



---

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1997, Vol 1, Part 1**

**1997, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**

**Cited as [1997] 1 F.C., 3-222**

**Renvoi [1997] 1 C.F., 3-222**

---



Published by  
GUY Y. GOULARD, Q.C., B.A., LL.B.  
Commissioner for Federal Judicial Affairs

Editorial Board

Executive Editor  
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.

Senior Legal Editor  
GILLES DES ROSIERS, B.A., LL.L.

Legal Editors  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

Legal Research Editors  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Production Staff

Production Manager  
LAURA VANIER

Publications Specialist  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Editorial Assistants  
PIERRE LANDRIAULT  
LISE LEPAGE-PELLETIER

*Inquiries concerning the contents of the Canada Federal Court Reports should be directed to: The Executive Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs, 110 O'Connor Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.*

*Notifications of change of address (please indicate previous address) and other inquiries concerning subscription to the Federal Court Reports should be referred to Public Works and Government Services Canada — Publishing, Ottawa, Canada K1A 0S9.*

*Subscribers who receive the Federal Court Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Laura Vanier, Production Manager, Federal Court Reports, 110 O'Connor Street, Ottawa, Canada, K1A 1E3.*

---

**CONTENTS**

Digests .....	D-1
Canada v. Neuman (C.A.) .....	79
Income tax — Income calculation — Dividends — Appeal from trial judgment, affirming Tax Court's decision allowing taxpayer's appeal from reassessment under Income Tax Act,	

*Continued on next page*

Publié par  
GUY Y. GOULARD, c.r., B.A., LL.B.  
Commissaire à la magistrature fédérale

Bureau des arrêtiistes

Directeur général  
WILLIAM J. RANKIN, B.A., LL.B.

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

Arrêtiistes  
PATRICIA PRITCHARD, B.A., LL.B.  
RICHARD BEAUDOIN, B.A., LL.L.

Préposées à la recherche et à la documentation juridiques  
LYNNE LEMAY  
PAULINE BYRNE

Services techniques

Gestionnaire, production et publication  
LAURA VANIER

Spécialiste des publications  
JEAN-PIERRE LEBLANC

Adjoints à l'édition  
PIERRE LANDRIAULT  
LISE LEPAGE-PELLETIER

*Les demandes de renseignements au sujet du contenu du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada doivent être adressées au: Directeur général, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, Bureau du Commissaire à la magistrature fédérale, 110, rue O'Connor, Ottawa (Canada) K1A 1E3.*

*Tout avis de changement d'adresse (veuillez indiquer votre adresse précédente) des abonnés au Recueil des arrêts de la Cour fédérale, de même que les demandes de renseignements au sujet de cet abonnement, doivent être adressés au Travaux publics et Services gouvernementaux Canada — Édition, Ottawa (Canada) K1A 0S9.*

*Les abonnés qui reçoivent le Recueil des arrêts de la Cour fédérale en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d'adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d'adresse à: Laura Vanier, Gestionnaire, production et publication, Recueil des arrêts de la Cour fédérale, 110, rue O'Connor, Ottawa, Canada, K1A 1E3.*

---

**SOMMAIRE**

Fiches analytiques .....	F-1
Canada c. Neuman (C.A.) .....	79
Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dividendes — Appel d'un jugement de première instance, confirmant la décision de la Cour de l'impôt qui avait accueilli l'appel du	

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

s. 56(2) including corporate dividend paid to wife in respondent's income — S. 56(2) providing payment or transfer of property, made with concurrence of taxpayer, to some other person for benefit of taxpayer shall be included in taxpayer's income — Taxpayer incorporating company to split income with wife — Taxpayer, wife officers of company — While sole director, wife declaring dividend on her shares — Taxpayer ratifying declaration — Wife neither contributing to company nor assuming risks — Immediately thereafter loaning taxpayer amount of dividend — Evidence establishing wife acted with taxpayer's concurrence in declaring dividend — Concurrence inferred from circumstances, including degree of control taxpayer entitled to exercise over corporation conferring benefit — Four elements laid down in *Fraser Companies Ltd. v. The Queen* required for invocation of s. 56(2) satisfied — Minister not required to prove taxpayer's wife not subject to tax on dividend — Taxpayer, wife not dealing at arm's length — S. 56(2) applied.

Judges and Courts — Supreme Court of Canada in *McChurg v. Canada* holding Income Tax Act, s. 56(2) not applicable to declaration of dividends including those declared pursuant to discretionary power, but Dickson C.J. adding s. 56(2) may apply to exercise of discretionary power to distribute dividends when non-arm's length shareholder making no contribution to company — Applicability of s. 56(2) to non-arm's length transactions live issue, although unnecessary for disposition of that appeal as wife making legitimate contribution to company — That opinion, representing considered opinion of majority of S.C.C., binding on courts below.

### **Canada (Information Commissioner) v. Canada (Minister of Public Works and Government Services) (T.D.)** ..... 164

Access to information — Judicial review of refusal by Minister of Public Works to disclose names of former MPs in receipt of pension under Members of Parliament Retiring Allowances Act — Requested information personal information *prima facie* exempted from disclosure under Access to Information Act, s. 19(1) — As much of information publicly available, or release consented to pursuant to s. 19(2)(a), (b) Minister not having discretion to refuse release

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

contribuable formé à l'encontre d'une nouvelle cotisation, établie en vertu de l'art. 56(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu, incluant le dividende de la société versé à son épouse dans le revenu de l'intimé — L'art. 56(2) dispose que le paiement ou le transfert de biens fait, avec l'accord du contribuable, à toute autre personne au profit du contribuable doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable — Le contribuable a constitué une société afin de fractionner son revenu avec son épouse — Le contribuable et son épouse étaient les dirigeants de la société — Alors qu'elle était seule administratrice, l'épouse a déclaré un dividende sur ses actions — Le contribuable a ratifié cette déclaration de dividende — Son épouse n'a pas fourni d'apport à la société et n'a assumé aucun risque — Immédiatement après la déclaration du dividende, l'épouse a prêté cette somme au contribuable — La preuve établit que l'épouse a déclaré le dividende avec l'accord du contribuable — Cet accord se déduit des circonstances, notamment du degré de contrôle que le contribuable est en droit d'exercer sur la société qui confère l'avantage — Les quatre éléments énoncés dans l'arrêt *Fraser Companies Ltd. c. La Reine*, nécessaires pour entraîner l'application de l'art. 56(2), sont réunis — Le ministre n'est pas tenu de prouver que l'épouse du contribuable n'était pas assujettie à l'impôt sur ce dividende — Le contribuable et son épouse traitaient avec un lien de dépendance — L'art. 56(2) s'applique.

Juges et tribunaux — La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *McChurg c. Canada*, a statué que l'art. 56(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu ne s'appliquait pas à la déclaration de dividendes, notamment aux dividendes déclarés en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, mais le juge en chef Dickson a précisé que l'art. 56(2) pouvait s'appliquer à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartir des dividendes lorsqu'un actionnaire ayant un lien de dépendance ne fournit aucun apport à la société — L'applicabilité de l'art. 56(2) aux opérations avec lien de dépendance était une question pertinente, quoique non nécessaire au règlement de l'appel étant donné que l'épouse avait fourni un apport réel à la société — Cette opinion, représentant l'opinion réfléchie de la majorité de la Cour suprême du Canada, lie les tribunaux d'instance inférieure.

### **Canada (Commissaire à l'information) c. Canada (Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux) (1<sup>re</sup> inst.)** ..... 164

Accès à l'information — Demande de contrôle judiciaire à l'égard du refus par le ministre des Travaux publics de communiquer les noms des anciens parlementaires recevant ou ayant reçu des prestations de retraite en application de la Loi sur les allocations de retraite des parlementaires — Les renseignements demandés sont des renseignements personnels qui, à première vue, sont soustraits à la communication aux termes de l'art. 19(1) de la Loi sur l'accès à l'informa-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

— Remainder ought to be disclosed since public interest outweighing unsupported claim to personal interest pursuant to s. 19(2)(c) and Privacy Act, s. 8(2)(m)(i) — Public interest being to assist public in assessing fairness of pension scheme — Discretionary benefit exception in s. 3(1) not applicable.

Practice — Parties — Intervention — Information Commissioner applied for judicial review pursuant to Access to Information Act, ss. 3, 42(1)(a) of refusal to disclose names of MPs in receipt of statutory pension — Requester applied pursuant to Access to Information Act, s. 42(2) to be made party — Filing notice of intervention pursuant to R. 1611; indicating intention to raise issue of benefit amounts — R. 1611 allowing intervenor to address Court on issue already before it — S. 42(2) giving right to appear as party to review — Commissioner's application in accord with RR. 319, 321.1, setting out criteria to be met to grant Court jurisdiction to hear issues raised in application for judicial review — Not requesting disclosure of benefit amounts — Intervenor cannot circumvent process, raise issues not argued by parties.

### **Eli Lilly and Co. v. Nu-Pharm Inc. (C.A.) . . . . . 3**

Patents — Patented medicines — Notice of compliance — Appeal from order prohibiting Minister of National Health and Welfare from issuing notice of compliance to appellant until expiry of first respondent's patent — Appellant alleging under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(1)(b)(iv) making, constructing, using or selling capsules of fluoxetine hydrochloride not infringing patent — Respondents applying for prohibition order under Regulations, s. 6 as allegation not providing detailed statement of legal, factual basis — S. 6 proceedings not action for infringement of patent — Burden of proof on respondents — Statement submitted by appellant not detailed statement required under Regulations.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

tion — Étant donné que le public a accès à une bonne partie des renseignements ou que leur communication a fait l'objet d'un consentement, conformément à l'art. 19(2)(a) et b), le ministre n'est pas autorisé à refuser de les divulguer — Les autres renseignements devraient être communiqués, car l'intérêt public l'emporte sur l'intérêt privé non justifié, conformément à l'art. 19(2)(c) de la Loi sur l'accès à l'information et à l'art. 8(2)(m)(i) de la Loi sur la protection des renseignements personnels — L'intérêt public réside dans la nécessité d'aider le public à évaluer l'équité du régime de retraite — L'exemption prévue à l'art. 3(1) au titre de l'avantage facultatif ne s'applique pas.

Pratique — Parties — Intervention — Le commissaire à l'information a présenté une demande de contrôle judiciaire fondée sur les art. 3 et 42(1)(a) de la Loi sur l'accès à l'information à l'égard du refus de divulguer les noms des parlementaires recevant ou ayant reçu des prestations de retraite — L'auteur de la demande de renseignements a demandé d'être constitué partie conformément à l'art. 42(2) de la Loi sur l'accès à l'information — Il a déposé un avis d'intervention en application de la Règle 1611 dans lequel il a indiqué son intention de soulever la question du montant des prestations — La Règle 1611 permet à l'intervenant de présenter des observations à la Cour au sujet d'une question dont celle-ci est déjà saisie — L'art. 42(2) permet à une personne de comparaître comme partie à l'instance — La demande du commissaire est conforme aux Règles 319 et 321.1, qui énoncent les critères devant être établis pour qu'il soit permis de conclure que la Cour a la compétence voulue pour entendre les questions soulevées dans la demande de contrôle judiciaire — La demande ne concerne pas la divulgation des montants des prestations — L'intervenant ne peut contourner les exigences énoncées dans les Règles et soulever des questions non plaidées par les parties.

### **Eli Lilly and Co. c. Nu-Pharm Inc. (C.A.) . . . . . 3**

Brevets — Médicaments brevetés — Avis de conformité — Appel d'une ordonnance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer à l'appelante un avis de conformité avant l'expiration du brevet de la première intimée — L'appelante allègue que suivant l'art. 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente de capsules de chlorhydrate de fluoxétine ne portent pas atteinte au brevet en litige — Les intimées ont demandé une ordonnance d'interdiction en vertu de l'art. 6 du Règlement au motif que l'allégation n'était pas fondée sur un énoncé détaillé du droit et des faits — Les procédures visées à l'art. 6 ne constituent pas une action en contrefaçon de brevet — Le fardeau de la preuve incombe aux intimées — L'énoncé présenté par l'appelante ne pouvait être considéré comme l'énoncé détaillé exigé par le Règlement.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Evidence — Patented medicines notice of compliance proceedings — Types of burden of proof in civil, criminal cases — “Persuasive (or legal) burden” — “Evidential burden” — Evidential burden under relevant Regulations — Legal burden to show facts alleged in notice of allegation not true — Whether common law imposing burden of showing process not infringing patent — Common law presumption: Court will infer facts adverse to party’s interest if failing to lead evidence of fact in better position to establish.

### **ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Canada (Staff of the Patented Medicine Prices Review Board) (C.A.) .. 32**

Patents — Appeal from dismissal of application for judicial review of Patented Medicine Prices Review Board decision Board having jurisdiction to determine Canadian prices charged by ICN for Virazole excessive — Ribavirin only active ingredient in Virazole — ICN holding three patents pertaining to ribavirin — Patent Act, s. 83(1) providing where Board finding patentee of invention pertaining to medicine selling medicine in Canada at excessive price, may order patentee to reduce price — S. 79(2) providing invention pertaining to medicine if intended or capable of being used for medicine or for preparation or production of medicine — S. 83(1) conditions precedent for Board’s jurisdiction met: (1) ICN patentee of inventions; (2) inventions pertaining to a medicine; (3) ICN selling the medicine in Canada — Subrequirements of second condition: pharmaceutical end product qualifying as medicine; rational connection between invention, medicine — Having regard to use in treatment of severe respiratory infections in infants, children, ribavirin/Virazole medicine — No need to go beyond face of patent to establish connection — Broad language in ss. 83(1), 79(2) indicating connection could be of merest slender thread — Chemical formulation of ribavirin/Virazole same — Connection established — Board having jurisdiction to examine pricing of Virazole until disclaimer filed.

Practice — Parties — Standing — Patent Act authorizing Patented Medicine Prices Review Board to hire staff — Act not conferring independent legal status on Board staff, unlike party status conferred on federal, provincial health ministers — Board *de facto* deciding to operate independently of staff, who have assumed responsibility for pursuing cases — Board required to act as both prosecutor, judge to fulfil legislated mandate.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

Preuve — Procédures fondées sur l’avis de conformité exigé pour les médicaments brevetés — Types de fardeaux de preuve en matière civile ou pénale — «Fardeau de persuasion» ou «fardeau ultime» — «Fardeau de présentation» — Le Règlement pertinent impose un fardeau de présentation — Fardeau ultime de prouver que les faits allégués dans l’avis d’allégation sont faux — La common law impose-t-elle le fardeau de prouver que le procédé ne porte pas atteinte au brevet? — Présomption créée par la common law: la Cour inférera que les faits sont contraires à l’intérêt de la partie qui ne produit aucune preuve touchant un fait qu’elle est la mieux à même de démontrer.

### **ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés) (C.A.) ..... 32**

Brevets — Appel du rejet de la demande de contrôle judiciaire visant la décision du Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés selon laquelle ce dernier avait compétence pour déterminer si le prix exigé pour le Virazole au Canada par ICN était excessif — La ribavirine est le seul ingrédient actif du Virazole — ICN est titulaire de trois brevets afférents à la ribavirine — L’art. 83(1) de la Loi sur les brevets prévoit que, lorsqu’il estime que le breveté vend le médicament sur un marché canadien à un prix qu’il juge excessif, le Conseil peut lui ordonner d’en baisser le prix — L’art. 79(2) prévoit qu’une invention est liée à un médicament si elle est destinée à des médicaments ou à la préparation ou la production de médicaments, ou susceptible d’être utilisée à de telles fins — Les conditions préalables à la compétence du Conseil énoncées à l’art. 83(1) sont remplies: (1) ICN est le breveté, (2) les inventions sont liées à un médicament et (3) ICN vend le médicament au Canada — La deuxième condition comporte deux volets: le produit pharmaceutique final constitue un médicament et il existe un lien logique entre l’invention et le médicament — Vu son utilisation pour le traitement des cas graves d’infection respiratoire chez les nourrissons et les jeunes enfants, la ribavirine ou le Virazole est un médicament — Nul besoin d’interpréter le brevet pour établir le lien — Les termes généraux employés aux art. 83(1) et 79(2) indiquent que le lien requis peut être le plus ténu — La formule chimique de la ribavirine et celle du Virazole sont identiques — Lien établi — Le Conseil avait compétence pour examiner le prix du Virazole jusqu’au dépôt de la renonciation.

Pratique — Parties — Qualité pour agir — La Loi sur les brevets autorise le Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés à engager du personnel — Elle ne confère pas au personnel du Conseil une qualité pour agir distincte, contrairement aux ministres fédéral et provinciaux de la Santé auxquels la qualité de partie est accordée — Le Conseil a, dans les faits, décidé d’agir indépendamment de son personnel, lequel a pris à sa charge la conduite des

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **MacInnis v. Canada (Attorney General) (C.A.) ... 115**

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Appeal from trial judgment holding inmate serving indeterminate sentence deprived of right to liberty under Charter, s. 7 in violation of principles of fundamental justice by National Parole Board procedures at biennial review — NPB refusing convict's request to appear by counsel, examine authors of clinical reports — Convict permitted to be represented by barrister, given copies of clinical reports, allowed to submit written interrogatories — S. 7 engaged in hearings before NPB — Fundamental justice not requiring requested procedures — Requirements of fundamental justice in administrative context reviewed — As ample opportunity to challenge reports, cross-examination of authors not necessary to ensure fairness — Board's procedural rulings sufficiently addressed dual requirements of protecting society, giving convict fair hearing as required by s. 7 — Refusal to grant enhanced procedures not violating right to liberty under s. 7.

Parole — Appeal from trial judgment holding inmate serving indeterminate sentence deprived of right to liberty under Charter, s. 7 in violation of principles of fundamental justice by NPB procedures at biennial review — NPB refusing convict's request to appear by counsel, examine authors of clinical reports — Convict permitted to be represented by barrister, given copies of clinical reports, allowed to submit written interrogatories — Criminal Code, s. 761 stipulating dangerous offender incarcerated for indeterminate period entitled to review of "condition, history and circumstances" every two years by Board — Corrections and Conditional Release Act providing limited right to counsel for convicts appearing before Board — Provisions, terminology leading to assumption Parliament not intending assistant's role before Board to be equivalent to counsel's role before judge, jury — Parole system unique, separate from courts, different considerations apply — Board's refusal to grant enhanced procedures not violating right to liberty under s. 7.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

affaires — Le Conseil est tenu d'agir en tant que poursuivant et en tant que juge pour s'acquitter de son mandat légal.

### **MacInnis c. Canada (Procureur général) (C.A.) ... 115**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel d'un jugement de la Section de première instance concluant que les procédures adoptées par la Commission nationale des libérations conditionnelles (la Commission) au cours de son examen bisannuel de la peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée imposée à l'intimé a porté atteinte au droit à la liberté que confère à ce dernier l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés en violation des principes de justice fondamentale — La Commission a refusé au détenu la permission de se faire représenter par un avocat et d'interroger les auteurs des rapports cliniques — Le détenu a été autorisé à se faire représenter par un avocat, a reçu communication de copies des rapports cliniques et il lui a été permis de soumettre des interrogatoires par écrit — L'art. 7 est en jeu dans les audiences devant la Commission — La justice fondamentale n'exige pas les procédures demandées — Examen des exigences de la justice fondamentale dans un contexte administratif — Comme il y a eu ample possibilité de contester les rapports, le contre-interrogatoire des auteurs n'était pas nécessaire pour garantir l'équité — Les décisions procédurales de la Commission tiennent suffisamment compte de la double obligation d'assurer la sécurité de la société et l'équité de l'audience de l'intimé, comme l'exige l'art. 7 — Le refus d'accorder à l'intimé des procédures améliorées ne viole pas son droit à la liberté en vertu de l'art. 7.

Libération conditionnelle — Appel d'un jugement de la Section de première instance concluant que les procédures adoptées par la Commission au cours de son examen bisannuel de la peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée imposée au détenu ont porté atteinte au droit à la liberté prévu par l'art. 7 de la Charte en violation des principes de justice fondamentale — La Commission a refusé la demande du détenu de se faire représenter par un avocat et d'interroger les auteurs de rapports cliniques — Le détenu a été autorisé à se faire représenter par un avocat, a reçu communication de copies des rapports cliniques et il lui a été permis de soumettre des interrogatoires par écrit — L'art. 761 du Code criminel stipule que les contrevenants dangereux mis sous garde pour une période indéterminée ont droit à ce que la Commission examine «les antécédents et la situation» en cause tous les deux ans — La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition prévoit un recours limité aux services d'un avocat à l'égard des détenus qui comparaissent devant la Commission — Les dispositions et la terminologie laissent présumer que le législateur n'avait pas l'intention de donner à la personne

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Matthews v. Canada (Attorney General) (T.D.) ... 206**

Fisheries — Judicial review of Minister of Fisheries and Oceans' decision not to issue to applicant snow crab fishing licence for first three weeks of 1995 season and to reduce quota during 1995 season — Fisheries Act, s. 7 giving Minister absolute discretion to issue, authorize issuance of fishing licences — Decision intended to penalize applicant for violations of 1994 licence conditions — Act specifically providing variety of penalties to be imposed by court — Implicit Parliament not intending penal powers to be exercised by Minister — Applicant entitled to procedural safeguards envisioned by penal provisions — Declaration Minister's discretion under s. 7 not including authority to impose licence conditions to penalize for violations of Act, Regulations, licence conditions.

### **Newfoundland Processing Ltd. v. South Angela (The) (T.D.) ..... 154**

Maritime law — Torts — Action against ship to recover damages occasioned by oil spill at plaintiff's refinery — Both parties at fault — Contributory negligence bar no longer to be applied — In maritime law, liability for tort should be borne in relation to degree of fault of parties following tradition in collision cases — Cost of clean-up apportioned equally between parties.

### **Olympia Janitorial Supplies v. Canada (Minister of Public Works) (T.D.) ..... 131**

Crown — Torts — Pure economic loss — Third-party goods supplier seeking recovery against Crown for pure economic loss argues to have been suffered due to Crown's negligence when failed to take into account plaintiff's interests before paying contractor money owing under building maintenance contract as contractor had no capacity to satisfy any judgment — Insufficient proximity necessary to support duty of care — Loss not reasonably foreseeable — Risk of liability in indeterminate amount — Case not one in which new

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

qui assiste le délinquant devant la Commission le rôle de l'avocat devant un juge ou un jury — Le système de libération conditionnelle est unique, distinct des tribunaux et des considérations différentes s'y appliquent — Le refus de la Commission d'accorder des procédures améliorées ne viole pas le droit à la liberté conféré à l'art. 7.

### **Matthews c. Canada (Procureur général) (1<sup>re</sup> inst.) 206**

Pêches — Contrôle judiciaire de la décision du ministre des Pêches et des Océans de ne pas délivrer au requérant un permis de pêche au crabe des neiges pour les trois premières semaines de la saison de 1995 et de réduire son contingent au cours de la saison en question — L'art. 7 de la Loi sur les pêches confère au ministre le pouvoir discrétionnaire absolu de délivrer et d'autoriser la délivrance de permis de pêche — La décision visait à pénaliser le requérant pour avoir enfreint les conditions de son permis de 1994 — La Loi prévoit expressément une variété de peines devant être imposée par la cour — Il est entendu implicitement que le législateur n'entend pas que le ministre exerce un pouvoir pénal — Le requérant a droit aux garanties procédurales envisagées par les dispositions pénales de la Loi — Jugement déclaratoire portant que le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'art. 7 ne comprend pas l'autorité d'imposer des conditions aux permis à l'égard de violations antérieures de la Loi, de ses Règlements ou des conditions des permis.

### **Newfoundland Processing Ltd. c. South Angela (Le) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 154**

Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Action intentée à l'encontre du navire en vue d'obtenir des dommages-intérêts représentant les frais engagés par suite d'un déversement de pétrole à la raffinerie de la demandresse — Les deux parties sont en faute — La défense de négligence contributive ne doit plus s'appliquer — En droit maritime, la responsabilité pour les dommages causés doit être partagée en fonction du degré de faute des parties comme dans les cas d'abordage — Les coûts du nettoyage sont répartis également entre les parties.

### **Olympia Janitorial Supplies c. Canada (Ministre des Travaux publics) (1<sup>re</sup> inst.) ..... 131**

Couronne — Responsabilité délictuelle — Perte purement économique — Demande d'un tiers fournisseur de biens en vue d'être indemnisé par l'État d'une perte purement économique imputable à la négligence dont ce dernier avait fait preuve en omettant de tenir compte des intérêts de la demandresse avant de payer à un entrepreneur une somme d'argent exigible en vertu d'un contrat d'entretien d'immeubles, car l'entrepreneur n'était pas en mesure de payer une somme due en vertu d'un jugement — Le lien étroit

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

category of claim for pure economic loss should arise — Damage to plaintiff did not flow from conduct of defendant.

Torts — Negligence — Pure economic loss — Third-party goods supplier seeking recovery against Crown for pure economic loss argued as having been suffered due to Crown's negligence when failed to take into account plaintiff's interests before paying contractor money owing under building maintenance contract as contractor had no capacity to satisfy any judgment — Insufficient proximity necessary to support duty of care — Loss not reasonably foreseeable — Risk of liability in indeterminate amount — Case not one in which new category of claim for pure economic loss should arise — Damage to plaintiff did not flow from conduct of defendant.

### **Wong v. Canada (T.D.) ..... 193**

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Collective agreement providing certain Federal Public Servants in Saskatchewan paid less than those elsewhere in Canada — Creating distinction constituting denial of equal benefit of law — Charter, s. 15 applies to collective agreement to which Government of Canada party — Province of residence analogous ground only if used in manner giving rise to questions of violation of dignity, freedom of individual — Provincial disparity in bargained rates of pay not, without further evidence, raising question of violation of human dignity, freedom — No evidence of violation of human dignity, freedom — Plaintiffs' claim purely economic — Charter not concerned with economic rights — Defendant's motion for summary judgment granted as no genuine issue for trial.

Public Service — Labour relations — Collective agreement providing certain employees in Saskatchewan paid less than those elsewhere in Canada — Creating distinction constituting denial of equal benefit of law — Charter, s. 15 applicable to collective agreement to which Government of Canada party — No discrimination herein — Province of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

nécessaire était insuffisant pour satisfaire à l'obligation de diligence — La perte n'était pas raisonnablement prévisible — Le risque de responsabilité était d'un montant indéterminé — Il ne s'agissait pas d'une affaire qui devait donner lieu à une nouvelle catégorie de réclamation pour perte purement économique — Le dommage subi par la demanderesse ne résultait pas de la conduite du défendeur.

Responsabilité délictuelle — Négligences — Perte purement économique — Demande d'un tiers fournisseur de biens en vue d'être indemnisé par l'État d'une perte purement économique imputable à la négligence dont ce dernier avait fait preuve en omettant de tenir compte des intérêts de la demanderesse avant de payer à un entrepreneur une somme d'argent exigible en vertu d'un contrat d'entretien d'immeubles, car l'entrepreneur n'était pas en mesure de payer une somme due en vertu d'un jugement — Le lien étroit nécessaire était insuffisant pour satisfaire à l'obligation de diligence — La perte n'était pas raisonnablement prévisible — Le risque de responsabilité était d'un montant indéterminé — Il ne s'agissait pas d'une affaire qui devait donner lieu à une nouvelle catégorie de réclamation pour perte purement économique — Le dommage subi par la demanderesse ne résultait pas de la conduite du défendeur.

### **Wong c. Canada (1<sup>re</sup> inst.) ..... 193**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La convention collective prévoyait que certains fonctionnaires fédéraux travaillant en Saskatchewan recevraient une rémunération inférieure à celle d'autres fonctionnaires ailleurs au Canada — La création d'une distinction constitue une négation du droit au même bénéfice de la loi — L'art. 15 de la Charte s'applique aux conventions collectives auxquelles le gouvernement du Canada est partie — La province de résidence est un motif analogue uniquement s'il est utilisé d'une manière qui puisse soulever des questions de violation de la dignité et de la liberté d'une personne — La disparité provinciale dans les taux de salaire négociés ne soulève pas, en l'absence d'autres éléments de preuve, une question de violation de la dignité ou de la liberté de la personne — Il n'y a pas de preuve qu'il y a eu violation de la dignité ou de la liberté de la personne — La réclamation des demandeurs est purement économique — La Charte ne s'intéresse pas aux droits économiques — La requête de la défenderesse en vue d'obtenir un jugement sommaire est accordée étant donné qu'il n'y a pas de véritable question à instruire.

Fonction publique — Relations du travail — La convention collective prévoyait que certains employés de la Saskatchewan recevraient une rémunération inférieure à celle des fonctionnaires ailleurs au Canada — La création d'une distinction constitue une négation du droit au même bénéfice de la loi — L'art. 15 de la Charte s'applique aux conven-

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

residence analogous ground only if violation of human dignity, freedom based thereon — Plaintiffs' claim purely economic — No evidence of violation of human dignity, freedom — Crown's motion for summary judgment granted as no genuine issue for trial.

## SOMMAIRE (Fin)

tions collectives auxquelles le gouvernement du Canada est partie — Il n'y a pas de discrimination en l'espèce — La province de résidence est un motif analogue uniquement dans les cas où elle constitue le fondement d'une violation de la dignité et de la liberté de la personne — La réclamation des demandeurs est purement économique — Il n'y a pas de preuve qu'il y a eu violation de la dignité ou de la liberté de la personne — La requête de la Couronne en vue d'obtenir un jugement sommaire est accordée étant donné qu'il n'y a pas de véritable question à instruire.

ISSN 0384-2568 (Print/imprimé)

ISSN 2560-9610 (Online/en ligne)

**Canada  
Federal Court  
Reports**

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

**1997, Vol. 1, Part 1**

**1997, Vol. 1, 1<sup>er</sup> fascicule**



A-101-94

A-101-94

**Nu-Pharm Inc. (Appellant) (Respondent)****Nu-Pharm Inc. (appelante) (intimée)**

v.

c.

**Eli Lilly and Company and Eli Lilly Canada, Inc. (Respondents) (Applicants)****Eli Lilly and Company et Eli Lilly Canada, Inc. (intimées) (requérantes)**

and

et

**The Minister of National Health and Welfare (Respondent) (Respondent)****Le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social (intimé) (intimé)****INDEXED AS: ELI LILLY AND CO. v. NU-PHARM INC. (C.A.)****RÉPERTORIÉ: ELI LILLY AND CO. c. NU-PHARM INC. (C.A.)**

Court of Appeal, Stone, Linden and McDonald J.J.A.—Toronto, February 28; Ottawa, June 27, 1996.

Cour d'appel, juges Stone, Linden et McDonald, J.C.A.—Toronto, 28 février; Ottawa, 27 juin 1996.

*Patents — Patented medicines — Notice of compliance — Appeal from order prohibiting Minister of National Health and Welfare from issuing notice of compliance to appellant until expiry of first respondent's patent — Appellant alleging under Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(1)(b)(iv) making, constructing, using or selling capsules of fluoxetine hydrochloride not infringing patent — Respondents applying for prohibition order under Regulations, s. 6 as allegation not providing detailed statement of legal, factual basis — S. 6 proceedings not action for infringement of patent — Burden of proof on respondents — Statement submitted by appellant not detailed statement required under Regulations.*

*Brevets — Médicaments brevetés — Avis de conformité — Appel d'une ordonnance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer à l'appelante un avis de conformité avant l'expiration du brevet de la première intimée — L'appelante allègue que suivant l'art. 5(1)(b)(iv) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente de capsules de chlorhydrate de fluoxétine ne portent pas atteinte au brevet en litige — Les intimées ont demandé une ordonnance d'interdiction en vertu de l'art. 6 du Règlement au motif que l'allégation n'était pas fondée sur un énoncé détaillé du droit et des faits — Les procédures visées à l'art. 6 ne constituent pas une action en contrefaçon de brevet — Le fardeau de la preuve incombait aux intimées — L'énoncé présenté par l'appelante ne pouvait être considéré comme l'énoncé détaillé exigé par le Règlement.*

*Evidence — Patented medicines notice of compliance proceedings — Types of burden of proof in civil, criminal cases — "Persuasive (or legal) burden" — "Evidential burden" — Evidential burden under relevant Regulations — Legal burden to show facts alleged in notice of allegation not true — Whether common law imposing burden of showing process not infringing patent — Common law presumption: Court will infer facts adverse to party's interest if failing to lead evidence of fact in better position to establish.*

*Preuve — Procédures fondées sur l'avis de conformité exigé pour les médicaments brevetés — Types de fardeaux de preuve en matière civile ou pénale — «Fardeau de persuasion» ou «fardeau ultime» — «Fardeau de présentation» — Le Règlement pertinent impose un fardeau de présentation — Fardeau ultime de prouver que les faits allégués dans l'avis d'allégation sont faux — La common law impose-t-elle le fardeau de prouver que le procédé ne porte pas atteinte au brevet? — Présomption créée par la common law: la Cour inférera que les faits sont contraires à l'intérêt de la partie qui ne produit aucune preuve touchant un fait qu'elle est la mieux à même de démontrer.*

This was an appeal from a Trial Division order prohibiting the Minister of National Health and Welfare from issuing a notice of compliance to the appellant for its 10 mg and 20 mg capsules and its 20 mg/5 ml oral suspen-

Appel a été interjeté d'une ordonnance de la Section de première instance interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer à l'appelante un avis de conformité concernant ses capsules de 10 et de

sions of fluoxetine hydrochloride until the expiry of Canadian Patent No. 1051034 owned by the first respondent. In a letter dated May 5, 1993, the appellant alleged, under subparagraph 5(1)(b)(iv) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, that the making, constructing, using or selling of capsules of fluoxetine would not infringe the patent in question. Shortly after, the respondents applied for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance, under subsection 6(1) of the Regulations, on the basis that there was no detailed statement of the legal and factual basis for the allegation contrary to paragraph 5(3)(a) of the Regulations. The Motions Judge held that the application under subsection 6(1) of the Regulations is an action for infringement of a patent, that section 55.1 of the *Patent Act* creates a presumption in favour of the respondents and that this presumption had not been rebutted by the appellant. The issue on appeal was whether the Motions Judge erred in coming to these conclusions.

*Held*, the appeal should be dismissed.

An action for infringement of a patent is a well-known and well-defined cause of action in Canadian patent law. Proceedings under section 6 of the Regulations neither fit the description of an action for infringement nor an infringement proceeding. Although the purpose of section 6 is to prevent the infringement of a patent, it is not a proceeding for a declaration of infringement of a patent pursuant to sections 54 and 55 of the *Patent Act*, but a proceeding for an order of prohibition against the Minister. Therefore, the presumption created by section 55.1 of the *Patent Act* has no application in the proceedings brought pursuant to section 6 of the Regulations and was of no assistance to the respondents. Neither could the section 6 proceedings be regarded as an action for infringement because of Article 1709(11) of the North American Free Trade Agreement, which requires each party to NAFTA to place on the defendant the burden of establishing that the allegedly infringing product was made by a process other than the patented process in any infringement proceeding, and the amended section 55.1 of the *Patent Act*.

At common law, in relation to a civil or criminal proceeding, there are two types of burdens of proof. The first is commonly referred to as the "persuasive burden" or the "legal burden" which, in a civil case, consists of establishing a case to the civil standard of proof. The other is the "evidential burden" which is the burden of putting an issue in play. The law as so developed by the Court places the legal burden on the respondents to show that allegations of fact contained in the notice of allegation are not true. The Motions Judge was correct in concluding that the respondents had the obligation of discharging that

20 mg ainsi que son colloïde buccal de 20mg/5 ml de chlorhydrate de fluoxétine avant l'expiration du brevet canadien numéro 1051034 dont la première intimée est propriétaire. Dans une lettre en date du 5 mai 1993, l'appelante a allégué, conformément au sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, que l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente de capsules de fluoxétine ne constituaient pas une contrefaçon du brevet en litige. Peu après, les intimées ont en vertu du paragraphe 6(1) du Règlement, demandé une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité au motif que l'allégation n'était pas fondée sur un énoncé détaillé du droit et des faits, contrairement aux exigences de l'alinéa 5(3)(a) du Règlement. Le juge des requêtes a conclu que la demande déposée en vertu du paragraphe 6(1) du Règlement constitue une action en contrefaçon de brevet, que l'article 55.1 de la *Loi sur les brevets* crée une présomption en faveur des intimées et que cette présomption n'a pas été réfutée par l'appelante. L'appel porte sur la question de savoir si le juge des requêtes s'est trompé en arrivant à ces conclusions.

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

Une action en contrefaçon de brevet est une cause d'action bien connue et bien définie en droit des brevets canadien. Les procédures fondées sur l'article 6 du Règlement ne constituent ni une action en contrefaçon ni une procédure concernant une violation de droit. Bien que l'article 6 vise à prévenir la contrefaçon de brevet, il n'instaure pas de procédure en déclaration de contrefaçon en vertu des articles 54 et 55 de la *Loi sur les brevets*, mais une procédure visant à obtenir une ordonnance de prohibition à l'encontre du ministre. Par conséquent, la présomption créée par l'article 55.1 de la *Loi sur les brevets* ne s'applique pas aux procédures fondées sur l'article 6 du Règlement et n'est d'aucun secours aux intimées. Les procédures visées à l'article 6 ne peuvent pas non plus être considérées comme des actions en contrefaçon en raison du paragraphe 1709(11) de l'Accord de libre-échange nord-américain, lequel oblige chaque partie à l'ALÉNA à enjoindre au défendeur de prouver que le procédé utilisé pour obtenir le produit est différent du procédé breveté aux fins de toute procédure concernant une violation de droit, et de l'article 55.1 modifié de la *Loi sur les brevets*.

En common law, que ce soit en matière civile ou pénale, il y a deux types de fardeaux de preuve. Le premier est communément appelé le «fardeau de persuasion» ou «fardeau ultime», lequel consiste, en matière civile, à la production des éléments de preuve qui satisfont aux exigences de la norme de preuve civile. L'autre fardeau, appelé «fardeau de présentation», consiste en l'obligation de soulever une question. Le droit tel qu'il est énoncé dans la jurisprudence de la Cour fait reposer sur les intimées le fardeau ultime de prouver que les allégations de fait contenues dans l'avis d'allégation sont fausses. Le

burden. While the respondents had to satisfy the legal burden of proof, they were to do so on the basis that the appellant has itself fulfilled the requirements of the Regulations including the submission of a "detailed statement". The statement submitted by the appellant in its letter of May 5, 1993 could not be considered as a detailed statement in compliance with the Regulations. It asserted that its process would not infringe the patent but provided no evidence to that effect beyond the bald assertion. The required information, which lay peculiarly within the appellant's knowledge, was not accessible by the respondents pursuant to Rules 1612 and 1613. The respondents have established that the appellant's subparagraph 5(1)(b)(iv) allegation was not justified and that they were entitled to an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance.

juge des requêtes a eu raison de conclure que les intimées étaient tenues de s'acquitter de ce fardeau. Même si les intimées devaient s'acquitter du fardeau ultime de la preuve, elles n'y étaient tenues que si l'appelante elle-même avait satisfait aux exigences du Règlement, notamment à l'obligation de fournir un «énoncé détaillé». Or l'énoncé présenté par l'appelante dans sa lettre du 5 mai 1993 ne pouvait être considéré comme l'énoncé détaillé que prévoit le Règlement. Elle y affirmait que son procédé ne porterait pas atteinte au brevet mais elle n'a fourni aucune preuve hormis cette simple affirmation. Les renseignements nécessaires, qui relevaient tout particulièrement de la connaissance de l'appelante, ne pouvaient être obtenus par les intimées en vertu des Règles 1612 et 1613. Les intimées ont établi que l'allégation faite par l'appelante aux termes du sous-alinéa 5(1)(b)(iv) n'était pas fondée et qu'elles avaient le droit d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18(3) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).
- Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 419, 1203(1), 1402(8) (as enacted by SOR/79-57, s. 23; 90-846, s. 23; 92-43, s. 17), 1603 (as enacted by SOR/92-43, s. 19; 94-41, s. 15), 1606 (as enacted by SOR/92-43, s. 19), 1607 (as enacted *idem*), 1612 (as enacted *idem*), 1613 (as enacted *idem*).
- North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, December 17, 1992, [1994] Can. T.S. No. 2, Art. 1709(11).
- North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44, ss. 3, 193.
- Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 39(2) (repealed by S.C. 1993, c. 2, s. 3), 54, 55 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 21; S.C. 1993, c. 15, s. 48), 55.01 (as enacted *idem*), 55.1 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4; c. 44, s. 193), 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4), 56 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 22; S.C. 1993, c. 44, ss. 194, 199), 57, 58, 59, 60.
- Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 4, 5(1), (3), 6.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; 169 N.R. 342 (F.C.A.); affg (1994), 53 C.P.R.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, le 17 décembre 1992, [1994] R. T. Can. n° 2, art. 1709(11).
- Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44, art. 3, 193.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18(3) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte *idem*, art. 5).
- Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 39(2) (abrogé par L.C. 1993, ch. 2, art. 3), 54, 55 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 21; L.C. 1993, ch. 15, art. 48), 55.01 (édicte, *idem*), 55.1 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4; ch. 44, art. 193), 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4), 56 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 22; L.C. 1993, ch. 44, art. 194, 199), 57, 58, 59, 60.
- Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133, art. 4, 5(1), (3), 6.
- Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 419, 1203(1), 1402(8) (édicte par DORS/79-57, art. 23; 90-846, art. 23; 92-43, art. 17), 1603 (édicte par DORS/92-43, art. 19; 94-41, art. 15), 1606 (édicte par DORS/92-43, art. 19), 1607 (édicte, *idem*), 1612 (édicte, *idem*), 1613 (édicte, *idem*).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302; 169 N.R. 342 (C.A.F.); conf. (1994),

(3d) 368; 75 F.T.R. 97 (F.C.T.D.); *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 417 (F.C.T.D.).

## CONSIDERED:

*Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329; 163 N.R. 183 (F.C.A.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 323; 81 F.T.R. 21 (F.C.T.D.); *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 129; 179 N.R. 122 (F.C.A.); *Pharmacia Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 64 C.P.R. (3d) 450; 191 N.R. 157 (F.C.A.); *Pharmacia Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 328; 92 F.T.R. 253 (F.C.T.D.); *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63; 98 E.R. 969; *Pleet v. Canadian Northern R.W. Co.* (1921), 50 O.L.R. 223; 64 D.L.R. 316; 26 C.R.C. 227 (C.A.); *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Apotex Inc.* (1984), 47 O.R. (2d) 287; 1 C.P.R. (3d) 507 (C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [1985] 1 S.C.R. v; *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 484 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 163; 90 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81; *Robins v. National Trust Co.*, [1927] A.C. 515 (P.C.); *Rhesa Shipping Co SA v. Edmunds*, [1985] 2 All E.R. 712 (H.L.); *Pharmacia Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 58 C.P.R. (3d) 207; 175 N.R. 334 (F.C.A.); *Canadian Northern Quebec R. Co. v. Pleet*, [1923] 4 D.L.R. 1112; (1921), 26 C.R.C. 238 (S.C.C.).

## AUTHORS CITED

Sopinka, J. *et al. The Law of Evidence in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 1992.

APPEAL from a Trial Division order ((1994), 54 C.P.R. (3d) 145; 78 F.T.R. 27) prohibiting the Minister of National Health and Welfare from issuing a notice of compliance to the appellant for its 10 mg

53 C.P.R. (3d) 368; 75 F.T.R. 97 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 417 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329; 163 N.R. 183 (C.A.F.); *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588; (1994), 58 C.P.R. (3d) 209; 176 N.R. 48 (C.A.); *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 323; 81 F.T.R. 21 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 129; 179 N.R. 122 (C.A.F.); *Pharmacia Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 64 C.P.R. (3d) 450; 191 N.R. 157 (C.A.F.); *Pharmacia Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 328; 92 F.T.R. 253 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63; 98 E.R. 969; *Pleet v. Canadian Northern R.W. Co.* (1921), 50 O.L.R. 223; 64 D.L.R. 316; 26 C.R.C. 227 (C.A.); *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Apotex Inc.* (1984), 47 O.R. (2d) 287; 1 C.P.R. (3d) 507 (C.A.); autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée [1985] 1 R.C.S. v; *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 484 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 163; 90 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324; (1990), 74 D.L.R. (4th) 449; 45 Admin. L.R. 161; 114 N.R. 81; *Robins v. National Trust Co.*, [1927] A.C. 515 (P.C.); *Rhesa Shipping Co SA v. Edmunds*, [1985] 2 All E.R. 712 (H.L.); *Pharmacia Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 58 C.P.R. (3d) 207; 175 N.R. 334 (C.A.F.); *Canadian Northern Quebec R. Co. v. Pleet*, [1923] 4 D.L.R. 1112; (1921), 26 C.R.C. 238 (C.S.C.).

## DOCTRINE

Sopinka, J. *et al. The Law of Evidence in Canada*. Markham, Ont.: Butterworths, 1992.

APPEL d'une ordonnance de la Section de première instance ((1994), 54 C.P.R. (3d) 145; 78 F.T.R. 27) interdisant au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer à l'appelante

and 20 mg capsules and its 20 mg/5 ml oral suspensions of fluoxetine hydrochloride until the expiry of Canadian Patent No. 1051034 owned by the first respondent. Appeal dismissed.

## COUNSEL:

*Harry B. Radomski and Richard Naiberg* for appellant (respondent).

*David Watson, Q.C. and Anthony G. Creber* for respondents (applicants).

*No one appearing* for respondent Minister of National Health and Welfare.

## SOLICITORS:

*Goodman Phillips & Vineberg*, Toronto, for appellant (respondent).

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, for respondents (applicants).

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent Minister of National Health and Welfare.

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

1 STONE J.A.: This is an appeal from an order of the Trial Division of February 23, 1994 [(1994), 54 C.P.R. (3d) 145], made pursuant to subsection 6(2) of the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the Regulations), prohibiting the Minister of National Health and Welfare from issuing a notice of compliance to the appellant for its 10 mg and 20 mg capsules and its 20 mg/5 ml oral suspensions of fluoxetine hydrochloride (fluoxetine HCL) until the expiry of Canadian Patent No. 1051034, issued March 20, 1979, (the patent) which is owned by the first respondent. The Regulations were made pursuant to subsection 55.2(4) of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 which was added to that statute by virtue of section 4 of the *Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993, c. 2.

un avis de conformité concernant ses capsules de 10 et de 20 mg ainsi que son colloïde buccal de 20mg/5 ml de chlorhydrate de fluoxétine avant l'expiration du brevet canadien n° 1051034 dont la première intimée est propriétaire. Appel rejeté.

## AVOCATS:

*Harry B. Radomski et Richard Naiberg* pour l'appelante (intimée).

*David Watson, c.r. et Anthony G. Creber* pour les intimées (requérantes).

*Personne n'a comparu* pour l'intimé le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

## PROCUREURS:

*Goodman Phillips & Vineberg*, Toronto, pour l'appelante (intimée).

*Gowling, Strathy & Henderson*, Ottawa, pour les intimées (requérantes).

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social.

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

1 LE JUGE STONE, J.C.A.: Il s'agit en l'espèce d'un appel formé contre une ordonnance rendue le 23 février 1994 par la Section de première instance [(1994), 54 C.P.R. (3d) 145] en application du paragraphe 6(2) du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement), pour interdire au ministre de la Santé nationale et du Bien-être social de délivrer à l'appelante un avis de conformité concernant ses capsules de 10 et de 20 mg ainsi que son colloïde buccal de 20mg/5 ml du médicament appelé chlorhydrate de fluoxétine (CLH de fluoxétine) avant l'expiration du brevet canadien n° 1051034 (le brevet), qui a été délivré le 20 mars 1979 et dont la première intimée est propriétaire. Le Règlement a été pris en application du paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, qui a été rajouté à ce texte de loi en vertu de l'article 4 de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2.

2 In April 1993, the first respondent submitted three patent lists to the Minister in accordance with section 4 of the Regulations in respect of the above-mentioned formulations of fluoxetine HCL. The patent appears on these lists. On May 11, 1993, the second respondent received a letter from the appellant dated May 5, 1993, which reads in part:

RE: Fluoxetine HCl Capsules 10 mg, Fluoxetine HCl Capsules 20 mg and Fluoxetine HCl Liquid 20 mg/5 mL

This is a Notice of Allegation pursuant to Section 5(3)(b) of the Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations.

