne donne lieu à un droit de recours, il ne manque que la perte du droit de reconduction perpétuelle pour donner naissance à une cause d'action—Les appelants ont eu tort d'invoquer les art. 25, 26 et 30 de la Loi parce qu'ils ne cherchaient pas à recouvrer le bien-fonds.

ABBOTT C. CANADA (A-93-05, 2006 CAF 342, juge Pelletier, J.C.A., jugement en date du 20-10-06, 6 p.)

PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

LOI SUR LA PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS ET LES DOCUMENTS ÉLECTRONIQUES

Après avoir subi un examen par un tiers médecin demandé par l'assureur, le demandeur a cessé de recevoir des prestations d'invalidité de longue durée—Il demande l'accès aux notes prises par le médecin pendant son examen médical—Les notes sont des « renseignements personnels » au sens de l'art. 2 de la Loi—La Loi admet une exception dans le cas de renseignements protégés par le secret professionnel liant l'avocat à son client (art. 9(3)a)), qui vise aussi le privilège relatif au litige—Un critère à deux volets s'applique au privilège relatif au litige : il doit y avoir une possibilité raisonnable de litige au moment de la communication et le litige doit être le motif principal de la communication—Rien n'indique qu'un litige était l'objet principal de l'examen médical—De même, rien ne laisse croire que l'assureur a demandé un examen par un tiers médecin dans le cadre du processus de règlement des différends (exception prévue à l'art. 9(3)d))—L'obligation de subir des examens médicaux est prévue dans le contrat d'assurance—Le demandeur a le droit de consulter les notes.

ROUSSEAU C. WYNDOWE (T-711-05, 2006 CF 1312, juge Teitelbaum, jugement en date du 30-10-06, 16 p.)

If undelivered, return to:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario, Canada K1A 0S5

En cas de non-livraison, retourner à:
Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario), Canada K1A 0S5

Available from:
Publishing and Depository Services
Public Works and Government Services
Ottawa, Ontario - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>

En vente auprès de:
Éditions et Services de dépôt
Travaux Publics et Services gouvernementaux
Ottawa (Ontario) - Canada K1A 0S5
<http://publication.gc.ca>