With respect to both patents 1051034 and 1114841, we allege that no claim for the Fluoxetine HCl itself and no claim for the use of Fluoxetine HCl would be infringed by the making, constructing, using or selling by us of capsules or liquid containing Fluoxetine HCl.

The legal and actual (*sic*) basis for the aforesaid allegation is as follows.

Patent 1051034

This patent has claims for Fluoxetine HCl when prepared by processes claimed. Until such time as this patent has expired, we will limit our purchases of Fluoxetine HCl to material made by processes other than those of this patent, so that the material we use will not infringe. We hereby so undertake. This patent has no claim for the use of Fluoxetine HCl.

Patent 1114841

This patent has no claim for Fluoxetine HCl itself or for the use of Fluoxetine HCl.

Only the patent is in controversy in these proceedings.

3 It is useful at this juncture to set out the relevant portions of the Regulations governing the making by a person in the position of the appellant of an "allegation" and of a "detailed statement". Paragraphs 5(1)(b) and 5(3)(a) and (b) read:

2 En avril 1993, la première intimée a soumis trois listes de brevets au ministre en conformité avec l'article 4 du Règlement relativement aux formulations de CLH de fluoxétine susmentionnées. Le brevet figure sur ces listes. Le 11 mai 1993, la seconde intimée a reçu une lettre de l'appelante, datée du 5 mai 1993, dont voici un extrait:

[TRADUCTION] OBJET: CLH de fluoxétine en capsule de 10 et de 20 mg et sous forme liquide en concentration de 20mg/5ml

La présente est un avis d'allégation donné en conformité avec l'alinéa 5(3)b) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité).

En ce qui concerne les brevets numéros 1051034 et 1114841, nous alléguons qu'aucune revendication pour le CLH de fluoxétine en soi ni aucune revendication pour l'utilisation du CLH de fluoxétine ne seraient contrefaites advenant l'utilisation, la fabrication, la construction ou la vente par nos soins de capsules ou de liquides contenant du CLH de fluoxétine.

Cette allégation est fondée sur l'énoncé du droit et des faits qui suit:

Brevet numéro 1051034

Les revendications comprises dans ce brevet portent sur le CLH de fluoxétine provenant des procédés faisant l'objet des revendications. En attendant l'expiration de ce brevet, nous limiterons nos achats de CLH de fluoxétine à ce qui peut être obtenu par des procédés autres que ceux dont il est fait état dans ce brevet et, ainsi, le composé que nous utiliserons n'entraînera aucune contrefaçon. Nous nous engageons sur ce point. Ce brevet ne comporte aucune revendication touchant l'utilisation du CLH de fluoxétine.

Brevet numéro 1114841

Ce brevet ne comporte aucune revendication pour le CLH de fluoxétine en soi ni pour l'utilisation du CLH de fluoxétine.

Seul le brevet est en litige dans les présentes procédures.

3 Il est utile, à cette étape, d'exposer les dispositions applicables du Règlement régissant l'«allégation» et l'«énoncé détaillé» qu'une personne placée dans la situation de l'appelante fournit. Les alinéas 5(1)b) et 5(3)a) et b) sont ainsi libellés:

5. (1) Where a person files or, before the coming into force of these Regulations, has filed a submission for a notice of compliance in respect of a drug and wishes to compare that drug with, or make a reference to, a drug that has been marketed in Canada pursuant to a notice of compliance issued to a first person in respect of which a patent list has been submitted, the person shall, in the submission, with respect to each patent on the patent list,

...  
(b) allege that

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

(ii) the patent has expired,

(iii) the patent is not valid, or

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

...  
(3) Where a person makes an allegation pursuant to paragraph (1)(b) or subsection (2) the person shall

(a) provide a detailed statement of the legal and factual basis for the allegation; and

(b) serve a notice of the allegation on the first person and proof of such service on the Minister.

The appellant submits that the letter of May 5, 1993 met the requirements of paragraph 5(3)(a) of providing a "detailed statement of the legal and factual basis" for the allegation made pursuant to subparagraph 5(1)(b)(iv).

4 Section 6 of the Regulations entitled the respondents to apply to a court for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance to the appellant. That section specifies the circumstances under which a court may grant prohibition. It reads:

*Right of Action*

6. (1) A first person may, within 45 days after being served with a notice of an allegation pursuant to para-

5. (1) Lorsqu'une personne dépose ou, avant la date d'entrée en vigueur du présent règlement, a déposé une demande d'avis de conformité à l'égard d'une drogue et souhaite comparer cette drogue à une drogue qui a été commercialisée au Canada aux termes d'un avis de conformité délivré à la première personne et à l'égard duquel une liste de brevets a été soumise ou qu'elle souhaite faire un renvoi à la drogue citée en second lieu, elle doit indiquer sur sa demande, à l'égard de chaque brevet énuméré dans la liste:

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

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

(ii) le brevet est expiré,

(iii) le brevet n'est pas valide,

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

...  
(3) Lorsqu'une personne fait une allégation visée à l'alinéa (1)b) ou au paragraphe (2), elle doit:

a) fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde;

b) signifier un avis d'allégation à la première personne et une preuve de cette signification au ministre.

L'appelante prétend que la lettre du 5 mai 1993 est conforme aux exigences de l'alinéa 5(3)a) qui rend obligatoire la fourniture d'un «énoncé détaillé du droit et des faits» pour étayer l'allégation faite aux termes du sous-alinéa 5(1)b)(iv).

L'article 6 du Règlement autorise les intimées à demander au tribunal de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité à l'appelante. Cette disposition précise les circonstances dans lesquelles le tribunal peut accorder l'interdiction. Il est énoncé ainsi:

*Droits d'action*

6. (1) La première personne peut, dans les 45 jours suivant la signification d'un avis d'allégation aux termes

graph 5(3)(b), apply to a court for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance until after the expiration of one or more of the patents that are the subject of an allegation.

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

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

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

5 The application by the respondents which lead up to the prohibition order was launched on June 23, 1993 by way of an originating notice of motion in the Trial Division pursuant to section 6 of the Regulations. By paragraph 5 of the originating notice of motion they gave the appellant notice as follows:

5. Nu-Pharm alleged in the said Notice of Allegation that the fluoxetine hydrochloride it will utilize will not be made by a process covered by Canadian Letters Patent 1,051,034. No detailed statement of the legal and factual basis for the allegation, is set out in the said Notice of Allegation and none has been provided to Eli Lilly Canada Inc.

In paragraph 6 of the notice the respondents also asserted that:

6. None of the allegations made by Nu-Pharm in the said Declarations re: patent lists are justified for the following reasons:

(a) Fluoxetine hydrochloride is a new substance within the meaning of Section 55.1 of the *Patent Act*. The fluoxetine hydrochloride to be sold by Nu-Pharm is of the same chemical composition and constitution as the fluoxetine hydrochloride described and claimed in Canadian Letters Patent 1,051,034 and the Applicant Eli Lilly Canada Inc. hereby refers to and relies on section 55.1 of the *Patent Act*.

(b) the process used to make the fluoxetine hydrochloride to be sold by Nu-Pharm is within the scope of the claims of Canadian Letters Patent 1,051,031 [sic] and any manufacture, use, import or sale of fluoxetine hydrochloride by Nu-Pharm in Canada of its 10 mg and

de l'alinéa 5(3)b), demander au tribunal de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité avant l'expiration de un ou plusieurs des brevets visés par une allégation.

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

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

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

La demande des intimées à l'origine de l'ordonnance d'interdiction a été formée par la présentation d'un avis de requête introductive d'instance à la Section de première instance le 23 juin 1993 en conformité avec l'article 6 du Règlement. Au paragraphe 5 de l'avis de requête, elles notifient l'appelante de ce qui suit:

[TRADUCTION] 5. Nu-Pharm prétend dans l'avis d'allégation que le chlorhydrate de fluoxétine qu'elle utilisera ne sera pas fabriqué par un procédé visé par le brevet canadien numéro 1 051 034. L'avis ne contient pas l'énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels se fonde l'allégation et aucun énoncé détaillé n'a été fourni à Eli Lilly Canada Inc.

Au paragraphe 6 de l'avis de requête, les intimées soutiennent également ce qui suit:

[TRADUCTION] 6. Aucune des allégations faites par Nu-Pharm dans les déclarations concernant les listes de brevets ne sont fondées pour les raisons suivantes:

a) Le chlorhydrate de fluoxétine est une substance nouvelle au sens de l'article 55.1 de la *Loi sur les brevets*. Le chlorhydrate de fluoxétine qui sera vendu par Nu-Pharm est formé des mêmes composants et éléments chimiques que le chlorhydrate de fluoxétine décrit et faisant l'objet d'une revendication dans le brevet canadien numéro 1 051 034. La requérante Eli Lilly Canada Inc. invoque ici l'article 55.1 de la *Loi sur les brevets*.

b) Le procédé utilisé pour fabriquer le chlorhydrate de fluoxétine que vendra Nu-Pharm est visé par les revendications du brevet canadien numéro 1 051 031 [sic] et toute fabrication, utilisation, importation ou vente de chlorhydrate de fluoxétine sous forme de capsules de 10

20 mg/5 mL oral suspension of fluoxetine hydrochloride infringes the said letters patent.

The application was supported by two affidavit evidence in compliance with Rule 1603 which appears in Part V.1 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as enacted by SOR/92-43, s. 19; 94-41, s. 15)]. The affidavit of Klaus K. Schmiegel sworn June 16, 1993, to which was attached a copy of the patent, contains the following paragraphs:

2. I have reviewed Canadian Letters Patent 1,051,034 which issued on March 20, 1979, for an invention of Brian B. Molloy and myself entitled "Aryloxyphenylpropylamines". The application which matured into Canadian Letters Patent 1,051,034 was filed on January 2, 1975, based on a United States priority application filed on January 10, 1974.

3. Claims 5 and 6 of Canadian Letters Patent 1,051,034 relate to a compound the generic name of which is fluoxetine hydrochloride, as well as to processes for making fluoxetine hydrochloride.

4. As of the priority date of Canadian Letters Patent 1,051,034, fluoxetine hydrochloride was a new substance not publicly known. I make this statement based on my knowledge and experience relating to this compound, as well as my review of the relevant chemical literature.

The affidavit of Fern Arbuckle was sworn June 23, 1993. The affiant testified to employment with the second respondent, to familiarity with the company's applications for notices of compliance and to the issuance of NOCs by the Health Protection Branch of the Ministry of National Health and Welfare. In paragraph 2 the affiant stated:

2. I am familiar with the pharmaceutical compound known as fluoxetine hydrochloride which is sold by Lilly Canada under the trade-mark PROZAC. Lilly Canada has obtained Notices of Compliance ("NOC") in respect of each of 10 mg and 20 mg capsules and 20 mg/5mL oral suspension of fluoxetine hydrochloride.

Neither affiant was cross-examined by the appellant.

6 Subsections 1603(2) and (3) of the Rules entitled the appellant to "file one or more affidavits in

et de 20 mg et de colloïde buccal de 20mg/5ml par Nu-Pharm au Canada porte atteinte au brevet.

Deux affidavits ont été produits à l'appui de la demande conformément à la Règle 1603 qui se trouve dans la partie V.1 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (éditée par DORS/92-43, art. 19; 94-41, art. 15)]. L'affidavit de Klaus K. Schmiegel, signé le 16 juin 1993 et auquel était jointe une copie du brevet, comporte les paragraphes suivants:

[TRADUCTION] 2. J'ai examiné le brevet canadien numéro 1 051 034, délivré le 20 mars 1979, pour une invention intitulée «Aryloxyphenylpropylamines» dont Brian B. Molloy et moi sommes les auteurs. La demande à l'origine du brevet canadien 1 051 034 a été déposée le 2 janvier 1975, suivant une demande de priorité américaine déposée le 10 janvier 1974.

3. Les revendications 5 et 6 du brevet canadien numéro 1 051 034 visent un composé dont le nom générique est le chlorhydrate de fluoxétine de même que des procédés de fabrication du chlorhydrate de fluoxétine.

4. À la date de priorité du brevet canadien numéro 1 051 034, le chlorhydrate de fluoxétine était une substance nouvelle non encore connue. Je fais cette déclaration sur la foi de mes connaissances et de mon expérience en ce qui concerne ce composé, de même que sur un examen des publications pertinentes en chimie.

L'affidavit de Fern Arbuckle a été signé le 23 juin 1993. L'auteur déclare qu'il est à l'emploi de la seconde intimée, qu'il est au courant des demandes d'avis de conformité présentées par l'entreprise et de la délivrance d'avis de conformité par la Direction générale de la protection de la santé du ministère de la Santé nationale et du Bien-être social. Au paragraphe 2, l'auteur affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] 2. Je connais le composé pharmaceutique appelé chlorhydrate de fluoxétine qui est vendu par Lilly Canada sous la marque de commerce PROZAC. Lilly Canada a obtenu des avis de conformité (AC) à l'égard des capsules de 10 et de 20 mg ainsi qu'à l'égard du colloïde buccal de 20 mg/5ml de chlorhydrate de fluoxétine.

L'appelante n'a pas contre-interrogé les auteurs des affidavits.

6 Les paragraphes 1603(2) et (3) des Règles autorisent l'appelante à «répondre en déposant un ou

reply” “no later than 30 days after the day the adverse party was served with the notice of motion”. It did not do so.

plusieurs affidavits» «au plus tard 30 jours après la date de signification de l’avis de requête à la partie adverse». Elle ne l’a pas fait.

7 On August 23, 1993, the respondents filed their application record provided for in Rule 1606 [as enacted by SOR/92-43, s. 19]. Subsection 1607(1) [as enacted *idem*] of the Rules required the appellant to file and serve its own application record “within 30 days after the day of service of the applicant’s application record” which, by paragraph 1607(2)(b) [as enacted *idem*] of the Rules, is to consist of “a copy of each supporting affidavit, including its documentary exhibits, and a transcript of any cross-examination on the affidavit”. The appellant failed to comply with that requirement. It appears, indeed, that the appellant made no attempt to file an application record until the date on which the hearing of the respondents’ judicial review application was fixed to commence, namely, November 22, 1993. At the outset of that hearing the appellant sought an adjournment, without any advance notice, apparently so as to allow it to file its application record as well as Rule 1603 evidence. The learned Motions Judge summarily dismissed the request. An appeal from that order was abandoned on the day this appeal was heard. The failure of the appellant to file evidence, as the Trial Judge put it, at page 149 of his reasons, resulted in there being no evidence before him “with respect to the process by which the fluoxetine HCL it intends to sell would be made”.

7 Le 23 août 1993, les intimées ont déposé leur dossier conformément à la Règle 1606 [éditée par DORS/92-43, art. 19]. Selon le paragraphe 1607(1) [édité, *idem*] des Règles, «dans un délai de 30 jours après avoir reçu signification du dossier de la partie requérante», l’appelante devait déposer et signifier son propre dossier, à savoir «une copie des affidavits produits au soutien de la position de la partie intimée, y compris une copie des pièces documentaires qui y sont annexées, et la transcription des contre-interrogatoires des auteurs des affidavits, le cas échéant» en conformité avec l’alinéa 1607(2)(b) [édité, *idem*] des Règles. L’appelante ne s’est pas conformée à cette exigence. Il semble bien que l’appelante n’ait pas cherché à déposer un dossier avant la date fixée pour l’audition de la demande de contrôle judiciaire présentée par les intimées, soit le 22 novembre 1993. À l’ouverture de l’audience, l’appelante a demandé un ajournement, sans préavis, apparemment afin de pouvoir déposer son dossier de même que les preuves visées par la Règle 1603. Le juge des requêtes a rejeté la demande de façon sommaire. L’appel formé contre cette ordonnance a été abandonné le jour de l’audition du présent appel. Comme le juge de première instance l’a dit, à la page 149 de ses motifs, dans la mesure où l’appelante n’a pas produit de preuve, il n’y avait devant lui aucun élément «touchant le procédé de fabrication du CLH de fluoxétine qu’elle entendait commercialiser».

8 The Motions Judge discussed in his reasons whether the burden of proof that “none of these allegations is justified”, within the meaning of subsection 6(2) of the Regulations, lay on the appellant or on the respondents and concluded, at page 154, that “at the outset” this burden fell upon the respondents. He went on to conclude that section 55.1 [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4] of the *Patent Act*, as amended, creates a presumption in favour of the respondents and that, as the appellant had offered no evidence whatsoever, this presumption had not been rebutted. In applying the section 55.1 presumption,

8 Dans ses motifs, le juge des requêtes a abordé la question de savoir si le fardeau de prouver «qu’aucune des allégations n’est fondée», au sens du paragraphe 6(2) du Règlement, reposait sur l’appelante ou sur les intimées. Il a conclu, à la page 154, qu’il appartenait «au départ» aux intimées de se décharger de ce fardeau. Il a ajouté que l’article 55.1 [édité par L.C. 1993, ch. 2, art. 4] de la *Loi sur les brevets*, dans sa version modifiée, créait une présomption en faveur des intimées qui n’a pas été réfutée puisque l’appelante n’a pas produit de preuve du tout. En appliquant la présomption de l’article 55.1,

the Motions Judge stated the following, at pages 154-157:

Hughes & Woodley state that s. 55.1 "in effect, reverses the onus and, once the substances are found to be identical, an alleged infringer must provide proof of non infringement". (Hughes & Woodley on Patents, p. 346, para. 31(b)). It would therefore be more accurate to say that s. 55.1 creates a presumption of infringement, but only once an applicant (a plaintiff) has satisfied a minimum evidentiary burden of establishing that the substances in question are "new substances" and identical.

I accept the applicants' evidence that fluoxetine HCL is a new substance within the meaning of s. 55.1. I also accept that the fluoxetine HCL in respect of which Nu-Pharm seeks to obtain a NOC is "of the same chemical composition and constitution" as the composition claimed in the patent. Consequently, if the applicants' proceedings herein can be classified as an "action for infringement of a patent", Nu-Pharm's fluoxetine HCL, by reason of the clear wording of s. 55.1, will be deemed to have been produced by the patented process, thereby relieving the applicants of the necessity of proving that the process by which Nu-Pharm intends to sell fluoxetine HCL is the same process as that covered by Canadian patent No. 1,051,034.

...

While the burden of proof initially lies with the applicants according to the wording of s. 6(2) of the Regulations, there is nothing explicit in the wording of that provision that removes any presumptions that may arise if certain requirements are met.

I therefore conclude that the application commenced by the applicants under s. 6(1) of the Regulations is an action for infringement of a patent within the meaning of s. 55.1 of the *Patent Act*, as amended. Consequently, Nu-Pharm's fluoxetine HCL is deemed to have been produced by the patentee's process. Nu-Pharm has not offered any evidence whatsoever, and consequently the presumption has not been rebutted.

9 The sole objection to the order of February 23, 1994 is that the Motions Judge erred in concluding that the section 6 proceedings fell within the words "an action for infringement of a patent" in section 55.1 and accordingly rendered applicable the presumption created by that section.

le juge des requêtes s'est exprimé en ces termes, aux pages 154 à 157:

D'après Hughes et Woodley, l'art. 55.1 [TRADUCTION] «a pour effet d'inverser la charge de la preuve et, une fois constatée l'identité des substances considérées, ce sera au contrefacteur présumé de démontrer qu'il n'y a pas contrefaçon» (Hughes & Woodley on Patents, p. 346, alinéa 31b)). Il serait donc plus exact de dire que l'art. 55.1 crée une présomption de contrefaçon, mais seulement à partir du moment où le requérant (demandeur) a satisfait, au niveau de la preuve, à la condition minimum d'établir que les substances en question sont des «nouvelles substances» et qu'elles sont identiques.

J'admets la preuve présentée par les requérantes et selon laquelle le CLH de fluoxétine est une substance nouvelle au sens de l'art. 55.1. J'admets également que le CLH de fluoxétine pour lequel Nu-Pharm demande un certificat de conformité est formé [TRADUCTION] «des mêmes composants et éléments chimiques» que la composition revendiquée dans le brevet. Par conséquent, si les procédures engagées ici par les requérantes peuvent être considérées comme une «action en contrefaçon de brevet», en raison de la formulation non ambiguë de l'art. 55.1, le CLH de fluoxétine de Nu-Pharm sera considéré comme ayant été produit au moyen du procédé breveté, ce qui évitera aux requérantes d'avoir à prouver que le procédé au moyen duquel Nu-Pharm entend commercialiser le CLH de fluoxétine est le même que celui visé par le brevet canadien numéro 1,051,034.

...

Alors qu'initialement, d'après le texte même du par. 6(2) du Règlement, la preuve incombe aux requérantes, cette disposition ne contient aucune formule précise qui supprimerait les présomptions éventuelles dans le cas où il est satisfait à certaines conditions.

J'en conclue que la demande déposée par les requérantes en vertu du par. 6(1) du Règlement constitue une action en contrefaçon de brevet au sens de l'art. 55.1 de la *Loi sur les brevets* modifié, et que le CLH de fluoxétine de Nu-Pharm est donc réputé avoir été produit au moyen du procédé appartenant au breveté. Nu-Pharm n'a pas présenté la moindre preuve et cette présomption n'a donc pas été réfutée.

9 Le seul grief contre l'ordonnance du 23 février 1994 est que le juge des requêtes s'est trompé en concluant que les procédures fondées sur l'article 6 sont visées par l'expression «action en contrefaçon d'un brevet» employée à l'article 55.1 et partant, que la présomption créée par cette disposition est applicable.

10 At the time the within prohibition proceedings were instituted, the *Patent Act* as amended by section 4 of the *Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993, c. 2, contained the following provisions in section 55.1:

**55.1** In an action for infringement of a patent where the invention relates to the production of a new substance, any substance of the same chemical composition and constitution shall, in the absence of proof to the contrary, be deemed to have been produced by the patented process.

That section came into force February 15, 1993. It contains the same provisions as had earlier appeared in subsection 39(2) [repealed *idem*, s. 3] of the *Patent Act*. By the "North American Free Trade Agreement" [*North American Free Trade Agreement Between the Government of Canada, the Government of the United Mexican States and the Government of the United States of America*, [1994] Can. T.S. No. 2] signed by the governments of the United States, Canada and Mexico on December 17, 1992 (NAFTA), it was agreed in Article 1709(11) as follows:

**Article 1709 . . .**

11. Where the subject matter of a patent is a process for obtaining a product, each Party shall, in any infringement proceeding, place on the defendant the burden of establishing that the allegedly infringing product was made by a process other than the patented process in one of the following situations:

- (a) the product obtained by the patented process is new;
- or

NAFTA was implemented in Canada by virtue of the *North American Free Trade Agreement Implementation Act*, S.C. 1993, c. 44, which, for the most part, came into force January 1, 1994. By section 193 of that statute, section 55.1 of the *Patent Act* was repealed and the following substituted:

**55.1** In an action for infringement of a patent granted for a process for obtaining a new product, any product that is the same as a new product shall, in the absence of proof to the contrary, be considered to have been produced by the patented process.

11 The appellant submits that decisions of this Court and of the Trial Division rendered both prior and

À l'époque où les procédures en interdiction qui nous occupent ont été engagées, la *Loi sur les brevets*, modifiée par l'article 4 de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2, comportait les dispositions suivantes à l'article 55.1:

**55.1** Dans une action en contrefaçon d'un brevet où l'invention porte sur la production d'une substance nouvelle, toute substance formée des mêmes composants et éléments chimiques est, en l'absence de preuve contraire, réputée avoir été produite par le procédé breveté.

Cet article est entré en vigueur le 15 février 1993. Il reprend les dispositions qui figuraient auparavant au paragraphe 39(2) [abrogé, *idem*, art. 3] de la *Loi sur les brevets*. En vertu de «l'Accord de libre-échange nord-américain», [*Accord de libre-échange nord-américain entre le gouvernement du Canada, le gouvernement des États-Unis d'Amérique et le gouvernement des États-Unis du Mexique*, [1994] R.T. Can. n° 2] signé par les gouvernements des États-Unis, du Canada et du Mexique le 17 décembre 1992 (l'ALÉNA), il a été convenu de ce qui suit à l'article 1709(11):

**Article 1709 . . .**

11. Aux fins de toute procédure concernant une violation de droits, si l'objet d'un brevet est un procédé permettant d'obtenir un produit, chacune des Parties devra enjoindre le défendeur de prouver que le procédé utilisé pour obtenir le produit est différent du procédé breveté, dans l'une des situations suivantes:

- a) le produit obtenu par le procédé breveté est nouveau;
- ou

L'ALÉNA a été mis en œuvre au Canada sous le régime de la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*, L.C. 1993, ch. 44, dont la plupart des dispositions sont entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994. En vertu de l'article 193 de cette loi, l'article 55.1 de la *Loi sur les brevets* a été abrogé et remplacé par ce qui suit:

**55.1** Dans une action en contrefaçon d'un brevet accordé pour un procédé relatif à un nouveau produit, tout produit qui est identique au nouveau produit est, en l'absence de preuve contraire, réputé avoir été produit par le procédé breveté.

L'appelante soutient que les décisions rendues par la Cour, tant par sa Section d'appel que sa Section

subsequent to the date of the order show that section 55.1 has no application to proceedings brought under section 6 of the Regulations because such proceedings are not considered to be “an action for infringement of a patent”. It is instructive to examine those decisions. *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (F.C.A.) was concerned solely with whether section 6 proceedings are governed by the Rules respecting judicial review applications contained in Part V.1 of the *Federal Court Rules*. Submissions were made both for and against the relevance of section 55.1. The appellant in that appeal, relying on section 55.1, contended that as the medicine was a new substance “any substance of the same chemical composition and constitution shall, in the absence of proof to the contrary, be deemed to have been produced by the same patented process”.<sup>1</sup> The respondents in that appeal contended that: “A proceeding under section 55.2 is not an infringement action” and that such a proceeding contemplates “a summary process not an action for infringement with all the panoply that such an action entails”.<sup>2</sup> Mahoney J.A., speaking for the Court, was of the view that the Part V.1 Rules did apply, stating, at pages 335-336:

Relevant provisions of the *Federal Court Act* follow:

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

- (a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus*, or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and
- (b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a). . .

...

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

de première instance, avant comme après la date de l’ordonnance, montrent que l’article 55.1 ne s’applique pas aux procédures engagées en vertu de l’article 6 du Règlement parce qu’elles ne sont pas considérées comme des «action[s] en contrefaçon d’un brevet». L’examen de ces décisions est instructif. L’affaire *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (C.A.F.), portait uniquement sur la question de savoir si les procédures fondées sur l’article 6 étaient régies par les Règles relatives aux demandes de contrôle judiciaire qui se trouvent à la partie V.1 des *Règles de la Cour fédérale*. Des arguments ont été présentés tant pour soutenir l’application de l’article 55.1 que pour s’y opposer. La partie appelante dans cette affaire prétendait, en se fondant sur l’article 55.1, que le médicament étant une substance nouvelle, [TRADUCTION] «toute substance formée des mêmes composants et éléments chimiques est, en l’absence de preuve contraire, réputée avoir été produite par le même procédé breveté»<sup>1</sup>. Les parties intimées dans cet appel ont affirmé que la [TRADUCTION] «procédure fondée sur l’article 55.2 n’est pas une action en contrefaçon» et qu’une telle procédure vise [TRADUCTION] «un processus sommaire, non une action en contrefaçon avec tout l’arsenal que suppose cette action»<sup>2</sup>. Au nom de la Cour, le juge Mahoney, J.C.A., a exprimé l’avis que les règles de la partie V.1 s’appliquaient bel et bien. Il a précisé ce qui suit, aux pages 335 et 336:

Voici les dispositions pertinentes de la *Loi sur la Cour fédérale*:

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

- a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;
- b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l’alinéa a)

...

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) et (2) sont exercés par présentation d’une demande de contrôle judiciaire.

...

What is authorized by s. 6(1) of the Regulations is an application "to a court for an order prohibiting the Minister from issuing" a NOC. That seems clearly to be an application within the contemplation of s. 18(1)(b) of the *Federal Court Act*. The application is required by s. 18(3) to be made under s. 18.1 and the prescribed procedures are to be found in Part V.1 of the rules. The learned trial judge did not err in determining that the proceedings are governed by the Part V.1 rules.

Mahoney J.A. went on to observe that the Part V.1 Rules are not exhaustive and that the Rules in Part III apply to section 6 proceedings "[e]xcept to the extent of any conflict". The Part III Rules, he noted at page 336, "provide for cross-examination on affidavits, interlocutory motions and other matters not expressly dealt with under Part V.1". At page 337 he reiterated:

The legislative scheme does not contemplate a proceeding by way of action. The person claiming patent rights must commence the proceeding within 45 days of being served with a notice of allegation and it is contemplated that the court will have resolved the matter within 30 months after that. Patent infringement actions simply do not proceed at a rate that would meet the legislative time frame.

- 12 *Merck Frosst Canada Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (F.C.A.) involved an appeal from a decision of the Trial Division [(1994), 53 C.P.R. (3d) 368] dismissing a motion to compel production of certain documents and to answer certain questions in cross-examination on an affidavit. This Court, however, used the occasion to trace the genesis of the Regulations made under the *Patent Act Amendment Act, 1992*. Hugessen J.A. writing for the Court, after expressing the view, at page 314 that the purpose of the Regulations "is, in the language of the enabling legislation, 'for preventing the infringement of a patent'", went on to explain the nature of the scheme provided for in the amended legislation and in the regulations adopted thereunder. He further stated, at page 314:

...

Ce que l'art. 6(1) du Règlement autorise, c'est de demander «au tribunal de rendre une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité». Il semble qu'il s'agisse manifestement d'une demande visée par l'alinéa 18(1)b) de la *Loi sur la Cour fédérale*. Aux termes de l'art. 18(3), la demande qui est visée est une demande de contrôle judiciaire et les procédures prescrites se trouvent à la partie V.1 des règles. Le juge de première instance n'a pas commis d'erreur en statuant que l'instance est régie par les règles de la partie V.1.

Le juge Mahoney a fait également observer que les Règles de la partie V.1 ne sont pas exhaustives et que celles de la partie III «qui ne sont pas incompatibles» s'appliquent aux procédures fondées sur l'article 6. À la page 336, il note que les règles de la partie III «portent sur le contre-interrogatoire de personnes au sujet de leurs affidavits, sur les requêtes interlocutoires et sur d'autres questions qui ne sont pas expressément traitées à la partie V.1». À la page 337, il rappelle ce qui suit:

L'économie de la loi ne prévoit pas l'introduction d'une instance par voie d'action. La personne qui revendique des droits de brevet doit introduire l'instance dans les 45 jours suivant la date à laquelle elle a reçu signification de l'avis d'allégation et la loi prévoit que le tribunal aura résolu la question dans les 30 mois qui suivent cette date. Les actions en contrefaçon de brevet ne se déroulent tout simplement pas à un rythme qui respecterait les délais prévus par la loi.

- 12 Dans l'arrêt *Merck Frosst Canada Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 302 (C.A.F.), il s'agissait d'un appel formé contre une décision de la Section de première instance [(1994), 53 C.P.R. (3d) 368] qui avait rejeté une requête tendant à obtenir certains documents et des réponses à certaines questions posées au cours d'un contre-interrogatoire au sujet d'un affidavit. Cependant, la Cour en a profité pour faire l'historique du Règlement pris sous le régime de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*. Ayant formulé au nom de la Cour l'avis que le Règlement «vise, aux termes de la loi d'habilitation, à "empêcher la contrefaçon de brevet d'invention"» (à la page 314), le juge Hugessen, J.C.A. a expliqué la nature du régime prévu par la loi modifiée et son règlement d'application. Il a ajouté, à la page 314:

In very abbreviated terms, the scheme permits drug manufacturers, who hold or are licensees under subsisting patents, to file a "patent list" in respect of each drug for which they hold or obtain a notice of compliance (s.4). The regulations refer to anyone filing such a list as the "first person". In practice they will usually be brand-name pharmaceutical [*sic*] manufacturers.

Thereafter, any other manufacturer (the "second person"—in practice generic pharmaceutical companies) who wishes to apply for a notice of compliance in respect of the same drug must, unless he is prepared to wait until all outstanding patents have expired, make one of the allegations referred to in s. 5(1)(b), in effect asserting that the first person is not the patentee or that the patent has expired or is invalid or would not be infringed by the second person if the notice of compliance were issued. That allegation is made to the Minister in the second person's new drug submission, but notice of it must be served on the first person.

Up to this point there have been no court proceedings and, if none are taken, the Minister is entitled, after the expiry of 45 days, and assuming his public health and safety concerns under the *Food and Drug Regulations* have been otherwise satisfied, to issue a notice of compliance to the second person.

Within that same 45-day period, however, s. 6 allows the first person to apply to the court for an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance (s. 6(1)) and the court is directed to make such an order unless it finds one or more of the second person's allegations to be "justified" (s. 6(2)).

Later in his reasons, at page 319, Hugessen J.A. made the following observations:

As I understand the scheme of the regulations, it is the party moving under s. 6, in this case Merck, which, as the initiator of the proceedings, has the carriage of the litigation and bears the initial burden of proof. That burden, as it seems to me, is a difficult one since it must be to disprove some or all of the allegations in the notice of allegation which, if left unchallenged, would allow the Minister to issue a notice of compliance. There may, of course, be some presumptions (such as for example the statutory presumption of validity of a patent) (*Patent Act*, s. 43) which may help the moving party and have the effect of displacing the burden of proof. The presumption enacted by s. 55.1, however, is not one of them. The proceedings are not an action and their object is solely to prohibit the issuance of a notice of compliance under the *Food and*

Pour l'expliquer en quelques mots, le nouveau régime permet aux laboratoires pharmaceutiques, titulaires ou concessionnaires de brevets encore en vigueur, de déposer une liste de brevets concernant chaque médicament à l'égard duquel ils détiennent ou obtiennent un avis de conformité (art. 4). La personne qui dépose la liste de brevets est appelée «première personne» dans le règlement. Il s'agit dans les faits des laboratoires pharmaceutiques fabriquant des médicaments de marque.

Par la suite, tout autre fabricant (la «seconde personne», dans les faits les laboratoires pharmaceutiques fabriquant des médicaments génériques) qui entend obtenir un avis de conformité pour le même médicament, doit, à moins d'attendre jusqu'à l'expiration de tous les brevets en vigueur, présenter l'une des allégations visées à l'art. 5(1)(b), ce qui revient en fait à affirmer que la première personne n'est pas le titulaire du brevet, que le brevet est expiré, qu'il n'est pas valide, ou qu'il n'y aurait pas contrefaçon de la part de la seconde personne si l'avis de conformité était délivré. Cette allégation figure dans la présentation de drogue nouvelle soumise au ministre par la seconde personne, qui doit la signifier à la première personne.

Jusqu'à ce point, l'affaire est purement administrative et si aucune procédure judiciaire n'est engagée, le ministre, à l'expiration du délai de 45 jours et s'il est convaincu qu'il n'y a aucun risque pour la santé ou la sécurité du public conformément au *Règlement sur les aliments et drogues*, peut délivrer un avis de conformité à la seconde personne.

Pendant ce délai de 45 jours, l'art. 6 autorise la première personne à demander en justice une ordonnance pour interdire au ministre de délivrer l'avis de conformité (art. 6(1)) et la juridiction saisie doit rendre cette ordonnance à moins qu'elle ne juge «fondée[s]» l'une ou plusieurs des allégations faites par la seconde personne (art. 6(2)).

Plus loin dans ses motifs, à la page 319, le juge Hugessen a fait les observations suivantes:

Si je saisis bien l'économie du règlement, c'est la partie qui se pourvoit en justice en application de l'art. 6, en l'espèce Merck, qui doit poursuivre la procédure et assumer la charge de la preuve initiale. Cette charge me paraît difficile puisqu'il s'agit de réfuter certaines ou l'ensemble des conclusions de l'avis d'allégation, conclusions qui, si elles n'étaient pas contestées, permettraient au ministre de délivrer l'avis de conformité. Il y a bien entendu certaines présomptions (par exemple la présomption légale de validité du brevet) (*Loi sur les brevets*, art. 43) qui peuvent être à l'avantage de la partie requérante et peuvent avoir pour effet de faire passer la charge de la preuve à la partie intimée. Cependant, la présomption créée par l'art. 55.1 n'est pas de celles-là. La procédure engagée n'est pas une action et ne vise qu'à faire interdire la délivrance d'un

Drug Regulations. Manifestly, they do not constitute “an action for infringement of a patent”: see Bayer, supra.

Furthermore, since the regulations clearly allow the Minister, absent a timely application under s. 6, to issue a notice of compliance on the basis of the allegations in the notice of allegation, it would seem that on the hearing of such an application, at least where the notice has alleged non-infringement, the court should start from the proposition that the allegations of fact in the notice of allegation are true except to the extent that the contrary has been shown by the applicant. In determining whether or not the allegations are “justified” (s. 6(2)), the court must then decide whether, on the basis of such facts as have been assumed or proven, the allegations would give rise in law to the conclusion that the patent would not be infringed by the respondent. [Emphasis added.]

Hugessen J.A. then added the following, at page 320:

As a further consequence of the application under s. 6 not being an ordinary action for infringement, there is no opportunity for either party to have recourse to discovery, whether oral or documentary. Where either party files affidavits there is, of course, opportunity for the opposite party to cross-examine thereon, but since there is no requirement that the notice of allegation be in affidavit form, and no obligation on the respondent to produce any affidavits at all (Rule 1603(2) permits but does not require such affidavits), the applicant cannot expect to be able to make his case out of the mouth of the respondent. Even when there is an opportunity to cross-examine, such cross-examination is far more limited in scope than examination for discovery and, apart from questions going to the witness' credibility, is limited to relevant matters arising from the affidavit itself.

13 In a third decision of this Court, *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.), the view was expressed that section 6 proceedings are not an “action” in the sense of that word in Rule 419. At pages 594-595, Strayer J.A., for the Court, stated:

It is clear that Rule 419 does not directly authorize the striking out of a notice of motion. The opening words of Rule 419(1) are:

*Rule 419.* (1) The Court may at any stage of an action order any pleading or anything in any pleading to be struck out . . . . [Emphasis added.]

avis de conformité sous le régime du Règlement sur les aliments et drogues. Manifestement, elle ne constitue pas une «action en contrefaçon de brevet»: voir l'affaire Bayer, précitée.

Au surplus, étant donné que le règlement habilite le ministre, si une demande fondée sur l'article 6 n'est pas intentée dans les délais, à délivrer l'avis de conformité sur la foi des assertions contenues dans l'avis d'allégation, il semblerait qu'à l'audition de cette demande, du moins dans le cas où l'avis allègue la non-contrefaçon, la Cour doit présumer que les allégations de fait contenues dans l'avis d'allégation sont avérées sauf dans la mesure que la partie requérante prouve le contraire. Pour décider si les allégations sont «fondées» (art. 6(2)), la Cour doit examiner si, à la lumière de ces faits tels qu'ils sont présumés ou prouvés, ces allégations engageraient en droit à conclure que le brevet ne serait pas contrefait par la partie intimée. [Texte non souligné dans l'original.]

Le juge Hugessen a ensuite ajouté ce qui suit à la page 320:

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

Dans un troisième arrêt, *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), la Cour a exprimé l'avis que la procédure fondée sur l'article 6 ne constituait pas une «action» au sens de la Règle 419. Aux pages 594 et 595, le juge Strayer, J.C.A., s'exprimant au nom de la Cour, a dit ce qui suit:

Il est évident que la Règle 419 n'autorise pas directement la radiation d'un avis de requête. Voici comment commence la Règle 419(1):

*Règle 419.* (1) La Cour pourra, à tout stade d'une action ordonner la radiation de tout ou partie d'une plaidoirie . . . [Les soulignements ne figurent pas dans le texte original.]

Rule 2 defines “action” as a proceeding in the Trial Division

*Rule 2. (1) . . .*

“action” . . . other than an appeal, an application or an originating motion . . . .

and it defines “pleading” as

*Rule 2. (1) . . .*

“pleading” . . . any document whereby an action in the Trial Division was initiated . . . .

Thus an application for prohibition commenced by notice of motion is not an “action” and the notice of motion is not a “pleading”.

See also *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 163 (F.C.T.D.); *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 417 (F.C.T.D.).

14 The provisions of section 55.1 of the *Patent Act* as applied by the Motions Judge were those which existed before the amendment of January 1, 1994 was enacted as a result of the implementation of NAFTA. Strictly speaking, therefore, it is those provisions which require interpretation rather than the amended provisions. It seems to me that this was the issue which was addressed by Hugessen J.A. in *Merck Frosst, supra*, at page 319, where he emphatically rejected the argument that the section 55.1 presumption had application to section 6 proceedings because, in his view, the object of the latter is to prohibit the issuance of a notice of compliance rather than an “action for infringement”. I subscribe to that view. Nor can I conclude that the section 6 proceedings are now to be regarded as an action for infringement because of Article 1709(11) of NAFTA and the amended section 55.1 of the *Patent Act*. By section 3 of the *North American Free Trade Agreement Implementation Act* it is provided:

3. For greater certainty, this Act, any provision of an Act of Parliament enacted by Part II and any other federal law that implements a provision of the Agreement or

Selon les définitions énoncées à la Règle 2, une «action» désigne une procédure engagée devant la Section de première instance

*Règle 2. (1) . . .*

«action» . . . à l’exception d’un appel, d’une demande ou d’une requête introductive d’instance . . .

et une «plaidoirie écrite» désigne

*Règle 2. (1) . . .*

«plaidoirie écrite» . . . tout acte par lequel une action devant la Division de première instance a été engagée . . .

Par conséquent, une demande d’interdiction introduite par voie d’avis de requête n’est pas une «action» et l’avis de requête n’est pas une «plaidoirie écrite».

Voir également les décisions *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 163 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 417 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

14 Les dispositions de l’article 55.1 de la *Loi sur les brevets*, appliquées par le juge des requêtes, étaient celles qui existaient avant l’entrée en vigueur de la modification apportée le 1<sup>er</sup> janvier 1994 à la suite de la mise en œuvre de l’ALÉNA. À strictement parler, par conséquent, ce sont ces dispositions plutôt que les dispositions modifiées qu’il faut interpréter. Il me semble que c’est précisément la question examinée par le juge Hugessen dans l’affaire *Merck Frosst*, précitée, à la page 319, dans laquelle il a rejeté catégoriquement l’argument voulant que la présomption créée par l’article 55.1 s’applique aux procédures fondées sur l’article 6 parce que, selon lui, ces procédures visent à faire interdire la délivrance d’un avis de conformité plutôt qu’à former une «action en contrefaçon». Je partage ce point de vue. Je ne saurais non plus conclure que les procédures visées à l’article 6 doivent maintenant être considérées comme des actions en contrefaçon en raison du paragraphe 1709(11) de l’ALÉNA et de l’article 55.1 modifié de la *Loi sur les brevets*. L’article 3 de la *Loi de mise en œuvre de l’Accord sur le libre-échange nord-américain* est ainsi conçu:

3. Il est entendu que la présente loi, les dispositions d’une loi fédérale édictées par la partie II et tout autre texte législatif fédéral qui met en œuvre une disposition de

fulfils an obligation of the Government of Canada under the Agreement shall be interpreted in a manner consistent with the Agreement.

Apart from section 3 it is, of course, clear law that an international treaty may be used to interpret domestic legislation: *National Corn Growers Assn. v. Canada (Import Tribunal)*, [1990] 2 S.C.R. 1324, per Gonthier J., at pages 1371-1372. Despite the language of Article 1709(11) requiring each party to NAFTA to “place on the defendant the burden of establishing that the allegedly infringing product was made by a process other than the patented process” “in any infringement proceeding”, I remain of the view that section 6 proceedings neither fit the description of “an action for infringement” nor an “infringement proceeding”. This was the conclusion of Richard J. in *Eli Lilly and Co. v. Novopharm Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 417 (F.C.T.D.) where, after considering *Merck Frosst, supra* and several other cases, he stated, at page 431:

Amendments were made to this provision in 1993 as part of the *NAFTA Implementation Act*. It refers to an “action for infringement”, while art. 1709(11) of the *North American Free Trade Agreement* (December 17, 1992) (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1992, p. 17-11), refers to “any infringement proceeding”. Lilly submits that, in light of NAFTA, the proceedings brought pursuant to s. 6 of the *Regulations* should be construed to encompass an action for infringement and, accordingly, that it has the benefit of the statutory presumption in s. 55.1. Whether the word “action” in s. 55.1 includes the type of proceeding envisaged by s. 6, a summary application for judicial review, is not determinative since the proceeding referred to must be for infringement of a patent. Although the purpose of s. 6 is to prevent the infringement of a patent, it is not a proceeding for a declaration of infringement of a patent pursuant to ss. 54 and 55 of the *Patent Act*, but a proceeding for an order of prohibition against the Minister. This is so even if the allegation is one of non-infringement of a patent. Lilly has accepted that it has the overall burden of proof. However, it cannot, as it claimed, be assisted by the statutory presumption found in s 55.1 of the *Patent Act* in discharging this burden. Counsel for Lilly agreed that whatever evidential burden rested on Novopharm, it had been discharged in this proceeding through the introduction of the evidence of Mr. Kairisalo.

l'Accord ou vise à permettre au gouvernement du Canada d'exécuter une obligation contractée par lui aux termes de l'Accord s'interprètent d'une manière compatible avec celui-ci.

Mis à part l'article 3, il ne fait aucun doute en droit que les dispositions d'un traité international peuvent être utilisées pour interpréter la loi nationale: *National Corn Growers Assn. c. Canada (Tribunal des importations)*, [1990] 2 R.C.S. 1324, motifs du juge Gonthier, aux pages 1371 et 1372. En dépit du libellé du paragraphe 1709(11) qui oblige chaque partie à l'ALENA à «enjoindre le défendeur de prouver que le procédé utilisé pour obtenir le produit est différent du procédé breveté» «[a]ux fins de toute procédure concernant une violation de droits», je continue de penser que les procédures fondées sur l'article 6 ne sont visées ni par l'expression «action en contrefaçon» ni par les mots «procédure concernant une violation de droit». C'est la conclusion à laquelle est arrivé le juge Richard dans la décision *Eli Lilly and Co. c. Novopharm Ltd.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 417 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), où après avoir examiné la décision *Merck Frosst*, précitée, et plusieurs autres causes, il s'est exprimé en ces termes à la page 431:

L'article a été modifié en 1993 par la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange nord-américain*. On peut y lire les mots «action en contrefaçon», tandis que le par. 1709(11) de l'*Accord de libre-échange nord-américain* fait mention de «toute procédure concernant une violation de droits». Lilly soutient que cette disposition de l'ALENA permet d'inclure par interprétation les actions en contrefaçon dans les procédures visées à l'art. 6 du *Règlement* et que, par conséquent, elle peut se prévaloir de la présomption énoncée à l'art. 55.1. La question de savoir si le mot «action» employé à l'art. 55.1 englobe le genre de procédures visé à l'art. 6, savoir une demande sommaire de révision judiciaire, ne serait pas concluante car la procédure prévue doit être une procédure en contrefaçon de brevet. Or l'art. 6, bien qu'il vise à prévenir les contrefaçons, n'instaure pas de procédure en déclaration de contrefaçon en vertu des art. 54 et 55 de la *Loi sur les brevets*, mais une procédure visant à obtenir une ordonnance de prohibition à l'encontre du ministre. Cet objet demeure même si l'allégation porte qu'il n'y aurait pas contrefaçon. Lilly a reconnu qu'elle assumait le fardeau général de preuve. Elle ne peut toutefois, pour s'acquitter de cette charge, se prévaloir, comme elle prétend le faire, de la présomption énoncée à l'art. 55.1 de la *Loi sur les brevets*. L'avocat de Lilly a convenu que, quel qu'ait été le fardeau de preuve reposant sur Novopharm, l'intimée s'en était acquittée en présentant l'affidavit de M. Kairisalo.

15 An action for infringement of a patent is a well-known and well-defined cause of action in Canadian patent law. It is explicitly provided for in sections 54-60 of the *Patent Act* [ss. 54, 55 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 21; S.C. 1993, c. 15, s. 48), 55.01 (as enacted *idem*), 55.2 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 4), 56 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 22; S.C. 1993, c. 44, ss. 194, 199)]. Where a person is found by a court to have infringed, the patentee and all persons claiming under the patentee are entitled to the remedies available in sections 55 and 57. In my view, it is a "proceeding" of that kind that is contemplated in Article 1709(11) of NAFTA and by the word "action" in the amended version of section 55.1 rather than of the kind provided for under subsection 55.2(4) of the *Patent Act*. That subsection, in my view, is not addressed to an action for infringement of a patent. As was held by this Court in *David Bull Laboratories, supra*, at pages 598-600, proceedings under section 6 of the Regulations do not preclude a subsequent action for infringement of a patent. What is sought to be achieved by way of section 6 proceedings is the prevention of patent infringement by an order of prohibition addressed to the Minister. I do not read the subheading "*Right of Action*" in the Regulations as indicating that the nature of the proceedings as described in that section was somehow changed from one of prohibition to an action for infringement of a patent. Accordingly, in my view, Article 1709(11) of NAFTA is not applicable to an application provided for by subsection 55.2(4) of the *Patent Act*.

16 I turn to the respondents' submissions concerning the burden of proof. The respondents submit that the Motions Judge erred in concluding that the burden of proving that the appellant's subparagraph 5(1)(b)(iv) allegation is not justified rests, by virtue of subsection 6(2) of the Regulations, on the respondents in the circumstances of this case. While the respondents have not filed a notice of cross-appeal, I agree that it was not necessary to do so in the circumstances. A party is required by subsection

15 Une action en contrefaçon de brevet est une cause d'action bien connue et bien définie en droit des brevets canadien. Elle est expressément prévue par les articles 54 à 60 de la *Loi sur les brevets* [art. 54, 55 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 21; L.C. 1993, ch. 15, art. 48), 55.01 (édicte, *idem*), 55.2 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 4), 56 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 22; L.C. 1993, ch. 44, art. 194, 199)]. Lorsqu'une personne est jugée coupable de contrefaçon, le breveté et toutes personnes se réclamant de celui-ci ont le droit d'exercer les recours prévus par les articles 55 et 57. À mon avis, c'est une «procédure» de ce genre que visent le paragraphe 1709(11) de l'ALÉNA et le mot «action» figurant dans la version modifiée de l'article 55.1 plutôt qu'une procédure du genre de celle que prévoit le paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*. Selon moi, ce paragraphe n'envisage pas une action en contrefaçon de brevet. Comme l'a décidé la Cour dans l'arrêt *David Bull Laboratories*, précité, aux pages 598 à 600, les procédures fondées sur l'article 6 du Règlement ne font pas obstacle à la formation ultérieure d'une action en contrefaçon d'un brevet. En engageant les procédures fondées sur l'article 6, l'on cherche à prévenir la contrefaçon d'un brevet par la voie d'une ordonnance d'interdiction dirigée contre le ministre. La présence de l'intertitre «*Droits d'action*» dans le Règlement ne saurait m'autoriser à penser que la nature des procédures visées par cet article a été modifiée d'une manière ou d'une autre et que la demande d'interdiction est devenue une action en contrefaçon de brevet. Par conséquent, à mon avis, le paragraphe 1709(11) de l'ALÉNA ne s'applique pas à la demande prévue sous le régime du paragraphe 55.2(4) de la *Loi sur les brevets*.

16 J'aborderai maintenant les arguments présentés par les intimées au sujet du fardeau de la preuve. Les intimées soutiennent que le juge des requêtes a eu tort de conclure que le fardeau de prouver l'absence de fondement de l'allégation faite par l'appelante en application du sous-alinéa 5(1)(b)(iv) reposait, en vertu du paragraphe 6(2) du Règlement, sur elles dans les circonstances de l'espèce. Certes, les intimées n'ont pas déposé d'avis d'appel incident, mais dans les circonstances, je conviens que cela n'était

1203(1) of the *Federal Court Rules* to give notice of that party's intention to contend upon the hearing of the appeal "that the decision that is the subject of the appeal be varied". Here, the respondents do not seek to vary the order of February 23, 1994 but merely to contend that the Motions Judge ought to have made that order because the appellant had failed to discharge the onus of proof imposed by law.

17 Before turning to the respondents' arguments, it would be useful to discuss briefly the burdens of proof which operate in legal proceedings. At common law, in relation to a civil or criminal proceeding, there are two types of burdens. The first is commonly referred to as the "persuasive burden" or the "legal burden". In a civil case, it is the burden of establishing a case to the civil standard of proof. The other is commonly referred to as the "evidential burden". It is the burden of putting an issue in play and means that a party has the responsibility to ensure that there is sufficient evidence of the existence or non-existence of a fact or an issue on the record to pass the threshold for that particular fact or issue. (See J. Sopinka, S. N. Lederman, A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Markham, Ont.: Butterworths, 1992), at pages 56-57.) In practice, it is rare that a civil proceeding is decided upon the legal burden. However, if the evidence pro and con is so evenly balanced such that no determination can be made one way or the other, the legal burden has decisive application. *Robins v. National Trust Co.*, [1927] A.C. 515 (P.C.), at page 520; *Rhesa Shipping Co SA v. Edmunds*, [1985] 2 All E.R. 712 (H.L.), at page 718.

18 In the case at bar, the respondents advance three arguments in support of their contention that the order below should stand. Firstly, an evidential burden rested upon the appellant of adducing sufficient evidence to justify the allegation it made pursuant to subparagraph 5(1)(b)(iv) of the Regulations

pas nécessaire. En vertu du paragraphe 1203(1) des *Règles de la Cour fédérale*, une partie est tenue de notifier son intention de soutenir à l'audition de l'appel que «la décision faisant l'objet de l'appel doit être modifiée». En l'espèce, les intimées ne cherchent pas à faire modifier l'ordonnance du 23 février 1994 mais simplement à soutenir que le juge des requêtes aurait dû rendre cette ordonnance pour le motif que l'appelante ne s'est pas déchargée du fardeau de la preuve imposé par la loi.

17 Avant d'examiner les arguments des intimées, il serait utile d'aborder brièvement la question du fardeau de la preuve dans le cadre d'une instance judiciaire. En common law, que ce soit en matière civile ou pénale, il y a deux types de fardeaux. Le premier est communément appelé le «fardeau de persuasion» ou «fardeau ultime». En matière civile, il s'agit de produire des éléments de preuve qui satisfont aux exigences de la norme de preuve civile. L'autre fardeau est couramment appelé le «fardeau de présentation». Il s'agit de l'obligation de soulever une question. La partie assumant ce fardeau doit veiller à ce qu'il y ait suffisamment d'éléments de preuve pour établir l'existence ou l'inexistence d'un fait ou d'un point au dossier afin de remplir les conditions minimales en ce qui concerne ce fait ou ce point particulier. (Voir J. Sopinka, S. N. Lederman, A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (Markham (Ont.): Butterworths, 1992), aux pages 56 et 57.) En pratique, il est rare en matière civile qu'un litige soit tranché selon le fardeau ultime. Cependant, si les preuves produites par les deux parties font contrepois au point qu'aucune décision ne peut être rendue dans un sens ou dans l'autre, le fardeau ultime est déterminant. Voir les décisions *Robins v. National Trust Co.*, [1927] A.C. 515 (P.C.), à la page 520; et *Rhesa Shipping Co SA v. Edmunds*, [1985] 2 All E.R. 712 (H.L.), à la page 718.

18 En l'espèce, les intimées avancent trois arguments à l'appui de leur thèse selon laquelle l'ordonnance rendue par le tribunal inférieur doit être confirmée. En premier lieu, il incombait à l'appelante de présenter des preuves suffisantes pour établir le bien-fondé de l'allégation qu'elle a faite en application du

and the appellant failed to discharge that burden. Secondly, if the respondents have the overall legal burden of proving that the appellant's subparagraph 5(1)(b)(iv) allegation is not justified, section 55.1 of the *Patent Act* applies so as to shift the burden to the appellant. Finally, if the section 55.1 presumption is not available a common law presumption applies to shift the burden to the appellant. In view of the conclusion I have already expressed that section 55.1 has no application in the proceedings brought pursuant to section 6 of the Regulations, the presumption created by that section is of no assistance to the respondents. I turn then to consider the respondents' first and third arguments.

- 19 The first argument is rooted in various decisions of the Court rendered subsequent to *Merck Frosst, supra*. In *AB Hassle v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 323 (F.C.T.D.), McGillis J. stated, at page 327:

However, in my opinion, the wording of s. 6(2) of the *Regulations* imposes an evidential burden on the generic company. In the event that the generic company fails to satisfy its burden of adducing sufficient evidence to justify its allegations, the patentee will have little difficulty meeting its overall legal burden in the proceedings.

Again in *David Bull Laboratories, supra*, Strayer J.A. stated, at page 599, that the

... decision must turn on whether there are allegations by the generic company sufficiently substantiated to support a conclusion for administrative purposes (the issue of a notice of compliance) that the applicant's patent would not be infringed if the generic's product is put on the market. [Emphasis added.]

In *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 129 (F.C.A.), Strayer J.A. stated, at page 134:

Those who fail to file notices of allegation, or adequate notices of allegation, must assume their own risks when it

sous-alinéa 5(1)(b)(iv) du Règlement, et elle ne s'est pas acquittée de ce fardeau. En deuxième lieu, si les intimées ont la charge ultime de prouver que l'allégation faite par l'appelante en application du sous-alinéa 5(1)(b)(iv) n'est pas fondée, l'application de l'article 55.1 de la *Loi sur les brevets* a pour effet de déplacer la charge de la preuve qui pèse alors sur l'appelante. Enfin, si la présomption créée par l'article 55.1 ne peut être invoquée, une présomption de common law reporte le fardeau sur l'appelante. Comme j'ai conclu que l'article 55.1 ne s'appliquait pas aux procédures fondées sur l'article 6 du Règlement, la présomption créée par cette disposition n'est d'aucun secours aux intimées. J'examine maintenant le premier et le troisième argument des intimées.

- Le premier argument fait fond sur diverses décisions rendues par la Cour après l'arrêt *Merck Frosst*, précité. Dans la décision *AB Hassle c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 55 C.P.R. (3d) 323 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge McGillis s'est exprimée en ces termes, à la page 327:

Toutefois, à mon avis, le libellé de l'art. 6(2) du Règlement impose au fabricant de médicaments génériques l'obligation de présenter une preuve. Si ce dernier ne s'acquitte pas de l'obligation qui lui incombe de présenter un nombre suffisant d'éléments de preuve pour justifier ses allégations, le titulaire du brevet pourra facilement s'acquitter de l'obligation générale qui lui incombe en droit.

À nouveau dans l'arrêt *David Bull Laboratories*, précité, le juge Strayer, J.C.A. a dit, à la page 599 que la

... décision doit être axée sur la question de savoir si la société générique fait valoir des allégations suffisamment bien fondées pour appuyer la conclusion, tirée à des fins administratives (la délivrance d'un avis de conformité), que la mise en marché du produit générique ne violerait pas le brevet du requérant. [Texte non souligné dans l'original.]

Dans l'arrêt *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 129 (C.A.F.), le juge Strayer a déclaré, à la page 134:

Ceux qui omettraient de déposer un avis d'allégation, ou qui déposeraient un avis incomplet, en supporteront les

comes to attacks on the adequacy of such allegations once prohibition proceedings are commenced before the court.

Finally, in *Pharmacia Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 64 C.P.R. (3d) 450, at pages 451-452, this Court approved the following views of Wetston J. in the same proceedings before the Trial Division [(1995), 60 C.P.R. (3d) 328]:

It is the opinion of the court that the applicants herein are more than nominal applicants. The generic is required, by virtue of s. 5(1), to make an allegation. The allegation made by the generic must be supported by a detailed statement of the legal and factual basis for that allegation. This allows the patentee to determine if an order for prohibition should be sought, either because the facts as set out in the detailed statement are deficient, or because the legal conclusion as to non-infringement is unsupported by the facts. At this stage, since a further and better statement cannot be compelled, concerns with the detailed statement should be highlighted. Moreover, the grounds that the patentee has for challenging the generic's notice of allegation should be advanced in the originating notice of motion filed pursuant to s. 6(1) of the Regulations. This approach flows from the dual requirements of the *Federal Court Rules*, Part V.1, and the legal burden on the applicants. The patentee should also present evidence to support its grounds whether such grounds are based on fact, law, mixed fact and law or opinion evidence. The generic may then be informed as to what vexes the patentee and why a prohibition order barring entry should be issued. Initially, *i.e.*, before the Minister, the generic has raised the issue of non-infringement. At this stage, before the court, the generic now has the opportunity to file evidence supporting its detailed statement. In essence, this is the evidential burden on a respondent.

conséquences lorsque, dans le cadre d'une demande de prohibition déposée devant la Cour, quelqu'un invoque les lacunes de ces allégations.

Enfin, dans l'arrêt *Pharmacia Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 64 C.P.R. (3d) 450, aux pages 451 et 452, la Cour a approuvé l'opinion exprimée par le juge Wetston en première instance dans la même affaire [(1995), 60 C.P.R. (3d) 328]:

La Cour est d'avis que les requérantes en l'espèce n'ont pas été ainsi désignées uniquement pour la forme. Le fabricant de médicaments génériques est tenu, conformément à l'art. 5(1), de faire une allégation, et celle-ci doit être étayée par un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde. De cette façon, le titulaire du brevet est en mesure de déterminer s'il doit demander une ordonnance d'interdiction, soit parce que les faits exposés dans l'énoncé détaillé sont insuffisants, soit parce que la conclusion juridique concernant la non-contrefaçon n'est pas étayée par les faits. À cette étape, puisqu'il est impossible d'ordonner la production d'un nouvel énoncé plus détaillé, il y a lieu de souligner les questions qui se posent relativement à l'énoncé déjà produit. En outre, les motifs qui poussent le titulaire du brevet à contester l'avis d'allégation du fabricant de médicaments génériques devraient être énoncés dans l'avis de requête introductive d'instance qui est déposé en application de l'art. 6(1) du Règlement. Cette approche découle des conditions énoncées dans les Règles de la Cour fédérale, à la partie V.1, et de la charge de persuasion qui incombe aux requérantes. Le titulaire du brevet doit également présenter des éléments de preuve pour appuyer ses motifs, que ceux-ci se fondent sur des faits, sur le droit, sur le droit et les faits, ou sur des témoignages d'opinion. Le fabricant de médicaments génériques peut ainsi être informé des motifs de l'opposition du titulaire du brevet et de la raison pour laquelle une ordonnance d'interdiction visant à empêcher la mise en marché de ses produits devrait être rendue. Initialement, c'est-à-dire devant le ministre, le fabricant de médicaments génériques a eu l'occasion de soulever la question de la non-contrefaçon. À l'étape actuelle, devant la Cour, le fabricant a maintenant la possibilité de produire des éléments de preuve appuyant son énoncé détaillé. Voilà, essentiellement, la charge de présentation qui incombe à la partie intimée.

20 In my view, the law as so developed by this Court clearly places the legal burden on the respondents to show that allegations of fact contained in the notice of allegation are not true (*Merck Frosst, supra*, at page 319). It seems to me, moreover, that the Motions Judge was correct in concluding that

Selon moi, le droit tel qu'il est énoncé dans la jurisprudence de la Cour fait, à l'évidence, reposer sur les intimées le fardeau ultime de prouver que les allégations de fait contenues dans l'avis d'allégation sont fausses (*Merck Frosst*, précité, à la page 319). Au surplus, il me semble que le juge des requêtes a

the respondents had the obligation of discharging that burden.

21 This leaves the respondents' third argument. In the circumstances of this case they contend the common law imposed upon the appellant, by way of presumption, the burden of showing that its process would not infringe the patent. I will elaborate on the possible application of that presumption momentarily. In the meantime, it is necessary to remind ourselves of the context in which we are asked to apply it. The appellant's submission to the Minister for the notice of compliance had to be supported by a "detailed statement of the legal and factual basis for the allegation" as required by paragraph 5(3)(a) of the Regulations. While the Regulations do not expressly spell out the purpose of a detailed statement, its purpose seems evident. The detailed statement is to be served on the patentee and on the Minister who is faced with determining whether to issue a notice of compliance. Service upon the patentee alerts that party to the fact a submission had been presented to the Minister. The patentee must then decide whether to oppose the issuance of the notice of compliance pursuant to section 6 of the Regulations. It is a critical decision. Indeed, its significance was captured by the Motions Judge, at page 153:

In order to enable the applicants to understand and respond to Nu-Pharm's allegation, s. 5(3)(a) of the Regulations requires the person making an allegation to provide a detailed statement of the legal and factual basis for the allegation ("the detailed statement"). The purpose of the detailed statement is to ensure that the first person is fully cognizant of the grounds on which the second person relies on in making its allegation of non-infringement. Mahoney J.A., in *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (Court File No. A-389-93), . . . at pp. 8 and 9 thereof . . . states as follows:

One further matter warrants comment. Section 5(3)(a) of the Regulations requires that the applicant for the NOC provide a detailed statement of the basis in fact and law for his statement of allegation. It seems intended that the patentee be fully aware of the grounds on which the applicant says issuance of an NOC will not lead to infringement of the patent before the patentee decides whether or not to apply to a court for a determination. Such disclosure would define the issues at a very early stage.

eu raison de conclure que les intimées étaient tenues de s'acquitter de ce fardeau.

Il ne reste plus que le troisième argument. Dans les circonstances de l'espèce, les intimées prétendent que la common law fait reposer sur l'appelante, par le jeu d'une présomption, le fardeau de prouver que son procédé ne portera pas atteinte au brevet. Je reviendrai sur l'application éventuelle de cette présomption dans un instant. Avant, il convient de rappeler le contexte dans lequel son application est demandée. La demande présentée par l'appelante au ministre afin d'obtenir un avis de conformité devait être étayée par un «énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde», conformément à l'alinéa 5(3)a) du Règlement. Bien que le Règlement ne précise pas l'objet de l'énoncé détaillé, cela semble évident. L'énoncé détaillé doit être signifié au breveté et au ministre appelé à décider s'il y a lieu de délivrer un avis de conformité. Grâce à la signification de l'énoncé, le breveté sait qu'une demande a été présentée au ministre. Il doit alors décider s'il s'oppose à la délivrance de l'avis de conformité sous le régime de l'article 6 du Règlement. Cette décision est cruciale. Et le juge des requêtes, à la page 153 de ses motifs, en a bien saisi l'importance:

Afin que les requérantes soient à même de comprendre l'allégation de Nu-Pharm, et d'y répondre, l'art. 5(3)a) du Règlement prévoit que la personne faisant l'allégation devra fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde («l'énoncé détaillé»). Cet énoncé détaillé doit permettre d'assurer que la première personne est pleinement instruite des motifs sur lesquels se fonde la seconde personne pour faire son allégation de non-contrefaçon. Dans l'affaire *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (A-389-93), . . . le juge Mahoney, de la Cour d'appel, a ainsi déclaré, aux p. 8 et 9 du jugement, que:

Il y a une autre question qui mérite commentaire. L'article 5(3)a) du Règlement oblige la personne qui demande la délivrance d'un avis de conformité à fournir un énoncé détaillé du droit et des faits sur lesquels elle se fonde. Il semble que le législateur ait voulu que le breveté soit parfaitement au courant des motifs sur lesquels le requérant se fonde pour prétendre que la délivrance d'un avis de conformité ne donnera pas lieu à contrefaçon du brevet avant que le breveté ne décide de présenter ou non une demande au tribunal pour obtenir une décision. Une telle divulgation permettrait de cerner le débat très tôt.

21

If the patentee raises no objection by way of section 6 proceedings, the Minister is free to dispose of the submission without anything further. If, on the other hand, section 6 proceedings are launched, the patentee is required to do that which is imposed upon him by subsection 6(2) of the Regulations. As in any civil litigation the burdens described above have application. They must be applied within the overall statutory framework and spirit of the Regulations. Thus while the respondents must satisfy the legal burden of proof, they are to do so on the basis that the appellant has itself fulfilled the requirements of the regulations including the submission of a "detailed statement".

Si le breveté ne s'oppose pas à la demande en engageant les procédures visées à l'article 6, le ministre peut trancher sans autre formalité. En revanche, si des procédures fondées sur l'article 6 sont intentées, le breveté doit se conformer aux exigences que lui impose le paragraphe 6(2) du Règlement. Comme dans toute instance civile, les fardeaux décrits ci-dessus jouent. Ils doivent être appliqués conformément à l'économie et à l'esprit du Règlement. Par conséquent, bien que les intimées doivent s'acquitter du fardeau ultime de la preuve, elles n'y sont tenues que si l'appelante elle-même a satisfait aux exigences du Règlement, notamment à l'obligation de fournir un «énoncé détaillé».

22 I respectfully agree with the view of the Motions Judge that the statement submitted by the appellant in its letter of May 5, 1993 cannot be considered "by any stretch of imagination, as a detailed statement in compliance with the Regulations". As he put it, at page 154 of his reasons:

Nu-Pharm has not offered any evidence as to the process used in the production of its fluoxetine HCL. It has simply made a bald assertion that it will not infringe the applicants' patent rights. No more no less.

Je suis d'accord avec le juge des requêtes qui a fait observer que l'énoncé présenté par l'appelante dans sa lettre du 5 mai 1993 était «loin de pouvoir être considéré comme l'énoncé détaillé que prévoit le Règlement». Comme il le dit, à la page 154 de ses motifs:

Nu-Pharm n'a présenté aucune preuve touchant le procédé utilisé pour la fabrication de son CLH de fluoxétine. Elle n'a fait qu'affirmer sèchement qu'il n'y aurait pas contre-façon du brevet des requérantes. Un point c'est tout.

The appellant submits that, regardless, the respondents cannot complain about the sufficiency of its statement. Indeed, the Motions Judge, in effect, agreed at page 154 that if the respondents were not satisfied with the content of the letter of May 5, 1993 they could have sought a court order for the purpose of supplying the details. It was by this reasoning that he precluded the application of the common law presumption. Although the Motions Judge was justified at the time in the view he expressed, it is now clear that the Court is not in a position to oversee the adequacy of a detailed statement. (*Pharmacia Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1994), 58 C.P.R. (3d) 207 (F.C.A.), at page 209.) The avenue suggested by the Motions Judge was foreclosed.

L'appelante soutient que, malgré cela, les intimées ne peuvent se plaindre de son énoncé. En fait, le juge des requêtes a convenu, à la page 154, que si les intimées n'étaient pas satisfaites du contenu de la lettre du 5 mai 1993, elles auraient pu demander à la Cour de rendre une ordonnance pour obtenir des renseignements supplémentaires. C'est la raison qui l'a poussé à écarter l'application de la présomption de common law. Mais si le juge des requêtes était fondé à l'époque à émettre l'avis qu'il a exprimé, il ne fait plus aucun doute maintenant que la Cour n'est pas en mesure de contrôler la suffisance d'un énoncé détaillé. (*Pharmacia Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1994), 58 C.P.R. (3d) 207 (C.A.F.), à la page 209.) La solution proposée par le juge des requêtes ne peut être retenue.

23 The Motions Judge described the common law presumption, at pages 152-153:

Le juge des requêtes a défini la présomption créée par la common law en ces termes, aux pages 152 et 153:

... where a party fails to lead evidence of a fact that it is in a better position to establish, the Court will infer that the facts are adverse to that party's interests.

The maxim underlying this exception was enunciated by Lord Mansfield in *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, at page 65; 98 E.R. 969, at page 970:

It is certainly a maxim that all evidence is to be weighed according to the proof which it was in the power of one side to have produced, and in the power of the other to have contradicted.

In this century, the presumption was described in the following terms by Ferguson J.A. in *Pleet v. Canadian Northern R.W. Co.* (1921), 50 O.L.R. 223 (C.A.), at page 227:

No doubt the general rule is that he who asserts must prove, and that the onus is generally upon the plaintiff, but there are two well-known exceptions:—

(1) That where the subject-matter of the allegation lies particularly within the knowledge of one of the parties, that party must prove it, whether it be of an affirmative or negative character: *Mahony v. Waterford Limerick and Western R.W. Co.*, [1900] 2 I.R. 273, at p. 280; *Kent v. Midland R.W. Co.* (1874), L.R. 10 Q.B. 1.

(2) That he who relies on an exception to the general rule must prove that he comes within the exception: *Ashton & Co. v. London and North-Western R.W. Co.*, [1918] 2 K.B. 488; *London and North-Western R.W. Co. v. Ashton & Co.*, [1920] A.C. 84.

That judgment was upheld by the Supreme Court of Canada: *Canadian Northern Quebec R. Co. v. Pleet*, [1923] 4 D.L.R. 1112. The presumption was again applied by the Ontario Court of Appeal in *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Apotex Inc.* (1984), 47 O.R. (2d) 287, a patent case, where Blair J.A. stated, at page 288:

Apart from statute, the common law burden of proof fell on the appellant because the evidence of the process of manufacture in a foreign country by its chosen manufacturer was peculiarly within its power to ascertain and disclose and manifestly beyond the power of the respondent to discover and prove in evidence.<sup>3</sup>

... lorsqu'une des parties ne produit aucune preuve touchant un fait qu'elle est la mieux à même de démontrer, la Cour en inférera que les faits sont contraires à l'intérêt de cette partie.

Cette exception est fondée sur la maxime énoncée par lord Mansfield dans la décision *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, à la page 65; 98 E.R. 969, à la page 970:

[TRADUCTION] Il existe certainement un principe voulant que tous les faits soient appréciés à la lumière de la preuve que l'une des parties était en mesure de produire et que l'autre partie était en mesure de réfuter.

Au cours de notre siècle, la présomption a été définie par le juge Ferguson dans l'arrêt *Pleet v. Canadian Northern R.W. Co.* (1921), 50 O.L.R. 223 (C.A.), à la page 227:

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que, d'après la règle générale, l'auteur d'une affirmation doit en faire la preuve, et que cette charge incombe généralement à la partie demanderesse, mais il y a deux exceptions bien connues:—

(1) Lorsque l'objet de l'allégation est connu de l'une des parties, c'est à cette partie qu'il incombe d'en faire la preuve, d'une façon positive ou négative: *Mahony v. Waterford Limerick and Western R.W. Co.*, [1900] 2 I.R. 273, à la p. 280; *Kent v. Midland R.W. Co.* (1874), L.R. 10 Q.B. 1.

(2) Celui qui invoque une exception à la règle générale doit prouver qu'il a le droit de s'en prévaloir: *Ashton & Co. v. London and North-Western R.W. Co.*, [1918] 2 K.B. 488; *London and North-Western R.W. Co. v. Ashton & Co.*, [1920] A.C. 84.

Ce jugement a été confirmé par la Cour suprême du Canada: *Canadian Northern Quebec R. Co. v. Pleet*, [1923] 4 D.L.R. 1112. La présomption a été appliquée à nouveau par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Apotex Inc.* (1984), 47 O.R. (2d) 287, qui portait sur les brevets. Le juge Blair s'est exprimé en ces termes, à la page 288:

[TRADUCTION] Abstraction faite de la loi, la charge de la preuve en common law reposait sur l'appelante parce que les éléments de preuve se rapportant au procédé de fabrication utilisé à l'étranger par le fabricant dont elle a retenu les services relèvent tout particulièrement de son pouvoir de contrôle et de divulgation et échappent mani-

festement à la compétence de l'intimée qui ne saurait ni en obtenir communication ni les produire<sup>3</sup>.

24 In *Pharmacia Inc. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 328 (F.C.T.D.), at page 339 Wetston J., relying upon *Pleet, supra*, expressed the view that it is a precondition to the application of the principle that the person relying upon it prove that he comes within it. Specifically, Wetston J. stated, at page 340, that an applicant under section 6 of the Regulations “cannot expect to rely on the common law presumption . . . without pleading, in their originating notice of motion, the nature of the information which is within the exclusive knowledge of the generic”.

Dans la décision *Pharmacia Inc. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1995), 60 C.P.R. (3d) 328 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 339, le juge Wetston, s'appuyant sur l'arrêt *Pleet*, précité, a exprimé l'avis que pour obtenir l'application du principe, la personne qui l'invoque doit prouver au préalable qu'elle peut s'en prévaloir. Plus précisément, le juge Wetston a dit, à la page 340, que la partie qui présente une demande fondée sur l'article 6 du Règlement «ne peut espérer pouvoir invoquer la présomption de common law, . . . sans plaider, dans son avis de requête introductive d'instance, la nature des renseignements qui relèvent de la connaissance exclusive du fabricant de médicaments génériques».

25 It is first to be observed that paragraph 5 of the originating notice of motion clearly asserted that a “detailed statement” had not been provided and, by paragraph 6 of the same document, that the appellant's process would infringe the respondents' patent rights. I respectfully agree, however, that before giving effect to the presumption the Court would have to be satisfied that the required information was not in possession of the respondents and that it was peculiarly within the knowledge of the appellant. It would also be necessary for the respondents to show that the required information was not adduced in evidence by the appellant and that the respondents did not have available other means of accessing it. The appellant asserted in its letter of May 5, 1993 that its process would not infringe the patent but provided no evidence to that effect beyond the bald assertion. The respondents could not possibly know, without more, that this assertion was true. Evidence that the process would not infringe the patent obviously lay peculiarly within the knowledge of the appellant. Contrary to the appellant's contention, the required information was not accessible by the respondents pursuant to Rules 1612 [as enacted by SOR/92-43, s. 19] and 1613 [as enacted *idem*]. Those rules provide a means of enabling a party wishing to rely on material in the possession of a federal board, commission or other

Il convient d'abord de faire observer que l'avis de requête introductive d'instance indique clairement qu'aucun «énoncé détaillé» n'a été fourni (paragraphe 5) et que le procédé de l'appelante portera atteinte aux droits protégés par le brevet des intimées (paragraphe 6). Je conviens toutefois qu'avant de donner effet à la présomption, la Cour devra être convaincue que les renseignements nécessaires ne se trouvent pas en la possession des intimées et qu'ils relèvent tout particulièrement de la connaissance de l'appelante. Il faudra aussi que les intimées établissent que les renseignements nécessaires n'ont pas été produits en preuve par l'appelante et qu'elles ne pouvaient les obtenir d'aucune autre façon. L'appelante a affirmé dans sa lettre du 5 mai 1993 que son procédé ne porterait pas atteinte au brevet mais elle n'a fourni aucune preuve hormis cette simple affirmation. Les intimées ne pouvaient savoir, faute de renseignements supplémentaires, que cette affirmation était véridique. À l'évidence, les éléments de preuve permettant d'établir que le procédé ne porterait pas atteinte au brevet relèvent tout particulièrement de la connaissance de l'appelante. Contrairement à ce que celle-ci prétend, les renseignements nécessaires ne pouvaient être obtenus par les intimées en vertu des Règles 1612 [éditée par DORS/92-43, art. 19] et 1613 [éditée, *idem*]. Ces règles permettent à une partie d'obtenir les pièces

24

25

tribunal and not in that party's possession, to have access to that material.<sup>4</sup> This surely has reference to "material" that was before the federal board, commission or other tribunal whose decision is the subject of an application for judicial review pursuant to section 18.1 of the *Federal Court Act* [R.S.C., 1985, c. F-7 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)] and not to the contents of a Minister's file where no decision of his is the subject of the judicial review. I cannot see how those rules could be made to apply in the circumstances where no decision of the Minister is under review in the within proceedings.<sup>5</sup> Indeed, the whole purpose of the section 6 proceedings was to prevent the Minister from making a decision of whether to issue a notice of compliance. I would add, having regard to the nature of the proceedings, that the appellant surely cannot refuse disclosure of the required information on the ground that to do so would reveal a trade secret. It seems to me that the Rules of the Court afford an adequate safeguard for the appellant in the form of a confidentiality order. That protection is, indeed, commonplace whenever the circumstances are such as to warrant it, the model usually adopted being by way of analogy to the provisions of subsection 1402(8) [as enacted by SOR/79-57, s. 23; 90-846, s. 23; 92-43, s. 17] of the Rules.<sup>6</sup>

qu'elle désire invoquer mais qu'elle n'a pas, lorsque celles-ci se trouvent en la possession d'un office fédéral<sup>4</sup>. Ces dispositions, à n'en pas douter, font référence à des «pièces» ayant été présentées devant l'office fédéral dont la décision fait l'objet d'une demande de contrôle judiciaire en vertu de l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale* [L.R.C. (1985), ch. F-7 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)] et non au contenu d'un dossier du ministre lorsque sa décision ne fait pas l'objet d'un contrôle judiciaire. Je vois pas comment ces règles pourraient s'appliquer puisqu'aucune décision du ministre ne fait l'objet d'un examen en l'espèce<sup>5</sup>. En effet, le seul objet des procédures fondées sur l'article 6 était d'empêcher le ministre de se prononcer sur la délivrance d'un avis de conformité. J'ajouterais, eu égard à la nature des procédures, que l'appelante ne peut certainement pas refuser de communiquer les renseignements nécessaires en plaçant le secret commercial. Il me semble que les Règles de la Cour, qui prévoient une ordonnance de confidentialité, protègent convenablement l'appelante. Cette protection est en effet accordée couramment chaque fois que les circonstances le justifient, les dispositions du paragraphe 1402(8) [édicte par DORS/79-57, art. 23; 90-846, art. 23; 92-43, art. 17] des Règles étant ordinairement retenues par analogie<sup>6</sup>.

26 Based upon the foregoing I am satisfied that the respondents could not access the required information and that this information lay peculiarly within the knowledge of the appellant. It did not, for whatever reasons, avail itself of the opportunity under Part V.1 Rules of rebutting the presumption. In point of fact, it presented no evidence. Therefore the respondents are entitled to rely on the presumption. In my view the respondents have established in the circumstances that the appellant's subparagraph 5(1)(b)(iv) allegation is not justified and that they are entitled to an order prohibiting the Minister from issuing a notice of compliance.

Compte tenu de ce qui précède, je suis convaincu que les intimées ne pouvaient obtenir les renseignements nécessaires et que ceux-ci relevaient tout particulièrement de la connaissance de l'appelante. Cette dernière, pour une raison ou une autre, n'a pas invoqué les Règles de la partie V.1 pour combattre la présomption. En fait, elle n'a présenté aucune preuve. Par conséquent, les intimées peuvent invoquer la présomption. À mon avis, les intimées ont établi dans les circonstances que l'allégation faite par l'appelante aux termes du sous-alinéa 5(1)b)(iv) n'est pas fondée et elles ont le droit d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de délivrer un avis de conformité.

27 I would dismiss the appeal with costs.

Je rejetterais l'appel avec dépens.

27

28 LINDEN J.A.: I agree.

LE JUGE LINDEN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

28

29 McDONALD J.A.: I agree.

<sup>1</sup> Appellant's memorandum of fact and law, para. 37.

<sup>2</sup> Memorandum of fact and law of the respondent, Apotex Inc., paras. 23, 39.

<sup>3</sup> Leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused: *Apotex Inc. v. Hoffmann-LaRoche Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. v.

<sup>4</sup> Rules 1612 and 1613 read:

*Rule 1612.* (1) A party who wishes to rely on material that is in the possession of the federal board, commission or other tribunal and not in the party's possession shall file in the Registry and serve on the federal board, commission or other tribunal a written request for a certified copy of the material.

(2) An applicant's request may be included in the notice of motion.

(3) A copy of the request shall be served on the other parties.

(4) The request shall specify the particular material in the possession of the federal board, commission or other tribunal and the material must be relevant to the application for judicial review.

*Rule 1613.* (1) Subject to paragraphs (2) to (4), a federal board, commission or other tribunal that is served with a request under Rule 1612 shall, without delay, forward a certified copy of the material requested to the party making the request and to the Registry.

(2) Where the federal board, commission or other tribunal or a party objects to the request, the federal board, commission or other tribunal or the party, as the case may be, shall, in writing, inform all parties and the Registry of the reasons for the objection.

(3) A judge may give directions to the parties and the federal board, commission or other tribunal as to the procedure for making submissions with respect to the objection.

(4) A judge may, after hearing the submission, order that a certified copy of all or part of the material requested be forwarded to the party making the request and to the Registry.

<sup>5</sup> S. 18(3) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4] of the *Federal Court Act* provides that relief by way of a writ of prohibition or in the nature of that remedy against a federal board, commission or other tribunal "may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1". The Part V.1 Rules apply to section 6 proceedings (see *Bayer AG v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (F.C.A.), at p. 336). As was observed by Reed J. in *Hoffmann-La Roche Ltd. v. Canada (Minister of National Health and Welfare)* (1996), 67 C.P.R. (3d) 484 (F.C.T.D.), at p. 492, because those Rules "are designed

LE JUGE McDONALD, J.C.A.: Je souscris à ces 29 motifs.

<sup>1</sup> Exposé des faits et du droit de la partie appelante, par. 37.

<sup>2</sup> Exposé des faits et du droit de l'intimée, Apotex Inc., par. 23 et 39.

<sup>3</sup> L'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada a été refusée: *Apotex Inc. c. Hoffmann-LaRoche Ltd.* [1985] 1 R.C.S. v.

<sup>4</sup> Les Règles 1612 et 1613 sont libellées ainsi:

*Règle 1612.* (1) La partie qui désire se servir de pièces qui ne sont pas en sa possession mais qui sont en possession de l'office fédéral dépose une demande écrite au greffe et la signifie à l'office fédéral, enjoignant à ce dernier de fournir une copie certifiée de ces pièces.

(2) La demande de la partie requérante peut être incorporée à l'avis de requête.

(3) Une copie de la demande est signifiée aux autres parties.

(4) La demande indique de façon précise les pièces en possession de l'office fédéral; ces pièces doivent être pertinentes à la demande de contrôle judiciaire.

*Règle 1613.* (1) Sous réserve des paragraphes (2) à (4), l'office fédéral qui reçoit signification d'une demande visée à la règle 1612 remet sur-le-champ une copie certifiée des pièces à la partie qui en a fait la demande et au greffe.

(2) Si l'office fédéral ou une partie s'oppose à la demande, le tribunal ou la partie, selon le cas, informe par écrit les parties et le greffe des motifs de l'opposition.

(3) Un juge peut donner des directives aux parties et à l'office fédéral quant à la façon de présenter des observations au sujet de l'opposition.

(4) Un juge peut, après avoir entendu les observations, ordonner qu'une copie certifiée des pièces demandées ou d'une partie de celles-ci soit transmise à la partie qui en a fait la demande et au greffe.

<sup>5</sup> L'art. 18(3) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4] de la *Loi sur la Cour fédérale* dispose que les demandes de réparation par voie de bref de prohibition ou les recours de cette nature portés contre un office fédéral «sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire». Les Règles de la partie V.1 s'appliquent aux procédures fondées sur l'article 6 (voir l'arrêt *Bayer AG c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1993), 51 C.P.R. (3d) 329 (C.A.F.) à la p. 336). Comme l'a fait observer le juge Reed dans la décision *Hoffmann-La Roche Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé nationale et du Bien-être social)* (1996), 67 C.P.R. (3d)

to operate when there is a decision to be taken or when a decision has already been taken by a tribunal, board or administrative decision maker”, their application “has proved awkward”. This awkwardness no doubt arises from the fact that the Part V.1 Rules adopted in 1992 could not have had in contemplation proceedings under the 1993 Regulations. In particular those Rules would not appear to have been designed to require a party to section 6 proceedings to seek access to material in the Minister’s file when the opposite party itself has the same information in its possession. Even if material in the Minister’s file were accessible under the Part V.1 Rules, the applicant for a prohibition order in section 6 proceedings would be handicapped because of the inability to cross-examine thereon.

<sup>6</sup> *Rule 1402. . . .*

(8) Notwithstanding the other paragraphs of this Rule, on an application respecting a decision or order made under the *Special Import Measures Act* or the *Canadian International Trade Tribunal Act*, all material in the case that is confidential shall be bound separately and clearly marked as confidential and, subject to direction of the Court,

- (a) only one copy of the confidential material shall be sent to any one party;
- (b) the copy shall be sent only to the solicitor on the record for the party;
- (c) the copy shall only be sent if the solicitor on the record gives a written undertaking to the Court that the solicitor
  - (i) will not divulge its contents except to solicitors assisting in the action or to the Court in the course of the argument in the action,
  - (ii) will not permit it to be reproduced in whole or in part, and
  - (iii) will destroy it and all notes on its contents made by the solicitor or any solicitor assisting in the action or will deliver it and the notes to the Canadian Import Tribunal or the Canadian International Trade Tribunal, as the case may be, when they are no longer required for the application; and
- (d) the confidential material shall be withheld from the public.

484 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la p. 492, ces Règles étant «conçues pour s’appliquer lorsqu’il y a une décision à rendre ou lorsqu’une décision a été rendue par un tribunal, une commission ou un décideur administratif», leur application «s’est révélée malaisée». Cette difficulté tient sans doute au fait que les Règles de la partie V.1, prises en 1992, ne pouvaient viser des procédures qui seront prévues par le Règlement de 1993. En particulier, ces Règles ne semblent pas avoir été conçues pour obliger une partie à une procédure fondée sur l’article 6 à chercher à obtenir communication des pièces versées au dossier du ministre lorsque la partie adverse elle-même a ces pièces en sa possession. Même si les pièces du dossier du ministre pouvaient lui être communiquées en vertu des Règles de la partie V.1, la partie qui demande une ordonnance d’interdiction dans le cadre d’une procédure engagée en vertu de l’article 6 serait désavantagée parce qu’elle ne pourrait pas contre-interroger les auteurs des pièces.

<sup>6</sup> *Règle 1402. . . .*

(8) Malgré les autres alinéas de la présente règle, lorsqu’il s’agit d’une demande concernant une décision ou une ordonnance rendue conformément à la *Loi sur les mesures spéciales d’importation* ou à la *Loi sur le Tribunal canadien du commerce extérieur*, les pièces du dossier qui sont de nature confidentielle doivent être reliées séparément et désignées ainsi et, sous réserve d’une directive contraire de la Cour:

- a) seulement une copie des pièces de nature confidentielle est envoyée à une partie;
- b) la copie n’est envoyée qu’à l’avocat inscrit au dossier;
- c) la copie ne doit être envoyée que si l’avocat inscrit au dossier s’engage auprès de la Cour au moyen d’un document écrit:
  - (i) à ne pas divulguer son contenu, sauf aux avocats impliqués à la demande ou, à la Cour, dans le cadre d’une argumentation;
  - (ii) à ne pas permettre qu’elle soit copiée en partie ou au complet;
  - (iii) à détruire la copie, ainsi que les notes qu’a fait tout avocat impliqué à l’action relativement à son contenu ou d’expédier la copie au Tribunal canadien des importations ou au Tribunal canadien du commerce extérieur, selon le cas, lorsqu’elles ne sont plus requises aux fins de la demande;
- d) les pièces confidentielles ne sont pas divulguées au public.

A-173-96 (T-2541-95)

ICN Pharmaceuticals, Inc. and ICN Canada Limited (*Appellants*) (*Applicants*)

v.

The Staff of the Patented Medicine Prices Review Board, the Attorney General of Canada and The Minister of Consumer and Corporate Affairs (*Respondents*) (*Respondents*)

and

The Patented Medicine Prices Review Board (*Respondent*) (*Intervenor*)

INDEXED AS: ICN PHARMACEUTICALS, INC. v. CANADA (STAFF OF THE PATENTED MEDICINE PRICES REVIEW BOARD) (C.A.)

Court of Appeal, Stone and Robertson J.J.A. and Gray D.J.—Toronto, May 21; Ottawa, August 7, 1996.

*Patents — Appeal from dismissal of application for judicial review of Patented Medicine Prices Review Board decision Board having jurisdiction to determine Canadian prices charged by ICN for Virazole excessive — Ribavirin only active ingredient in Virazole — ICN holding three patents pertaining to ribavirin — Patent Act, s. 83(1) providing where Board finding patentee of invention pertaining to medicine selling medicine in Canada at excessive price, may order patentee to reduce price — S. 79(2) providing invention pertaining to medicine if intended or capable of being used for medicine or for preparation or production of medicine — S. 83(1) conditions precedent for Board's jurisdiction met: (1) ICN patentee of inventions; (2) inventions pertaining to a medicine; (3) ICN selling the medicine in Canada — Subrequirements of second condition: pharmaceutical end product qualifying as medicine; rational connection between invention, medicine — Having regard to use in treatment of severe respiratory infections in infants, children, ribavirin/Virazole medicine — No need to go beyond face of patent to establish connection — Broad language in ss. 83(1), 79(2) indicating connection could be of merest slender thread — Chemical formulation of ribavirin/Virazole same — Connection established — Board having jurisdiction to examine pricing of Virazole until disclaimer filed.*

A-173-96 (T-2541-95)

ICN Pharmaceuticals, Inc. et ICN Canada Limited (*appelantes*) (*requérantes*)

c.

Personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés, procureur général du Canada et ministre de la Consommation et des Affaires commerciales (*intimés*) (*intimés*)

et

Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (*intimé*) (*intervenant*)

RÉPERTORIÉ: ICN PHARMACEUTICALS, INC. c. CANADA (PERSONNEL DU CONSEIL D'EXAMEN DU PRIX DES MÉDICAMENTS BREVETÉS) (C.A.)

Cour d'appel, juges Stone et Robertson, J.C.A. et juge suppléant Gray—Toronto, 21 mai; Ottawa, 7 août 1996.

*Brevets — Appel du rejet de la demande de contrôle judiciaire visant la décision du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés selon laquelle ce dernier avait compétence pour déterminer si le prix exigé pour le Virazole au Canada par ICN était excessif — La ribavirine est le seul ingrédient actif du Virazole — ICN est titulaire de trois brevets afférents à la ribavirine — L'art. 83(1) de la Loi sur les brevets prévoit que, lorsqu'il estime que le breveté vend le médicament sur un marché canadien à un prix qu'il juge excessif, le Conseil peut lui ordonner d'en baisser le prix — L'art. 79(2) prévoit qu'une invention est liée à un médicament si elle est destinée à des médicaments ou à la préparation ou la production de médicaments, ou susceptible d'être utilisée à de telles fins — Les conditions préalables à la compétence du Conseil énoncées à l'art. 83(1) sont remplies: (1) ICN est le breveté, (2) les inventions sont liées à un médicament et (3) ICN vend le médicament au Canada — La deuxième condition comporte deux volets: le produit pharmaceutique final constitue un médicament et il existe un lien logique entre l'invention et le médicament — Vu son utilisation pour le traitement des cas graves d'infection respiratoire chez les nourrissons et les jeunes enfants, la ribavirine ou le Virazole est un médicament — Nul besoin d'interpréter le brevet pour établir le lien — Les termes généraux employés aux art. 83(1) et 79(2) indiquent que le lien requis peut être le plus ténu — La formule chimique de la ribavirine et celle du Virazole sont identiques — Lien établi —*

*Practice — Parties — Standing — Patent Act authorizing Patented Medicine Prices Review Board to hire staff — Act not conferring independent legal status on Board staff, unlike party status conferred on federal, provincial health ministers — Board de facto deciding to operate independently of staff, who have assumed responsibility for pursuing cases — Board required to act as both prosecutor, judge to fulfil legislated mandate.*

This was an appeal from the dismissal of an application for judicial review of the Patented Medicine Prices Review Board decision that it had jurisdiction to determine that the Canadian prices charged by ICN for its medicine Virazole were excessive. *Patent Act*, subsection 83(1) provides that where the Board finds that the patentee of an invention pertaining to a medicine is selling the medicine in Canada at an excessive price, it may order the patentee to reduce the price. Subsection 79(2) provides that an invention pertains to a medicine if it is intended or capable of being used for medicine or for the preparation or production of medicine.

The only active ingredient in Virazole is “ribavirin”. Virazole is used to treat severe respiratory infections in infants and children. ICN held three Canadian patents pertaining to ribavirin. The first two, which had expired prior to the hearing before the Board, disclosed processes for the production of ribavirin. ICN continues to manufacture ribavirin based on one of the processes outlined in the first patent. The process described in the second patent is not suitable for producing sufficient quantities of ribavirin for pharmaceutical applications. The Board issued a notice of hearing to determine whether ICN, while patentee of the first two patents, had sold Virazole at excessive prices, and if so, to determine what remedial action should be taken. ICN brought a motion to determine whether the Board had jurisdiction to proceed with the hearing. The day before the hearing of that motion, the Board learned for the first time of the existence of the third patent, which disclosed a method of using ribavirin for the treatment of various viral diseases. ICN had previously denied the existence of any other patents relating to Virazole. The notice of hearing was amended to include the third patent. The Board concluded that it possessed the requisite jurisdiction. Subsequently ICN filed a disclaimer in connection with the third patent, disclaiming the use for which Virazole is approved for sale in Canada. Subsection 48(1) allows the filing of a disclaimer where, by mistake or inadvertence, a patent specification has been drafted too broadly and provided it is not made with the intent of defrauding the public. Subsection 48(4) states “no dis-

*Le Conseil avait compétence pour examiner le prix du Virazole jusqu'au dépôt de la renonciation.*

*Pratique — Parties — Qualité pour agir — La Loi sur les brevets autorise le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés à engager du personnel — Elle ne confère pas au personnel du Conseil une qualité pour agir distincte, contrairement aux ministres fédéral et provinciaux de la Santé auxquels la qualité de partie est accordée — Le Conseil a, dans les faits, décidé d'agir indépendamment de son personnel, lequel a pris à sa charge la conduite des affaires — Le Conseil est tenu d'agir en tant que poursuivant et en tant que juge pour s'acquitter de son mandat légal.*

Il s'agit d'un appel du rejet d'une demande de contrôle judiciaire visant une décision du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés selon laquelle ce dernier avait compétence pour déterminer si le prix exigé pour le médicament Virazole au Canada par ICN était excessif. Le paragraphe 83(1) de la *Loi sur les brevets* prévoit que, s'il estime que le titulaire d'une invention liée à un médicament vend le médicament au Canada à un prix excessif, le Conseil peut lui enjoindre d'en baisser le prix. Le paragraphe 79(2) prévoit qu'une invention est liée à un médicament si elle est destinée à des médicaments ou à la préparation ou la production de médicaments, ou susceptible d'être utilisée à de telles fins.

Le seul ingrédient actif du Virazole est la «ribavirine». Le Virazole est utilisé pour le traitement des nouveaux-nés et des jeunes enfants qui souffrent d'une grave infection des voies respiratoires. ICN était titulaire de trois brevets canadiens liés à la ribavirine. Les deux premiers, qui ont expiré avant que l'audience n'ait lieu devant le Conseil, décrivent des procédés permettant la production de la ribavirine. ICN continue de fabriquer la ribavirine à l'aide de l'un des procédés décrits dans le premier brevet. Le procédé décrit dans le deuxième brevet ne permet pas de fabriquer de la ribavirine en quantité suffisante à des fins pharmaceutiques. Le Conseil a donné un avis relatif à la tenue d'une audience en vue de déterminer si ICN, pendant qu'elle était titulaire des deux premiers brevets, avait vendu le Virazole à un prix excessif et, le cas échéant, quelle mesure correctrice s'imposait. ICN a présenté une requête soulevant la question de savoir si le Conseil avait compétence pour entendre l'affaire. La veille de l'audition de la requête, le Conseil a appris l'existence du troisième brevet, lequel décrivait une méthode d'utilisation de la ribavirine pour le traitement de diverses maladies virales. ICN avait auparavant nié l'existence de tout autre brevet lié au Virazole. L'avis d'audition a été modifié afin d'inclure le troisième brevet. Le Conseil a conclu qu'il avait la compétence voulue. ICN a ensuite produit relativement au troisième brevet une renonciation visant l'utilisation pour laquelle la vente du Virazole était autorisée au Canada. Le paragraphe 48(1) permet le dépôt d'une renonciation lorsque, par erreur ou inadvertance, le mémoire des-

claimer affects any action pending at the time when it is made". Counsel for the Board advised ICN that the disclaimer would not deprive the Board of jurisdiction. ICN sought judicial review of the Board's decision and brought an originating notice of motion for a declaration as to the effect of the disclaimer. The Trial Judge held that: (i) the word "capable" in subsection 79(2) of the Act must be given its plain and ordinary meaning and, accordingly, the second process patent was capable of being used for the preparation or production of the medicine, ribavirin; (ii) the word "medicine" in subsection 79(2) was not limited to drugs for which a notice of compliance had issued and, accordingly, the third patent was intended for the preparation or production of the medicine ribavirin; and (iii) the Board's jurisdiction was not terminated by the disclaimer because the invention described by the third patent continued to pertain to ribavirin within the meaning of subsection 79(2).

The issues were: (1) whether the Board had the jurisdiction to determine whether the Canadian prices charged by the appellants for its medicine "Virazole" were excessive; (2) whether the disclaimer was invalid; and (3) whether the Board Staff had independent legal status.

*Held*, the appeal should be dismissed.

All three conditions precedent in subsection 83(1) for the Board to acquire jurisdiction were satisfied: (1) ICN was a patentee of two inventions; (2) those inventions pertained to a medicine; (3) ICN was selling the medicine in Canada. As to the first condition, where a patent has expired, the Board retains jurisdiction to determine whether excessive prices were being charged for the medicine prior to the expiration date. The second condition is composed of two subrequirements: (i) the pharmaceutical end product, whether ribavirin or Virazole, must qualify as a medicine and, (ii) there must be a rational connection between the invention and the pharmaceutical end product, i.e. between the invention and the medicine being sold in Canada. As to the first subrequirement, the word "medicine" in subsection 83(1) should be interpreted in the same manner as it was under the old section 39, i.e. broadly and in its ordinary sense. The interpretation of the word "medicine" and the phrase "intended or capable of being used for" as used in the NOC Regulations has no relevance to their interpretation under subsections 79(2) and 83(1) of the Act. The NOC Regulations are part of a separate regime with a distinct purpose. Consequently, the term medicine cannot be restricted to products for which a notice of compliance has been issued. Having regard to its use in the treatment of severe respiratory infections in

criptif a été rédigé de façon trop générale, pourvu que ce ne soit pas dans le but de frauder ou de tromper le public. Le paragraphe 48(4) dit que «[d]ans toute action pendante au moment où elle est faite, aucune renonciation n'a d'effet». L'avocat du Conseil a indiqué à ICN que la renonciation ne privait pas le Conseil de sa compétence. ICN a demandé le contrôle judiciaire de la décision du Conseil et a présenté un avis de requête introductive d'instance en vue d'obtenir un jugement déclaratoire concernant l'effet de la renonciation. Le juge de première instance a conclu que (i) le mot «susceptible» employé au paragraphe 79(2) de la Loi devait être interprété suivant son sens ordinaire, de sorte que le procédé décrit dans le deuxième brevet était susceptible d'être utilisé pour la préparation ou la production de la ribavirine, (ii) le mot «médicament» employé au paragraphe 79(2) n'englobait pas que les médicaments à l'égard desquels un avis de conformité avait été délivré, de sorte que le troisième brevet était destiné à la préparation ou à la production de la ribavirine et (iii) le Conseil est demeuré investi de sa compétence malgré la renonciation, car l'invention décrite dans le troisième brevet demeurait liée à la ribavirine au sens du paragraphe 79(2).

Les questions en litige étaient les suivantes: (1) le Conseil avait-il compétence pour déterminer si le prix exigé par les appelantes au Canada pour le médicament «Virazole» était excessif; (2) la renonciation était-elle valide; et (3) le personnel du Conseil avait-il une qualité pour agir distincte?

*Arrêt*: l'appel doit être rejeté.

Les trois conditions préalables à la compétence du Conseil suivant le paragraphe 83(1) étaient remplies: (1) ICN était le breveté à l'égard des deux inventions; (2) ces inventions étaient liées à un médicament; et (3) ICN vendait le médicament au Canada. Pour ce qui concerne la première condition, lorsqu'un brevet expire, le Conseil demeure habilité à déterminer si un prix excessif a été exigé pour le médicament avant la date d'expiration. La deuxième condition comporte deux volets: (i) le produit pharmaceutique final, qu'il s'agisse de la ribavirine ou du Virazole, doit constituer un médicament et (ii) il doit y avoir un lien logique entre l'invention et le produit pharmaceutique final, c.-à-d. entre l'invention et le médicament vendu au Canada. En ce qui concerne le premier volet, le mot «médicament» employé au paragraphe 83(1) doit être interprété comme il l'était dans l'ancien article 39, c.-à-d. de façon extensive, suivant son sens ordinaire. L'interprétation du terme «médicament» et des mots «destinée à servir ou pouvant servir» employés dans le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* n'est pas pertinente aux fins de leur interprétation aux paragraphes 79(2) et 83(1) de la Loi. Le *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)* appartient à un régime distinct dont l'objet est différent. Par conséquent, le mot «médicament» ne peut viser unique-

infants and children, ribavirin/Virazole is a medicine as that term is used in subsection 83(1). The two patents in issue pertain to a substance which is a medicine. The requirement that there be a rational connection between the invention outlined in a patent and the medicine which is being sold in Canada was necessary to establish Parliament's constitutional authority to enact price control legislation. Parliament's competence to legislate in this sphere arises from its jurisdiction to legislate with respect to patents. The broad language in subsections 83(1) and 79(2) clearly evinces Parliament's intention that it is unnecessary to go beyond the face of a patent when establishing the required nexus, a conclusion which is reinforced by the fact that the Board's statutory mandate was limited to the pricing of patented medicines. Its members have neither the experience nor the expertise to engage in the task of patent construction. Furthermore, a narrow rational connection test based on patent construction does not recognize that the matter of patent or claims construction is a question of law to be decided by the Court. As the Board is charged with both the prosecution (through its staff) and adjudication of each case as opposed to being a neutral arbiter of evidence presented by two opposing parties, such a test would be impractical. It also fails to appreciate that the task of construing the claims of a patent cannot be confused with the task of assessing its validity. Because of the broad scope of the terms "pertaining to" and "pertains to" in subsections 83(1) and 79(2), the nexus can be one of the merest slender thread. Once it is found that it is impermissible to go beyond the face of the patent in establishing the required nexus, nothing turned on whether the medicine is described as ribavirin as opposed to Virazole. The patents are for the production and use of ribavirin. Ribavirin is clearly intended or capable of being used for, and as, a medicine, regardless of what the end product is called. There is no substantive difference between Virazole and ribavirin. The chemical formulation outlined in the patents and the names ribavirin and Virazole were synonymous and interchangeable, thus establishing the nexus between the second and third patents and the medicine sold in Canada, i.e. ribavirin was the rational connection.

As to the motion pertaining to the validity of the disclaimer, it would have been preferable had ICN asked the Board to make a formal ruling rather than accepting the opinion of Board counsel. Pursuant to *Federal Court Act*, section 18.1 an application for judicial review envisages the review of a decision, order, act or omission of a

ment les produits à l'égard desquels un avis de conformité a été délivré. La ribavirine ou le Virazole est un médicament au sens du paragraphe 83(1) du fait que cette substance est utilisée pour le traitement des cas graves d'infection respiratoire chez les nourrissons et les jeunes enfants. Les deux brevets en cause sont liés à une substance qui est un médicament. L'exigence d'un lien logique entre l'invention décrite dans le brevet et le médicament vendu au Canada était nécessaire pour que le Parlement ait le pouvoir constitutionnel d'adopter des dispositions législatives prévoyant le contrôle des prix. La compétence du Parlement de légiférer dans ce domaine découle de son pouvoir de légiférer en matière de brevets. Les termes généraux employés aux paragraphes 83(1) et 79(2) traduisent clairement l'intention du législateur de faire en sorte que l'existence du lien requis puisse être prouvée sans qu'il soit nécessaire d'interpréter le brevet, ce qui est confirmé par le fait que le mandat légal du Conseil n'a pour objet que l'établissement du prix des médicaments brevetés. Les membres du Conseil n'ont ni l'expérience ni l'expertise voulues pour se livrer à l'interprétation des brevets. En outre, l'exigence d'un lien logique étroit fondée sur l'interprétation du brevet ne tient pas compte du fait que l'interprétation d'un brevet ou d'une revendication est une question de droit qui doit être tranchée par la Cour. Comme il incombe au Conseil de mener à bien la poursuite (par l'entremise de son personnel) et de rendre une décision dans chacun des cas, par opposition à un rôle neutre d'arbitre vis-à-vis de la preuve présentée par les deux parties en présence, un tel critère serait irréaliste. Cela ne tient pas compte non plus de la distinction entre la tâche qui consiste à interpréter les revendications d'un brevet et celle qui consiste à se prononcer sur la validité d'un brevet. En raison de la grande portée des mots «est liée» et «liée» employés aux paragraphes 83(1) et 79(2), le lien en cause peut être le plus ténu. Une fois établi qu'il ne convient pas d'interpréter le brevet pour établir l'existence du lien requis, la question de savoir s'il est déterminant que le médicament soit décrit comme étant la ribavirine et non le Virazole est sans objet. Les brevets sont destinés à la production et à l'utilisation de la ribavirine. La ribavirine est manifestement destinée à des médicaments ou susceptible d'être utilisée dans les faits comme médicament, peu importe la façon dont le produit final est appelé. Il n'y a aucune différence formelle entre le Virazole et la ribavirine. La formule chimique décrite dans les brevets et les noms ribavirine et Virazole sont synonymes et interchangeables, de sorte que le lien établi entre les deuxième et troisième brevets et le médicament vendu au Canada, c.-à-d. la ribavirine, est le lien logique.

Pour ce qui concerne la requête relative à la validité de la renonciation, il aurait été préférable qu'ICN demande au Conseil de rendre une décision formelle, plutôt que d'accepter l'avis de l'avocat du Conseil. Suivant l'article 18.1 de la *Loi sur la Cour fédérale*, une demande de contrôle judiciaire peut viser une décision, une ordonnance

federal board or tribunal. The Court had reservations as to whether the Trial Judge should have entertained the judicial review application with respect to the disclaimer issue. As the evidence lead to the conclusion that no mistake or inadvertence existed, but no such finding of fact was made below, the Court refused to rule on whether subsection 48(1) was applicable. Subsection 48(4) does not render disclaimers invalid, but merely confirms that a disclaimer cannot have retroactive effect on proceedings previously begun. The Board maintained jurisdiction to examine the pricing of Virazole until the date the disclaimer was filed, but the disclaimer will have the prospective effect of terminating the Board's jurisdiction. Simply because the patent did not pertain to the use for which a medicine is presently being sold in Canada did not mean that its existence will not have a deterrent effect on potential competitors. And it is that potential deterrent effect which is the basis of the Board's jurisdiction.

ICN's failure to reveal the existence of the '265 patent had no impact on the jurisdictional issue, but went to the *bona fides* of ICN's conduct. Pharmaceutical manufacturers run the risk of undermining their credibility, and that of their witnesses, before the Board, not to mention running afoul of their statutory obligations under the Act and its Regulations, when they make a unilateral determination as to the relevance of a patent and its effect on the Board's jurisdiction. Adverse findings of credibility by the Board will not easily be displaced upon judicial review or appeal.

The *Patent Act* authorizes the Board to hire necessary staff. It does not give the so-called Board Staff legal status distinct from that of the Board, unlike the party status conferred on federal and provincial ministers of health. The Board has *de facto* decided to operate independently of its staff who have assumed responsibility for pursuing cases. The Board's enabling legislation did not, however, accord the Board Staff a legal status independent of that of the Board. The Board is required to act as both prosecutor and judge in order to fulfil its legislated mandate.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act to amend the Patent Act and to provide for certain matters in relation thereto*, S.C. 1987, c. 41.  
*An Act to amend the Patent Act, the Trade Marks Act and the Food and Drugs Act*, S.C. 1968-69, c. 49, s. 41(4).

ce, un acte ou une omission d'un office fédéral. La Cour a de sérieuses réserves quant à savoir si le juge de première instance aurait dû entendre la demande de contrôle judiciaire se rapportant à la question de la renonciation. La preuve ne révélant l'existence d'aucune erreur ou inadvertance, bien qu'aucune conclusion de fait en ce sens n'ait été tirée par le Conseil ou le juge de première instance, la Cour refuse de trancher la question de savoir si le paragraphe 48(1) s'applique ou non. L'objet du paragraphe 48(4) n'est pas de rendre une renonciation invalide, mais plutôt de confirmer qu'une renonciation ne peut avoir d'effet rétroactif à l'égard de procédures déjà engagées. Le Conseil est demeuré compétent pour examiner le prix du Virazole jusqu'à la date du dépôt de la renonciation, mais celle-ci l'a privé de sa compétence par la suite. Le simple fait que le brevet ne soit pas lié à l'utilisation pour laquelle un médicament est actuellement vendu au Canada ne permet pas de supposer que son existence n'aura pas un effet dissuasif sur les concurrents éventuels. Et c'est ce risque d'effet dissuasif qui fonde la compétence du Conseil.

L'omission d'ICN de révéler l'existence du brevet 265 n'a pas d'incidence sur la question de la compétence, mais entache plutôt la bonne foi d'ICN. Une société pharmaceutique risque de miner sa crédibilité et celle de ses témoins devant le Conseil, sans mentionner le risque de manquer à ses obligations aux termes de la Loi et de son règlement d'application lorsqu'elle prend une décision unilatérale quant à la pertinence d'un brevet et à son effet sur la compétence du Conseil. Une conclusion défavorable du Conseil quant à la crédibilité ne peut facilement être repoussée, que ce soit dans le cadre d'un contrôle judiciaire ou d'un appel.

La *Loi sur les brevets* autorise le Conseil à retenir les services du personnel nécessaire. Elle ne confère pas au personnel du Conseil une qualité pour agir distincte de celle du Conseil, contrairement aux ministres fédéral et provinciaux de la Santé auxquels la qualité de partie est accordée. Le Conseil a, dans les faits, décidé d'agir indépendamment de son personnel, lequel a pris à sa charge la conduite des affaires. La loi habilitante du Conseil n'accorde toutefois pas au personnel de ce dernier une qualité pour agir indépendante de celle du Conseil. Le Conseil est tenu d'agir en tant que poursuivant et en tant que juge afin de s'acquitter de son mandat légal.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi modifiant la Loi de 1992 sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2.  
*Loi modifiant la Loi sur les brevets et prévoyant certaines dispositions connexes*, L.C. 1987, ch. 41.  
*Loi modifiant la Loi sur les brevets, la Loi sur les*

*Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4), 18.1 (as enacted *idem*, s. 5).  
*Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27.  
*Food and Drug Regulations*, C.R.C., c. 870.  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, ss. 39(4), 44 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16), 48(1) (as am. *idem*, s. 17), (4), 79 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7), 80 (as enacted *idem*), 81 (as enacted *idem*), 82 (as enacted *idem*), 83 (as enacted *idem*), 84 (as enacted *idem*), 85 (as enacted *idem*), 86 (as enacted *idem*; S.C. 1995, c. 1, s. 62), 87 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7; 1995, c. 1, s. 62), 88 (as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7), 89 (as enacted *idem*), 90 (as enacted *idem*), 91 (as enacted *idem*), 92 (as enacted *idem*), 93 (as enacted *idem*), 94 (as enacted *idem*), 95 (as enacted *idem*), 96 (as enacted *idem*), 97 (as enacted *idem*), 98 (as enacted *idem*), 99 (as enacted *idem*), 100 (as enacted *idem*), 101 (as enacted *idem*), 102 (as enacted *idem*), 103 (as enacted *idem*).  
*Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993, c. 2.  
*Patent Act*, *The*, S.C. 1923, c. 23, s. 17.  
*Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133, ss. 2 "medicine", 4(2)(a).  
*Patented Medicines Regulations*, SOR/88-474.  
*Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33.

*marques de commerce et la Loi sur les aliments et drogues*, S.C. 1968-69, ch. 49, art. 41(4).  
*Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4), 18.1 (édicte, *idem*, art. 5).  
*Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33.  
*Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27.  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 39(4), 44 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 16), 48(1) (mod., *idem*, art. 17), (4), 79 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7), 80 (édicte, *idem*), 81 (édicte, *idem*), 82 (édicte, *idem*), 83 (édicte, *idem*), 84 (édicte, *idem*), 85 (édicte, *idem*), 86 (édicte, *idem*; L.C. 1995, ch. 1, art. 62), 87 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7; 1995, ch. 1, art. 62), 88 (édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7), 89 (édicte, *idem*), 90 (édicte, *idem*), 91 (édicte, *idem*), 92 (édicte, *idem*), 93 (édicte, *idem*), 94 (édicte, *idem*), 95 (édicte, *idem*), 96 (édicte, *idem*), 97 (édicte, *idem*), 98 (édicte, *idem*), 99 (édicte, *idem*), 100 (édicte, *idem*), 101 (édicte, *idem*), 102 (édicte, *idem*), 103 (édicte, *idem*).  
*Loi sur les brevets*, S.C. 1923, ch. 23, art. 17.  
*Règlement sur les aliments et drogues*, C.R.C., ch. 870.  
*Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS 93-133, art. 2 «médicaments», 4(2)a).  
*Règlement sur les médicaments brevetés*, DORS/88-474.

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## APPLIED:

*Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; [1994] 7 W.W.R. 1; (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 145; 4 C.C.L.S. 117; *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (1995), 63 C.P.R. (3d) 245 (F.C.T.D.); affd *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, [1996] F.C.J. No. 638 (C.A.) (QL); *Dableh v. Ontario Hydro*, [1996] 3 F.C. 751 (C.A.).

## CONSIDERED:

*Genentech Canada Inc. (Re)* (1992), 44 C.P.R. (3d) 317 (P.M.P.R.B.); *Can. Celanese Ltd. v. B.V.D. Co.*, [1939] 2 D.L.R. 289; (1939), 56 R.P.C. 122; [1939] 1 All E.R. 140 (P.C.).

## REFERRED TO:

*Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 289; 47 F.T.R. 81 (F.C.T.D.); revd *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex Inc.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 135; 187 N.R. 284 (F.C.A.); *Parke, Davis*

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; [1994] 7 W.W.R. 1; (1994), 92 B.C.L.R. (2d) 145; 4 C.C.L.S. 117; *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (1995), 63 C.P.R. (3d) 245 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, [1996] A.C.F. n<sup>o</sup> 638 (C.A.) (QL); *Dableh c. Ontario Hydro*, [1996] 3 C.F. 751 (C.A.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Genentech Canada Inc. (Re)* (1992), 44 C.P.R. (3d) 317 (C.E.P.M.B.); *Can. Celanese Ltd. v. B.V.D. Co.*, [1939] 2 D.L.R. 289; (1939), 56 R.P.C. 122; [1939] 1 All E.R. 140 (P.C.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 289; 47 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); inf. par *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.* (1995), 60 C.P.R. (3d) 135; 187 N.R. 284 (C.A.F.); *Parke, Davis*

& Co. v. *Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] S.C.R. 219; (1959), 17 D.L.R. (2d) 153; 30 C.P.R. 59; 18 Fox Pat. C. 125; *Merck & Co. Inc. v. S. & U Chemicals Ltd., Attorney General of Canada, Intervenant* (1971), 65 C.P.R. 99 (Ex. Ct.); *Novocol Chemical Mfg. Co. of Canada Ltd. v. Aktiebolaget Astra, Apotekarnes Kemiska Fabriker* (1963), 41 C.P.R. 117; 24 Fox Pat. C. 172 (Pat. Comm.); affd *Aktiebolaget Astra, Apotekarnes Kemiska Fabriker v. Novocol Chemical Mfg. Co. of Canada Ltd.*, [1964] Ex. C.R. 955; (1964), 45 D.L.R. (2d) 662; 44 C.P.R. 15; 27 Fox Pat. C. 156; *Imperial Chemical Industries Ltd. v. The Commissioner of Patents*, [1967] 1 Ex. C.R. 57; (1966), 51 C.P.R. 102; 33 Fox Pat. C. 153; *Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1991), 77 D.L.R. (4th) 485; 70 Man. R. (2d) 141; 35 C.P.R. (3d) 66 (Q.B.); affd *Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1992), 96 D.L.R. (4th) 606; 81 Man. R. (2d) 159; 45 C.P.R. (3d) 194; 30 W.A.C. 159 (C.A.); *Northern Elec. Co. Ltd. et al. v. Brown's Theatres Ltd.*, [1940] Ex. C.R. 36; [1939] 3 D.L.R. 729; (1939), 1 C.P.R. 180; affd *Northern Electric Co. Ltd. v. Brown's Theatres Ltd.*, [1941] S.C.R. 224; [1941] 2 D.L.R. 105; (1940), 1 C.P.R. 203; 2 Fox Pat. C. 22; *TRW Inc. v. Walbar of Canada Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 176; 132 N.R. 161 (F.C.A.); *Monsanto Company v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108; (1979), 100 D.L.R. (3d) 385; 42 C.P.R. (2d) 161; 28 N.R. 181; *Monsanto Inc. v. Commissioner of Patents*, [1976] 2 F.C. 476; (1976), 28 C.P.R. (2d) 118; 13 N.R. 56 (C.A.); *Trubenizing Process Corporation v. John Forsyth Ltd.*, [1942] O.R. 271; [1942] 2 D.L.R. 539; (1941), 2 C.P.R. 89; 2 Fox Pat. C. 128 (C.A.); *Eli Lilly and Co. v. Nu-Pharm Inc.*, [1997] 1 F.C. 3 (C.A.).

## AUTHORS CITED

- Canada. Commission of Inquiry on the Pharmaceutical Industry. *The Report of the Commission of Inquiry on the Pharmaceutical Industry*. Toronto: Minister of Supply and Services, 1985. (Commissioner: H. C. Eastman).
- Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.
- Gallini, N. T. and M. Trebilcock. "Intellectual Property Rights and Competition Policy: An Overview of the Legal and Economic Issues", April 1996. (Not yet published).
- Government of Canada News Release, NR-10770/92-21.
- Horton, J. "Pharmaceuticals, Patents and Bill C-91: The Historical Perspective" (1993), 10 *Can. Intell. Prop. Rev.* 145.
- Kuharchuk, T. N. "Compulsory Licensing of Medicines in Canada: Bill C-91" (1993), 17 *Law Now* 1.

& Co. v. *Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] R.C.S. 219; (1959), 17 D.L.R. (2d) 153; 30 C.P.R. 59; 18 Fox Pat. C. 125; *Merck & Co. Inc. v. S. & U Chemicals Ltd., Attorney General of Canada, Intervenant* (1971), 65 C.P.R. 99 (C. de l'É.); *Novocol Chemical Mfg. Co. of Canada Ltd. v. Aktiebolaget Astra, Apotekarnes Kemiska Fabriker* (1963), 41 C.P.R. 117; 24 Fox Pat. C. 172 (Comm. des brevets); conf. par *Aktiebolaget Astra, Apotekarnes Kemiska Fabriker v. Novocol Chemical Mfg. Co. of Canada Ltd.*, [1964] R.C.É. 955; (1964), 45 D.L.R. (2d) 662; 44 C.P.R. 15; 27 Fox Pat. C. 156; *Imperial Chemical Industries Ltd. v. The Commissioner of Patents*, [1967] 1 R.C.É. 57; (1966), 51 C.P.R. 102; 33 Fox Pat. C. 153; *Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1991), 77 D.L.R. (4th) 485; 70 Man. R. (2d) 141; 35 C.P.R. (3d) 66 (B.R.); conf. par *Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney-General)* (1992), 96 D.L.R. (4th) 606; 81 Man. R. (2d) 159; 45 C.P.R. (3d) 194; 30 W.A.C. 159 (C.A.); *Northern Elec. Co. Ltd. et al. v. Brown's Theatres Ltd.*, [1940] R.C.É. 36; [1939] 3 D.L.R. 729; (1939), 1 C.P.R. 180; conf. par *Northern Electric Co. Ltd. v. Brown's Theatres Ltd.*, [1941] R.C.S. 224; [1941] 2 D.L.R. 105; (1940), 1 C.P.R. 203; 2 Fox Pat. C. 22; *TRW Inc. c. Walbar of Canada Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 176; 132 N.R. 161 (C.A.F.); *Monsanto Company c. Commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108; (1979), 100 D.L.R. (3d) 385; 42 C.P.R. (2d) 161; 28 N.R. 181; *Monsanto Inc. c. Commissaire des brevets*, [1976] 2 C.F. 476; (1976), 28 C.P.R. (2d) 118; 13 N.R. 56 (C.A.); *Trubenizing Process Corporation v. John Forsyth Ltd.*, [1942] O.R. 271; [1942] 2 D.L.R. 539; (1941), 2 C.P.R. 89; 2 Fox Pat. C. 128 (C.A.); *Eli Lilly and Co. c. Nu-Pharm Inc.*, [1997] 1 C.F. 3 (C.A.).

## DOCTRINE

- Canada. Commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique. *Le rapport de la Commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique*. Toronto: Ministre des Approvisionnements et Services, 1985. (Commissaire: H. C. Eastman).
- Fox, Harold G. *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed. Toronto: Carswell, 1969.
- Gallini, N. T. and M. Trebilcock. «Intellectual Property Rights and Competition Policy: An Overview of the Legal and Economic Issues», April 1996. (Encore inédit)
- Gouvernement du Canada, Communiqué, C.P.-10770/92-21.
- Horton, J. «Pharmaceuticals, Patents and Bill C-91: The Historical Perspective» (1993), 10 *Can. Intell. Prop. Rev.* 145.
- Kuharchuk, T. N. «Compulsory Licensing of Medicines in Canada: Bill C-91» (1993), 17 *Law Now* 1.

Marusyk, R. and M. Swain. "Price Control of Patented Medicines in Canada" (1993), 10 *Can. Intell. Prop. Rev.* 159.

Mathewson, F. et al. *The Law and Economics of Competition Policy*, Vancouver: The Fraser Institute, 1990.

Takach, G. F. *Patents: A Canadian Compendium of Law and Practice*. Edmonton: Juriliber, 1993.

APPEAL from Trial Division judgment (*ICN Pharmaceuticals, Inc. v. Canada (Patented Medicine Prices Review Board)*, [1996] F.C.J. No. 206 (T.D.) (QL)) holding that the Patented Medicine Prices Review Board had the requisite jurisdiction to determine whether Canadian prices charged by the appellants for its medicine "Virazole" were excessive. Appeal dismissed.

COUNSEL:

*Alfred S. Schorr* and *Joseph I. Etigson* for appellants (applicants).

*Donald B. Houston* and *Michael Meredith* for respondents (respondents).

*Gordon K. Cameron* for intervenor (respondent).

SOLICITORS:

*Alfred S. Schorr*, Markham, Ontario, and *Hughes, Etigson*, Thornhill, Ontario, for appellants (applicants).

*Stikeman, Elliott*, Toronto, for respondents (respondents).

*Blake, Cassels & Graydon*, Ottawa, for intervenor (respondent).

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

1 ROBERTSON J.A.: This appeal is the first of its kind and, most likely, not the last. It stems from a judgment of the Trial Division [[1996] F.C.J. No. 206 (QL)] dismissing an application for judicial review of a decision rendered by the Patented Medicine Prices Review Board (the Board) dated November 30, 1995. Narrowly stated, the issue is whether the Board possesses the jurisdiction to determine whether the Canadian prices charged by the appel-

Marusyk, R. and M. Swain. «Price Control of Patented Medicines in Canada» (1993), 10 *Can. Intell. Prop. Rev.* 159.

Mathewson, F. et al. *The Law and Economics of Competition Policy*, Vancouver: The Fraser Institute, 1990.

Takach, G. F. *Patents: A Canadian Compendium of Law and Practice*. Edmonton: Juriliber, 1993.

APPEL d'une décision rendue par la Section de première instance (*ICN Pharmaceuticals, Inc. c. Canada (Personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés)*, [1996] A.C.F. n° 206 (1<sup>re</sup> inst.) (QL)) selon laquelle le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés avait la compétence voulue pour déterminer si le prix exigé par les appelantes au Canada pour le médicament «Virazole» était excessif. Appel rejeté.

AVOCATS:

*Alfred S. Schorr* et *Joseph I. Etigson* pour les appelantes (requérantes).

*Donald B. Houston* et *Michael Meredith* pour les intimés (intimés).

*Gordon K. Cameron* pour l'intervenant (intimé).

PROCUREURS:

*Alfred S. Schorr*, Markham (Ontario) et *Hughes, Etigson*, Thornhill (Ontario), pour les appelantes (requérantes).

*Stikeman, Elliott*, Toronto, pour les intimés (intimés).

*Blake, Cassels & Graydon*, Ottawa, pour l'intervenant (intervenant).

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

1 LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Le présent appel est le premier en son genre et ne sera vraisemblablement pas le dernier. Il a pour objet un jugement de la Section de première instance [[1996] A.C.F. n° 206 (QL)] rejetant une demande de contrôle judiciaire à l'égard d'une décision rendue par le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le Conseil) en date du 30 novembre 1995. Essentiellement, la question en litige est de savoir si le Conseil

lants (ICN), for its medicine “Virazole”, are excessive. In turn, the answer to that jurisdictional question hinges largely on the proper construction of subsections 83(1) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7] and 79(2) [as enacted *idem*] of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 as amended (the Act) which read as follows:

79. . . .

(2) For the purposes of subsection (1) and sections 80 to 101, an invention pertains to a medicine if the invention is intended or capable of being used for medicine or for the preparation or production of medicine.

. . .

83. (1) Where the Board finds that a patentee of an invention pertaining to a medicine is selling the medicine in any market in Canada at a price that, in the Board’s opinion, is excessive, the Board may, by order, direct the patentee to cause the maximum price at which the patentee sells the medicine in that market to be reduced to such level as the Board considers not to be excessive and as is specified in the order.

2 ICN maintains that both the Board and the Trial Judge erred in concluding that the Board possesses the requisite jurisdiction. It is common ground, however, that the proper standard of appellate review is correctness. That conclusion, in my opinion, accords with the principles established by the Supreme Court of Canada in *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557. My analysis begins with a brief historical overview of the legislative schemes by which Parliament has sought to ensure the reasonableness of prices paid for “patented medicines” being sold in Canada.

## I LEGISLATIVE OVERVIEW

3 The purpose of extending patent protection to medicines is to reward innovation and provide an incentive for pharmaceutical manufacturers to expend further resources in the research and development of new drugs. At the same time, it is believed that that objective must not overtake the need to ensure that Canadians have access to pat-

a la compétence voulue pour déterminer si le prix exigé par les appelantes (ICN), pour le médicament «Virazole», est excessif. La réponse à cette question dépend dans une large mesure de la juste interprétation des paragraphes 83(1) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7] et 79(2) [édicte, *idem*] de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, modifiée (la Loi), dont voici le libellé:

79. . . .

(2) Pour l’application du paragraphe (1) et des articles 80 à 101, une invention est liée à un médicament si elle est destinée à des médicaments ou à la préparation ou la production de médicaments, ou susceptible d’être utilisée à de telles fins.

. . .

83. (1) Lorsqu’il estime que le breveté vend sur un marché canadien le médicament à un prix qu’il juge être excessif, le Conseil peut, par ordonnance, lui enjoindre de baisser le prix de vente maximal du médicament dans ce marché au niveau précisé dans l’ordonnance et de façon qu’il ne puisse pas être excessif.

2 ICN soutient que le Conseil et le juge de première instance ont commis une erreur en concluant que le Conseil avait la compétence voulue. Aucune des parties ne conteste, toutefois, que le critère applicable en appel est celui de la décision correcte. Cette conclusion, selon moi, est compatible avec les principes dégagés par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557. Il convient de faire précéder l’analyse d’un aperçu historique des mesures prises par le législateur pour que le prix des «médicaments brevetés» vendus au Canada soit raisonnable.

## I L’ÉVOLUTION LÉGISLATIVE

3 La protection accordée aux médicaments par l’octroi de brevets vise à récompenser l’innovation et à inciter les entreprises pharmaceutiques à consacrer davantage de ressources à la recherche et au développement de nouveaux médicaments. Cependant, cet objectif ne doit pas l’emporter sur la nécessité de faire en sorte que les Canadiens puissent se procurer

ented medicines which are reasonably priced. Two legislative frameworks for striking this balance have been pursued in Canada this century. The first in time involves a system of compulsory licensing. The second is a system of price regulation.

4 The enactment of *The Patent Act*, S.C. 1923, c. 23, section 17 introduced for the first time references to pharmaceuticals and provided for the compulsory licensing for the manufacture, use and sale of patented processes for food and drugs. Patentees were to be compensated for the ensuing reduction in market share by the payment of a royalty fee by the licensee. The legislation did not, however, allow for compulsory licensees to import patented substances. This had the effect of limiting the usefulness of compulsory licences, as witnessed by the few applications filed prior to 1969: see *The Report of the Commission of Inquiry on the Pharmaceutical Industry*, H. C. Eastman Commissioner, (Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985), at pages 1-2 (the Eastman Report) and J. Horton, "Pharmaceuticals, Patents and Bill C-91: The Historical Perspective" (1993), 10 *Can. Intell. Prop. Rev.* 145, at page 146 (Horton).

5 In 1969, the *Patent Act* was amended (S.C. 1968-69, c. 49 [*An Act to amend the Patent Act, the Trade Marks Act and the Food and Drugs Act*]). The impetus for the revision was Parliament's belief that Canadian drug prices were too high, at least when compared to those being paid in other countries: see Eastman Report, at page 2; and Horton, at page 146. The most critical amendment was, arguably, the addition of subsection 41(4) (later subsection 39(4) in the R.S.C., 1985 consolidation, hereinafter referred to as subsection 39(4) to conform with the Trial Judge's reasons). That subsection extended the compulsory licensing system to include the right to import ingredients, and through judicial interpretation extended the licensing provisions to embrace chemical intermediates. Chemical intermediates are substances intended for, and necessary to, the synthesis and production of medicines, but which are not medicines in and of themselves: see generally *Wellcome Foundation Ltd. v. Apotex*

des médicaments brevetés à prix raisonnable. Depuis le début du siècle, deux cadres législatifs ont tenté, au Canada, de réaliser un tel équilibre. Le premier a mis sur pied un système d'octroi de licences obligatoires, et le second a établi un contrôle des prix.

L'article 17 de la *Loi des brevets*, S.C. 1923, ch. 23 mentionne pour la première fois les médicaments et prévoit l'octroi d'une licence obligatoire pour la fabrication, l'emploi ou la vente d'un procédé breveté destiné à l'alimentation ou à la médication. Le titulaire de licence indemnise le breveté, pour la diminution consécutive de sa part de marché, en lui versant une redevance. Cependant, les dispositions en cause ne permettent pas au titulaire d'une licence obligatoire d'importer une substance brevetée. Ainsi, l'utilité d'une licence obligatoire s'est révélée restreinte, ce qu'atteste le nombre minime de demandes déposées avant 1969. Voir *Le rapport de la Commission d'enquête sur l'industrie pharmaceutique*, H. C. Eastman, commissaire, (Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1985), aux pages 1 et 2 (le rapport Eastman); et J. Horton, «Pharmaceuticals, Patents and Bill C-91: The Historical Perspective» (1993), 10 *Can. Intell. Prop. Rev.* 145, à la page 146 (Horton).

5 En 1969, la *Loi sur les brevets* a été modifiée (S.C. 1968-69, ch. 49 [*Loi modifiant la Loi sur les brevets, la Loi sur les marques de commerce et la Loi sur les aliments et drogues*]). Le législateur estimait alors que le prix des médicaments était trop élevé au Canada, du moins en comparaison avec d'autres pays (voir le rapport Eastman, à la page 2; et Horton, à la page 146). La modification la plus cruciale a été, selon certains, l'ajout du paragraphe 41(4) (devenu ultérieurement le paragraphe 39(4) dans L.R.C. (1985), disposition à laquelle il est renvoyé ci-après par souci de conformité aux motifs du juge de première instance). Ce paragraphe a fait en sorte que la licence obligatoire confère le droit d'importer des ingrédients. Les tribunaux ont accru la portée des dispositions relatives à l'octroi de licence de façon à englober les intermédiaires, lesquels sont des substances destinées et nécessaires à la synthèse et à la production de médicaments, mais ne sont pas des médicaments en eux-mêmes. Voir

*Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 289 (F.C.T.D.); *Parke, Davis & Co. v. Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] S.C.R. 219; and *Merck & Co. Inc. v. S & U Chemicals Ltd., Attorney General of Canada, Intervenant* (1971), 65 C.P.R. 99 (Ex. Ct.). Moreover, under the amendments, a compulsory licence could not be refused unless the Commissioner of Patents found a "good reason" not to grant the licence. Apparently, refusals were rare: see Horton, at page 147; and T. N. Kuharchuk, "Compulsory Licensing of Medicines in Canada: Bill C-91" (1993), 17 *Law Now* 16, at page 17 (Kuharchuk). As a result, applications for compulsory licences increased greatly: Horton, at page 146. The issuance of compulsory licences had the effect of stimulating competition between licensors and licensees, during what would otherwise have been the patentee's monopoly period. It is generally accepted that the compulsory licensing system eventually led to the growth of the generic drug industry in Canada: see G. F. Takach, *Patents: A Canadian Compendium of Law and Practice* (Edmonton: Juriliber, 1993), at page 114. Their presence in the marketplace helped to keep drug prices down by fostering competition: Eastman Report, at page xviii.

généralement *Wellcome Foundation Ltd. c. Apotex Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 289 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Parke, Davis & Co. v. Fine Chemicals of Canada Ltd.*, [1959] R.C.S. 219; et *Merck & Co. Inc. v. S & U Chemicals Ltd., Attorney General of Canada, Intervenant* (1971), 65 C.P.R. 99 (C. de l'É.). En outre, suivant les modifications, une licence obligatoire ne pouvait être refusée que si le commissaire des brevets avait de «bonnes raisons» de ne pas l'accorder. Il semble que les refus aient été rares (voir Horton, à la page 147; et T. N. Kuharchuk, «Compulsory Licensing of Medicines in Canada: Bill C-91» (1993), 17 *Law Now* 16, à la page 17 (Kuharchuk)). Par conséquent, le nombre de demandes de licences obligatoires a augmenté considérablement (Horton, à la page 146). La délivrance de licences obligatoires a eu pour effet de stimuler la concurrence entre les concédants et les titulaires de licences alors que, autrement, les brevetés auraient joui d'un monopole. On reconnaît généralement que le système d'octroi de licences obligatoires a entraîné la croissance de l'industrie des médicaments génériques au Canada (voir G. F. Takach, *Patents: A Canadian Compendium of Law and Practice*, Edmonton: Juriliber, 1993, à la page 114). La présence des sociétés de produits génériques sur le marché a favorisé la concurrence et ainsi contribué à la baisse du prix des médicaments (rapport Eastman, à la page xviii).

6 By 1987, the Government questioned the value of compulsory licensing as a means of ensuring the reasonableness of Canadian drug prices. Parliament adopted the position that the compulsory licensing system had encroached too far into the patentees' sphere of exclusivity, resulting in a decrease in research and development of new medicines in Canada. Generic companies could jump into the market almost immediately with a cheaper and comparable drug. Furthermore, the 4% royalty fee typically awarded was considered insufficient compensation by patent holders. To redress this situation, and to increase the incentive for pharmaceutical research and development, the *Patent Act* was amended: *An Act to amend the Patent Act and to provide for certain matters in relation thereto*, S.C. 1987, c. 41; see R. Marusyk and M. Swain, "Price Control of

Dès 1987, l'État a remis en question le régime d'octroi de licences obligatoires comme moyen d'assurer le caractère raisonnable du prix des médicaments au Canada. Le législateur a estimé que ce régime avait trop empiété sur le droit des brevetés à l'exclusivité, entraînant ainsi une diminution de la recherche et du développement afférents à de nouveaux médicaments au Canada. Les sociétés de produits génériques pouvaient accéder au marché presque immédiatement et offrir un médicament moins cher et équivalent. En outre, la redevance de 4 % habituellement versée était jugée insuffisante pour indemniser le titulaire de brevet. Afin de remédier à la situation et de favoriser la recherche et le développement dans le domaine pharmaceutique, la *Loi sur les brevets* a été modifiée par la *Loi modifiant la Loi sur les brevets et prévoyant certaines*

6

Patented Medicines in Canada” (1993), 10 *Can. Intell. Prop. Rev.* 159, at page 160 (Marusyk).

*dispositions connexes*, L.C. 1987, ch. 41; voir R. Marusyk et M. Swain, «Price Control of Patented Medicines in Canada» (1993), 10 *Can. Intell. Prop. Rev.* 159, à la page 160 (Marusyk).

7 One of the most relevant changes wrought by these amendments was that although compulsory licences could still be issued immediately, the use of the licence by the generic was deferred for periods ranging from 7 to 20 years after the issuance of the patent. The patentee was thereby ensured a significant period of exclusivity in the marketplace, during which time it could set its price high enough to recoup its research, development and marketing expenses. Another critical change was the establishment of the Patented Medicines Price Review Board. Between 1987 and 1993 the Board’s function was to ensure that patentees of medicines did not charge excessive prices during the deferral period in which a licensee could not make use of its licence: see Kuharchuk, at page 18; and Marusyk, at page 160. The Board was also charged with the responsibility of collecting information from pharmaceutical companies with respect to their research and development expenditures, in order to ascertain the industry’s level of investment in Canada: Horton, at page 148. In time, however, even these amendments would be deemed inadequate.

L’un des changements les plus pertinents découlant de ces modifications faisait en sorte que, même si une licence obligatoire pouvait être délivrée immédiatement, son utilisation par la société de produits génériques était différée de 7 à 20 ans à partir de la délivrance du brevet. Le breveté jouissait ainsi d’une importante période d’exclusivité sur le marché pendant laquelle il pouvait vendre ses médicaments à un prix suffisamment élevé pour amortir ses dépenses de recherche, de développement et de mise en marché. Une autre modification cruciale a été la mise sur pied du Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés. Entre 1987 et 1993, le rôle du Conseil a été de veiller à ce que le breveté n’exige pas un prix excessif pendant la période où le titulaire de licence ne peut bénéficier des effets de celle-ci (voir Kuharchuk, à la page 18; et Marusyk, à la page 160). Le Conseil devait également recueillir auprès des sociétés pharmaceutiques des renseignements relatifs à leurs dépenses de recherche et de développement, afin de savoir dans quelle mesure l’industrie investissait au Canada (Horton, à la page 148). Avec le temps, toutefois, ces modifications se sont elles aussi révélées inadéquates.

8 The most recent legislation affecting patented medicines were enacted in 1993: *Patent Act Amendment Act, 1992*, S.C. 1993, c. 2 and the *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 (the NOC Regulations). A primary motivation for these amendments was Canada’s involvement in GATT and NAFTA negotiations: see Horton, at pages 150-153; and Marusyk, at page 162. As Canada was the only major industrialized nation to have a system of compulsory licensing, it was felt that its patent laws should be brought into line with those of other industrialized countries: see Horton, at page 153; and Government of Canada News Release, NR-10770/92-21, at page 3.

Les dispositions les plus récentes touchant les médicaments brevetés ont été adoptées en 1993. Il s’agit de la *Loi de 1992 modifiant la Loi sur les brevets*, L.C. 1993, ch. 2 et du *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 (le Règlement). Ces modifications s’imposaient surtout en raison de la participation du Canada aux négociations relatives au GATT et à l’ALÉNA (voir Horton, aux pages 150 à 153; et Marusyk, à la page 162). Comme le Canada était le seul des principaux pays industrialisés à être doté d’un régime d’octroi de licences obligatoires, on estimait que ses dispositions régissant les brevets devaient être harmonisées avec celles des autres pays industrialisés (voir Horton, à la page 153; et Communiqué, Gouvernement du Canada, CP-10771/92-21, à la page 3).

- 9 The 1993 amendments to the Act and the enactment of the NOC Regulations affected the system in three major ways. The first two served to strengthen the position and rights of patentees. The third sought to protect the interests of Canadian consumers.
- 10 First, the compulsory licensing regime was abolished, thereby eliminating the possibility of achieving price control through competition in the marketplace. Patentees now have market exclusivity for the entire duration of their patent, 20 years from the date of filing of the application: see section 44 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 16] of the Act. However, generics can proceed with product development before the expiration of a patent for the limited purpose of enabling them to enter the marketplace as soon as the relevant patent expires.
- 11 Second, under the new NOC Regulations, a scheme was created to restrict the ability of generic manufacturers to obtain a notice of compliance with respect to a drug which might infringe the patent held by a brand name drug manufacturer. Without a notice of compliance a medicine cannot be marketed in Canada: see *Food and Drugs Act*, R.S.C., 1985, c. F-27 (the *Food and Drugs Act*). Under the scheme, a patentee's rights are strengthened, but narrowed in scope. With respect to the strengthening of a patentee's right, the scheme permits them to list their patents on a "patent list", but only if those patents contain a claim for a medicine, or a claim for the use of a medicine, pursuant to paragraph 4(2)(a) of the NOC Regulations. If a generic seeks a notice of compliance with respect to a drug and a comparison is made to one which is contained on a patent list, the patentee is notified. The patentee can then apply to the Court for an order prohibiting the Minister of Health and Welfare from issuing a notice of compliance to the generic. This is an extraordinary remedy and dispenses with the need of a patentee to initiate an action for patent infringement and obtain injunctive relief during the currency of the patent in question. As a result, if an order of prohibition issues, the generic cannot receive a notice of compliance and is precluded from marketing its product for the duration of that patent's life. The patentee's term of exclusivity is thereby pre-
- Les modifications apportées à la Loi en 1993 et l'adoption du Règlement comportent trois volets principaux. Les deux premiers correspondent au renforcement de la position et des droits des brevetés, et le troisième, à la protection des intérêts des consommateurs canadiens.
- Premièrement, le régime d'octroi de licences obligatoires a été aboli, éliminant ainsi la possibilité de contrôler les prix grâce à la concurrence sur le marché. Désormais, le breveté jouit d'une exclusivité sur le marché pendant toute la période de validité de son brevet, soit vingt ans à partir de la date de la demande (voir l'article 44 [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 16] de la Loi). Toutefois, les sociétés de produits génériques peuvent développer un produit avant l'expiration du brevet à la seule fin de pouvoir accéder au marché dès l'expiration du brevet en cause.
- Deuxièmement, aux termes du nouveau Règlement, une procédure est établie afin d'éviter qu'un fabricant de médicaments génériques obtienne un avis de conformité à l'égard d'un médicament qui pourrait emporter la contrefaçon d'un brevet détenu par un fabricant de médicaments d'origine. À défaut d'un tel avis, un médicament ne peut être commercialisé au Canada; voir la *Loi sur les aliments et drogues*, L.R.C. (1985), ch. F-27 (la *Loi sur les aliments et drogues*). En vertu de ce régime, les droits du breveté sont consolidés, mais leur portée est réduite. D'une part, les dispositions pertinentes permettent l'inscription des brevets sur une «liste de brevets», mais seulement s'ils comportent une revendication pour un médicament ou une revendication pour son utilisation (alinéa 4(2)a) du Règlement). Lorsqu'une société de produits génériques demande un avis de conformité relativement à un médicament et qu'une comparaison est établie avec un médicament inscrit sur une liste de brevets, le breveté en est informé. Ce dernier peut alors demander à la Cour de rendre une ordonnance interdisant au ministre de la Santé et du Bien-être social de délivrer un avis de conformité à la société de produits génériques. Il s'agit d'un recours extraordinaire, le breveté n'ayant pas à tenter une action en contrefaçon de brevet ni à obtenir une injonction applicable pendant la période de validité du brevet en cause. Par conséquent, si une ordonnance d'interdiction est rendue, la

served. However, as noted, the amendments also serve to narrow the scope of patents to which this extraordinary remedy applies. The protection is restricted to patents for a medicine or for the use of a medicine. "Medicine" is defined in section 2 of the NOC Regulations as a "substance intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of a disease", thereby excluding, for example, intermediates: see *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.* (1995), 63 C.P.R. (3d) 245 (F.C.T.D); affd [1996] F.C.J. No. 638 (C.A.) (QL). From the foregoing, it is apparent that the Regulations seek to achieve two competing objectives. One is to extend full protection to patentees in thwarting the ability of generic manufacturers to introduce medicines which might infringe their patents. The other is to limit that protection to a narrow class of medicines.

- 12 Third, the amendments to the Act strengthened the Board's remedial and punitive powers. No doubt this was done in order to fill the vacuum created by the abolition of the compulsory licensing scheme. The Board's powers now include the ability to impose penalties and/or price reductions in response to excessive pricing, to better control introductory prices for new patented drugs, and to provide for fines or imprisonment for failure to comply with the Board's orders. The Board's orders carry the same force and effect as those of the Federal Court. In summary, the purpose of these changes is to empower the Board to influence the pricing of patented medicines to much the same extent that the competition fostered by compulsory licensing used to influence it: Government of Canada News Release, NR-10770/92-21, at page 1.

## II FACTUAL BACKGROUND

- 13 Virazole is the brand name of a medicine sold in Canada by ICN. It is comprised of only one ingre-

société de produits génériques ne peut obtenir un avis de conformité et ne peut donc commercialiser son produit avant l'expiration du brevet. Le droit du breveté à une période d'exclusivité est ainsi préservé. Cependant, comme signalé, les modifications ont également pour effet de restreindre la portée des brevets auxquels s'applique ce recours extraordinaire. Seul le brevet visant un médicament ou l'utilisation d'un médicament bénéficie de la protection. Le terme «médicament» est défini à l'article 2 du Règlement comme étant une «[s]ubstance destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l'atténuation ou à la prévention d'une maladie», ce qui exclut notamment les intermédiaires; voir *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.* (1995), 63 C.P.R. (3d) 245 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par [1996] A.C.F. n° 638 (C.A.) (QL). Il ressort de ce qui précède que le Règlement vise deux objectifs opposés. L'un est d'accorder une protection complète au breveté en empêchant les fabricants de médicaments génériques de commercialiser des médicaments qui pourraient emporter la contrefaçon de ses brevets et l'autre est de limiter cette protection à une catégorie restreinte de médicaments.

- 12 Troisièmement, les modifications apportées à la Loi consolident les pouvoirs du Conseil au chapitre des redressements et des sanctions. Sans doute est-il ainsi afin de combler le vide créé par la suppression du régime d'octroi de licences obligatoires. Le Conseil est désormais habilité, notamment, à infliger des amendes ou des réductions de prix lorsque le prix d'un médicament est excessif, à mieux contrôler le prix de lancement d'un nouveau médicament breveté et à infliger une amende ou une peine d'emprisonnement advenant le non-respect de l'une de ses ordonnances, lesquelles sont exécutoires comme s'il s'agissait d'ordonnances de la Cour fédérale. Pour résumer, les modifications visent à permettre au Conseil d'infléchir l'établissement du prix des médicaments brevetés à l'instar de la concurrence que favorisait l'octroi de licences obligatoires (Communiqué, Gouvernement du Canada, CP-10771/92-21, à la page 1).

## II LES FAITS

- 13 Le Virazole est la marque d'un médicament vendu au Canada par ICN. Il se compose d'un seul ingrè-

dient—the active ingredient “ribavirin”. Virazole is used in the treatment of critically ill infants (neonates) and children with severe respiratory infections. With respect to this particular use there is no available substitute. Virazole is supplied in 100 ml glass vials of sterile lyophilized powder containing 6 grams of ribavirin. It is also provided in capsule form pursuant to the Emergency Drug Release Program (the EDRP). Pursuant to that program Health Canada may authorize the use and sale of a quantity of a medicine for which no notice of compliance has been issued under the *Food and Drugs Act*, or in the case of a medicine for which a notice of compliance has issued, a use which is not authorized by that notice of compliance.

dient, la «ribavirine», qui en est le principe actif. Le Virazole est utilisé dans le traitement des nouveau-nés et des nourrissons dangereusement malades et des jeunes enfants qui souffrent d'une grave infection des voies respiratoires. Il n'existe aucun substitut aux fins de cette utilisation particulière. Le Virazole est offert en flacons de verre de 100 ml sous forme de poudre stérile lyophilisée renfermant 6 grammes de ribavirine. Il est également offert en capsules aux termes du Programme de médicaments d'urgence (le PMU). Dans le cadre de ce programme, Santé Canada peut autoriser l'utilisation et la vente d'une certaine quantité d'un médicament pour lequel aucun avis de conformité n'a été délivré en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues* ou, dans le cas d'un médicament pour lequel un avis de conformité a été délivré, une utilisation qui n'y est pas autorisée.

14 ICN is, or was, the holder of three Canadian patents pertaining to ribavirin. Canadian Patent No. 997756 (the '756 patent) discloses several chemical processes for the production of ribavirin. While the '756 patent expired on September 28, 1993, ICN continues to produce ribavirin based on one of the processes outlined in that patent. The actual process being used remains subject to a confidentiality order. Canadian Patent No. 1028264 (the '264 patent) discloses an enzymatic (biochemical) process for creating ribavirin. That patent expired on March 21, 1995. The third patent, Canadian Patent No. 1261265 (the '265 patent) discloses a method of using ribavirin for the treatment of various viral diseases. The '265 patent does not expire until September 26, 2006.

ICN est, ou était, titulaire de trois brevets canadiens liés à la ribavirine. Le brevet canadien n° 997756 (le brevet 756) décrit plusieurs procédés chimiques permettant la production de la ribavirine. Le brevet 756 a expiré le 28 septembre 1993, mais ICN continue de produire de la ribavirine à partir de l'un des procédés décrits dans ce brevet. Le procédé en cause fait toujours l'objet d'une ordonnance de non-divulgateion. Le brevet canadien n° 1028264 (le brevet 264) porte sur un procédé enzymatique (biochimique) permettant la production de la ribavirine. Ce brevet a expiré le 21 mars 1995. Le troisième brevet canadien, portant le n° 1261265 (le brevet 265), décrit une méthode d'utilisation de la ribavirine pour le traitement de diverses maladies virales. Le brevet 265 n'expire que le 26 septembre 2006.

15 On August 4, 1988, as required under the *Patented Medicines Regulations*, SOR/88-474 (the Regulations), ICN filed a form with the Board indicating that both the '756 patent and the '264 patent pertained to the medicine Virazole. As of that date, the '265 patent had not issued. ICN then filed price and sales information for Virazole as required by the Regulations, from November 14, 1988 to the expiry of the '756 patent on September 28, 1993. In February 1994, ICN informed the Board that it

Le 4 août 1988, conformément au *Règlement sur les médicaments brevetés*, DORS/88-474, ICN a remis au Conseil un formulaire précisant que les brevets 756 et 264 étaient liés au Virazole. À ce moment, le brevet 265 n'avait pas encore été délivré. Conformément à ce règlement, ICN a ensuite produit, relativement au Virazole, des renseignements sur le prix et les ventes pour la période comprise entre le 14 novembre 1988 et le 28 septembre 1993, soit la date d'expiration du brevet 756. En février

14

15

would no longer be filing price and sales information as required by the Regulations because of the expiry of the '756 patent and because the '264 patent was, in ICN's opinion, "irrelevant to the medicine Virazole being marketed in Canada by ICN". ICN made no reference to the existence or relevance of the '265 patent at this point.

1994, ICN a informé le Conseil qu'elle ne produirait plus de renseignements sur le prix et les ventes du médicament, comme l'exigeait le Règlement, en raison de l'expiration du brevet 756 et parce que, selon elle, le brevet 264 n'était [TRADUCTION] «pas lié au médicament Virazole commercialisé par elle au Canada». ICN n'a alors fait aucune mention de l'existence ou de la pertinence du brevet 265.

16 In 1992 Virazole sold for as low as \$365 *per* vial. As of September 1993, the price stood at \$409. In the course of a treatment a minimum of six vials of ribavirin is required. Thus, as of September 1993, the cost of a minimum course of treatment was \$2,454. By late 1994, the price of ribavirin had risen to as much as \$1,540, *per* vial and, accordingly, the cost of a minimum treatment rose to \$9,240.

En 1992, le Virazole était vendu au prix plancher de 365 \$ le flacon. En septembre 1993, le prix a grimpé à 409 \$. Un traitement exige un minimum de six flacons de ribavirine. Ainsi, dès septembre 1993, le coût d'un traitement de base était de 2 454 \$. À la fin de 1994, le prix de la ribavirine a atteint 1 540 \$ le flacon et, conséquemment, le coût du même traitement passait à 9 240 \$. 16

17 From February 1994 to June 1995, the Board received complaints from hospital pharmacists and other purchasers in regard to the prices being charged by ICN for Virazole. In response to these complaints, and to ICN's refusal to provide further price and sales information respecting Virazole, the Board issued a notice of hearing dated August 15, 1995. The purpose of the hearing was to determine whether ICN, while patentee of the '756 and '264 patents, had sold Virazole in any market in Canada at a price that, in the Board's opinion, was excessive, and if so, to determine what remedial action should be taken. However, prior to the Board's hearing on the merits ICN brought a motion to the Board, returnable September 27, 1995, to determine whether it had the requisite jurisdiction to proceed with the hearing.

Entre février 1994 et juin 1995, le Conseil a reçu des plaintes de la part de pharmaciens d'hôpitaux et d'autres acheteurs relativement au prix exigé par ICN pour le Virazole. En réponse à ces plaintes, et compte tenu du refus d'ICN de fournir, dorénavant, des renseignements sur le prix et les ventes du médicament, le Conseil a donné un avis d'audition daté du 15 août 1995. L'audience avait pour but de déterminer si ICN, pendant qu'elle était titulaire des brevets 756 et 264, avait vendu le Virazole sur un marché canadien à un prix qui, de l'avis du Conseil, était excessif et, le cas échéant, de déterminer quelle mesure correctrice s'imposait. Cependant, avant l'audience sur le fond, ICN a saisi le Conseil d'une requête, présentable le 27 septembre 1995, soulevant la question de sa compétence pour entendre l'affaire. 17

18 On September 26, 1995, one day prior to the hearing scheduled to address preliminary matters, including ICN's motion, the Board learned of the '265 patent when a member of the Board staff obtained a copy of that patent from the Patent Office. This revelation came as a surprise to the Board and its staff. At a meeting of Board staff and ICN representatives held on June 26, 1995, the Board staff asked ICN whether it was a patentee of any other patents relating to Virazole. At that meet-

Le 26 septembre 1995, soit un jour avant l'audience prévue pour l'examen de questions préliminaires, y compris la requête d'ICN, le Conseil a appris l'existence du brevet 265, un membre de son personnel en ayant obtenu un exemplaire au Bureau des brevets. Cette découverte a eu l'effet d'une surprise pour le Conseil et son personnel. À une rencontre avec des représentants d'ICN tenue le 26 juin 1995, le personnel du Conseil avait demandé à ICN si elle était titulaire d'un autre brevet se rappor- 18

ing ICN gave a negative response. After the '265 patent came to light, ICN indicated that it had not revealed its existence to the Board staff as, in ICN's opinion, that patent does not pertain to Virazole within the meaning of the Act. (Board's reasons, at page 15).

tant au Virazole. La réponse avait été négative. Une fois connue l'existence du brevet 265, ICN a indiqué qu'elle n'en avait pas informé le personnel du Conseil parce que, selon elle, le brevet n'était pas lié au Virazole au sens de la Loi (motifs du Conseil, à la page 15, version anglaise).

19 Upon learning of the '265 patent, the hearing with respect to ICN's motion was adjourned and the Board's notice of hearing amended to include, *inter alia*, the '265 patent. ICN's motion was heard in November 1995 and on November 30, 1995 the Board released its decision rejecting ICN's contention that the Board lacked jurisdiction. In its reasons the Board alluded to the fact that, with respect to the '265 patent, ICN had not "disclaimed" that patent. Subsequently, and prior to the hearing of the judicial review application, ICN filed a disclaimer with the Patent Office in connection with the '265 patent, specifically disclaiming the use for which Virazole is approved for sale in Canada. ICN forwarded a copy of the disclaimer to counsel for the Board seeking his opinion as to whether the disclaimer would, from the date of its issuance, have the effect of depriving the Board of jurisdiction. ICN was advised that it did not. The Patent Office confirmed the filing of the disclaimer on December 15, 1995.

L'audition de la requête d'ICN a donc été ajour- 19  
née, et l'avis d'audition du Conseil a été modifié de façon à faire également mention du brevet 265. La requête d'ICN a été entendue en novembre 1995 et, le 30 du même mois, le Conseil a rendu sa décision et rejeté la prétention d'ICN selon laquelle le Conseil n'avait pas compétence. Dans ses motifs, le Conseil fait allusion à ce que, en ce qui concerne le brevet 265, ICN n'a pas «renoncé» à ce brevet. Par la suite, mais avant l'audition de la demande de contrôle judiciaire, ICN a déposé un acte de renonciation au Bureau des brevets en liaison avec le brevet 265 et a renoncé expressément à l'utilisation pour laquelle la vente du Virazole était autorisée au Canada. Elle en a fait parvenir une copie à l'avocat du Conseil en lui demandant si, à son avis, à partir de la date de la renonciation, le Conseil serait privé de compétence. La réponse a été négative. Le Bureau des brevets a confirmé le dépôt de l'acte de renonciation le 15 décembre 1995.

20 In January of 1996, ICN sought judicial review of the Board's decision. As well, ICN brought an originating notice of motion before the Trial Division for a declaration with respect to the effect of the disclaimer. The judicial review application and ICN's notice of motion were heard together. On January 12, 1996, ICN filed with the Board further sales and price information "under protest". The judicial review application was heard on the last three days of January, 1996. The Trial Judge's decision was issued on February 15 of that year.

En janvier 1996, ICN a demandé le contrôle judi- 20  
ciaire de la décision rendue par le Conseil. Aussi, elle a saisi la Section de première instance d'un avis de requête introductive d'instance en vue d'obtenir un jugement déclaratoire concernant l'effet de la renonciation. La demande de contrôle judiciaire et la requête d'ICN ont été entendues simultanément. Le 12 janvier 1996, ICN a transmis au Conseil, «sous toute réserve», de nouveaux renseignements sur les ventes et le prix du médicament. La demande de contrôle judiciaire a été entendue les trois derniers jours de janvier 1996, et le juge de première instance a rendu sa décision le 15 février suivant.

21 Since this appeal comes before the Court as a matter of first impression and as ICN's arguments have been refined at each stage of the adjudicative process, it is instructive to retrace the issues as pursued before the Board and the Trial Judge.

Comme le présent appel est un cas sans précédent 21  
et que les arguments d'ICN ont été épurés à chaque étape de la procédure judiciaire, il est opportun de faire état des questions soulevées devant le Conseil, puis devant le juge de première instance.

### III THE DECISIONS BELOW

22 ICN's position before the Board and the Trial Judge was that the Board is without jurisdiction to make any order in relation to Virazole because neither the '264 patent nor the '265 patent pertain to Virazole within the meaning of the Act. In support of that position ICN advanced two arguments relating to the meaning to be attributed to the term "medicine" as used in subsection 83(1) of the Act.

23 First, ICN argued that subsection 79(2) is limited in scope to medicines for which a notice of compliance has issued. As noted earlier, pursuant to the provisions of the *Food and Drugs Act*, a notice of compliance must be issued before a medicine can be sold in Canada. The notice of compliance includes the "product monograph" for the medicine. A product monograph describes the essential characteristics of the medicine, including matters such as the chemicals in the medicine, the illnesses it is effective in treating, the proper dosages, the method of administering the medicine to patients and its side-effects. In short, ICN argued that ribavirin is only a "medicine" for purposes of sections 79 to 100 of the Act [sections 79-100 enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7] when it is supplied in the precise form and quantities prescribed by the notice of compliance in regard to Virazole. Within this context, ICN argued that both the '264 and '265 patents must be for an invention which is intended or capable of being used for, or for preparing, 6 grams of pure 100% ribavirin in lyophilized powder to be delivered in the manner stipulated in the notice of compliance.

24 The Board rejected the foregoing argument on several grounds. First, the language of subsection 79(2) is not restricted in the manner suggested by ICN. The only qualification in that subsection is that the invention must be intended or capable of being used for medicine or its production. The Trial Judge agreed.

25 Second, the Board noted that such an interpretation would have a dramatic and adverse effect on

### III LES DÉCISIONS DES TRIBUNAUX D'INSTAN- TANCE INFÉRIEURE

22 Devant le Conseil et le juge de première instance, ICN a fait valoir que le Conseil n'avait pas compétence pour rendre une ordonnance concernant le Virazole, parce que ni le brevet 264 ni le brevet 265 n'étaient liés au Virazole au sens de la Loi. À l'appui de sa thèse, ICN a formulé deux arguments se rapportant au sens du mot «médicament» employé au paragraphe 83(1) de la Loi.

23 ICN a tout d'abord soutenu que le paragraphe 79(2) ne visait que les médicaments à l'égard desquels un avis de conformité avait été délivré. Comme mentionné précédemment, aux termes de la *Loi sur les aliments et drogues*, un avis de conformité, qui comprend une «monographie de produit», doit être délivré avant qu'un médicament puisse être vendu au Canada. La monographie de produit donne les caractéristiques essentielles du médicament, comme les composants chimiques de celui-ci, les maladies qu'il permet de traiter, la posologie, le mode d'administration au patient et les effets secondaires. Bref, ICN a prétendu que la ribavirine n'était un «médicament» aux fins des articles 79 à 100 [les articles 79 à 100 édictés par L.C. 1993, ch. 2, art. 7] de la Loi que lorsqu'il était fourni sous la forme et suivant la quantité expressément prévues dans l'avis de conformité afférent au Virazole. Dans ce contexte, elle a ajouté que les brevets 264 et 265 devaient être liés à une invention destinée à une poudre lyophilisée renfermant 6 grammes de ribavirine pure, ou à sa préparation ou susceptible d'être utilisée à de telles fins, devant être administrée de la manière indiquée dans l'avis de conformité.

24 Le Conseil a rejeté cet argument pour plusieurs motifs. Premièrement, le libellé du paragraphe 79(2) n'est pas aussi restrictif que le soutient ICN. La seule limitation que prévoit cette disposition est que l'invention doit être destinée à des médicaments ou à leur production, ou susceptible d'être utilisée à de telles fins. Le juge de première instance en a convenu également.

25 Deuxièmement, le Conseil a signalé qu'une telle interprétation serait un obstacle majeur à l'exécution

the Board's ability to fulfil its mandate. Specifically, it would have the effect of excluding the review of prices for medicines released under the EDRP. The Trial Judge found that, on the facts of this case, the EDRP issue was a "red-herring".

de son mandat. Plus précisément, elle aurait pour effet de soustraire à son examen le prix des médicaments vendus en application du PMU. Le juge de première instance a conclu, compte tenu des faits de l'espèce, que la question relative au PMU brouillait les pistes.

26 Third, ICN argued that for an invention to pertain to a medicine within the meaning of subsection 79(2) of the Act, that medicine must be for a substance which itself has therapeutic value. In response, the Board simply noted that Virazole is comprised exclusively of a substance with therapeutic value. It went on, however, to point out that there are many cases in which a patented invention relates to only one of several active ingredients and others which relate solely to the process for administering a medicine to a patient, or to a part of a process for producing a medicine. The Board noted that, in each instance, patentees would have the ability to produce or to prevent the production of a central part of a medicine and, yet, according to ICN's argument the Board would be prevented from regulating prices deemed to be excessive.

Troisièmement, ICN a fait valoir qu'une invention n'était liée à un médicament au sens du paragraphe 79(2) de la Loi que si le médicament en question est une substance qui, en elle-même, a une valeur thérapeutique. Le Conseil a simplement rétorqué que le Virazole se composait exclusivement d'une substance dotée d'une valeur thérapeutique. Il a ajouté, toutefois, que dans de nombreux cas, l'invention brevetée se rapporte à un seul des principes actifs, et dans d'autres, l'invention vise uniquement le procédé d'administration du médicament au patient, ou encore, une partie du procédé de fabrication du médicament. Le Conseil a fait remarquer que, dans chacun des cas, le breveté pouvait produire un élément central d'un médicament, ou en empêcher la production mais que, suivant l'argument d'ICN, le Conseil ne pourrait prendre de mesures à l'égard de prix jugés excessifs. 26

27 At this juncture, the Board concluded that for purposes of subsection 79(2) the word "medicine", as used in the phrase "intended or capable of being used for medicine or for the preparation and production of medicine", means ribavirin. The Trial Judge concluded that the term medicine should be given the same interpretation as it was given under the former compulsory licensing provisions of the "old" *Patent Act* as the language of subsection 79(2) is "lifted" from subsection 39(4) [rep. by S.C. 1993, c. 2, s. 3] of the old *Patent Act*.

À cette étape, le Conseil a conclu que, aux fins du paragraphe 79(2), le mot «médicaments», employé dans l'énoncé «destinée à des médicaments ou à la préparation ou la production de médicaments, ou susceptible d'être utilisée à de telles fins», désignait la ribavirine. Le juge de première instance est arrivé à la conclusion que le terme «médicaments» devait avoir le même sens qu'aux fins des anciennes dispositions relatives à l'octroi de licences obligatoires, le texte du paragraphe 79(2) étant «tiré» du paragraphe 39(4) [abrogé par L.C. 1993, ch. 2, art. 3] de l'ancienne *Loi sur les brevets*. 27

28 At this point in their analyses, both the Board and the Trial Judge turned to the arguments directed at the '264 and '265 patents respectively. With respect to the '264 patent, ICN argued that the Board lacked jurisdiction as ICN was not using the process outlined in that patent to make ribavirin. Rather, it was still using one of the processes described in the expired '756 patent. ICN tendered the affidavit

À ce tournant de leurs analyses, tant le Conseil que le juge de première instance ont examiné les arguments se rapportant aux brevets 264 et 265 respectivement. En ce qui concerne le brevet 264, ICN soutenait que le Conseil n'avait pas compétence du fait qu'elle n'utilisait pas le procédé décrit dans ce brevet pour fabriquer la ribavirine. ICN utilisait plutôt l'un des procédés indiqués dans le brevet 756, 28

evidence of Robert Orr and Dr. Cottam to support the understanding that it is not possible to use the process described in the '264 patent to make ribavirin in quantities sufficient for pharmaceutical applications. Mr. Orr stated that the world-wide supply of one of the chemical substances required to produce ribavirin is insufficient to produce a single dose of Virazole. Furthermore, he concluded that even if that chemical substance were available in sufficient quantities the cost of such would be prohibitive. Dr. Cottam was of the view that the process described in the '264 was suitable only for producing amounts of ribavirin for research purposes. As well, he was of the view that that chemical substance was too difficult and costly to store even if it were available in sufficient quantities. Having regard to this evidence, ICN argued that '264 patent cannot be considered to pertain to Virazole within the meaning of the Act.

lequel avait expiré. Les affidavits de Robert Orr et de M. Cottam ont été présentés à l'appui de sa prétention selon laquelle il n'était pas possible d'utiliser le procédé décrit dans le brevet 264 pour fabriquer de la ribavirine en quantité suffisante à des fins pharmaceutiques. M. Orr a témoigné que l'approvisionnement mondial en l'une des substances chimiques nécessaires à la production de la ribavirine était insuffisant pour produire une seule dose de Virazole. Il a ajouté que, même si cette substance chimique devenait disponible en quantité suffisante, son coût serait prohibitif. Selon le M. Cottam, le procédé décrit dans le brevet 264 ne permettait la production de ribavirine qu'à des fins de recherche. En outre, cette substance chimique serait trop difficile et coûteuse à entreposer même si elle pouvait être obtenue en quantité suffisante. À partir de cette preuve, ICN a soutenu que le brevet 264 ne pouvait être considéré comme lié au Virazole au sens de la Loi.

29 The Board and the Trial Judge concluded that whether a patentee is making use of the patent in question is irrelevant to the legal question of whether that patent pertains to a medicine within the meaning of the Act. Noting that the test established in subsection 79(2) is whether the patent is "intended or capable of being used for medicine", the Board reasoned that the utilization of those words clearly broadens their scope beyond actual usage. The respondent, The Staff of The Patented Medicine Prices Review Board (the Board Staff), did not seek evidence to counter ICN's affidavit evidence as to the efficacy of the '264 patent on the ground that it considered such matters to be irrelevant. The Trial Judge noted that the Board has no power to investigate and determine whether a patent is actually being used, and that the interpretation advanced by ICN, if accepted, could result in the jurisdiction of the Board being circumvented easily by a patentee declaring that it was not using a particular patent. For the same reasons, the Board and Trial Judge considered that the relative efficacy of a patent in producing commercial quantities of a medicine is irrelevant to the issue of whether a patent pertains to a medicine for purposes of the Act.

Le Conseil et le juge de première instance ont conclu que la question de savoir si le breveté utilisait le brevet en cause n'était pas pertinente pour déterminer, sur le plan juridique, si le brevet est lié à un médicament au sens de la Loi. Faisant remarquer que le critère établi au paragraphe 79(2) est de savoir si l'invention visée par le brevet est «destinée» à des médicaments ou est «susceptible» d'être ainsi utilisée (*intended or capable of being used for medicine*), le Conseil a opiné que l'emploi de ces mots élargissait clairement leur portée au-delà de l'utilisation réelle. L'intimé, le personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (le personnel du Conseil), n'a pas présenté d'élément de preuve pour contrer la preuve par affidavit d'ICN quant à l'efficacité du brevet 264 parce qu'il ne jugeait pas la question pertinente. Le juge de première instance a indiqué que le Conseil n'avait pas le pouvoir d'enquêter et de déterminer si un brevet était utilisé dans les faits et que l'interprétation proposée par ICN, s'il y était fait droit, pouvait permettre à un breveté de se soustraire facilement à la compétence du Conseil en déclarant qu'il n'utilise pas un brevet en particulier. Pour les mêmes motifs, le Conseil et le juge de première instance ont estimé que l'efficacité relative d'un brevet aux fins de la production de quantités commerciales d'un médicament n'était pas pertinente

pour trancher la question de savoir si un brevet est lié à un médicament au sens de la Loi.

30 With respect to the '265 patent, ICN argued that the use claims set out in that patent cannot be construed as including the use for which Virazole is approved for sale in Canada, pursuant to the notice of compliance. Relying on the affidavit evidence of Dr. Biedermann, ICN argued that the use of ribavirin for the treatment of severe respiratory syncytial virus infection in neonates and infants, as set out in the '265 patent and described in the Virazole notice of compliance, was part of the "prior art" relevant to the '265 patent and therefore its claims should be read down so as to exclude that use. Otherwise, the '265 patent would be open to attack on the ground of invalidity due to anticipation. With respect to that patent, Board Staff filed the affidavit evidence of Drs. Corrin and Cooper. Their evidence was to the effect that the claims for the uses of ribavirin asserted in the '265 patent were identical to, or inclusive of, the uses of the ribavirin described in the Virazole notice of compliance.

30 Relativement au brevet 265, ICN a fait valoir que les utilisations revendiquées dans ce brevet ne pouvaient englober l'utilisation pour laquelle l'avis de conformité autorisait la vente du Virazole au Canada. S'appuyant sur l'affidavit de M. Biedermann, ICN a prétendu que l'utilisation de la ribavirine pour le traitement des cas graves d'infection attribuable au virus respiratoire syncytial chez les nouveaux-nés et les nourrissons, comme indiqué dans le brevet 265 et décrit dans l'avis de conformité afférent au Virazole, faisait partie de l'«antériorité» relative au brevet 265, de sorte que les revendications que renferme celui-ci devaient être interprétées de façon à exclure cette utilisation. Sinon, la validité du brevet 265 pouvait être contestée sur la base de l'antériorité. En ce qui concerne ce brevet, le personnel du Conseil a produit les affidavits des MM. Corrin et Cooper. Selon cette preuve, les revendications afférentes aux utilisations de la ribavirine figurant dans le brevet 265 sont les mêmes que celles décrites dans l'avis de conformité relatif au Virazole, ou les englobent.

31 With respect to the foregoing argument, the Board concluded that it was inappropriate for it to engage in the task of claim construction. The Board observed that its statutory mandate requires it to have experience in the pricing of "patented medicines". In the opinion of the Board, it does not have the further mandate, nor the necessary experience and expertise, to undertake the type of analysis being advocated by ICN. The Trial Judge held that the Board was correct in finding that it should not go beyond the face of the patent to construe the use claims before determining whether they correspond to the uses stipulated in the notice of compliance for Virazole. On its face the '265 patent is intended for the preparation or production of the medicine, ribavirin, and that finding, alone, is sufficient to establish the Board's jurisdiction.

31 À cet égard, le Conseil a conclu qu'il n'était pas opportun de s'engager dans l'interprétation des revendications. Il a fait observer que son mandat légal lui imposait d'avoir de l'expérience dans l'établissement du prix de «médicaments brevetés». À son avis, il ne lui incombait pas en outre de se livrer au genre d'analyse préconisé par ICN, et il n'avait pas non plus l'expérience et l'expertise nécessaires pour le faire. Le juge de première instance a conclu que le Conseil avait eu raison de s'en tenir à la portée manifeste du brevet et de s'abstenir d'interpréter les utilisations revendiquées pour déterminer si celles-ci correspondaient à celles décrites dans l'avis de conformité afférent au Virazole. À première vue, le brevet 265 est destiné à la préparation ou à la production d'un médicament, la ribavirine, et cette seule conclusion suffit à conférer au Conseil la compétence voulue.

32 In the alternative, the Board concluded that the uses of ribavirin described in the Virazole notice of

32 À titre subsidiaire, le Conseil est arrivé à la conclusion que les utilisations de la ribavirine décrites

compliance were not part of the prior art relevant to the '265 patent. Therefore, if it were necessary for the Board to rule on the issue it would have construed the claims in the '265 patent without reference to such. Accordingly, the Board concluded at page 18: "that the '265 Patent pertains to Virazole because it describes uses for ribavirin, the active and only ingredient in Virazole". Noting that there was a dispute as to the publication dates of the alleged prior art, the Trial Judge declined to resolve the issue in light of the other conclusions he had reached.

33 The final issue addressed by the Trial Judge, and which was not before the Board, turned on the validity of the disclaimer filed by ICN with the Patent Office on December 6, 1995. Before the Trial Judge, ICN argued that as of that date the Board was without jurisdiction to deal with the '265 patent, as the disclaimer had the effect of disclaiming the uses for which Virazole is approved for sale in Canada and, therefore, there was no longer a nexus between that patent and the medicine being sold in Canada. In response, the Board Staff advanced three counterarguments.

34 First, it was argued that even if the disclaimer is valid the Board's authority would not terminate because the claims of the '265 patent not disclaimed by ICN continue to pertain to ribavirin within the meaning of subsection 79(2) of the Act. The Trial Judge accepted this submission, but went on to deal with the other grounds of attack.

35 Second, the Board Staff argued that the disclaimer was invalid for failing to comply with subsection 48(1) [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 17] of the Act. That subsection allows the filing of a disclaimer, but only in circumstances where a patentee has made a specification too broad by reason of "any mistake, accident or inadvertence, and without any wilful intent to defraud or mislead the public". While the Board Staff argued that ICN's sole motivation in filing the disclaimer was to avoid the jurisdiction of the Board, the Trial Judge found [at page 43] "nothing objectionable in such an action". In his opinion, it is permissible for a patentee to

dans l'avis de conformité afférent au Virazole ne faisaient pas partie de l'antériorité relative au brevet 265. Par conséquent, si le Conseil avait dû se prononcer sur la question, il aurait interprété les revendications du brevet 265 sans tenir compte de cette antériorité. Partant, le Conseil conclut (à la page 18) que le brevet 265 est lié au Virazole, car il décrit des utilisations de la ribavirine, le principe actif et seul ingrédient du Virazole. Après avoir signalé qu'il y avait désaccord quant aux dates de publication de la prétendue antériorité, le juge de première instance a refusé de trancher la question, vu les autres conclusions qu'il avait tirées.

La dernière question abordée par le juge de première instance, et dont le Conseil n'a pas été saisi, porte sur la validité de la renonciation produite par ICN au Bureau des brevets le 6 décembre 1995. Devant le juge de première instance, ICN a soutenu que, depuis cette date, le Conseil n'avait plus compétence pour se prononcer relativement au brevet 265, la renonciation visant les utilisations pour lesquelles la vente du Virazole est autorisée au Canada, de sorte qu'il n'y a plus de lien entre ce brevet et le médicament vendu au Canada. En réponse, le personnel du Conseil a opposé trois arguments. 33

Premièrement, il a soutenu que, même si la renonciation était valide, le Conseil avait toujours compétence, car les revendications du brevet 265 auxquelles ICN n'avait pas renoncé demeuraient liées à la ribavirine au sens du paragraphe 79(2) de la Loi. Le juge de première instance a fait droit à cette prétention, mais il a examiné les autres motifs avancés. 34

Deuxièmement, le personnel du Conseil a soutenu que la renonciation était invalide parce qu'elle n'était pas conforme au paragraphe 48(1) [mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 17] de la Loi. Cette disposition ne permet le dépôt d'une renonciation que dans le cas où le breveté a donné trop d'étendue à son mémoire descriptif «par erreur, accident ou inadvertance, et sans intention de frauder ou tromper le public». Le personnel du Conseil a fait valoir qu'ICN avait déposé la renonciation à la seule fin de se soustraire à sa compétence, mais le juge de première instance a dit ne rien voir d'inacceptable dans ce geste, le breveté étant libre d'orga- 35

organize his or her affairs for the purposes of avoiding price regulation by the Board. The Trial Judge went on to conclude that, in any event, the disclaimer does not change the fact that the '265 patent [at pages 43-44] "continues to be an invention intended for medicine and, accordingly, it remains in the Board's jurisdiction".

36 Third, the Board Staff maintained that as the disclaimer was not filed until after the Board issued its notice of hearing, and after it had rejected ICN's challenge to its jurisdiction, the disclaimer can have no effect. The Board Staff invoked subsection 48(4) of the Act which states in part "[n]o disclaimer affects any action pending at the time when it is made". The Trial Judge agreed with this submission, but declined to pursue it in depth in light of his earlier findings.

37 In summary, the Board concluded that, with respect to both the '264 and '265 patents, ICN is a patentee for inventions which pertain to the medicine "ribavirin", which is "Virazole". Accordingly, it held that it possessed the requisite jurisdiction. In his reasons the Trial Judge articulated three basic conclusions. First, the word "capable" in subsection 79(2) of the Act must be given its plain and ordinary meaning and, accordingly, the '264 patent is capable of being used for the preparation or production of the medicine, ribavirin. Second, the word "medicine" in subsection 79(2) of the Act is not limited to drugs for which a notice of compliance has issued and, accordingly, the '265 patent is intended for the preparation or production of the medicine ribavirin. Finally, the Board's jurisdiction was not terminated by the disclaimer filed on December 6, 1995 because the invention described by the '265 patent continues to pertain to ribavirin within the meaning of subsection 79(2) of the Act. For those reasons the application for judicial review, as well as the motion concerning the validity of the disclaimer, were dismissed.

#### IV ICN'S ARGUMENTS ON APPEAL

38 On appeal, the arguments advanced by ICN and the errors alleged to have been committed by both

niser ses affaires de façon à se soustraire à la réglementation des prix par le Conseil. Le juge de première instance a ajouté que, de toute façon, la renonciation ne changeait rien au fait que le brevet 265 [à la page 46] «demeur[ait] une invention destinée à des médicaments et . . . par conséquent, il continu[ait] de relever de la compétence du Conseil».

Troisièmement, le personnel du Conseil a prétendu que, la renonciation n'ayant été déposée qu'après que le Conseil eut donné un avis d'audition et eut rejeté la requête contestant sa compétence, la renonciation ne pouvait avoir d'effet. Il s'appuyait sur le paragraphe 48(4) de la Loi qui prévoit notamment que «[d]ans toute action pendante au moment où elle est faite, aucune renonciation n'a d'effet». Le juge de première instance a fait droit à cette prétention, mais s'est refusé à approfondir la question vu ses conclusions précédentes.

En résumé, le Conseil a conclu, en ce qui concerne les brevets 264 et 265, qu'ICN est un breveté à l'égard d'inventions liées à la «ribavirine», le médicament qui compose le «Virazole». Par conséquent, il a estimé avoir la compétence voulue. Dans ses motifs, le juge de première instance a tiré trois conclusions principales. Premièrement, le mot «susceptible» employé au paragraphe 79(2) de la Loi doit être interprété suivant son sens ordinaire, de sorte que le brevet 264 est susceptible d'être utilisé pour la préparation ou la production de la ribavirine. Deuxièmement, le mot «médicament» employé au paragraphe 79(2) de la Loi n'englobe pas que les médicaments à l'égard desquels un avis de conformité a été délivré, de sorte que le brevet 265 est destiné à la préparation ou à la production de la ribavirine. Enfin, le Conseil est demeuré investi de sa compétence malgré la renonciation déposée le 6 décembre 1995, car l'invention décrite dans le brevet 265 demeure liée à la ribavirine au sens du paragraphe 79(2) de la Loi. Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire, de même que la requête relative à la validité de la renonciation, ont été rejetées.

#### IV L'ARGUMENTATION D'ICN EN APPEL

38 En appel, ICN a épuré ses arguments et ses allégations d'erreurs commises tant par le Conseil que

the Board and Trial Judge were refined and directed at the '264 and '265 patents respectively. During the hearing of the appeal two ancillary matters were pursued: the relevance of ICN's failure to disclose the existence of the '265 patent and the legal standing of one of the respondents, the Board Staff. Although neither of these matters bears on the outcome of the appeal, they will be dealt with following the substantive analysis on the main issues raised on appeal. I turn now to the arguments advanced by ICN.

39 With respect to the '264 patent, ICN maintains that the Trial Judge erred in construing the term "the medicine", as found in subsection 83(1) of the Act, to mean ribavirin, rather than Virazole. ICN maintains that, as the NOC Regulations and the provisions of the Act relating to patented medicines deal with the same scheme and subject-matter and, therefore, are presumed to have been drafted with one another in mind, a coherent and consistent treatment of the subject must be applied. The word "medicine" in subsection 83(1) of the Act refers to the medicine being sold in Canada. This is the same medicine to which the NOC Regulations and *Food and Drugs Act* and its *Food and Drug Regulations*, C.R.C., 1978, c. 870, as amended apply, and therefore, the definition of "medicine" in the NOC Regulations should apply to that term under the Act as well: that is to say, medicine should be defined as Virazole (see appellant's memorandum of fact and law, at paragraphs 78-79).

40 ICN also argues that the Board's jurisdiction to review and regulate prices must be based upon a rational relationship between the patent in question and the medicine sold in Canada. ICN asserts that the burden of establishing that a patent is for an invention pertaining to a medicine is on the Board. According to ICN, the only rational way in which to establish that nexus is to compare the claims of the patent, once properly construed, to the medicine Virazole. If, and only if, the conduct of the defendant in producing and marketing the medicine falls within the scope of the patent's claims, once proper-

par le juge de première instance et elle a mis l'accent sur les brevets 264 et 265 respectivement. Pendant l'audition, deux questions connexes ont été abordées, soit la pertinence de l'omission d'ICN de révéler l'existence du brevet 265 et la qualité pour agir de l'un des intimés, le personnel du Conseil. Bien qu'aucune de ces questions n'ait d'incidence sur l'issue du recours, elles seront examinées après l'analyse au fond des principales questions en litige aux fins de l'appel. Il convient maintenant de se pencher sur les arguments avancés par ICN.

Pour ce qui est du brevet 264, ICN soutient que le 39 juge de première instance a commis une erreur en concluant que le mot «médicament», au paragraphe 83(1) de la Loi, désigne la ribavirine, et non le Virazole. Comme les dispositions du Règlement et celles de la Loi qui touchent les médicaments brevetés ont le même cadre d'application et le même objet, de sorte qu'elles sont présumées avoir été rédigées les unes en fonction des autres, ICN prétend qu'il convient de les appliquer de façon cohérente et uniforme. Au paragraphe 83(1) de la Loi, le mot «médicament» renvoie au médicament vendu au Canada. Il s'agit du même médicament auquel le Règlement ainsi que la *Loi sur les aliments et drogues* et son règlement d'application [*Règlement sur les aliments et drogues*], C.R.C., 1978, ch. 870, et leurs modifications, s'appliquent, en sorte que la définition de «médicament» prévue dans le Règlement devrait être la même aux fins de la Loi. Ainsi, «médicament» devrait s'entendre du Virazole. (Voir l'exposé des faits et du droit de l'appelante, aux paragraphes 78 et 79.)

ICN fait aussi valoir que la compétence du 40 Conseil d'examiner et de réglementer les prix doit se fonder sur un lien logique entre le brevet en cause et le médicament vendu au Canada. Selon elle, il incombe au Conseil d'établir qu'un brevet porte sur une invention liée à un médicament. Elle ajoute que le seul moyen valable d'établir ce lien consiste à comparer les revendications du brevet, après les avoir correctement interprétées, et le médicament Virazole. L'existence d'un tel lien n'est établie que si le comportement de la partie défenderesse dans la production et la commercialisation du médicament

ly construed, is the nexus established. (See appellant's memorandum of fact and law, at paragraph 81.)

relève des revendications du brevet, une fois celles-ci correctement interprétées. (Voir l'exposé des faits et du droit de l'appelante, au paragraphe 81.)

41 In the case of the '264 patent, ICN maintains that the evidence supports the conclusion that the method of the '264 patent is not "intended [to be] used for medicine or for the preparation or production of the medicine", as contemplated by subsection 79(2) of the Act, because it is a research and development process. Furthermore, the process outlined in that patent is not "capable of being used for . . . the preparation or production of [the] medicine", Virazole, sold in Canada because it is only capable of producing 1/1,000,000 of a single dose. In the opinion of ICN, there is no "exclusionary right" flowing from the claims of '264 patent which could conceivably allow ICN to charge excessive prices. Accordingly, it submits that the claims of the '264 patent, when properly construed, are not rationally related to the medicine Virazole being sold in Canada, and therefore, the Board's jurisdiction cannot be predicated on that patent.

Dans le cas du brevet 264, ICN soutient que, 41  
suivant la preuve, la méthode décrite dans le brevet 264 n'est pas «destinée à des médicaments ou à la préparation ou la production de médicaments» au sens du paragraphe 79(2) de la Loi, parce qu'il s'agit d'un procédé de recherche et de développement. En outre, le procédé décrit dans ce brevet n'est pas «susceptible d'être utilisé . . . à de telles fins», relativement au médicament Virazole vendu au Canada, parce qu'il ne permet de produire que 1/1 000 000 de dose individuelle. De l'avis d'ICN, aucun «droit exclusif» ne découle des revendications du brevet 264 qui puisse théoriquement lui permettre d'établir un prix excessif. En conséquence, elle allègue qu'il n'existe aucun lien logique entre les revendications du brevet 264, une fois celles-ci correctement interprétées, et le médicament Virazole vendu au Canada, en sorte que le Conseil ne saurait fonder sa compétence sur ce brevet.

42 I pause here to note that ICN did not pursue the argument that a patentee must be using the patented process before the Board acquires jurisdiction. In my opinion, ICN acted wisely in abandoning that argument in light of and for the reasons given by both the Board and Trial Judge. ICN now takes the position that the patented process must be either "intended" or "capable" of being used to make the medicine in question in order for the Board to acquire jurisdiction. It is not that ICN is not using the process described in the '264 patent that ousts the Board's jurisdiction, but that it is impossible to use that process to make the medicine Virazole: see appellant's memorandum of fact and law, at paragraph 39.

Je signale en passant qu'ICN n'a pas repris l'argument selon lequel le titulaire du brevet doit utiliser le procédé breveté pour que le Conseil ait compétence. Selon moi, ICN a bien fait de renoncer à cet argument et ce, pour les motifs rendus par le Conseil et le juge de première instance. ICN prétend maintenant que le procédé breveté doit être «destiné» à la fabrication du médicament en cause ou être «susceptible» d'être utilisé à cette fin pour que le Conseil ait la compétence voulue. Ce n'est pas dans l'éventualité où ICN n'utiliserait pas le procédé décrit dans le brevet 264 que le Conseil perdrait toute sa compétence, mais bien s'il lui était impossible d'utiliser ce procédé pour fabriquer le Virazole. (Voir l'exposé des faits et du droit de l'appelante, au paragraphe 39.) 42

43 With respect to the '265 patent, ICN's argument rests once again on the premise that the medicine referred to in subsection 83(1) of the Act is Virazole, not ribavirin, and that the claims of that patent, when properly construed, are not rationally related to the medicine Virazole being sold in Canada. The

En ce qui a trait au brevet 265, l'argumentation 43  
d'ICN repose à nouveau sur le postulat que le médicament visé à l'article 83 de la Loi est le Virazole, et non la ribavirine, et que les revendications de ce brevet, une fois correctement interprétées, n'ont aucun lien logique avec le médicament Virazole qui

essence of ICN's position, as I understand it, may be summarized as follows. Prior to the filing of the disclaimer, the '265 patent made claim to the use for which Virazole was and is being sold in Canada. However, as that particular use was already known at the time of the application for that patent, it could be held invalid on the ground of anticipation. Prior knowledge of the use of ribavirin in the treatment of serious viral infections in infants and children was said to be found in two publications, allegedly published more than two years before the application was made for the '265 patent. Accordingly, ICN submits that the claims of the '265 patent must be construed so as to exclude the anticipated use, which is the use for which Virazole is being sold in Canada. Once the '265 patent is so construed, there is no rational connection between it and the medicine Virazole. In short, Virazole is used for treating serious viral infections in infants and children, while the '265 patent, properly construed, does not embrace that use.

44 Finally, ICN relies in the alternative on the use disclaimer filed December 6, 1995. As noted earlier, that disclaimer relates to the use for which Virazole is approved for sale in Canada. ICN asserts that, given the patent construction test it advocates for the assessment of the required nexus, if the disclaimer is valid then the '265 patent can no longer be viewed as pertaining to Virazole as it will not encompass the use for which Virazole is sold in Canada. This argument is much the same as that advanced with respect to the alleged prior art.

## V ANALYSIS

45 At the heart of ICN's argument is the proposition that there must be a rational connection or nexus between the patent and the medicine in question in order for the Board to acquire jurisdiction. In furtherance of its argument, ICN cast the pivotal issue in terms of whether "the medicine" referred to in subsection 83(1) of the Act should be construed as ribavirin, as held by the Board and Trial Judge, or as referring to the medicine Virazole which con-

est vendu au Canada. Voici comment, selon moi, la position défendue par ICN peut être résumée. Avant le dépôt de la renonciation, le brevet 265 renfermait une revendication afférente à l'utilisation pour laquelle le Virazole était vendu au Canada et l'est toujours. Cependant, comme cette utilisation particulière était déjà connue au moment de la demande de brevet, la revendication aurait pu être jugée invalide sur la base de l'antériorité. Le recours à la ribavirine pour le traitement des cas graves d'infection virale chez les jeunes enfants et les nourrissons aurait déjà été mentionné dans deux publications plus de deux ans avant la demande relative au brevet 265. ICN fait donc valoir que les revendications du brevet 265 doivent être interprétées de façon à exclure l'utilisation déjà connue, c'est-à-dire l'utilisation pour laquelle le Virazole est vendu au Canada. Une fois le brevet 265 ainsi interprété, il n'a aucun lien logique avec le médicament Virazole. Bref, le Virazole est utilisé pour le traitement des cas graves d'infection virale chez les nourrissons et les jeunes enfants, alors que le brevet 265, correctement interprété, n'engloberait pas cette utilisation.

Enfin, à titre subsidiaire, ICN invoque la renonciation déposée le 6 décembre 1995. Comme mentionné précédemment, cette renonciation vise l'utilisation pour laquelle la vente du Virazole est autorisée au Canada. Compte tenu du critère de l'interprétation du brevet qu'elle met de l'avant pour l'évaluation du lien requis, ICN prétend que, si la renonciation est valide, le brevet 265 ne peut plus être considéré comme lié au Virazole puisqu'il n'englobe pas l'utilisation pour laquelle le Virazole est vendu au Canada. Cet argument s'apparente assez à celui formulé à l'égard de la prétendue antériorité.

## V L'ANALYSE

45 L'argument d'ICN est axé sur la proposition selon laquelle il doit y avoir un lien logique entre le brevet et le médicament en cause pour que le Conseil ait compétence. Qui plus est, ICN estime que la question à trancher est celle de savoir si le «médicament» visé au paragraphe 83(1) de la Loi est la ribavirine, comme l'ont estimé le Conseil et le juge de première instance, ou le Virazole, qui est toujours en vente sur le marché canadien. D'autant que je

tinues to be sold in the Canadian market. As I see it, ICN perceives this issue to be of critical significance because if the medicine is deemed to be the chemical substance ribavirin, to which the patents clearly pertain, then presumably there is no need to construe the claims of the respective patents and compare them with the medicine Virazole being sold in Canada pursuant to the notice of compliance and the product monograph issued under the *Food and Drugs Act* and *Food and Drug Regulations*. On the other hand, if the medicine is deemed to be Virazole, ICN would have us conclude that there is no rational connection between that medicine and the '264 patent because it is impossible to use the process described in that patent to make Virazole and, therefore, competitors are not being excluded from the market. Similarly, with respect to the '265 patent, ICN asserts that there is no rational connection between that patent and the medicine Virazole because the patent no longer creates a monopoly with respect to the use for which Virazole is being sold in Canada. The true thrust of ICN's argument is that neither patent precludes competitors from entering the market in which Virazole is being sold in Canada. Neither patent can be said to vest an "exclusionary right" in ICN so as to enable it to exercise market power for the purpose of extracting non-competitive or excessive prices.

46 I agree with counsel for ICN that there must be a rational connection or nexus between a patent and the medicine in question in order for the Board to acquire jurisdiction. The true issue is to identify the proper rational connection test. I do not accept the one advocated by ICN, which embraces a restrictive definition of medicine and the need to engage in patent or claims construction. That test, in my view, does not conform with the one specified in subsections 83(1) and 79(2) of the Act. From those two subsections I draw two major conclusions. First, one does not have to, and ought not, go beyond the face of a patent to establish the required nexus. Second, because of the broad scope of the terms "pertaining to" and "pertains to" as used in those subsections, the nexus can be one of the merest slender thread. On the facts of this case, the rational connection between the '264 and '265 patents and the medicine

puisse en juger, ICN est d'avis que cette question a une importance capitale, car si le médicament est réputé être la substance chimique, la ribavirine, à laquelle les brevets sont clairement liés, alors il ne serait pas nécessaire d'interpréter les revendications de chacun des brevets et de les comparer au médicament Virazole vendu au Canada en application de l'avis de conformité et de la monographie de produit délivrés en vertu de la *Loi sur les aliments et drogues* et du *Règlement sur les aliments et drogues*. Par contre, si le médicament est réputé être le Virazole, ICN nous invite à conclure qu'il n'y a aucun lien logique entre ce médicament et le brevet 264, car il est impossible d'utiliser le procédé décrit dans ce brevet pour fabriquer le Virazole, de sorte que les concurrents ne sont pas exclus du marché. De même, en ce qui concerne le brevet 265, ICN fait valoir qu'il n'y a aucun lien logique entre le brevet et le médicament Virazole, parce que le brevet n'a plus pour effet de conférer un monopole quant à l'utilisation pour laquelle le Virazole est vendu au Canada. Le fondement véritable de l'argumentation d'ICN est qu'aucun des brevets n'empêche les concurrents d'accéder au marché de la vente du Virazole au Canada. Ni l'un ni l'autre des brevets ne confèrent à ICN un «droit exclusif» qui lui permet d'exercer une puissance commerciale aux fins d'établir des prix non concurrentiels ou excessifs.

Je concède à l'avocat d'ICN qu'il doit y avoir un lien logique entre un brevet et le médicament en cause pour que le Conseil ait compétence. La véritable question en litige est de savoir quel critère doit être appliqué à cet égard. Je ne suis pas d'accord avec celui prôné par ICN, qui implique une définition restrictive de «médicament» et l'obligation de se livrer à une interprétation du brevet ou des revendications. Selon moi, ce critère n'est pas conforme à celui énoncé aux paragraphes 83(1) et 79(2) de la Loi, à partir desquels je tire deux conclusions principales. Premièrement, il n'est ni nécessaire ni souhaitable d'interpréter un brevet pour établir le lien requis. Deuxièmement, en raison de la grande portée des mots «est liée» et «liée» (dans la définition du terme «breveté» au paragraphe 79(1)) qui sont employés dans ces dispositions, le lien peut être le plus tenu qui soit. Compte tenu des faits de l'espèce, le 46

being sold in Canada, that is to say Virazole, is ribavirin. Thus, the Board's jurisdiction is clearly established. I turn now to the more difficult task of demonstrating that the above conclusions are justified in law and logic.

47 My analysis begins with the understanding that for the Board to acquire jurisdiction three condition precedents must be satisfied. First, the Board must determine that a party such as ICN is a patentee of an invention. Second, the patentee's invention must pertain to a medicine. As will be explained, this condition precedent consists of two subrequirements. Third, the patentee must be selling the medicine in any market in Canada. These condition precedents can be extracted readily from subsection 83(1) of the Act, which bears repeating:

83. (1) Where the Board finds that a patentee of an invention pertaining to a medicine is selling the medicine in any market in Canada at a price that, in the Board's opinion, is excessive, the Board may, by order, direct the patentee to cause the maximum price at which the patentee sells the medicine in that market to be reduced to such level as the Board considers not to be excessive and as is specified in the order. [Emphasis added.]

48 The necessity for the first condition is not contested. I address it because of its relevance to the continuing jurisdiction of the Board. It is to be noted that although subsection 83(1) speaks of an existing patent, the Board's jurisdiction is not terminated simply because the patent in issue has expired. In such cases the Board retains the jurisdiction to determine whether excessive prices were being charged for the medicine prior to the expiration date. That jurisdiction is preserved by virtue of subsection 83(3) of the Act, but is subject to subsection 83(7) which dictates that the Board must commence proceedings within three years of the date the former patentee ceased to be entitled to the benefit of the patent.

49 In the present case the Board's jurisdiction to monitor ICN sales and prices until September 28, 1993, the date the '756 patent expired, is not contested. The position of ICN is that after that date the

lien logique entre les brevets 264 et 265 et le médicament vendu au Canada, c.-à-d. le Virazole, est la ribavirine. En conséquence, la compétence du Conseil est clairement établie. J'entreprends maintenant la tâche plus difficile de justifier les conclusions qui précèdent sur les plans juridique et logique.

Tout d'abord, trois conditions préalables doivent être remplies pour que le Conseil ait la compétence voulue. En premier lieu, le Conseil doit déterminer qu'une partie, comme ICN, est un breveté à l'égard d'une invention. En deuxième lieu, l'invention du breveté doit être liée à un médicament. Cette condition préalable comporte à son tour deux volets auxquels nous reviendrons. En troisième lieu, le breveté doit vendre le médicament sur un marché canadien. C'est ce qui ressort du paragraphe 83(1) de la Loi, dont voici à nouveau le libellé:

83. (1) Lorsqu'il estime que le breveté vend sur un marché canadien le médicament à un prix qu'il juge être excessif, le Conseil peut, par ordonnance, lui enjoindre de baisser le prix de vente maximal du médicament dans ce marché au niveau précisé dans l'ordonnance et de façon qu'il ne puisse pas être excessif. [Non souligné dans le texte de loi.]

L'application de la première condition n'est pas contestée. J'en fais mention, car elle est pertinente quant à la compétence du Conseil. Il convient de signaler que, même si le paragraphe 83(1) renvoie à un brevet existant, le Conseil ne cesse pas d'avoir compétence simplement parce que le brevet expire. En pareil cas, le Conseil demeure habilité à déterminer si un prix excessif a été exigé pour le médicament avant la date d'expiration. Sa compétence demeure grâce à l'application du paragraphe 83(3) de la Loi, sous réserve du paragraphe 83(7) qui prévoit que le Conseil doit engager des procédures au cours des trois années qui suivent le moment où l'ancien breveté cesse d'avoir droit aux avantages du brevet.

Dans la présente affaire, nul ne conteste que le Conseil était habilité à surveiller les ventes et les prix d'ICN jusqu'au 28 septembre 1993, soit la date à laquelle le brevet 756 a expiré. ICN soutient que,

Board lost its jurisdiction as neither the '264 patent nor the '265 patent pertains to the medicine Virazole within the meaning of the Act. Assuming that argument fails, ICN's alternative position is that, if the disclaimer filed with respect to the '265 patent is held to be valid, then the Board's jurisdiction to monitor ICN sales and prices for Virazole ceased as of December 6, 1995, the date the disclaimer became effective. If that alternative argument fails then the Board's jurisdiction is preserved until September 26, 2006, the date the '265 patent expires. That, of course, is the position of the Board. Thus, there is no question that ICN is, or has been, a patentee of an invention. It is simply a matter of ascertaining the date on which the Board's continuing jurisdiction did, or will, cease.

après cette date, le Conseil n'avait plus compétence, aucun des brevets 264 et 265 n'étant lié au médicament Virazole au sens de la Loi. En supposant que cet argument soit rejeté, ICN affirme, à titre subsidiaire, que si la renonciation déposée relativement au brevet 265 est tenue pour valide, alors la compétence du Conseil aux fins de surveiller les ventes et les prix d'ICN afférents au Virazole a cessé d'exister le 6 décembre 1995, soit la date où la renonciation a pris effet. S'il n'est pas fait droit à cet argument subsidiaire, le Conseil conserve alors sa compétence jusqu'au 26 septembre 2006, c.-à-d. jusqu'à l'expiration du brevet 265. Telle est évidemment la position défendue par le Conseil. Par conséquent, il ne fait aucun doute qu'ICN est ou a été le breveté d'une invention. Il s'agit simplement de déterminer la date à laquelle le Conseil a perdu ou perdra sa compétence.

50 Under subsection 83(1) of the Act, the second condition precedent is that the invention must pertain to a medicine. In turn, this condition precedent can be broken down into two subrequirements. First, the pharmaceutical end product in question, whether it be described as ribavirin or Virazole, must qualify as a medicine. Second, there must be a rational connection between the invention and the pharmaceutical end product. That is to say between the invention and the medicine being sold in Canada. At this point it is appropriate to focus on the first subrequirement. I take it for granted that not every item sold, for example, by a pharmacist will be characterized as a medicine even though it may be a patented product.

Aux termes du paragraphe 83(1) de la Loi auquel s'applique la définition de «breveté», la deuxième condition préalable veut que l'invention soit liée à un médicament. Cette condition comporte à son tour deux volets. Premièrement, le produit pharmaceutique final en cause, qu'il s'agisse de la ribavirine ou du Virazole, doit constituer un médicament. Deuxièmement, il doit y avoir un lien logique entre l'invention et le produit pharmaceutique final, c'est-à-dire entre l'invention et le médicament vendu au Canada. Il est opportun, à ce stade, de mettre l'accent sur le premier volet. Je tiens pour acquis que tout article que vend, par exemple, un pharmacien n'est pas nécessairement un médicament même s'il peut s'agir d'un produit breveté.

51 For purposes of the patented medicine provisions of the Act (sections 79 to 103) the word medicine remains undefined. This was also true in respect of section 39 of the old *Patent Act* which, until its repeal, authorized the issuance of compulsory licences (see discussion *infra*, at page 65). The jurisprudence with respect to section 39 made it clear that the word "medicine" was not to be regarded as a term of art and was to be interpreted broadly and in its ordinary sense: see generally H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4th ed., (Toronto: Carswell, 1969), at page 49; *Parke, Davis, supra*; *Novocol*

En ce qui concerne les dispositions de la Loi relatives aux médicaments brevetés (articles 79 à 103), le terme «médicament» demeure non défini. Il en était de même pour l'article 39 de l'ancienne *Loi sur les brevets* qui, jusqu'à son abrogation, autorisait la délivrance de licences obligatoires (voir l'analyse qui figure à la page 65 des présents motifs). Il ressort de la jurisprudence afférente à l'article 39 que le mot «médicament» ne devait pas être interprété de façon technique, mais de façon extensive, suivant son sens ordinaire; voir de façon générale H. G. Fox, *The Canadian Law and Practice Relating to Letters Patent for Inventions*, 4<sup>e</sup> éd., Toronto, Cars-

*Chemical Mfg. Co. of Canada Ltd. v. Aktiebolaget Astra, Apotekarnes Kemiska Fabriker* (1963), 41 C.P.R. 117 (Pat. Comm.); affd [1964] Ex. C.R. 955; and *Imperial Chemical Industries Ltd. v. The Commissioner of Patents*, [1967] 1 Ex. C.R. 57.

52 Having regard to the earlier jurisprudence and the fact that the compulsory licensing provisions served the very same purposes that the Patented Medicines Prices Review Board provisions are intended to serve, it seems obvious to me that the word “medicine” as employed in subsection 83(1) should be interpreted in the same manner as it was under the old section 39: that is to say, interpreted broadly, and not narrowly as advocated by ICN. While both the 1993 amendments to the *Patent Act* and the NOC Regulations were enacted at the same time, and while both legislative schemes have an effect on “medicines”, their purposes and application are significantly different. ICN, however, suggests that the similarity of wording and subject-matter in the two schemes requires that the word medicine be interpreted the same way under both schemes. A similar argument was advanced in *Eli Lilly and Co. v. Apotex Inc.*, *supra*. In that case, it was suggested that the word “medicine” in section 2 of the NOC Regulations should be interpreted in the same manner as it was under subsection 41(4), later 39(4), of the *Patent Act*. This contention was rejected by Simpson J., and in turn by the Court of Appeal. Simpson J. found at pages 249-250 that the language of subsection 41(4):

... speaks of an “invention intended ... for medicine” whereas s. 2 of the Regulations speaks of a “substance ... intended or capable of being used for the diagnosis, treatment, mitigation or prevention of disease”. The uses to which the invention and the substance are to be put are entirely different. Section 41(4) requires use for medicine and s. 2 requires use for treatment, etc. Accordingly, although the phrase “intended or capable of being used for” is repeated, it is repeated in the Regulations in an entirely different context which creates a new meaning.

53 In my view, that rationale is equally applicable herein. The interpretation of the word “medicine”

well, 1969, à la page 49; *Parke, Davis*, précité; *Novocol Chemical Mfg. Co. of Canada Ltd. v. Aktiebolaget Astra, Apotekarnes Kemiska Fabriker* (1963), 41 C.P.R. 117 (Comm. des brevets); conf. dans [1964] R.C.É. 955; et *Imperial Chemical Industries Ltd. v. The Commissioner of Patents*, [1967] 1 R.C.É. 57.

52 Vu la jurisprudence antérieure, et comme les dispositions relatives à l’octroi de licences obligatoires avaient le même objet que celles afférentes au Conseil d’examen du prix des médicaments brevetés, il m’apparaît évident que le mot «médicament» employé au paragraphe 83(1) devrait être interprété de la même façon qu’il l’était dans le contexte de l’ancien article 39, c.-à-d. de façon extensive, et non pas restrictive comme le propose ICN. Bien que les modifications apportées à la *Loi sur les brevets* en 1993 et le Règlement aient été adoptés en même temps et que les deux systèmes aient une incidence sur les «médicaments», leur objet et leur application sont très différents. ICN laisse cependant entendre que la ressemblance au chapitre du libellé et de l’objet exige que le terme «médicament» soit interprété de la même façon. Un argument semblable a été formulé dans *Eli Lilly and Co. c. Apotex Inc.*, précité. Dans cette affaire, il était allégué que le mot «médicament» employé à l’article 2 du Règlement devait être interprété comme au paragraphe 41(4), puis au paragraphe 39(4), de la *Loi sur les brevets*. Le juge Simpson de la Section de première instance, puis la Cour d’appel, ont rejeté cette prétention. Le juge Simpson dit ce qui suit à ce sujet, aux pages 249 et 250:

Au paragraphe 41(4) de la *Loi sur les brevets*, il est question d’une «invention destinée à des médicaments» alors que l’art. 2 du Règlement vise une «[s]ubstance» «destinée à servir ou pouvant servir au diagnostic, au traitement, à l’atténuation ou à la prévention d’une maladie». Les fins auxquelles doivent servir l’invention et la substance sont entièrement différentes. Le paragraphe 41(4) exige que l’invention serve à des médicaments, alors que l’article 2 exige que la substance serve au traitement, etc. Bien que les mots anglais «*intended or capable of being used for*» soient répétés, ils figurent dans le Règlement dans un contexte tout à fait différent et y acquièrent donc un sens nouveau.

53 À mon avis, ce raisonnement s’applique également en l’espèce. L’interprétation du terme «médica-

and the phrase “intended or capable of being used for” as used in section 2 of the NOC Regulations has no relevance to their interpretation under subsections 79(2) and 83(1) of the Act. The NOC Regulations are part of a separate regime with a distinct purpose. Consequently, for example, the term medicine cannot be restricted to products for which a notice of compliance has been issued. Such a restrictive interpretation would remove from the Board’s jurisdiction products placed on the market via the EDRP process and, for example, the sale of an intermediate product by a patentee to a wholesaler for inclusion in a composition drug. The wording in subsections 83(1) and 79(2) does not support such a conclusion. The question remains, however, as to what is a medicine. The Board defines medicine at page 30 of its Eighth Annual Report (for the year ending December 31, 1995) as follows:

Any substance or mixture of substances made by any means, whether produced biologically, chemically, or otherwise, that is applied or administered *in vivo* in humans or in animals to aid in diagnosis, treatment, mitigation or prevention of disease, symptoms, disorders, abnormal physical states, or modifying organic functions in humans and or animals, however administered.

For greater certainty, this definition includes vaccines, topical preparations, anaesthetics and diagnostic products used *in vivo*, regardless of delivery mechanism . . . This definition excludes medical devices, *in vitro* diagnostic products and disinfectants that are not used *in vivo* . . .

54 While this definition is not binding on either the Board or the Court, it clearly encompasses products that one would typically consider to be “medicines” as that term is used in the vernacular, and it encompasses ribavirin/Virazole. In my view, it is beyond doubt that ribavirin or Virazole is a medicine as that term is used in subsection 83(1). The assumption is not difficult to justify once regard is had to the fact it is used in the treatment of severe respiratory infections in infants and children. Thus, we begin with the understanding that the two patents in issue pertain to a substance or product which is

ment» et des mots «destinée à servir ou pouvant servir» employés à l’article 2 du Règlement n’est pas pertinente aux fins de leur interprétation en vertu des paragraphes 79(2) et 83(1) de la Loi. Le Règlement appartient à un régime distinct dont l’objet est différent. Par conséquent, le mot «médicament» ne peut, par exemple, viser uniquement les produits à l’égard desquels un avis de conformité a été délivré. Une interprétation aussi restrictive priverait le Conseil de toute compétence à l’égard des produits mis en marché dans le cadre du PMU et, notamment, des produits intermédiaires vendus par un breveté à un grossiste en vue de leur incorporation à un médicament composé. Le texte des paragraphes 83(1) et 79(2) n’étaye pas une telle interprétation. La question de savoir ce qu’est un médicament demeure toutefois sans réponse. À la page 35 de son huitième rapport annuel (pour l’exercice terminé le 31 décembre 1995), le Conseil définit comme suit un «médicament»:

Toute substance ou tout mélange de substances qui est appliqué ou administré *in vivo* pour faciliter le diagnostic, le traitement, l’atténuation ou la prévention d’une maladie, de symptômes, de troubles ou d’états physiques anormaux, ou pour modifier des fonctions organiques chez les humains ou les animaux. Cette substance ou ce mélange de substances peut avoir été produit biologiquement, chimiquement ou autrement.

Pour être plus précis, cette définition comprend les vaccins, les préparations topiques, les anesthésiques et les produits diagnostiques utilisés *in vivo*, quel que soit le mode d’administration . . . Cette définition exclut toutefois les appareils médicaux, les produits diagnostiques *in vitro* et les désinfectants qui ne sont pas utilisés *in vivo* . . .

Même si cette définition ne lie ni le Conseil ni la Cour, elle englobe clairement les produits que l’on considère habituellement comme des «médicaments» au sens le plus répandu, ce qui comprend la ribavirine et le Virazole. À mon avis, il ne fait aucun doute que la ribavirine ou le Virazole est un médicament au sens du paragraphe 83(1). Cette assertion se justifie facilement par le fait que cette substance est utilisée pour le traitement des cas graves d’infection respiratoire chez les nourrissons et les jeunes enfants. Ainsi donc, les deux brevets en cause sont liés à une substance ou à un produit qui est, à juste titre,

54

rightly characterized as a medicine. This leads us to consider the rational connection requirement.

55 That there must be a rational connection or nexus between the invention outlined in a patent and the medicine which is being sold in Canada cannot be doubted. Without such a statutory requirement the constitutional authority of Parliament to enact price control legislation would be in issue. The competence of Parliament to enact legislation which seeks to regulate the prices of goods, which legislation would otherwise intrude upon the legislative competence of the provinces to enact legislation affecting property and civil rights, arises from Parliament's jurisdiction to legislate with respect to patents: see *Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney General)* (1991), 77 D.L.R. (4th) 485 (Man. Q.B.); aff'd (1992), 96 D.L.R. (4th) 606 (Man. C.A.). The question this Court must address is what is the rational connection required, and, in particular, whether the nexus is to be established without going beyond the face of the '264 and '265 patents. In my opinion, the answer lies in the meaning or scope to be attributed to the word pertaining found in subsection 83(1) of the Act, and its extended meaning set out in subsection 79(2).

56 Putting aside legal arguments for a moment, it seems to me that there are two competing views on the impact of a patent on competition in the marketplace. One view is founded on the premise that where it appears that a patent confers exclusivity with respect to a portion of the market relating to the medicine being sold in Canada, there is a presumption that its mere existence confers market power by distorting the competitive process. Competitors are dissuaded from entering the marketplace by the unpalatable prospect of incurring significant research costs only to run afoul of an existing patent. As a result, the patentee is left with a field of relative exclusivity in the market. This market power in turn translates into the ability to increase prices, perhaps excessively, which establishes the Board's jurisdiction to regulate. The other view is compatible with ICN's position. That view rejects the foregoing presumption and replaces it with one which permits

considéré comme un médicament. Ce qui nous amène à examiner la question du lien logique exigé.

55 Nul ne saurait douter qu'il doit y avoir un lien logique entre l'invention décrite dans le brevet et le médicament vendu au Canada. Sans une telle exigence légale, le pouvoir constitutionnel du Parlement d'adopter des dispositions législatives prévoyant le contrôle des prix serait contestable. La compétence du Parlement d'adopter, afin de réglementer le prix de marchandises, des dispositions législatives qui, en l'absence d'une telle exigence, empièteraient sur la compétence législative des provinces en matière de propriété et de droits civil, découle du pouvoir qu'a le Parlement de légiférer en matière de brevets; voir *Manitoba Society of Seniors Inc. v. Canada (Attorney General)* (1991), 77 D.L.R. (4th) 485 (B.R. Man.); conf. dans (1992), 96 D.L.R. (4th) 606 (C.A. Man.). La question que la Cour doit trancher est de savoir quel est le lien logique exigé et, plus particulièrement, si ce lien doit être établi en se livrant ou non à l'interprétation des brevets 264 et 265. Selon moi, la réponse dépend du sens ou de la portée du mot «lié» employé dans la définition du terme «breveté» [au paragraphe 79(1)] qui s'applique au paragraphe 83(1) de la Loi et du sens étendu qui lui est donné au paragraphe 79(2).

56 Si, momentanément, l'on met de côté l'argumentation juridique, il me semble se dégager deux points de vue opposés quant à l'incidence d'un brevet sur la concurrence dans le marché. L'un se fonde sur le postulat selon lequel, lorsqu'un brevet semble attribuer une exclusivité quant à une partie du marché relatif au médicament vendu au Canada, il est présumé que la seule existence du brevet confère une puissance commerciale en portant atteinte à la concurrence. Les concurrents sont dissuadés de s'amener sur le marché à cause de la perspective peu reluisante d'engager d'importantes dépenses de recherche pour finalement se heurter au brevet existant. Il en résulte que le breveté jouit d'une relative exclusivité sur le marché. Cette puissance commerciale se traduit dès lors par la capacité d'accroître les prix, peut-être de façon excessive, ce qui fonde la compétence du Conseil en matière de contrôle des prix. L'autre point de vue est compatible avec la

the adducing of evidence to demonstrate that the patent cannot reasonably be said to confer market power on the patentee, and that there is therefore no basis or need for the Board to assume jurisdiction: see generally F. Mathewson *et al.*, *The Law and Economics of Competition Policy* (Vancouver: The Fraser Institute, 1990), at pages 46-50; and N. T. Gallini and M. Trebilcock, "Intellectual Property Rights and Competition Policy: An Overview of the Legal and Economic Issues", April, 1996 (not yet published).

57 Whatever the outcome of that academic debate may be, it is clear to me that the position adopted by ICN is incompatible with that adopted by Parliament. In my opinion, subsection 83(1) of the Act is concerned only with the existence of a related patent and not its potential or actual effect on the ability of potential competitors to enter a market, or for that matter the ability of patent holders to exercise market power. In my view, the phrase, "an invention pertaining to a medicine" [underlining added], and in particular the word pertaining, evinces a clear intention that the nexus between the patent and the medicine is of broad import. For example, there is no requirement that the patent actually be used in the production of the medicine. Nor could subsection 83(1) be reasonably construed to support such a construction. Furthermore, the Board's jurisdiction extends not only to patents which contain product claims (a claim for the medicine itself), but also patents which contain "process" and "use" claims. The law might be otherwise if subsection 83(1) had been drafted to read, for example, "an invention for a medicine". That the word pertaining invites a broad construction is reinforced by subsection 79(2) which expands upon the notion of when a patent pertains to a medicine. That subsection reads as follows:

79. . . .

(2) For the purposes of subsection (1) and sections 80 to 101, an invention pertains to a medicine if the inven-

position défendue par ICN. Il écarte la présomption susmentionnée et en propose une autre qui permet de présenter des éléments de preuve afin d'établir que le brevet ne peut raisonnablement être considéré comme conférant une puissance commerciale au breveté, en sorte qu'il n'existe aucun fondement à l'exercice de la compétence du Conseil ni aucun besoin qui justifie celui-ci; voir de façon générale F. Mathewson *et al.*, *The Law and Economics of Competition Policy*, Vancouver, The Fraser Institute, 1990, aux pages 46 à 50 et N. T. Gallini et M. Trebilcock, «Intellectual Property Rights and Competition Policy: An Overview of the Legal and Economic Issues», avril 1996, encore inédit.

Quelle que soit l'issue de ce débat théorique, il m'apparaît clairement que la position défendue par ICN est incompatible avec l'intention du législateur. À mon avis, aux fins du paragraphe 83(1) de la Loi, ce n'est que l'existence d'un brevet lié qui est en cause et non l'effet possible ou réel de celui-ci sur la capacité de concurrents éventuels d'accéder à un marché ou, en fait, la capacité du titulaire de brevet d'exercer une puissance commerciale. Selon moi, les mots «une invention liée à un médicament» [soulignement ajouté] (dans la définition de «breveté»), et en particulier le terme «liée», font ressortir la volonté du législateur que le lien entre le brevet et le médicament revête un caractère général. Par exemple, il n'est pas nécessaire que le brevet serve effectivement à la production du médicament. Le paragraphe 83(1) ne saurait raisonnablement être interprété en ce sens. En outre, le Conseil a compétence à l'égard non seulement des brevets qui renferment une revendication de produit (une revendication du médicament en soi), mais également de ceux qui renferment une revendication de «procédé» et d'«utilisation». Le droit applicable aurait pu être différent si le législateur avait employé les mots «une invention en vue d'un médicament». L'interprétation extensive du mot «liée» se justifie en outre par le libellé du paragraphe 79(2) qui élargit la notion de brevet lié à un médicament. Voici le texte de cette disposition:

79. . . .

(2) Pour l'application du paragraphe (1) et des articles 80 à 101, une invention est liée à un médicament si elle

57

tion is intended or capable of being used for medicine or for the preparation or production of medicine.

est destinée à des médicaments ou à la préparation ou la production de médicaments, ou susceptible d'être utilisée à de telles fins.

58 It cannot be denied that the wording of subsection 79(2) tracks the wording of the old subsection 39(4) which reads as follows:

On ne peut nier que le libellé du paragraphe 79(2) reprend celui de l'ancien paragraphe 39(4): 58

39. . . .

39. . . .

(4) Where, in the case of any patent for an invention intended or capable of being used for medicine or for the preparation or production of medicine, an application is made by any person for a licence to do one or more of the following things as specified in the application, namely,

(4) Si, dans le cas d'un brevet portant sur une invention destinée à des médicaments ou à la préparation ou à la production de médicaments, ou susceptible d'être utilisée à de telles fins, une personne présente une demande pour obtenir une licence en vue de faire l'une ou plusieurs des choses suivantes comme le spécifie la demande:

...  
the Commissioner shall grant to the applicant a licence to do the things specified in the application except such, if any, of those things in respect of which he sees good reason not to grant a licence. [Emphasis added.]

...  
le commissaire accorde au demandeur une licence pour faire les choses spécifiées dans la demande à l'exception de celles pour lesquelles il a, le cas échéant, de bonnes raisons de ne pas accorder une telle licence. [Non souligné dans le texte de loi.]

59 The purpose of the foregoing provision was to expose patentees to competition through the compulsory licensing scheme. The object of the legislation was to ensure the reasonableness of drug prices. Though the compulsory licensing scheme came to an end in 1993, it is of significance that it was replaced with a scheme for monitoring drug prices and that the same broad language found in the old subsection 39(4) would find its way into subsection 79(2). The legal effect of the latter provision is to clarify and broaden the scope of subsection 83(1) and to expand, not narrow, the nexus between the patent and the medicine being sold. In my view, as outlined below, the jurisprudence surrounding old subsection 39(4) is directly relevant to the interpretation of subsection 79(2), and in turn, subsection 83(1).

L'objet de la disposition précédente était de soumettre les brevetés à la concurrence par l'octroi de licences obligatoires. L'intention du législateur était de faire en sorte que le prix des médicaments soit raisonnable. Les dispositions relatives aux licences obligatoires ont cessé de s'appliquer en 1993, mais il importe de signaler qu'elles ont été remplacées par un régime de surveillance du prix des médicaments et que le texte de portée générale qui figurait dans l'ancien paragraphe 39(4) est repris au paragraphe 79(2). Sur le plan juridique, cette dernière disposition a pour effet de clarifier le paragraphe 83(1) et d'en accroître la portée, ainsi que de rendre plus souple, et non plus strict, le lien exigé entre le brevet et le médicament vendu. Comme indiqué ci-après, j'estime que la jurisprudence relative à l'ancien paragraphe 39(4) s'applique directement à l'interprétation du paragraphe 79(2), ainsi que du paragraphe 83(1). 59

60 The meaning to be attributed to the old subsection 39(4) has been the subject of much judicial comment. In *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. v. Frank W. Horner* (1983), 1 C.I.P.R. 183 (F.C.A.), it was held that the sole purpose of that provision was to reduce the prices of medicines by introducing

La portée de l'ancien paragraphe 39(4) a fait l'objet de nombreux jugements. Dans *Smith, Kline & French Laboratories Ltd. c. Frank W. Horner* (1983), 1 C.I.P.R. 183 (C.A.F.), le tribunal tranche que le seul objet de cette disposition est de réduire le prix des médicaments en soumettant les brevetés à 60

competition and that the attainment of this purpose by the grant of the compulsory licence was subject only to giving the patentee "his due reward" for the research leading to the invention. In order to meet these objectives, it was deemed necessary that the subsection be defined broadly, so as to encompass as many of the patented elements necessary to the development and marketing of medicines as possible. It is in this context that the courts were prepared to recognize that chemical intermediates, although in and of themselves not suitable for therapeutic or clinical uses as medicines can be within "intended" or "capable" of being used for the preparation or production of medicine: see *Wellcome Foundation Ltd.*, *supra* at pages 318-325, appeal allowed another point (1995), 60 C.P.R. (3d) 135 (F.C.A.). Under the 1993 amendments to the *Patent Act*, the price review powers of the Board are intended to achieve the same result, with respect to the same spectrum of inventions. Thus, the broad interpretation of subsection 39(4) accepted by the courts is equally applicable to the present subsection 79(2). There is nothing to suggest that it is to be interpreted restrictively, as suggested by ICN. There need only be a slender thread of a connection between a patented invention and the medicine sold in Canada in order to satisfy the test for a nexus. The legislative reason for this is simple. Requiring a stronger nexus would provide a window of opportunity for pharmaceutical companies to avoid the jurisdiction of the Board, and would limit the ability of the Board to protect Canadian consumers from excessive pricing.

la concurrence et que la réalisation de cet objet par l'octroi de licences obligatoires n'est assujettie qu'au versement, au breveté, d'une «juste rémunération» pour les recherches qui ont conduit à l'invention. Il a donc été jugé nécessaire d'interpréter la disposition de façon extensive, de façon à englober le plus grand nombre possible des éléments brevetés nécessaires au développement et à la commercialisation de médicaments. C'est dans ce contexte que les tribunaux se sont montrés disposés à reconnaître que les intermédiaires, même s'ils ne sont pas en eux-mêmes aptes à être utilisés comme médicaments à des fins thérapeutiques ou cliniques, peuvent être «destinés» à la préparation ou à la production de médicaments ou «susceptibles» d'être utilisés à de telles fins; voir *Wellcome Foundation Ltd.*, précité, aux pages 318 à 325, appel accueilli relativement à une autre question dans (1995), 60 C.P.R. (3d) 135 (C.A.F.). Aux termes des modifications apportées à la *Loi sur les brevets* en 1993, le pouvoir d'examen des prix dont est investi le Conseil vise l'obtention du même résultat relativement à la même gamme d'inventions. En conséquence, l'interprétation extensive du paragraphe 39(4) à laquelle se sont livrés les tribunaux s'applique également à l'actuel paragraphe 79(2). Rien n'indique que cette disposition doive être interprétée restrictivement, comme le laisse entendre ICN. Il ne doit y avoir qu'un lien, aussi ténu soit-il, entre l'invention brevetée et le médicament vendu au Canada pour que le critère soit respecté. La raison d'ordre législatif en est simple. Exiger un lien plus étroit offrirait aux sociétés pharmaceutiques une ouverture à se soustraire à la compétence du Conseil et compromettrait le pouvoir de ce dernier de protéger les consommateurs canadiens contre l'établissement de prix excessifs.

61 In conclusion, I am of the opinion that the broad language found in subsections 83(1) and 79(2) of the Act clearly evinces an intention on the part of Parliament that it is unnecessary to go beyond the face of a patent when establishing the required nexus. The validity of this conclusion is reinforced by the fact that the Board's statutory mandate is limited to the pricing of patented medicines. Its members have neither the experience nor the expertise to engage in the task of patent construction.

Pour conclure, je suis d'avis que les termes généraux employés aux paragraphes 83(1) et 79(2) de la Loi traduisent clairement l'intention du législateur de faire en sorte que l'existence du lien requis puisse être prouvée sans qu'il soit nécessaire d'interpréter le brevet. À l'appui de cette thèse, mentionnons que le mandat légal du Conseil n'a pour objet que l'établissement du prix des médicaments brevetés. Les membres du Conseil n'ont ni l'expérience ni l'expertise voulues pour se livrer à l'interprétation de bre-

61

Furthermore, ICN's argument fails to appreciate that the matter of patent or claims construction is a question of law to be decided by the Court. It is simply unrealistic to expect the Board to engage the services of expert witnesses for the purpose of assessing evidence proffered by parties such as ICN, and then for the Board itself to assess opposing expert evidence. Recognizing that the Board is charged with both the prosecution (through its staff) and adjudication of each case as opposed to being a neutral arbiter of evidence presented by two opposing parties, ICN's rational connection test (based on patent construction) is impractical. ICN's argument is also flawed in another material respect.

62 In my opinion, ICN has failed to distinguish between the task of construing the claims of a patent in order to determine whether the activities of a defendant infringe the patent's claims and the task of assessing a patent's validity. The two tasks are separate and distinct. In effect, ICN is challenging the validity of the '264 patent on the basis of inutility and the '265 patent on the basis of anticipation. Strictly speaking, it is unnecessary to deal with ICN's arguments focussing on patent or claims construction. I do so not only to show that its arguments are fundamentally flawed, but to demonstrate that Parliament chose the word "pertaining" carefully, to avoid the type of analysis in which I am about to engage. In short, it is hoped that the following analysis will reinforce the validity of the "slender thread" test outlined above. I shall deal with each patent in turn.

63 On its face, the '264 patent does not teach that it is intended to serve solely as a research and development process or that it is only capable of producing minute quantities of ribavirin. One need only look at the affidavit evidence of Mr. Orr and Dr. Cottam to realize that the purpose of their evidence was to establish that the '264 patent could not be used to make commercial quantities of ribavirin.

vets. De plus, l'argument d'ICN ne tient pas compte du fait que l'interprétation d'un brevet ou d'une revendication est une question de droit qui doit être tranchée par la Cour. Il ne serait tout simplement pas réaliste de s'attendre à ce que le Conseil retienne les services de témoins experts afin d'évaluer la preuve offerte par des parties comme ICN, puis évalue lui-même la preuve d'expert divergente. Comme il incombe au Conseil de mener à bien la poursuite (par l'entremise de son personnel) et de rendre une décision dans chacun des cas, par opposition à un rôle neutre d'arbitre vis-à-vis de la preuve présentée par les deux parties en présence, le critère du lien logique proposé par ICN (fondé sur l'interprétation des brevets) est irréaliste. L'argument d'ICN comporte une autre lacune importante.

À mon avis, ICN omet de faire une distinction 62 entre la tâche qui consiste à interpréter les revendications d'un brevet afin de déterminer si les activités d'une partie défenderesse emportent la contrefaçon des revendications du brevet et celle qui consiste à se prononcer sur la validité d'un brevet. Il s'agit de deux démarches tout à fait différentes. En effet, ICN conteste la validité du brevet 264 pour le motif de l'inutilité et celle du brevet 265, sur la base de l'antériorité. À strictement parler, il est superflu d'examiner les arguments d'ICN qui se fondent sur l'interprétation du brevet ou des revendications. Je le fais non seulement pour montrer que ses arguments comportent des lacunes fondamentales, mais également pour établir que le législateur a choisi le mot «liée» avec soin, dans le but d'éviter le genre d'analyse dans lequel je suis sur le point de m'engager. Bref, il est à espérer que cette analyse fera ressortir la validité du critère du «lien le plus ténue» mentionné précédemment. J'examinerai successivement chacun des brevets.

De prime abord, le brevet 264 n'indique pas qu'il 63 est destiné à servir uniquement de procédé de recherche et de développement ou qu'il est seulement susceptible de permettre la production d'infimes quantités de ribavirine. Il suffit de lire les affidavits de MM. Orr et Cottam pour constater que l'objet de cette preuve était d'établir que le brevet 264 ne pouvait être utilisé pour fabriquer des quantités

Specifically, the findings that the world-wide supply of one of the chemical substances required to produce ribavirin is insufficient to produce even one dose of Virazole, and that the cost of that rare substance was prohibitive and in any event it is too difficult and costly to store, are not conclusions dependent on the proper construction of the claims of the '264 patent. They are conclusions which, in the hands of ICN's competitors, could be invoked as a legal basis for declaring that patent invalid on the ground of inutility: see generally *Northern Elec. Co. Ltd. et al. v. Brown's Theatres Ltd.*, [1940] Ex. C.R. 36; *affd* [1941] S.C.R. 224; *TRW Inc. v. Walbar of Canada Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 176 (F.C.A.); *Monsanto Company v. Commissioner of Patents*, [1979] 2 S.C.R. 1108. In my opinion, the Board Staff was correct in refusing to file affidavit evidence to counter that tendered by ICN. On its face the '264 patent outlines an enzymatic process which is "intended" to produce ribavirin. According to subsection 79(2) it is not necessary that a patent be "capable" of producing that chemical substance, as long as that is the "intended" result.

64 Turning to the '265 patent, ICN's argument is that the claims of that patent must be read down so as to exclude the use of ribavirin in the treatment of severe respiratory infection in neonates, otherwise the '265 patent would be deemed invalid. If the '265 patent is construed in that manner, then it is ICN's position that there is no rational relationship between that patent and the use for ribavirin outlined in the Virazole notice of compliance. In my view, this argument is as flawed as that offered with respect to the '264 patent. Once again, ICN has failed to appreciate that the task of construing the claims of a patent cannot be confused with the task of assessing its validity. Above all it is impermissible to construe claims having regard to the possibility that a claim or patent might be deemed invalid if a certain construction is not adopted. It is well established that the claim of a patent cannot be redrafted by the Court for the purpose of ensuring its validity. As was stated most recently in *Dableh v. Ontario*

commerciales de ribavirine. Plus particulièrement, les conclusions selon lesquelles l'approvisionnement mondial en l'une des substances chimiques nécessaires à la production de la ribavirine est insuffisant pour fabriquer ne serait-ce qu'une seule dose de Virazole, le coût de cette substance rare est prohibitif et, de toute manière, son entreposage est trop difficile et coûteux, ne reposent pas sur l'interprétation correcte des revendications du brevet 264. Il s'agit de conclusions qui, entre les mains de concurrents d'ICN, pourraient être invoquées, en droit, afin que le brevet soit déclaré invalide parce qu'inutile; voir généralement *Northern Elec. Co. Ltd. et al. v. Brown's Theatres Ltd.*, [1940] R.C.É. 36; *conf. dans* [1941] R.C.S. 224; *TRW Inc. c. Walbar of Canada Inc.* (1991), 39 C.P.R. (3d) 176 (C.A.F.); *Monsanto Company c. Commissaire des brevets*, [1979] 2 R.C.S. 1108. À mon avis, le personnel du Conseil a eu raison de s'abstenir de produire des affidavits pour réfuter ceux des témoins d'ICN. De prime abord, le brevet 264 décrit un procédé enzymatique qui est «destiné» à la production de ribavirine. Suivant le paragraphe 79(2), il n'est pas nécessaire qu'un brevet soit «apte» à être utilisé pour la production de cette substance chimique, pourvu qu'il s'agisse du résultat recherché.

En ce qui concerne le brevet 265, ICN prétend 64 que les revendications de ce brevet doivent être interprétées restrictivement de façon à exclure l'utilisation de la ribavirine dans le traitement des cas graves d'infection respiratoire chez les nouveau-nés, à défaut de quoi ce brevet serait réputé invalide. Si le brevet était ainsi interprété, la position d'ICN serait alors qu'il n'existe aucun lien logique entre ce brevet et l'utilisation de la ribavirine décrite dans l'avis de conformité relatif au Virazole. À mon avis, cet argument n'est pas plus valable que celui avancé relativement au brevet 264. À nouveau, ICN ne tient pas compte du fait que l'interprétation des revendications d'un brevet ne peut être confondue avec l'appréciation de sa validité. Par-dessus tout, on ne peut interpréter une revendication en tenant compte de la possibilité que celle-ci (ou le brevet) puisse être réputée invalide si une interprétation en particulier n'est pas privilégiée. Il est bien établi que la revendication d'un brevet ne peut être reformulée

*Hydro*, [1996] 3 F.C. 751 (C.A.), at pages 773-774:

The appellant maintains that in construing claim 1 by reference to prior art and the concept of obviousness the Trial Judge has confused the task of determining a patent's validity with that of claim construction. We agree. Whether a claim is invalid for obviousness or lack of novelty is irrelevant to its proper construction. Claim construction must be done before, and independent of, assessing whether the defence of invalidity is sustainable. As was stated in *American Cyanamid Co. v. Berk Pharmaceuticals Ltd.*:

The claims should be considered without reference to the effect that the giving of any particular meaning may have on any issue infringement, without reference to the result and effect so far as the attach on validity is concerned. [Emphasis added, footnote omitted]

65 The foregoing analysis does not address directly ICN's argument that the word medicine found in subsection 83(1) of the Act refers to Virazole, and not ribavirin. In my view this argument is truly a "red-herring". Admittedly, the medicine being sold in Canada is Virazole. Undoubtedly, Virazole is the label by which hospital pharmacists referred to the drug at the time they lodged the complaints with the Board. The Board, in turn, refers throughout its reasons to whether or not the patents "pertain to Virazole", implicitly assuming the medicine in question to be Virazole. This is understandable, as Virazole is simply the brand name for a chemical formulation which itself had to be labelled ribavirin (see discussion *infra*). But the real question is whether anything should turn on whether the medicine is described as ribavirin as opposed to Virazole. In my opinion, the proper answer to that question is positively, no. Once it is found that it is impermissible to go beyond the face of the patent in establishing the required nexus, this argument becomes a non-issue. The patents are for the production and use of ribavirin. Ribavirin is clearly intended or capable of being used for, and indeed as, a medicine, whether the end product is called ribavirin, or by its trade name, Virazole. In any event, it happens that in this

par la Cour pour en garantir la validité. Plus récemment, dans l'arrêt *Dableh c. Ontario Hydro*, [1996] 3 C.F. 751 (C.A.), aux pages 773 et 774, la Cour a dit ce qui suit:

L'appelant prétend qu'en interprétant la revendication 1 par référence à l'antériorité et à la notion d'évidence, le juge de première instance a confondu la tâche consistant à déterminer la validité d'un brevet avec celle de l'interprétation des revendications. Nous sommes d'accord. Qu'une revendication soit ou non invalide pour cause d'évidence ou d'absence de nouveauté est sans pertinence en ce qui a trait à son interprétation. L'interprétation des revendications doit précéder en toute indépendance l'étape où il faudra déterminer si la défense de l'invalidité est fondée. Ainsi qu'il a été dit dans la décision *American Cyanamid Co. v. Berk Pharmaceuticals Ltd.*:

L'étude des revendications doit se faire sans référence aux conséquences que le fait d'attribuer une signification particulière pourrait avoir sur une question de contrefaçon, sans référence au résultat dans la mesure où la validité du brevet est attaquée. [Non souligné dans l'original. Notes en bas de page omises.]

Cette analyse ne s'applique pas directement à l'argument d'ICN selon lequel le mot «médicament», au paragraphe 83(1) de la Loi, renvoie au Virazole, et non à la ribavirine. Selon moi, cet argument ne fait que brouiller les pistes. De toute évidence, le médicament vendu au Canada est le Virazole. Il ne fait aucun doute que Virazole est l'appellation par laquelle les pharmaciens d'hôpitaux désignaient le médicament au moment où le Conseil a été saisi de leurs plaintes. Tout au long de ses motifs, le Conseil se penche sur la question de savoir si les brevets sont liés ou non au Virazole, de sorte qu'il suppose que le médicament en cause est le Virazole. Il est normal qu'il en soit ainsi, car Virazole est simplement l'appellation commerciale d'une formule chimique qui, elle-même, devait être appelée ribavirine (voir l'analyse ci-dessous). Or, la véritable question à trancher est celle de savoir s'il est déterminant que le médicament soit décrit comme la ribavirine et non comme le Virazole. Selon moi, la réponse à cette question est assurément non. Une fois établi qu'il ne convient pas d'interpréter le brevet pour établir l'existence du lien requis, cet argument est sans objet. Les brevets sont destinés à la production et à l'utilisation de la ribavirine. La ribavirine est manifestement destinée à des

case there is no substantive difference between Virazole and ribavirin. They are one and the same.

médicaments ou susceptible d'être utilisée dans les faits comme médicament, que le produit final soit appelé ribavirine ou désigné par son appellation commerciale, Virazole. Quoi qu'il en soit, il se trouve que, en l'espèce, il n'y a aucune différence formelle entre le Virazole et la ribavirine. Il s'agit dans les deux cas de la même substance.

66 Having rejected all of ICN's arguments, other than the legal effect of the disclaimer, it remains necessary to establish the required nexus between the '264 and '265 patents and the medicine being sold in Canada. I admit that this is rather a pedantic exercise, at least from the Board's perspective, but it is one required at law.

Tous les arguments d'ICN ayant été rejetés, sauf en ce qui a trait à l'effet juridique de la renonciation, il demeure nécessaire d'établir l'existence du lien requis entre les brevets 264 et 265 et le médicament vendu au Canada. Je reconnais qu'il s'agit d'un exercice quelque peu doctoral, du moins du point de vue du Conseil, mais c'est ce qu'exige la loi. 66

67 If we examine the '756 patent, which expired on September 28, 1993, it discloses several chemical processes to produce a substance with the chemical formulation 1-8-D-ribofuranosyl-1,2,4-triazole-3-carboxamide. The '756 patent lists this chemical formulation as the preferred nucleoside of the '756 invention. The '264 describes a method for the enzymatic synthesis of the same formulation and makes explicit reference to the '756 patent. Neither patent, however, contains the word "ribavirin". However, the '265 patent outlines several uses of the same chemical formulation, and refers to it as "Ribavirin (non-proprietary name adopted by the United States Adopted Names Council)": see Appeal Book, Vol. 1, at page 81. Turning to the notice of compliance and product monograph both refer to Virazole as the registered trade name for ribavirin. As is obvious, it is not difficult to establish a nexus between the two patents and the medicine being sold in Canada. For all intents and purposes, the chemical formulation outlined in the patents and the names ribavirin and Virazole are synonymous and interchangeable. Hence, all three conditions precedent outlined above have been satisfied: ICN is a patentee of two inventions; those inventions pertain to a medicine that ICN is selling in Canada.

Le brevet 756, qui a expiré le 28 septembre 1993, décrit plusieurs procédés chimiques permettant de produire une substance dont la formule chimique est 1-8-D-ribofuranosyl-1,2,4-triazole-3-carboxamide. Il indique également que cette formule correspond au nucléoside privilégié de l'invention en cause. Le brevet 264 décrit une méthode permettant la synthèse enzymatique de la même formule et renvoie explicitement au brevet 756. Cependant, ni l'un ni l'autre des brevets n'emploient le mot «ribavirine». Toutefois, le brevet 265 fait état de plusieurs utilisations de la même formule chimique, qu'il appelle «ribavirine (appellation non exclusive adoptée par le United States Adopted Names Council)» (voir le dossier d'appel, vol. 1, à la page 81). Examinons maintenant l'avis de conformité et la monographie de produit. Les deux mentionnent le Virazole comme la marque déposée pour la ribavirine. De toute évidence, il n'est pas difficile d'établir un lien entre les deux brevets et le médicament vendu au Canada. À toutes fins utiles, la formule chimique décrite dans les brevets et les noms ribavirine et Virazole sont synonymes et interchangeables. Partant, les trois conditions préalables mentionnées précédemment sont remplies: ICN est le breveté à l'égard des deux inventions, ces inventions sont liées à un médicament et ICN vend ce médicament au Canada. 67

68 The final argument advanced by ICN is with respect to the validity and effect of the disclaimer

Le dernier argument avancé par ICN porte sur la validité et l'effet de la renonciation produite le 6 68

filed on December 6, 1995. I must admit that I harbour serious reservations with respect to whether the Trial Judge should have entertained ICN's notice of motion (judicial review application) pertaining to this issue. In my respectful view, it would have been preferable had ICN asked the Board to make a formal ruling, rather than accepting the opinion of counsel for the Board. Though this Court owes no deference to decisions of the Board involving jurisdictional questions, it is not to be assumed that its opinion should be viewed as an irrelevancy. Curial deference may be accorded a tribunal's decision, not only because that is what the Supreme Court teaches, but because it is earned. In addition, under section 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4], declaratory relief against a federal board is available only on judicial review. Pursuant to section 18.1 [as enacted *idem*, s. 5], an application for judicial review envisages the review of a decision, order, act or omission of such tribunals. As noted, with respect to the validity and effect of the disclaimer, no such decision or order had been rendered prior to the Trial Judge's examination of the issue. Nor has there been any "omission" on the part of the Board since it was not asked to make a formal ruling with respect to the validity or effect of the disclaimer. Nonetheless, since my concerns were not raised below, I feel compelled to deal with the issue as pursued by the parties. In the circumstances, I will assume that the arguments advanced by counsel for the Board Staff fairly reflect the position of the Board had it been asked to make a formal ruling.

69 There are two bases on which the Board Staff asserts that the disclaimer has no effect on the Board's jurisdiction to assess whether ICN has charged excessive prices for its medicine Virazole. First, it is argued that the disclaimer is invalid on the ground that it contravenes subsection 48(1) of the Act, and that even if valid it can have no effect on the Board's jurisdiction by virtue of subsection 48(4). Alternatively, the Board Staff maintains that, even if the above provisions are inapplicable and the

décembre 1995. Je dois avouer que j'ai de sérieuses réserves quant à savoir si le juge de première instance aurait dû entendre la requête d'ICN (demande de contrôle judiciaire) se rapportant à cette question. Avec égards, il aurait été préférable qu'ICN demande au Conseil de rendre une décision formelle, plutôt que d'accepter l'avis de l'avocat du Conseil. Bien que la Cour n'ait pas à faire preuve de retenue judiciaire vis-à-vis des décisions du Conseil relatives à sa compétence, il ne s'ensuit pas que son avis ne mérite aucune considération. La décision d'un tribunal peut faire l'objet de retenue judiciaire, non seulement parce que la Cour suprême l'a dit, mais également parce qu'elle le mérite. En outre, suivant l'article 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4], un jugement déclaratoire ne peut être rendu contre un office fédéral que dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Aux termes de l'article 18.1 [édicte, *idem*, art. 5], une demande de contrôle judiciaire peut viser une décision, une ordonnance, un acte ou une omission d'un tel office. Comme signalé, aucune décision ou ordonnance n'a été rendue concernant la validité et l'effet de la renonciation avant que le juge de première instance ne se penche sur la question. Il n'y a pas eu non plus d'«omission» de la part du Conseil, puisque celui-ci n'a pas été appelé à rendre une décision au sujet de la validité ou de l'effet de la renonciation. Néanmoins, le juge de première instance n'ayant pas partagé mes préoccupations, je m'estime tenu d'examiner la question soulevée par les parties. Dans les circonstances, je tiens pour acquis que les arguments avancés par l'avocat du personnel du Conseil traduisent bien la position qu'aurait adoptée le Conseil si on lui avait demandé de rendre une décision à ce sujet.

Deux éléments fondent la position du personnel du Conseil selon laquelle la renonciation ne prive pas le Conseil de sa compétence pour déterminer si ICN a établi des prix excessifs à l'égard de son médicament Virazole. Premièrement, la renonciation serait invalide parce qu'elle contrevient au paragraphe 48(1) de la Loi et, même si elle était valide, elle ne pourrait avoir aucun effet sur la compétence du Conseil en raison du paragraphe 48(4). À titre subsidiaire, le personnel du Conseil soutient que, même si 69

disclaimer is valid and has the effect of narrowing the scope of the invention in the '265 patent, the remaining claims of that invention continue to pertain to ribavirin within the meaning of the Act. Subsections 48(1) and (4) read as follows:

48. (1) Whenever, by any mistake, accident or inadvertence, and without any wilful intent to defraud or mislead the public, a patentee has

(a) made a specification too broad, claiming more than that of which the patentee or the person through whom the patentee claims was the inventor, or

(b) in the specification, claimed that the patentee or the person through whom the patentee claims was the inventor of any material or substantial part of the invention patented of which the patentee was not the inventor, and to which the patentee had no lawful right,

the patentee may, on payment of a prescribed fee, make a disclaimer of such parts as the patentee does not claim to hold by virtue of the patent or the assignment thereof.

...

(4) No disclaimer affects any action pending at the time when it is made, unless there is unreasonable neglect or delay in making it.

70 Subsection 48(1) allows for the filing of a disclaimer where, by mistake or inadvertence, a patent specification has been drafted too broadly and provided it is not made with the intent of defrauding or misleading the public. However, the fact that the Patent Office has accepted a disclaimer is not determinative of whether the foregoing requirement has been met: see generally *Monsanto Company v. Commissioner of Patents*, [1976] 2 F.C. 476 (C.A.); and *Trubenizing Process Corporation v. John Forsyth Ltd.*, [1942] O.R. 271 (C.A.).

71 On judicial review, the Board Staff alleged that ICN was able to persuade the Patent Office at the time '265 patent was being prosecuted that the earlier publications were not prior art, and would not render the patent invalid on the ground of anticipation: see Appeal Book, Vol. VI, at pages 762-865. Prosecution file history of Canadian Letters Patent No. 1261265. Accordingly, the Board Staff is at a

les dispositions susmentionnées étaient inapplicables et que la renonciation était valide et avait pour effet de restreindre la portée de l'invention visée par le brevet 265, les autres revendications du brevet demeureraient liées à la ribavirine au sens de la Loi. Voici le texte des paragraphes 48(1) et (4):

48. (1) Le breveté peut, en acquittant la taxe réglementaire, renoncer à tel des éléments qu'il ne prétend pas retenir au titre du brevet, ou d'une cession de celui-ci, si, par erreur, accident ou inadvertance, et sans intention de frauder ou tromper le public, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) il a donné trop d'étendue à son mémoire descriptif, en revendiquant plus que la chose dont lui-même, ou son mandataire, est l'inventeur;

b) il s'est représenté dans le mémoire descriptif, ou a représenté son mandataire, comme étant l'inventeur d'un élément matériel ou substantiel de l'invention brevetée, alors qu'il n'en était pas l'inventeur et qu'il n'y avait aucun droit.

...

(4) Dans toute action pendante au moment où elle est faite, aucune renonciation n'a d'effet, sauf à l'égard de la négligence ou du retard inexcusable à la faire.

Le paragraphe 48(1) permet le dépôt d'une renonciation lorsque, par erreur ou inadvertance, le mémoire descriptif a été rédigé de façon trop générale, pourvu que ce ne soit pas dans l'intention de frauder ou de tromper le public. Cependant, l'acceptation de la renonciation par le Bureau des brevets n'est pas déterminante quant à savoir si ces conditions sont remplies; voir, de façon générale *Monsanto Company c. Commissaire des brevets*, [1976] 2 C.F. 476 (C.A.); et *Trubenizing Process Corporation v. John Forsyth Ltd.*, [1942] O.R. 271 (C.A.).

71 Dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire, le personnel du Conseil a allégué qu'ICN avait été en mesure de persuader le Bureau des brevets, au moment où le brevet 265 faisait l'objet d'un examen, que les publications antérieures ne constituaient pas une antériorité et ne rendaient pas le brevet invalide pour ce motif; voir le dossier d'appel, vol. VI, aux pages 762 à 865. Évolution du dossier de la

loss to explain why ICN would take the position that the inclusion of the use claim in issue had been inserted due to mistake or inadvertence. On the evidence, the Board Staff submits that the only reasonable inference to be drawn is that ICN's sole motivation in filing the disclaimer was to avoid the Board's jurisdiction. The finding by the Trial Judge was that there is nothing objectionable in a patentee organizing its affairs for the purpose of avoiding the Board's jurisdiction. With due respect to the views of the Trial Judge, I find this conclusion troublesome for two reasons.

72 First, the Trial Judge's observation that a patentee can arrange its affairs as it wishes in order to avoid the Board's jurisdiction is troublesome in that it may impact on an issue not before us, namely the legal effect of a patentee dedicating its patent to the public. Within the last few years the Board has witnessed the sudden ideological conversion of Canadian drug manufacturers willing to dedicate their patents and their subsequent insistence that they are no longer subject to the Board's jurisdiction, with respect to future sales and pricing. I note that the Board has taken the position that patent dedication does not remove its continuing jurisdiction to monitor drug prices: see *Genentech Canada Inc. (Re)* (1992), 44 C.P.R. (3d) 316 (P.M.P.R.B.), at page 327. While that issue is not before us, nothing that was said by the Trial Judge should be viewed as a tacit rejection of that conclusion. That the Act makes no express provision for the possibility of patent dedication is at least one other complication that will have to be dealt with at some future date.

73 Second, subsection 48(1) of the Act specifically mandates that the specification to be disclaimed have been included in the patent by mistake or

poursuite relative au brevet canadien n° 1261265. Par conséquent, le personnel du Conseil a du mal à s'expliquer pourquoi ICN prétendrait que l'inclusion de la revendication d'utilisation qui est en cause est le fruit d'une erreur ou d'une inadvertance. Partant, le personnel du Conseil soutient que la seule conclusion qui puisse raisonnablement être tirée de la preuve est qu'ICN a déposé la renonciation à la seule fin de se soustraire à la compétence du Conseil. Le juge de première instance a estimé qu'il n'y avait rien d'inacceptable dans le fait qu'un breveté organise ses affaires de façon à se soustraire à la compétence du Conseil. Avec égards, cette conclusion m'apparaît embarrassante pour deux raisons.

Premièrement, l'observation du juge de première instance selon laquelle un breveté peut organiser ses affaires comme il le souhaite afin de se soustraire à la compétence du Conseil est embarrassante dans la mesure où elle peut avoir une incidence sur une question dont la Cour n'est pas saisie, soit l'effet juridique de l'abandon du brevet, par le breveté, au domaine public. Au cours des dernières années, le Conseil a assisté à un revirement de la part des fabricants canadiens de médicaments, lesquels se sont montrés désireux d'abandonner leurs brevets au domaine public, et à l'insistance dont ils ont fait preuve par la suite pour ne plus être soumis à la compétence du Conseil en ce qui concerne les ventes et les prix. Je remarque que le Conseil a adopté la position selon laquelle l'abandon d'un brevet au domaine public ne le prive pas de sa compétence aux fins de la surveillance du prix des médicaments; voir *Genentech Canada Inc. (Re)* (1992), 44 C.P.R. (3d) 316 (C.E.P.M.B.), à la page 327. Bien que la Cour ne soit pas saisie de la question, les propos du juge de première instance ne devraient pas être considérés comme un rejet tacite de cette conclusion. L'absence, dans la Loi, de dispositions prévoyant expressément la possibilité de l'abandon d'un brevet au domaine public constitue à tout le moins un autre élément de complication sur lequel il faudra statuer un jour.

Deuxièmement, le paragraphe 48(1) de la Loi prévoit expressément que la description du brevet à laquelle il est renoncé doit avoir été inscrite par

inadvertence. Clearly, this restricts the circumstances in which the avenue of seeking a disclaimer is open to a patentee. The evidence leads to the conclusion that no mistake or inadvertence existed, but no such finding of fact was made below. In the circumstances, I am not prepared to rule on whether subsection 48(1) is applicable.

erreur ou inadvertance. Cette condition limite clairement les circonstances dans lesquelles le breveté peut avoir recours à la renonciation. La preuve ne révèle l'existence d'aucune erreur ou inadvertance, mais aucune conclusion de fait en ce sens n'a été tirée par le Conseil ou le juge de première instance. Partant, je ne suis pas disposé à trancher la question de savoir si le paragraphe 48(1) s'applique ou non.

74 The other attack on the validity of the disclaimer rests on subsection 48(4) of the Act, which states, in part, "[n]o disclaimer affects any action pending at the time when it is made". The purpose of the subsection has been the subject of judicial comment. In *Can. Celanese Ltd. v. B.V.D. Co.*, [1939] 2 D.L.R. 289 (P.C.) it was held that the rights and liabilities of the parties to a pending action are to be ascertained on the footing that the party who disclaims can obtain no advantage in the action from having obtained a disclaimer.

L'autre moyen invoqué à l'encontre de la validité de la renonciation se fonde sur le paragraphe 48(4) de la Loi, qui dit notamment que «[d]ans toute action pendante au moment où elle est faite, aucune renonciation n'a d'effet». La portée de cette disposition a fait l'objet de décisions judiciaires. Dans *Can. Celanese Ltd. v. B.V.D. Co.*, [1939] 2 D.L.R. 289 (P.C.), il a été statué que les droits et les obligations des parties à une action pendante devaient être déterminés en tenant pour acquis que le dépôt d'une renonciation ne confère aucun avantage à la partie qui l'effectue. 74

75 At first blush, I thought it doubtful whether the word "action" used in subsection 48(4) of the Act could embrace proceedings before the Board; see *Eli Lilly and Co. v. Nu-Pharm Inc.*, [1997] 1 F.C. 3 (C.A.). On further reflection, I do not believe that that subsection is of any assistance to the Board even if I were to conclude otherwise. Subsection 48(4) does not purport to render disclaimers invalid. It merely serves to confirm that a disclaimer cannot have retroactive effect on proceedings previously begun. This accords with what I understand is ICN's position. ICN accepts that the Board will maintain jurisdiction to examine the pricing of Virazole until at least December 6, 1995, the date the disclaimer was filed. At the same time, it asserts that the disclaimer will have the prospective effect of terminating the Board's jurisdiction. In my view, this position is consistent with the spirit and intent of subsection 48(4). This leads me to consider the final argument on this issue.

À première vue, il m'a semblé douteux que le mot «action» employé au paragraphe 48(4) de la Loi puisse englober la procédure engagée devant le Conseil; voir *Eli Lilly and Co. v. Nu-Pharm Inc.*, [1997] 1 C.F. 3 (C.A.). Après réflexion, je ne crois pas que cette disposition pourrait étayer de quelque manière la position du Conseil si j'arrivais à la conclusion contraire. L'objet du paragraphe 48(4) n'est pas de rendre une renonciation invalide. Il ne fait que confirmer qu'une renonciation ne peut avoir d'effet rétroactif à l'égard de procédures déjà engagées. Cette conclusion est compatible avec la position d'ICN, celle-ci concédant que le Conseil est demeuré compétent pour examiner le prix du Virazole au moins jusqu'au 6 décembre 1995, soit la date du dépôt de la renonciation. Par contre, ICN fait valoir que la renonciation prive le Conseil de sa compétence par la suite. À mon avis, cette position est compatible avec l'esprit du paragraphe 48(4). Ce qui m'amène au dernier argument afférent à cette question. 75

76 Assuming the disclaimer to be valid, ICN maintains that the '265 patent does not pertain to Virazole because it no longer encompasses a claim for

En supposant que la renonciation soit valide, ICN soutient que le brevet 265 n'est pas lié au Virazole, parce qu'il ne comprend plus de revendication quant 76

the use for which Virazole is being sold in Canada. The Board Staff, however, maintains that even if the disclaimer is valid, it does not have the effect of terminating the Board's jurisdiction. On its face, the remaining claims of the invention described by the '265 patent would continue to pertain to ribavirin within the meaning of the Act. The Board Staff maintains that ICN would still have the exclusive right to sell Virazole in Canada for all but one of the uses covered by the '265 patent. That, it says, is a sufficient nexus. I agree. On the face of that patent, it would still pertain to the medicine being sold under the trade name Virazole. It is not to be assumed, as is suggested by ICN, that simply because the patent does not pertain to the use for which a medicine is presently being sold in Canada its existence will not have a deterrent effect on potential competitors. This potential for a deterrent effect, irrespective of its actual or prospective effect on market power, is the basis of the Board's jurisdiction. As discussed earlier, the broad language found in subsections 83(1) and 79(2) does not support the narrow rational connection test advocated by ICN.

## VI ANCILLARY MATTERS

77 During the hearing of the appeal, two matters were pursued and although neither bears upon its disposition they demand consideration. One matter stems from the failure of ICN to disclose to the Board the existence of the '265 patent. The other pertains to the legal standing of the respondent, "The Staff of the Patented Medicine Prices Review Board", otherwise referred to throughout these reasons as the Board Staff.

78 Obviously, the failure of ICN to reveal the existence of the '265 patent, at the time the Board asked ICN if it held any other patents pertaining to ribavirin can have no impact on the jurisdictional issue presented by this appeal. Rather that failure goes to the *bona fides* of ICN's conduct. It is one matter for a drug manufacturer to disclose the existence of a patent while refusing to provide sales information on the ground that the Board lacks jurisdiction. It is

à l'utilisation pour laquelle ce médicament est vendu au Canada. Le personnel du Conseil prétend pour sa part que même si la renonciation est valide, elle n'a pas pour effet de priver le Conseil de sa compétence. À première vue, les autres revendications de l'invention décrite dans le brevet 265 demeurent liées à la ribavirine au sens de la Loi. Le personnel du Conseil ajoute qu'ICN conserve le droit exclusif de vendre le Virazole au Canada pour toutes les utilisations visées par le brevet 265, sauf une. Cela établit selon lui un lien suffisant. J'en conviens. De prime abord, le brevet demeure lié au médicament vendu sous l'appellation commerciale Virazole. Contrairement à ce que prétend ICN, le simple fait que le brevet ne soit pas lié à l'utilisation pour laquelle un médicament est actuellement vendu au Canada ne permet pas de supposer que son existence n'aura pas un effet dissuasif sur les concurrents éventuels. Peu importe son incidence actuelle ou future sur la puissance commerciale, ce risque d'effet dissuasif fonde la compétence du Conseil. Comme mentionné précédemment, les termes généraux employés aux paragraphes 83(1) et 79(2) ne militent pas en faveur du critère du lien logique strict proposé par ICN.

## VI LES QUESTIONS CONNEXES

Pendant l'audition de l'appel, deux questions ont été soulevées et, même si aucune n'est déterminante quant à l'issue du recours, elles doivent néanmoins être examinées. L'une d'elles découle de l'omission d'ICN de révéler au Conseil l'existence du brevet 265. L'autre est liée à la qualité pour agir de l'intimé, le «personnel du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés», appelé tout au long des présents motifs le «personnel du Conseil». 77

Évidemment, l'omission d'ICN de révéler l'existence du brevet 265, lorsque le Conseil lui a demandé si elle détenait un autre brevet lié à la ribavirine, ne peut avoir d'incidence sur la question de compétence dont la Cour est saisie dans le cadre du présent appel. Cet élément entache plutôt la bonne foi d'ICN dans ses démarches. C'est une chose, pour un fabricant de médicaments, que de révéler l'existence d'un brevet tout en refusant de fournir des 78

quite another to make a unilateral determination as to the relevance of a patent and its effect on the Board's jurisdiction. Whatever the powers of the Board be, it seems to me that at the very least pharmaceutical manufacturers run the risk of undermining their credibility, and that of their witnesses, before the Board, (not to mention running afoul of their statutory obligations under the Act and its regulations). To the extent that the task of determining whether prices charged or being charged for a medicine is regarded as a question of fact, it follows that adverse findings of credibility by the Board will not easily be displaced, either on judicial review or on appeal. In my view, minimum standards of cooperation, informed by common sense, must be observed by those in the pharmaceutical industry. Otherwise, the Board will be unable to fulfil its legislated mandate. In making these observations I do not wish to be regarded as having made a finding of a lack of *bona fides* on the part of ICN. Ordinarily, that type of finding is one best left to the Board in its capacity as finder of fact. I take it for granted that, in future, it is also a matter deserving of due consideration by the pharmaceutical industry. I turn now to the remaining matter, the legal standing of the respondent Board Staff.

renseignements sur les ventes pour le motif que le Conseil n'a pas compétence, mais c'est une toute autre chose que de prendre une décision unilatérale quant à la pertinence d'un brevet et à son effet sur la compétence du Conseil. Quels que soient les pouvoirs du Conseil, il m'apparaît que, en agissant ainsi, une société pharmaceutique risque à tout le moins de miner sa crédibilité et celle de ses témoins devant le Conseil, sans mentionner le risque de manquer à ses obligations aux termes de la Loi et de son règlement d'application. Dans la mesure où déterminer si un prix exigé actuellement ou par le passé à l'égard d'un médicament est considéré comme une question de fait, il s'ensuit qu'une conclusion défavorable du Conseil quant à la crédibilité ne peut facilement être repoussée, que ce soit dans le cadre d'un contrôle judiciaire ou d'un appel. L'industrie pharmaceutique doit, à mon avis, offrir un minimum de collaboration et faire preuve de bon sens, à défaut de quoi le Conseil ne sera pas en mesure de s'acquitter de son mandat légal. Je ne conclus pas pour autant qu'ICN n'a pas fait preuve de bonne foi. D'ordinaire, le Conseil, en sa qualité de juge des faits, est mieux placé pour tirer une telle conclusion. J'espère seulement que, à l'avenir, l'industrie pharmaceutique en tiendra dûment compte. J'aborde maintenant la deuxième question, soit celle de la qualité pour agir du personnel du Conseil.

79 With the consent of the parties, the Trial Judge amended the style of cause to add the Board Staff as a respondent and to redesignate the Board's status from that of respondent to intervenor. On appeal, this Court questioned the standing of the Board Staff and was referred to the Patented Medicine Prices Review Board Rules (the Rules) adopted under subsection 96(2) of the Act. That subsection provides that with the approval of the Governor in Council the Board may make general rules for specifying the number of members of the Board for quorum purposes and for regulating the practice and procedure before the Board. Pursuant to section 2 of the Rules a "party" is defined to include "officers, employees and persons appointed under subsection 94(1) or (3) of the Act". Subsection 94(1) provides that officers and employees necessary for the proper conduct of the work of the Board shall be appointed

79 Avec le consentement des parties, le juge de première instance a modifié l'intitulé de la cause pour y ajouter le personnel du Conseil à titre d'intimé et pour faire du Conseil un intervenant au lieu d'un intimé. En appel, la Cour s'est interrogée sur la qualité pour agir du personnel du Conseil et elle a été invitée à consulter les Règles du Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés (les Règles) adoptées en vertu du paragraphe 96(2) de la Loi. Cette disposition prévoit que, avec l'agrément du gouverneur en conseil, le Conseil peut établir des règles régissant le quorum, ainsi que les pratiques et procédures à suivre dans l'exercice de son activité. Suivant l'article 2 des Règles, une «partie» désigne «le personnel ou les experts nommés conformément aux paragraphes 94(1) ou (3) de la Loi». Le paragraphe 94(1) prévoit que le personnel nécessaire à l'exercice des activités du Conseil est nommé con-

in accordance with the *Public Service Employment Act*, R.S.C., 1985, c. P-33. Subsection 94(3) authorizes the Board to hire, on a temporary basis, persons with “technical or specialized knowledge”. The Rules also define a party to include a minister referred to in subsection 86(2) [as enacted by S.C. 1993, c. 2, s. 7; 1995, c. 1, s. 62] and a person who has been granted leave to intervene under section 19 [as am. by S.C. 1993, c. 44, s. 191] of the Act. Subsection 86(2) grants standing to the Minister of Industry (or such other minister designated by the regulations) and provincial ministers responsible for health issues. Within this legislative framework the Board Staff rests its right to be added as a respondent to the judicial review application. I cannot accede to this submission.

80 Simply stated, the enabling legislation authorizes the Board to hire necessary staff. It does not give the so-called Board Staff legal status distinct from that of the Board. This reality is to be contrasted with the fact that the Act expressly confers party status on federal and provincial ministers of health. From the materials placed before the Court it is apparent that the Board has *de facto* decided to operate independently of its staff who have assumed responsibility for pursuing cases, in the same way, for example, that the Director of Competition Policy pursues matters before the Competition Tribunal. The relationship between the Board and its staff was described by the majority of the Board in *Genentech*, *supra*, at page 320 as follows:

In conducting hearings with respect to the price of a patented medicine, the Board’s staff is segregated from the Board. The Board’s staff, through its own counsel, adduces evidence, tests evidence of other parties, and makes submissions on procedural, jurisdictional, legal, and substantive issues arising during the course of the proceeding.

Nonetheless, the fact is that the Board’s enabling legislation is not structured so as to accord the Board Staff the same independent status on judicial review that is accorded, for example, the Director of Competition. I am not suggesting that the distinct roles being assumed by the Board and its staff are

formément à la *Loi sur l’emploi dans la fonction publique*, L.R.C. (1985), ch. P-33. Le paragraphe 94(3) autorise le Conseil à retenir, à titre temporaire, les services d’«experts». Suivant les Règles, une partie s’entend également du ministre visé au paragraphe 86(2) [édicte par L.C. 1993, ch. 2, art. 7; 1995, ch. 1, art. 62] et d’une personne à qui l’autorisation d’intervenir a été accordée en vertu de l’article 19 [mod. par L.C. 1993, ch. 44, art. 191] de la Loi. Le paragraphe 86(2) confère la qualité pour agir au ministre de l’Industrie (ou à tout autre ministre désigné par règlement) et aux ministres provinciaux de la Santé. C’est sur ces dispositions législatives que le personnel du Conseil fonde son droit d’être constitué partie intimée à la demande de contrôle judiciaire. Je ne puis faire droit à cette prétention.

En termes simples, la loi habilitante autorise le Conseil à retenir les services du personnel nécessaire. Elle ne confère pas au personnel du Conseil une qualité pour agir distincte de celle du Conseil. À l’opposé, la Loi confère expressément la qualité de partie aux ministres fédéral et provinciaux de la Santé. Il ressort des documents dont la Cour est saisie que le Conseil a, dans les faits, décidé d’agir indépendamment de son personnel, lequel a pris à sa charge la conduite des affaires, de la même façon, par exemple, que le directeur des enquêtes et recherches se pourvoit devant le Tribunal de la concurrence. Les rapports entre le Conseil et son personnel sont décrits comme suit par la majorité des membres du Conseil dans la décision *Genentech*, précitée, à la page 320:

[TRADUCTION] Lorsqu’il tient une audience relativement au prix d’un médicament breveté, le personnel du Conseil agit indépendamment du Conseil. Par l’entremise de son propre avocat, le personnel du Conseil présente des éléments de preuve, analyse la preuve des autres parties et formule des observations sur des questions de procédure, de compétence, de droit et de fond pendant le déroulement de la procédure.

Il demeure néanmoins que la loi habilitante du Conseil n’est pas rédigée de façon à accorder au personnel du Conseil, dans le cadre d’un contrôle judiciaire, la même qualité indépendante que celle dont jouit, par exemple, le directeur des enquêtes et recherches dans le domaine de la concurrence. Je ne

somehow legally flawed. There is no suggestion that the Board has somehow delegated its statutory obligations or fettered its discretion. I am confident that the present system is administratively efficient. What I am saying is that the Board Staff does not have a legal status independent of that of the Board. The reality is that the Board is required to act as both prosecutor and judge in order to fulfil its legislated mandate.

#### VII CONCLUSION

81 The appeal should be dismissed with costs.

82 STONE J.A.: I agree.

83 GRAY D.J.: I agree.

laisse pas entendre que les rôles distincts joués par le Conseil et par son personnel ne sont pas fondés sur le plan juridique. Non plus que le Conseil a en quelque sorte délégué ses obligations légales ou omis d'exercer son pouvoir discrétionnaire. Je suis convaincu que le régime actuel est efficient du point de vue administratif. J'estime cependant que le personnel du Conseil ne jouit pas d'une qualité pour agir indépendante de celle du Conseil. Dans les faits, le Conseil est tenu d'agir en tant que poursuivant et en tant que juge afin de s'acquitter de son mandat légal.

#### VII CONCLUSION

L'appel est rejeté avec dépens.

LE JUGE STONE, J.C.A.: Je souscris.

LE JUGE SUPPLÉANT GRAY: Je souscris.

81

82

83

A-14-94

A-14-94

**Her Majesty the Queen** (*Appellant*)**Sa Majesté la Reine** (*appelante*)

v.

c.

**Melville Neuman** (*Respondent*)**Melville Neuman** (*intimé*)**INDEXED AS: CANADA v. NEUMAN (C.A.)****RÉPERTORIÉ: CANADA c. NEUMAN (C.A.)**

Court of Appeal, Isaac C.J., Stone and McDonald J.J.A.—Winnipeg, December 14, 1995; Ottawa, August 23, 1996.

Cour d'appel, juge en chef Isaac, juges Stone et McDonald, J.C.A.—Winnipeg, 14 décembre 1995; Ottawa, 23 août 1996.

*Income tax — Income calculation — Dividends — Appeal from trial judgment, affirming Tax Court's decision allowing taxpayer's appeal from reassessment under Income Tax Act, s. 56(2) including corporate dividend paid to wife in respondent's income — S. 56(2) providing payment or transfer of property, made with concurrence of taxpayer, to some other person for benefit of taxpayer shall be included in taxpayer's income — Taxpayer incorporating company to split income with wife — Taxpayer, wife officers of company — While sole director, wife declaring dividend on her shares — Taxpayer ratifying declaration — Wife neither contributing to company nor assuming risks — Immediately thereafter loaning taxpayer amount of dividend — Evidence establishing wife acted with taxpayer's concurrence in declaring dividend — Concurrence inferred from circumstances, including degree of control taxpayer entitled to exercise over corporation conferring benefit — Four elements laid down in Fraser Companies Ltd. v. The Queen required for invocation of s. 56(2) satisfied — Minister not required to prove taxpayer's wife not subject to tax on dividend — Taxpayer, wife not dealing at arm's length — S. 56(2) applied.*

*Impôt sur le revenu — Calcul du revenu — Dividendes — Appel d'un jugement de première instance, confirmant la décision de la Cour de l'impôt qui avait accueilli l'appel du contribuable formé à l'encontre d'une nouvelle cotisation, établie en vertu de l'art. 56(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu, incluant le dividende de la société versé à son épouse dans le revenu de l'intimé — L'art. 56(2) dispose que le paiement ou le transfert de biens fait, avec l'accord du contribuable, à toute autre personne au profit du contribuable doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable — Le contribuable a constitué une société afin de fractionner son revenu avec son épouse — Le contribuable et son épouse étaient les dirigeants de la société — Alors qu'elle était seule administratrice, l'épouse a déclaré un dividende sur ses actions — Le contribuable a ratifié cette déclaration de dividende — Son épouse n'a pas fourni d'apport à la société et n'a assumé aucun risque — Immédiatement après la déclaration du dividende, l'épouse a prêté cette somme au contribuable — La preuve établit que l'épouse a déclaré le dividende avec l'accord du contribuable — Cet accord se déduit des circonstances, notamment du degré de contrôle que le contribuable est en droit d'exercer sur la société qui confère l'avantage — Les quatre éléments énoncés dans l'arrêt Fraser Companies Ltd. c. La Reine, nécessaires pour entraîner l'application de l'art. 56(2), sont réunis — Le ministre n'est pas tenu de prouver que l'épouse du contribuable n'était pas assujettie à l'impôt sur ce dividende — Le contribuable et son épouse traitaient avec un lien de dépendance — L'art. 56(2) s'applique.*

*Judges and Courts — Supreme Court of Canada in McClurg v. Canada holding Income Tax Act, s. 56(2) not applicable to declaration of dividends including those declared pursuant to discretionary power, but Dickson C.J. adding s. 56(2) may apply to exercise of discretionary power to distribute dividends when non-arm's length shareholder making no contribution to company — Applicability of s. 56(2) to non-arm's length transactions live issue, although unnecessary for disposition of that appeal as wife making legitimate contribution to company —*

*Juges et tribunaux — La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt McClurg c. Canada, a statué que l'art. 56(2) de la Loi de l'impôt sur le revenu ne s'appliquait pas à la déclaration de dividendes, notamment aux dividendes déclarés en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, mais le juge en chef Dickson a précisé que l'art. 56(2) pouvait s'appliquer à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartir des dividendes lorsqu'un actionnaire ayant un lien de dépendance ne fournit aucun apport à la société — L'applicabilité de l'art. 56(2) aux opérations avec lien de*

*That opinion, representing considered opinion of majority of S.C.C., binding on courts below.*

This was an appeal from the trial judgment, which had affirmed the Tax Court's decision allowing an appeal from a reassessment whereby the amount of a dividend paid to the respondent's wife had been included in his income pursuant to *Income Tax Act*, subsection 56(2). Subsection 56(2) provides that a payment or transfer of property made pursuant to the direction of, or with the concurrence of, a taxpayer to some other person for the benefit of the taxpayer or as a benefit that the taxpayer desired to have conferred on the other person shall be included in computing the taxpayer's income to the extent that it would be if the payment or transfer had been made to him.

The respondent incorporated Melru Ventures Inc. in order to split income from another company with his wife. He sold his common shares in that other company to Melru for an equal number of Class "G" shares of Melru. The respondent was appointed President and his wife was appointed Secretary. He held the only common voting share. The respondent was elected director until the first annual meeting when Mrs. Neuman was elected sole director of Melru. Both continued as officers of the company. Mrs. Neuman held Class "F" shares. On September 8, 1982, at a meeting chaired by the respondent as President, a resolution was unanimously passed to declare a taxable dividend of \$5,000 on the Class "G" shares and \$14,800 on the Class "F" shares. The respondent, as an officer, ratified the declaration of dividends. On the same day, Mrs. Neuman loaned her husband \$14,800 on the security of a promissory note. She died in 1988. No demand was ever made on the note and no interest was ever paid on the loan. The Trial Judge found that Mrs. Neuman neither contributed to Melru, nor assumed any risks for the company. The amount of the dividends was arbitrarily chosen.

In *McChurg v. Canada*, the Supreme Court of Canada held that, as a general principle, subsection 56(2) does not apply to the declaration of dividends, including those declared pursuant to a discretionary power. But Dickson C.J. went on to state that subsection 56(2) may apply to the exercise of a discretionary power to distribute dividends when the non-arm's length shareholder has made no contribution to the company. The Tax Court concluded that the facts of this case did not fall within subsection

*dépendance était une question pertinente, quoique non nécessaire au règlement de l'appel étant donné que l'épouse avait fourni un apport réel à la société — Cette opinion, représentant l'opinion réfléchie de la majorité de la Cour suprême du Canada, lie les tribunaux d'instance inférieure.*

Il s'agit d'un appel du jugement de première instance, confirmant une décision de la Cour de l'impôt qui avait accueilli l'appel formé à l'encontre d'une nouvelle cotisation en vertu de laquelle le montant du dividende versé à l'épouse de l'intimé avait été inclus dans son revenu conformément au paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le paragraphe 56(2) dispose que tout paiement ou transfert de biens fait, suivant les instructions ou avec l'accord d'un contribuable, à toute autre personne au profit du contribuable ou à titre d'avantage que le contribuable désirait voir accorder à l'autre personne doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable dans la mesure où il le serait si ce paiement ou transfert avait été fait au contribuable.

L'intimé a constitué en personne morale Melru Ventures Inc. aux fins de partager le revenu d'une autre société avec son épouse. Il a vendu les actions ordinaires qu'il détenait dans cette autre société à Melru en échange d'un nombre égal d'actions de catégorie «G» de Melru. L'intimé a été nommé président et son épouse, secrétaire. Il était titulaire de la seule action ordinaire assortie d'un droit de vote. L'intimé a été élu administrateur jusqu'à la première assemblée annuelle, date à laquelle Mme Neuman a été élue seule administratrice de Melru. L'intimé et son épouse ont continué de faire office de dirigeants de la société. Mme Neuman était titulaire d'actions de catégorie «F». Le 8 septembre 1982, au cours d'une réunion présidée par l'intimé à titre de président, une résolution a été adoptée à l'unanimité afin que soit déclaré un dividende imposable de 5 000 \$ sur les actions de catégorie «G» et un dividende de 14 800 \$ sur les actions de catégorie «F». L'intimé, en sa qualité de dirigeant, a ratifié la déclaration des dividendes. Le même jour, Mme Neuman a prêté à son mari 14 800 \$, emprunt garanti au moyen d'un billet à ordre. Elle est décédée en 1988. Aucune demande n'a jamais été faite concernant le billet et aucun intérêt payé sur le prêt. Le juge de première instance a conclu que Mme Neuman n'avait fourni aucun apport à Melru, ni assumé de risques pour le compte de la société. Le montant des dividendes était arbitraire.

Dans l'arrêt *McChurg c. Canada*, la Cour suprême du Canada a conclu que, en tant que principe général, le paragraphe 56(2) ne s'applique pas à la déclaration de dividendes, y compris aux dividendes déclarés en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. Toutefois, le juge en chef Dickson a ajouté que le paragraphe 56(2) pouvait s'appliquer à l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartir des dividendes lorsque l'actionnaire ayant un lien de dépendance n'a fourni aucun apport à la société. La Cour de

56(2). The Trial Judge held that no distinction was to be drawn between an arm's length and a non-arm's length transaction, and that subsection 56(2) was not designed to prevent the type of income splitting engaged in by the respondent. He declined to decide the case on the issue of whether Mrs. Neuman acted with her husband's concurrence.

The issues were: (1) whether Mrs. Neuman was acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the respondent when she declared the dividend of \$14,800 from Melru to herself; (2) whether the *dictum* of Dickson C.J. in *McChurg* was binding upon the courts below; (3) whether subsection 56(2) permitted the Minister to include in the income of the respondent for the 1982 taxation year, the dividend of \$14,800 which Mrs. Neuman received from Melru.

*Held*, the appeal should be allowed.

(1) The Trial Judge failed to consider all of the evidence and as a result he erred in law. There was sufficient evidence to establish the respondent's concurrence with Mrs. Neuman's declaration of the \$14,800 dividend to herself, and that Mrs. Neuman had acted with that concurrence when she declared the dividend.

The concurrence or participation of the taxpayer in the conferring of the benefit need not be active. It may well be passive or implicit and can be inferred from all the circumstances, including the degree of control which the taxpayer is entitled to exercise over the corporation conferring the benefit.

The appellant had satisfied the four elements set out in *Fraser Companies Ltd. v. The Queen* as being required for the invocation of subsection 56(2). (i) There was a payment or transfer of property to a person other than the taxpayer. Payment of a dividend is a transfer of property. (ii) The evidence as a whole established on a balance of probabilities that the dividend of \$14,800 was declared to Mrs. Neuman with the concurrence of the respondent. Subsection 56(2) requires proof that the transfer of property be either at the direction of or with the concurrence of the taxpayer, not both. (iii) The respondent benefitted from splitting the income with his wife by reducing the income tax that he would otherwise have paid. He also enjoyed the use of the full amount of the dividend by borrowing that amount from his wife. That loan was never repaid. (iv) By the operation of paragraph 12(1)(j) and subsection 82(1), the dividend which Mrs. Neuman received would have been included in the respondent's income for the 1982 taxation year had it not been paid to her.

l'impôt a conclu que les faits de l'espèce n'étaient pas expressément visés au paragraphe 56(2). Le juge de première instance a statué qu'il n'y avait pas lieu d'établir une distinction entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance, et que le paragraphe 56(2) n'avait pas été conçu pour empêcher le type de fractionnement du revenu auquel s'était livré l'intimé. Il a refusé de faire reposer le règlement de l'affaire sur la question de savoir si Mme Neuman avait agi avec l'accord de son époux.

Les questions sont les suivantes: (1) Mme Neuman agissait-elle suivant les instructions ou avec l'accord de l'intimé quand elle a déclaré le dividende de 14 800 \$ que la société Melru devait lui verser; (2) la remarque incidente du juge en chef Dickson dans l'arrêt *McChurg* lie-t-elle les tribunaux d'instance inférieure; (3) l'art. 56(2) autorise-t-il le ministre à inclure dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982 le dividende de 14 800 \$ que Mme Neuman a reçu de Melru.

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

(1) Le juge de première instance n'a pas tenu compte de la totalité de la preuve et par conséquent il a commis une erreur de droit. Il y avait suffisamment d'éléments de preuve indiquant que l'intimé avait donné son accord à Mme Neuman pour que celle-ci déclare le dividende de 14 800 \$ de la société Melru à son profit, et que Mme Neuman a agi avec cet accord quand elle a déclaré le dividende.

L'accord ou la participation du contribuable relativement à l'octroi de l'avantage ne doit pas nécessairement être actif. Il peut très bien être passif ou implicite et peut s'inférer de toutes les circonstances, notamment du degré de contrôle que le contribuable est en droit d'exercer sur la société qui confère l'avantage.

L'appelante a réussi à établir les quatre éléments énoncés dans la décision *Fraser Companies Ltd. c. La Reine* nécessaires pour invoquer avec succès le paragraphe 56(2). (i) Il y a eu paiement ou transfert de biens à une personne autre que le contribuable. Le paiement d'un dividende est un transfert de biens. (ii) La preuve, prise dans son ensemble, établit d'après la prépondérance des probabilités que le dividende de 14 800 \$ a été déclaré à Mme Neuman avec l'accord de l'intimé. Le paragraphe 56(2) dispose qu'il faut établir que le transfert de biens a été fait suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable, mais n'exige pas la preuve de ces deux éléments. (iii) En fractionnant le revenu avec son épouse, l'intimé a réduit le montant de l'impôt qu'il aurait autrement dû payer sur son revenu et il a en outre bénéficié de la totalité du montant du dividende en empruntant cette somme à son épouse. Ce prêt n'a jamais été remboursé. (iv) Par l'application conjointe de l'alinéa 12(1)(j) et du paragraphe 82(1), le dividende que Mme Neuman a reçu aurait été inclus dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982 si le versement ne lui en avait pas été fait.

The application of subsection 56(2) herein would not be contrary to the commercial reality of the declaration of the dividend to Mrs. Neuman, since there was none. The payment to her of the dividend was not the product of a *bona fide* business relationship.

Neither the cases nor subsection 56(2), read in the context of the Act as a whole, mandate the imposition of a requirement that the Minister prove that the respondent's wife was not subject to tax on the dividend she received.

(2) The respondent and his wife were not dealing with each other at arm's length. Since they were the only shareholders of Melru, they were not dealing with that corporation at arm's length. Confronted by these facts, the Courts below were bound to consider Dickson C.J.'s statement in *McClurg*. The issue of the applicability of subsection 56(2) to non-arm's length transactions was a live one in *McClurg*. Although not necessary for the disposition of that appeal since Mrs. McClurg had made a real contribution to the company, the opinion expressed by Dickson C.J. represented the considered opinion of a majority of the Court and was therefore binding on the courts below and on this Court. Subsection 56(2) was applicable to the transaction.

(3) The Minister was correct in including the dividend which Ruby Neuman received from Melru in the respondent's income for the 1982 taxation year.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Corporations Act (The)*, S.M. 1976, c. 40.  
*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, R. 324.  
*Income Tax Act*, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 12(1), 56(2),(3),(4), 82(1) (as am. by S.C. 1977-78, c. 1, s. 36), 178(2) (as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 64; 1980-81-82-83, c. 158, s. 58; 1984, c. 45, s. 75), 251.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Fraser Companies Ltd. v. The Queen*, [1981] CTC 61; (1981), 81 DTC 5051 (F.C.T.D.); *Champ (W) v. The Queen*, [1983] CTC 1; (1982), 83 DTC 5029 (F.C.T.D.).

##### CONSIDERED:

*McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; 50 B.L.R.

L'application du paragraphe 56(2) ne serait pas contraire à la réalité commerciale de la déclaration du dividende à Mme Neuman, étant donné que cette réalité est inexistante. Le versement du dividende à Mme Neuman ne peut être considéré comme le résultat d'une relation d'affaires normale.

Ni les décisions citées ni le paragraphe 56(2), lu dans le contexte de la Loi dans son ensemble, n'imposent au ministre l'obligation de prouver que l'épouse de l'intimé n'était pas assujettie à l'impôt sur le dividende qu'elle a reçu.

(2) L'intimé et son épouse traitaient avec un lien de dépendance. Étant donné qu'ils étaient les seuls actionnaires de Melru, ils avaient également un lien de dépendance avec cette société. Confrontés à ces faits, les tribunaux d'instance inférieure étaient tenus d'examiner l'opinion du juge en chef Dickson dans l'arrêt *McClurg*. La question de l'applicabilité du paragraphe 56(2) aux opérations avec lien de dépendance était tout à fait pertinente dans l'arrêt *McClurg*. Même si elle n'était pas nécessaire au règlement de cet appel, étant donné que Mme McClurg avait fourni un apport réel à la société, l'opinion exprimée par le juge en chef Dickson représentait l'opinion réfléchie de la majorité de la Cour et elle liait par conséquent les tribunaux d'instance inférieure et la présente Cour. Le paragraphe 56(2) était applicable à l'opération.

(3) Le ministre a eu raison d'inclure le dividende que Ruby Neuman a reçu de Melru dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Corporations Act (The)*, S.M. 1976, ch. 40.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 12(1), 56(2),(3),(4), 82(1) (mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 36), 178(2) (mod. par S.C. 1976-77, ch. 4, art. 64; 1980-81-82-83, ch. 158, art. 58; 1984, ch. 45, art. 75), 251.  
*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règle 324.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Fraser Companies Ltd. c. La Reine*, [1981] CTC 61; (1981), 81 DTC 5051 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Champ (W) c. La Reine*, [1983] CTC 1; (1982), 83 DTC 5029 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020; (1990), 76 D.L.R. (4th) 217; [1991] 2 W.W.R. 244; 50 B.L.R.

161; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101; *Winter v. Canada*, [1991] 1 F.C. 585; [1991] 1 C.T.C. 113; (1990), 90 DTC 6681; 127 N.R. 69 (C.A.); *McClurg (J.A.) v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 355; (1986), 86 DTC 6128; 2 F.T.R. 1 (F.C.T.D.); *Canada v. McClurg*, [1988] 2 F.C. 356; [1988] 1 C.T.C. 75; (1988), 88 DTC 6047; 84 N.R. 214 (C.A.); *Smith (D.N.) v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 418; (1986), 86 DTC 6196; 2 F.T.R. 137 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Smith (D.N.) v. M.N.R.*, [1993] 2 C.T.C. 257; (1993), 93 DTC 5351; 156 N.R. 225 (F.C.A.); *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592; (1973), 40 D.L.R. (3d) 371; 11 C.P.R. (2d) 206; *Murphy (GA) v. The Queen*, [1980] CTC 386; (1980), 80 DTC 6314 (F.C.T.D.); *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527; (1980), 110 D.L.R. (3d) 629; 52 C.C.C. (2d) 345; 20 C.R. (3d) 381; 32 N.R. 70.

## AUTHORS CITED

Krishna, Vern and J. Anthony VanDuzer. «Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*» (1993), 21 *Can. Bus. L.J.* 335.

McDonnell, T. E. «Income Splitting: McClurg Obiter Dicta Not Applied» (1992), 40 *Can. Tax J.* 1143.

Welling, B. L. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.

APPEAL from the trial judgment, affirming the Tax Court's decision (*M.N.R. v. Neuman*, [1994] 2 F.C. 154; [1994] 1 C.T.C. 354; (1993), 94 DTC 6094; 72 F.T.R. 17 (T.D.); *Neuman (M.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2074; (1992), 92 DTC 1652 (T.C.C.)) allowing an appeal from a reassessment whereby, pursuant to *Income Tax Act*, subsection 56(2), the Minister had included in taxpayer's income the amount of a corporate dividend paid to his wife in a non-arm's length situation. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*Robert W. McMechan* for appellant.

161; [1991] 1 C.T.C. 169; 91 DTC 5001; 119 N.R. 101; *Winter c. Canada*, [1991] 1 C.F. 585; [1991] 1 C.T.C. 113; (1990), 90 DTC 6681; 127 N.R. 69 (C.A.); *McClurg (J.A.) c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 355; (1986), 86 DTC 6128; 2 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Canada c. McClurg*, [1988] 2 C.F. 356; [1988] 1 C.T.C. 75; (1988), 88 DTC 6047; 84 N.R. 214 (C.A.); *Smith (D.N.) c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 418; (1986), 86 DTC 6196; 2 F.T.R. 137 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES:

*Smith (D.N.) c. M.R.N.*, [1993] 2 C.T.C. 257; (1993), 93 DTC 5351; 156 N.R. 225 (C.A.F.); *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592; (1973), 40 D.L.R. (3d) 371; 11 C.P.R. (2d) 206; *Murphy (GA) c. La Reine*, [1980] CTC 386; (1980), 80 DTC 6314 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Stuart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; (1984), 10 D.L.R. (4th) 1; [1984] CTC 294; 84 DTC 6305; 53 N.R. 241; *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527; (1980), 110 D.L.R. (3d) 629; 52 C.C.C. (2d) 345; 20 C.R. (3d) 381; 32 N.R. 70.

## DOCTRINE

Krishna, Vern and J. Anthony VanDuzer. «Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McClurg v. Canada*» (1993), 21 *Rev. can. D. comm.* 335.

McDonnell, T. E. «Income Splitting: McClurg Obiter Dicta Not Applied» (1992), 40 *Rev. fiscale can.* 1143.

Welling, B. L. *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1991.

APPEL d'un jugement de première instance, confirmant la décision de la Cour de l'impôt (*M.R.N. c. Neuman*, [1994] 2 C.F. 154; [1994] 1 C.T.C. 354; (1993), 94 DTC 6094; 72 F.T.R. 17 (1<sup>re</sup> inst.); *Neuman (M.) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2074; (1992), 92 DTC 1652 (C.C.I.)) qui avait accueilli un appel formé à l'encontre d'une nouvelle cotisation aux termes de laquelle, en vertu du paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, le ministre avait inclus dans le revenu du contribuable le montant du dividende d'une société versé à son épouse dans le cadre d'une opération avec lien de dépendance. Appel accueilli.

## AVOCATS:

*Robert W. McMechan*, pour l'appelante.

*Joe E. Hershfield, Ralph D. Neuman and Brian D. Sexton* for respondent.

*Joe E. Hershfield, Ralph D. Neuman et Brian D. Sexton*, pour l'intimé.

SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Taylor, McCaffrey, Winnipeg*, for respondent.

PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada*, pour l'appelante.  
*Taylor, McCaffrey, Winnipeg*, pour l'intimé.

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

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

1 THE COURT: This is an appeal from a decision of the Trial Division, [1994] 2 F.C. 154, affirming a decision of the Tax Court (reported [1992] 2 C.T.C. 2074) which had allowed the respondent's appeal from the reassessment of his income for the taxation year 1982 in the circumstances mentioned below.

1 LA COUR: Il s'agit d'un appel d'une décision de la Section de première instance, [1994] 2 C.F. 154, confirmant une décision de la Cour de l'impôt (citée à [1992] 2 C.T.C. 2074), qui avait accueilli l'appel de l'intimé formé à l'encontre d'une nouvelle cotisation établie relativement à son revenu pour l'année d'imposition 1982 dans les circonstances décrites ci-dessous.

2 The appeal raises the issue whether a dividend in the amount of \$14,800, received by the respondent's spouse on non-voting Class "F" shares in a corporation, was properly attributed to the respondent as income, on the basis that the amount of the dividend was a payment or transfer of property made pursuant to the direction of, or with the concurrence of the respondent within the contemplation of subsection 56(2) of the *Income Tax Act* [S.C. 1970-71-72, c. 63] (the Act).

2 L'appel soulève la question de savoir si un dividende de 14 800 \$, versé à l'épouse de l'intimé sur des actions de catégorie «F» non assorties du droit de vote, a été à bon droit attribué à l'intimé à titre de revenu, au motif que le montant du dividende constituait un paiement ou un transfert de biens fait suivant les instructions ou avec l'accord de l'intimé, au sens du paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* [S.C. 1970-71-72, ch. 63] (la Loi).

3 The appeal also requires us to consider the following statement by the Chief Justice of Canada in his majority reasons in *McClurg v. Canada*, [1990] 3 S.C.R. 1020, at page 1054:

3 L'appel exige également que la Cour se penche sur l'affirmation suivante énoncée par le juge en chef du Canada dans les motifs qu'il a exprimés au nom de la majorité dans l'arrêt *McClurg c. Canada*, [1990] 3 R.C.S. 1020, à la page 1054:

In my opinion, if a distinction is to be drawn in the application of s. 56(2) between arm's length and non-arm's length transactions, it should be made between the exercise of a discretionary power to distribute dividends when the non-arm's length shareholder has made no contribution to the company (in which case s. 56(2) may be applicable), and those cases in which a legitimate contribution has been made. [Emphasis added.]

À mon avis, si une distinction s'impose dans l'application du par. 56(2) entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance, il faut la faire entre l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartir des dividendes lorsque l'actionnaire ayant un lien de dépendance n'a fourni aucun apport à la société (auquel cas le par. 56(2) peut s'appliquer) et les cas où un apport légitime a été fourni. [Non souligné dans l'original.]

The Facts

4 The respondent was at all relevant times a lawyer practising with the firm of Newman, MacLean in Winnipeg, Manitoba. He and some other members of the firm each owned 1,285,714 common shares in Newmac Services (1973) Ltd. (Newmac). Newmac owned some commercial property in downtown Winnipeg, including the property occupied by Newman, MacLean. Newmac also managed that property under contract with Newman, MacLean.

5 On 29 April 1981, the respondent incorporated Melru Ventures Inc. (Melru) and was its sole shareholder and director. Melru was established as a tax planning vehicle with specific purposes: to split any income received from Newmac with his wife Ruby Neuman and to freeze the respondent's equity in Newmac in order that any increase in that equity would accrue to his wife.

6 The authorized capital of Melru was divided as follows:<sup>1</sup>

5,000 common voting shares,

5,000 common non-voting shares,

10,000 Class "A" shares,

30,000 Class "B" shares,

25,000 Class "C" shares,

25,000 Class "D" shares,

300,000 Class "E" shares,

5,000 Class "F" shares, and

1,286 Class "G" shares,

all without par value, provided that the shares shall not be issued for a consideration exceeding in amount or value in the aggregate the sum of \$40,000.00.

7 The Articles of Incorporation of Melru<sup>2</sup> contain the following rights, privileges, restrictions and conditions attaching to Class "F" and Class "G" shares:

(a) the holders of Class "G" shares shall in each year, in the discretion of the directors, be entitled out of any or all profits or surplus available for dividends to non-cumulative dividends at such rate as may from time to

Les faits

4 L'intimé était, à l'époque pertinente, associé au sein du cabinet d'avocats Newman, MacLean à Winnipeg, au Manitoba. Certains de ses associés et lui-même étaient propriétaires de 1 285,714 actions ordinaires de la société Newmac Services (1973) Ltd. (Newmac). Newmac possédait certains immeubles à usage commercial au centre-ville de Winnipeg, dont l'immeuble occupé par Newman, MacLean. Newmac assurait également la gestion de cet immeuble en vertu d'un contrat signé avec Newman, MacLean.

5 Le 29 avril 1981, l'intimé a constitué en personne morale Melru Ventures Inc. (Melru), dont il était le seul actionnaire et administrateur. Melru a été constitué à des fins de planification fiscale dans des buts très précis: partager le revenu tiré de Newmac avec son épouse Ruby Neuman et geler l'avoir de l'intimé dans Newmac, laissant toute augmentation échoir à son épouse.

6 Le capital autorisé de Melru était réparti de la façon suivante<sup>1</sup>:

[TRADUCTION] 5 000 actions ordinaires assorties d'un droit de vote,

5 000 actions ordinaires non assorties d'un droit de vote,

10 000 actions de catégorie «A»,

30 000 actions de catégorie «B»,

25 000 actions de catégorie «C»,

25 000 actions de catégorie «D»,

300 000 actions de catégorie «E»,

5 000 actions de catégorie «F» et

1 286 actions de catégorie «G»,

sans valeur nominale, étant entendu que les actions ne peuvent être émises pour une contrepartie supérieure, en montant ou en valeur, à la somme globale de 40 000 \$.

7 Les statuts constitutifs de Melru<sup>2</sup> énoncent les droits, privilèges, restrictions et conditions attachés aux actions de catégories «F» et «G»:

[TRADUCTION] a) Les détenteurs d'actions de catégorie «G» ont droit chaque année, à la discrétion des administrateurs, à des dividendes non cumulatifs versables sur tout ou partie des bénéfices ou des surplus disponibles aux fins

time be declared on any such shares but not exceeding the equivalent of 1% per annum on "redemption price" above the maximum prime bank rates, charged by the bankers for the time being of the Corporation for the year in question.

...

(c) in the event of the liquidation, dissolution or winding up of the Corporation, whether voluntary or involuntary, the holders of Class "G" shares shall be entitled to receive before any distribution on any part of the assets of the Corporation among the holders of any other class of shares an amount equal to the redemption price for each Class "G" share and any dividends declared thereon and unpaid and no more;

(d) in the event of the liquidation, dissolution or winding up of the Corporation, whether voluntary or involuntary, the holders of the preference shares shall be entitled to receive, before any distribution on any part of the assets of the Corporation among the holders of Class "F" shares and common shares an amount equal to the sum of \$1.00 per share and any dividends declared thereon and unpaid and no more;

(e) all dividends paid or declared and set aside for payment in any fiscal year, after making payments on Class "G" shares and preference shares of dividends declared shall be paid firstly on Class "F" shares until dividends aggregating 1¢ per share on the Class "F" shares then outstanding have been paid and then any additional dividends shall be set aside for payment on common shares until the common shares then outstanding shall have received 1¢ per share and any additional dividends shall be paid on Class "F" shares until they receive that fraction of profits properly available for payment of dividends as the number of Class "F" shares then outstanding bear to the total number of Class "F" shares and common shares then outstanding and the balance shall in the discretion of the directors be paid on common shares or set aside for future payment on common shares at the discretion of the board of directors. Any monies set aside for future payment on common shares as provided in this clause (e) shall no longer be considered in computing future profits properly available for payment of dividends insofar as Class "F" shares are concerned; provided however that no dividends shall be paid on Class "F" shares or common shares so as to reduce the value of the Class "G" shares below their redemption price.

du versement de dividendes à un taux qui, de temps à autre, peut être déclaré sur ces actions, mais qui ne dépasse pas l'équivalent de 1 pour 100 par année sur le «prix de rachat» en sus du plus élevé des taux bancaires préférentiels, imputés par les banques avec lesquelles la société fait affaire pendant l'année en question.

...

c) En cas de liquidation ou de dissolution de la société, volontaire ou non, les détenteurs d'actions de catégorie «G» ont droit, avant toute distribution sur quelque partie que ce soit de l'actif de la société entre les détenteurs de toute autre catégorie d'actions et à l'exclusion de tout autre montant, à une somme équivalente au prix de rachat de chaque action de catégorie «G» et à tout dividende déclaré à l'égard de ces actions mais non versé.

d) En cas de liquidation ou de dissolution de la société, volontaire ou non, les détenteurs d'actions privilégiées ont droit, avant toute distribution sur quelque partie que ce soit de l'actif de la société entre les détenteurs d'actions de catégorie «F» et d'actions ordinaires et à l'exclusion de tout autre montant, à un montant équivalent à la somme de 1 \$ par action et à tout dividende déclaré à l'égard de ces actions mais non versé.

e) Tous les dividendes versés ou déclarés et mis de côté aux fins du versement dans un exercice financier, après le versement des dividendes à l'égard des actions de catégorie «G» et des actions privilégiées, sont en premier versés à l'égard des actions de catégorie «F» jusqu'à ce que des dividendes totalisant 0,01 \$ l'action sur les actions de catégorie «F» alors en circulation, aient été versés et, par la suite, tous les dividendes additionnels sont mis de côté en vue d'être versés à l'égard des actions ordinaires jusqu'à ce que 0,01 \$ ait été versé pour chaque action ordinaire alors en circulation; tous les dividendes additionnels sont versés sur les actions de catégorie «F» jusqu'à ce qu'elles aient reçu la fraction des bénéfices qui est dûment disponible aux fins du versement de dividendes selon la part que les actions de catégorie «F» alors en circulation représentent du total des actions de catégorie «F» et des actions ordinaires alors en circulation. Le solde est, à la discrétion des administrateurs, versé sur les actions ordinaires ou mis de côté aux fins du versement à une date ultérieure sur les actions ordinaires à la discrétion du conseil d'administration. Toute somme mise de côté aux fins du versement à une date ultérieure sur les actions ordinaires aux termes de la présente clause e) n'entrera plus en ligne de compte dans le calcul des bénéfices futurs à partir desquels des dividendes peuvent dûment être versés dans la mesure où sont visées les actions de catégorie «F»; pour autant, toutefois, qu'aucun dividende ne soit versé sur les actions de catégorie «F» ou sur les actions ordinaires, de façon à faire passer la valeur des actions de catégorie «G» en-dessous du prix de rachat.

(f) subject to the prior rights of Class "G" shares and preference shares, on the dissolution of the Corporation, the Class "F" shares shall be entitled to receive an amount equal to the sum of \$1.00 per share and all declared dividends which have not been paid thereon in priority to any payment on the common shares and after the holders of common shares shall have received a similar amount per share and all dividends declared thereon and unpaid and all monies set aside for payment of dividends on common shares, the holders of Class "F" shares and the holders of common shares shall participate in equal amount per share without preference or priority;

(g) the Corporation may redeem the whole or any part of the Class "F" shares on payment for each share to be redeemed of what would have been available for that class if the Corporation were then dissolved divided by the number of Class "F" shares then outstanding; provided however that no dividends shall be paid on Class "F" shares so as to reduce the value of the Class "G" shares below their redemption price.

(h) the Corporation shall have the right at its option at any time and from time to time to purchase the Class "G" shares pursuant to tenders received for a sum not exceeding the redemption price and dividends declared thereon and unpaid;

...

(j) subject to the provisions of The Corporations Act, any holder of Class "G" shares may require that the Corporation redeem all or any part of his shares upon payment for each share to be redeemed of the redemption price together with dividends declared thereon and unpaid;

...

(l) except as set out in paragraph (v) and subject to The Corporations Act, the holders of common non-voting shares, Class "D" shares, Class "E" shares and Class "F" shares shall not, as such, have any voting rights for the election of directors or for any other purpose nor shall they be entitled to notice of or to attend shareholders' meetings. Common voting shares, Class "A" shares, Class "B" shares and Class "G" shares shall, subject to paragraphs (m) and (n), entitle their holders to one vote for each of such shares so held. Class "C" shares shall, subject to paragraph (o), entitle their holders to four votes for each share so held.

(m) except as set out in paragraph (m) [*sic*] and subject to The Corporations Act immediately on the happening of any one or more of the following namely:

f) Sous réserve des droits prioritaires des actions de catégorie «G» et des actions privilégiées, à la dissolution de la société, les détenteurs d'actions de catégorie «F» ont droit à un montant égal à la somme de 1 \$ l'action et à tous les dividendes déclarés mais non versés prioritairement à tout versement sur les actions ordinaires; après que les titulaires des actions ordinaires auront reçu une somme semblable pour chaque action et ainsi que tous les dividendes déclarés mais non versés et toutes les sommes mises de côté aux fins du versement des dividendes sur les actions ordinaires, les détenteurs d'actions de catégorie «F» et d'actions ordinaires participeront également au partage du reliquat pour chaque action détenue sans préférence ni priorité.

g) La société peut racheter la totalité ou une partie des actions de catégorie «F» contre paiement, pour chacune des actions à racheter, de la somme qui serait disponible pour cette catégorie si la société était alors en dissolution, divisée par le nombre d'actions de catégorie «F» alors en circulation; pour autant, toutefois, qu'aucun dividende ne soit versé sur les actions de catégorie «F», de façon à faire passer la valeur des actions de catégorie «G» en-dessous du prix de rachat.

h) La société a le droit, à sa discrétion et à n'importe quel moment, d'acheter les actions de catégorie «G» en fonction des offres reçues pour une somme qui ne dépasse pas le prix de rachat majoré des dividendes déclarés et non versés.

...

j) Sous réserve des dispositions de la Loi sur les sociétés par actions, tout détenteur d'actions de catégorie «G» peut exiger que la société rachète la totalité ou une partie de ses actions contre paiement, pour chaque action à racheter, du prix de rachat majoré des dividendes déclarés et non versés.

...

l) Sous réserve de l'alinéa v) et des dispositions de la Loi sur les sociétés par actions, les détenteurs d'actions ordinaires sans droit de vote et les détenteurs d'actions de catégories «D», «E» et «F» n'ont, en cette qualité, aucun droit de vote concernant l'élection des administrateurs ou pour toute autre fin, et n'ont pas non plus le droit de recevoir les avis de convocation ou d'assister aux assemblées des actionnaires. Les détenteurs d'actions ordinaires assorties d'un droit de vote, et les détenteurs d'actions de catégories «A», «B» et «G» ont droit, sous réserve des alinéas m) et n), à un vote pour chacune de ces actions qu'ils détiennent. Les détenteurs d'actions de catégorie «C», sous réserve de l'alinéa o), ont le droit à quatre votes pour chacune de ces actions qu'ils détiennent.

m) Sous réserve de l'alinéa m) [*sic*] et des dispositions de la Loi sur les sociétés par actions, dès la survenance de l'un ou de plusieurs des événements suivants:

(i) on the death of any holder of Class "G" shares;

i) le décès de n'importe quel détenteur d'actions de catégorie «G»;

(ii) on the transfer of any Class "G" shares (whether legally or equitably);

ii) le transfert d'actions de catégorie «G» (en vertu de la loi ou de l'équité);

then the entire class of Class "G" shares shall forthwith lose all voting rights and thereafter no shares of such class shall entitle the holder thereof to vote at the election of directors or for any other purposes nor shall they entitle the holders to notice of or to attend shareholders' meetings; [Emphasis added.]

la totalité des actions de catégorie «G» sont immédiatement privées de tout droit de vote et, par la suite, aucune action de cette catégorie ne donne à son détenteur le droit de voter pour l'élection des administrateurs ou pour toute autre fin, ni de recevoir les avis de convocation ou d'assister aux assemblées des actionnaires. [Non souligné dans l'original.]

8 On 29 April 1981, the respondent agreed with Melru to sell his common shares in Newmac in exchange for 1,285,714 Class "G" shares of Melru. Subsequent to this acquisition, Melru carried those shares on its balance sheet as an asset, having a value of \$120,000.

Le 29 avril 1981, l'intimé a convenu avec Melru de vendre ses actions ordinaires dans Newmac en échange de 1 285,714 actions de catégorie «G» de la société Melru. Après cette acquisition, Melru a inscrit ces actions à l'actif de son bilan, pour une valeur de 120 000 \$.

8

9 On 1 May 1981, at 10:00 a.m. a meeting of the first director was held at which the respondent was appointed President, his wife, Ruby was appointed Secretary and one common voting share of Melru was issued to the respondent for \$1.<sup>3</sup>

Le 1<sup>er</sup> mai 1981, à 10 h, le premier administrateur a tenu une assemblée au cours de laquelle l'intimé a été nommé président, son épouse Ruby, secrétaire, et une action ordinaire de Melru assortie d'un droit de vote a été émise à l'intimé pour la somme de 1 \$<sup>3</sup>.

9

10 At a special general meeting of shareholders held on the same day at 10:15 a.m. the respondent resigned as first director of Melru and was elected a director of that corporation until the first annual meeting of the corporation or until his successor was elected. Ruby Neuman, his wife, acted as secretary of the meeting.

Au cours d'une assemblée générale extraordinaire des actionnaires qui s'est tenue le même jour à 10 h 15, l'intimé a démissionné comme premier administrateur de Melru et a été élu administrateur de cette société jusqu'à la première assemblée générale annuelle de la société ou jusqu'à ce que son successeur soit élu. Ruby Neuman, son épouse, a fait office de secrétaire de l'assemblée.

10

11 On the same day at a meeting of the Board of Directors held at 10:30 a.m., the respondent, as chairman of the meeting reported that his wife, had subscribed for 99 Class "F" shares in Melru and a resolution was passed authorizing the issue of such shares to Ruby Neuman at a price of \$1 per share.<sup>4</sup>

Le même jour, au cours d'une réunion du conseil d'administration, qui s'est tenue à 10 h 30, l'intimé, en tant que président, a indiqué que son épouse avait souscrit 99 actions de catégorie «F» dans Melru et une résolution a été adoptée pour autoriser l'émission de ces actions à Ruby Neuman au prix de 1 \$ l'action<sup>4</sup>.

11

12 The minutes of the annual meeting of shareholders of Melru held on 12 August 1982 at 10:15 a.m. read in part as follows:<sup>5</sup>

Le procès-verbal de l'assemblée annuelle des actionnaires de Melru qui s'est tenue le 12 août 1982 à 10 h 15, indique en partie ce qui suit<sup>5</sup>:

12

## PRESENT:

Melville Neuman  
Ruby Neuman

being all the shareholders of the Corporation . . .

The Chairman then stated that it was in order to proceed with the election of the directors and asked for nominations. The following was nominated:

Ruby Neuman

- 13 Ruby Neuman was duly elected a director of Melru to hold office until her successor was elected or appointed.

- 14 Curiously, the minutes of the meeting of the Board of Directors held on the same day at 10:30 a.m., contains the following resolution:<sup>6</sup>

On motion duly made, seconded and unanimously carried, the following persons were elected or appointed as officers of the Corporation to hold the office referred to opposite their respective names for the ensuing year or until their successors are elected or appointed:

President: Melville Neuman  
Secretary: Ruby Neuman

[Emphasis added.]

- 15 As the minutes of the meeting of the Board of Directors held on 8 September 1982 are critical to the issues in this appeal, we reproduce them in full:<sup>7</sup>

MINUTES of a meeting of the Board of Directors of MELRU VENTURES INC. held at the offices of the Corporation on the 8th day of September, 1982, at the hour of 10:00 o'clock in the forenoon.

## PRESENT:

Ruby Neuman

being the sole director of the Corporation.

## ALSO PRESENT:

Melville Neuman

The President took the Chair and the Secretary acted as Secretary of the meeting.

## [TRADUCTION] SONT PRÉSENTS:

Melville Neuman  
Ruby Neuman

tous actionnaires de la société . . .

Le président a ensuite déclaré qu'il était temps de procéder à l'élection des administrateurs et a demandé les nominations. La personne suivante a été nommée:

Ruby Neuman

- Ruby Neuman a été dûment élue administratrice de Melru avec un mandat valide jusqu'à l'élection ou la nomination de son successeur. 13

- Il est curieux de noter que le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration qui s'est tenue le même jour à 10 h 30 fait état de la résolution suivante<sup>6</sup>: 14

[TRADUCTION] Sur proposition dûment présentée, secondée et adoptée à l'unanimité, les personnes suivantes sont élues ou nommées comme dirigeants de la société au poste qui est indiqué en regard de leur nom respectif pour l'année qui vient ou jusqu'à ce que leur successeur soit nommé ou élu:

Président: Melville Neuman  
Secrétaire: Ruby Neuman

[Non souligné dans l'original.]

- Étant donné que le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration du 8 septembre 1982 est essentiel pour régler les questions soulevées dans le présent appel, nous le reproduisons en entier:<sup>7</sup> 15

[TRADUCTION] PROCÈS-VERBAL d'une réunion du conseil d'administration de MELRU VENTURES INC. tenue aux bureaux de la société le 8 septembre 1982, à 10 h.

## EST PRÉSENTE:

Ruby Neuman

seule administratrice de la société.

## EST ÉGALEMENT PRÉSENT:

Melville Neuman

Le président accepte de présider la réunion et la secrétaire agit comme secrétaire de la réunion.

The sold [*sic*] director being present and having waived notice of the calling of the meeting, the meeting was declared to be regularly constituted.

On motion duly made, seconded and unanimously carried, it was:

“RESOLVED that a taxable dividend of \$5,000.00 on the outstanding Class “G” shares in the capital stock of the Corporation be and the same is hereby declared payable forthwith and the President be and he is hereby authorized to do all things necessary for such payment.”

“RESOLVED that the said dividends on Class “G” shares be applied against any shareholders’ advances.”

The meeting discussed the payment of dividend of \$14,800.00 on common shares and Class “F” shares. The meeting was further advised that the holder of common shares was prepared to have money set aside for future payment on his common shares.

On motion duly made, seconded and unanimously carried, it was:

“RESOLVED that a taxable dividend of \$14,800.00 on the outstanding Class “F” shares of the Corporation be and the same is hereby declared payable forthwith to shareholders of record and any officer of the Corporation be and he or she is hereby authorized to do all things necessary for the payment of such dividends.”

16 The next annual meeting of the shareholders of Melru was held on 12 October 1983 at 8:15 p.m. According to the minutes of that meeting,<sup>8</sup> Melville Neuman acted as Chairman and Ruby Neuman as Secretary. Ruby Neuman was elected as a director. Those minutes also contain the following resolution:

On motion duly made, seconded and unanimously carried, the following resolution was passed:

“RESOLVED that all acts, contracts, by-laws, proceedings, appointments and payments passed, made, done, or taken by the directors and officers of the Corporation since the last annual meeting of the shareholders (or resolution signed in lieu thereof) as the same are set out or referred to in the minutes of the meeting of the Board of Directors or resolutions signed by the Board of Directors and the Financial Statements submitted to the shareholders for approval be and the same are hereby confirmed.”

La seule administratrice étant présente et ayant renoncé à l’avis de convocation de la réunion, celle-ci est déclarée comme ayant été dûment constituée.

Sur proposition dûment présentée, secondée et adoptée à l’unanimité, il est:

«RÉSOLU qu’un dividende imposable de 5 000 \$ sur les actions de catégorie «G» en circulation faisant partie du capital-actions de la société est déclaré payable immédiatement et que le président est autorisé par les présentes à prendre toutes les mesures nécessaires pour en effectuer le versement.»

«RÉSOLU que ledit dividende sur les actions de catégorie «G» est imputé sur les avances consenties aux actionnaires.»

Il est ensuite question du versement d’un dividende de 14 800 \$ sur les actions ordinaires et de catégorie «F». L’assemblée est de plus informée que le détenteur des actions ordinaires est disposé à mettre de côté des fonds aux fins du versement qui sera effectué à une date ultérieure à l’égard de ses actions ordinaires.

Sur proposition dûment présentée, secondée et acceptée à l’unanimité, il est:

«RÉSOLU qu’un dividende imposable de 14 800 \$ sur les actions de catégorie «F» en circulation de la société est par les présentes déclaré payable immédiatement aux actionnaires inscrits et que tout dirigeant de la société est par les présentes autorisé à prendre toutes les mesures nécessaires pour procéder au versement de ces dividendes.»

L’assemblée générale annuelle suivante des actionnaires de Melru s’est tenue le 12 octobre 1983 à 20 h 15. Selon le procès-verbal de cette assemblée<sup>8</sup>, Melville Neuman a fait office de président et Ruby Neuman de secrétaire. Ruby Neuman a été élue comme administratrice. Ce procès-verbal renferme également la résolution suivante:

[TRADUCTION] Sur proposition dûment présentée, secondée et adoptée à l’unanimité, la résolution suivante est adoptée:

«IL EST RÉSOLU que tous les actes, contrats, règlements, procédures, nominations et paiements conclus, adoptés, intentés ou faits par les administrateurs et les dirigeants de la société, depuis la dernière assemblée annuelle des actionnaires (ou depuis la signature d’une résolution tenant lieu d’assemblée annuelle) comme il est indiqué dans le procès-verbal de la réunion du conseil d’administration ou dans les résolutions signées par le conseil d’administration et dans les états financiers remis aux actionnaires pour approbation, sont confirmés.»

17 The respondent gave the following evidence concerning the reasons for electing his wife as the sole director of Melru:<sup>9</sup>

Q. All right. Now, what was the purpose of your wife being elected sole director?

A. I thought it would be a good idea to have my wife as sole director so she can make all the decisions.

Q. You indicated that you were sure, as I understood your words, that she would follow your recommendations?

A. If I told her what to do, she would not. If I recommended, she might.

Q. I take it that it was an element of your decision making process that if you had your wife in place as director, you would have a superior argument should you ever be reassessed?

A. I am electing my . . . the argument will come shortly. It's a rule of thumb. It was my decision to elect my wife director, and I may have thought about it. I will be quite candid about it.

Q. Well, did you think about it?

A. Probably, probably. I probably recommended to other . . . not necessarily in this case. I may have recommended it to other clients.

Q. But the concept was that you would be one step removed from the declaration of the dividend if it were put in the hands of your wife?

A. I decided to make her the sole director so she could exercise all statutory powers. I have recommended to other clients previously that in the similar situations that they elect their wife director. Is that candid enough?

18 He also testified that he explained to his wife the duties of a director, that they manage the corporation, that they have a duty to the corporation and that they make the decisions, including decisions respecting the dividends that could be paid by Melru, if dividends were to be declared.<sup>10</sup>

19 Respecting the declaration of dividends, the respondent testified at trial as follows:<sup>11</sup>

Q. All right. Fine. Now, under tab 19, we come to minutes of the meeting of the board of directors on the 8th of

17 Voici un extrait de la déposition de l'intimé expliquant les raisons pour lesquelles son épouse a été élue comme seule administratrice de Melru<sup>9</sup>:

[TRADUCTION] Q. Très bien. Maintenant, dans quel but avez-vous élu votre épouse comme seule administratrice?

R. Je pensais que ce serait une bonne idée de nommer ma femme comme seule administratrice pour qu'elle puisse prendre toutes les décisions.

Q. Vous avez indiqué que vous étiez certain, d'après ce que j'ai compris de vos propos, qu'elle suivrait vos recommandations?

R. Si je lui avais dit ce qu'elle devait faire, elle ne l'aurait pas fait. Mais si je lui faisais des recommandations, elle accepterait peut-être de les suivre.

Q. Si je comprends bien, vous avez tenu compte dans votre décision du fait que, si votre épouse était nommée administratrice, vous auriez de meilleurs arguments à faire valoir si un avis de nouvelle cotisation vous était émis?

R. J'ai élu mon . . . l'argument ne tardera pas à venir. C'est le simple bon sens. J'ai décidé d'élire mon épouse comme administratrice, et il est possible que j'y aie songé auparavant. Je serai tout à fait franc à ce sujet.

Q. Alors, y avez-vous pensé?

R. Probablement, probablement. J'ai probablement recommandé à d'autres . . . pas nécessairement dans ce cas. Je peux avoir recommandé cette solution à d'autres clients.

Q. Mais l'idée était que vous ne participeriez pas directement à la déclaration du dividende si la responsabilité en était remise à votre épouse?

R. J'ai décidé de la nommer seule administratrice de façon à ce qu'elle puisse exercer tous les pouvoirs légaux. J'avais déjà recommandé à d'autres clients d'élire leur épouse comme administratrice dans des situations semblables. Est-ce que c'est assez franc?

18 Il a également indiqué dans sa déposition qu'il a expliqué à son épouse quelles étaient les responsabilités d'un administrateur, c'est-à-dire gérer la société, respecter son obligation envers celle-ci et prendre les décisions, y compris les décisions concernant les dividendes pouvant être versés par Melru, au cas où des dividendes seraient déclarés<sup>10</sup>.

19 Pour ce qui a trait à la déclaration des dividendes, l'intimé a témoigné comme suit à l'instruction<sup>11</sup>:

[TRADUCTION] Q. Très bien. Bon. Maintenant, sous l'onglet 19, nous avons le procès-verbal de la réunion du

September, 1982, at 10:00 a.m., which deal with the declaration of dividends; is that correct?

A. That is correct.

Q. And it's declared that there be a taxable dividend of \$5,000.00 on class G shares which you held?

A. That is correct.

Q. And a dividend of \$14,800.00 on class F shares which your wife held?

A. That is correct.

Q. Now, my question is: How, by reference to document 1, the articles of incorporation and the rights, privileges, restrictions, and conditions attached to the shares are those amounts computed?

A. There was no . . . it seemed at that time \$5,000.00 for this, when it came in, was not unreasonable. That is equivalent to \$7,500.00 by way of interest. We weren't sure. At that time, we thought the shares were worth probably about \$100,000.00. We originally elected at 120.

Q. Well, my question is: Can the \$5,000.00 and the \$14,800.00 be tied in any way back to the articles to show how they were computed?

A. No, it was a decision of the director.

Q. Right. Just to understand correctly, what specific considerations went into the formulation of those amounts, \$5,000.00 and \$14,800.00?

A. I would almost say that was a nice figure to use that day. No real thought.

Q. All right. And these were amounts that you recommended to your wife?

A. That is correct.

Q. And you are sure that she acted on your recommendation?

A. On my recommendation, but I didn't tell her what to do. I thought \$5,000.00 was a nice round figure to try out.

Q. I take it it was probably influenced by the fact that by this time Melru had received from Newmac \$20,000.00 in dividends?

A. That is correct.

Q. So you declared out of that \$19,800.00?

conseil d'administration du 8 septembre 1982, à 10 h, qui traite de la déclaration des dividendes; est-ce exact?

R. C'est exact.

Q. Et il est résolu qu'un dividende imposable de 5 000 \$ sera déclaré sur les actions de catégorie «G», dont vous êtes détenteur?

R. C'est exact.

Q. Et un dividende de 14 800 \$ sur des actions de catégorie «F», qui sont détenues par votre épouse?

R. C'est exact.

Q. Maintenant, voici ma question: comment, selon le document 1, les statuts constitutifs ainsi que les droits, privilèges, restrictions et conditions attachées aux actions, ces montants sont-ils calculés?

R. Il n'y avait pas—à ce moment-là, la somme de 5 000 \$ ne semblait pas déraisonnable. Elle correspond à 7 500 \$ de revenu d'intérêts. Nous n'étions pas certains. À ce moment-là, nous pensions que les actions valaient environ 100 000 \$. Au départ, nous avions choisi 120.

Q. Bon. Voici ma question: Est-il possible d'établir un lien quelconque entre les 5 000 \$ et les 14 800 \$ et les statuts qui nous permettrait de voir comment ces montants ont été calculés?

R. Non. La décision revenait à l'administratrice.

Q. D'accord. Pour nous aider à bien comprendre, sur quelles considérations précises la formulation de ces montants—5 000 \$ et 14 800 \$—a-t-elle été fondée?

R. Je serais tenté de dire que ces montants semblaient convenir à ce moment-là. Ils n'étaient fondés sur aucune considération particulière.

Q. Très bien. Et il s'agit là des montants que vous avez recommandés à votre épouse?

R. C'est exact.

Q. Et vous êtes persuadé qu'elle a agi conformément à votre recommandation?

R. Sur ma recommandation, mais je ne lui ai pas dit quoi faire. J'ai pensé que la somme de 5 000 \$ était un chiffre rond qui pourrait convenir.

Q. Si je comprends bien, pourrait-elle avoir été influencée par le fait qu'à ce moment-là Melru avait reçu 20 000 \$ de dividendes de Newmac?

R. C'est exact.

Q. Donc, vous avez déclaré sur cette somme des dividendes de 19 800 \$?

A. That is right. We kept \$200.00 back for miscellaneous expenses.

Q. Was the amount of dividend declared on class F shares calculated all by reference to what the taxation impact would be taking into account the dividend tax credit?

A. You want to know—my own thought, my own recommendation was that something should be paid on that. From my knowledge of what had taken place in all roll-overs and rulings of the Department, they were not concerned about what dividends paid as long as they were fully retractable, but my own opinion was something should be paid which was more than a nominal amount, and so I thought \$5,000.00 would be a reasonable amount.

On 8 September 1982, the same day on which she declared the dividend, Ruby Neuman lent to her husband the sum of \$14,800, the same amount she had received as dividend, on the security of a promissory note in the following terms<sup>12</sup>:

September 8th, 1982.

FOR VALUE RECEIVED, I promise to pay, on demand, to RUBY NEUMAN, the sum of FOURTEEN THOUSAND, EIGHT HUNDRED DOLLARS (\$14,800.00). Such demand may be made in whole or in part as the payee shall deem advisable. No interest shall be payable prior to demand and thereafter at prime bank rate on the amount on which interest is so demanded.

20 Ruby Neuman died on 2 October 1988. It is common ground that no demand was ever made and no interest was ever paid on the loan.

21 The learned Trial Judge made the following findings of fact:<sup>13</sup>

(1) Melru was incorporated for tax planning and income splitting purposes. It had no other independent business purpose.

(2) The dividends declared by Ruby Neuman on her own Class "F" shares and the defendant's Class "G" shares were declared pursuant to discretionary dividend provisions in the Articles of Incorporation of Melru. (The Articles of Incorporation expressly conferred a discretion on the directors as to the amount of dividends to be paid on Class "G" shares. Class "F" shares were entitled to dividends only after payment of dividends declared on

R. C'est ça. Nous avons conservé 200 \$ pour des dépenses diverses.

Q. Le montant des dividendes déclarés sur les actions de catégorie «F» a-t-il été calculé en tenant compte des conséquences fiscales, c'est-à-dire en tenant compte du crédit d'impôt sur les dividendes?

R. Vous voulez savoir . . . ce que moi je pensais, en fait ma recommandation était qu'un certain montant devrait être versé sur cette somme. D'après ce que je sais de tous les transferts en franchise d'impôt et des décisions du Ministère, les fonctionnaires ne s'intéressent pas au montant des dividendes tant et aussi longtemps que les actions sont entièrement rachetables au gré du détenteur, mais j'étais personnellement d'avis qu'il fallait verser plus qu'une somme nominale, et j'ai pensé qu'un montant de 5 000 \$ serait raisonnable.

Le 8 septembre 1982, soit le même jour où elle a déclaré les dividendes, Ruby Neuman a prêté à son mari la somme de 14 800 \$, soit la même somme qu'elle venait de toucher comme dividendes, et cet emprunt a été garanti au moyen d'un billet à ordre rédigé dans les termes suivants<sup>12</sup>:

le 8 septembre 1982

[TRADUCTION] CONTRE VALEUR, je promets de payer sur demande à RUBY NEUMAN la somme de QUATORZE MILLE HUIT CENTS DOLLARS (14 800 \$). Cette demande peut être faite en totalité ou en partie selon ce que le bénéficiaire juge souhaitable. Aucun intérêt n'est payable avant que cette demande soit faite et, par la suite, l'intérêt est payable au taux préférentiel bancaire sur la somme visée par cette demande.

Ruby Neuman est morte le 2 octobre 1988. Il est 20  
connu qu'aucune demande n'a jamais été faite et  
qu'aucun intérêt n'a jamais été payé sur le prêt.

Le juge de première instance a tiré les conclusions 21  
de fait suivantes<sup>13</sup>:

(1) Melru a été constituée en personne morale à des fins de planification fiscale et de fractionnement du revenu. Elle n'avait aucun autre objectif commercial indépendant.

(2) La déclaration de dividendes par Ruby Neuman sur ses propres actions de catégorie «F» et sur les actions de catégorie «G» du défendeur était conforme aux dispositions relatives aux dividendes discrétionnaires énoncées dans les statuts constitutifs de Melru. (Les statuts constitutifs conféraient expressément aux administrateurs un pouvoir discrétionnaire à l'égard du montant des dividendes à verser sur les actions de catégorie «G»). Les déten-

Class "G" shares. Dividends on Class "F" shares were pursuant to a rather complex formula but in essence the amount available for dividends on Class "F" shares had also been left to the discretion of the directors because the dividends on Class "G" shares, which were in the discretion of the directors, had to be paid first.) The dividends of \$14,800 on her Class "F" shares and \$5,000 on the defendant's Class "G" shares were arbitrary numbers having regard only to the fact that Melru had earnings by way of dividends from Newmac of \$20,000 available for distribution. But the allocation of \$14,800 to the Class "F" shares and \$5,000 to the Class "G" shares was arbitrary.

(3) Ruby Neuman made no contribution to Melru, nor did she assume any risks for the company.

### The Decisions Below

#### a) The Tax Court

22 On 19 May 1992, the learned Tax Court Judge allowed the respondent's appeal with costs and referred the assessment back to the appellant for reconsideration and reassessment on the basis that the dividend received by the respondent's spouse on her Class "F" shares of Melru was not to be included in the respondent's income for the taxation year 1982.

23 In reaching that conclusion the Tax Court Judge noted that in *McClurg*, the Supreme Court of Canada established that, as a general rule, subsection 56(2) of the Act does not apply to the declaration of dividends. However, he was required, as we are in this appeal, to deal with the appellant's contention that the *dictum* of Dickson C.J., which we have earlier quoted, was binding upon him and mandated the dismissal of the respondent's appeal. He concluded<sup>14</sup> that the *dictum* was neither the *ratio decidendi* nor judicial *dicta* by a majority of the Supreme Court of Canada and, consequently, that it was not binding upon him.

24 He then continued [at page 2084]:

teurs d'actions de catégorie «F» n'avaient le droit de recevoir de dividendes qu'après le versement de dividendes déclarés sur les actions de catégorie «G». Les dividendes sur les actions de catégorie «F» étaient déclarés selon une formule plutôt complexe, mais, essentiellement, le montant des dividendes sur les actions de catégorie «F» était également laissé à la discrétion des administrateurs puisque les dividendes sur les actions de catégorie «G», qui relevaient du pouvoir discrétionnaire des administrateurs, devaient être payés en premier.) Les dividendes de 14 800 \$ sur ses actions de catégorie «F» et de 5 000 \$ sur les actions de catégorie «G» du défendeur étaient des montants arbitraires qui tenaient uniquement compte du fait que Melru avait tiré de Newmac des revenus sous forme de dividendes de 20 000 \$, qui pouvaient être distribués. En revanche, la répartition de 14 800 \$ aux actions de catégorie «F» et de 5 000 \$ aux actions de catégories «G» était arbitraire.

(3) Ruby Neuman n'a fourni aucun apport à Melru, ni assumé de risques pour le compte de la société.

### Les décisions des tribunaux d'instance inférieure

#### a) La Cour de l'impôt

Le 19 mai 1992, le juge de la Cour de l'impôt a 22  
accueilli l'appel de l'intimé avec dépens et renvoyé l'avis de cotisation à l'appelante pour nouvel examen et nouvelle cotisation au motif que les dividendes touchés par l'épouse de l'intimé sur ses actions de catégorie «F» de la société Melru ne devaient pas être inclus dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982.

Pour parvenir à cette conclusion, le juge de la 23  
Cour de l'impôt a noté que, dans l'arrêt *McClurg*, la Cour suprême du Canada a établi qu'en règle générale le paragraphe 56(2) de la Loi ne s'applique pas à la déclaration de dividendes. Toutefois, il a dû répondre, comme nous devons le faire dans le présent appel, à la prétention de l'appelante selon laquelle la remarque incidente du juge en chef Dickson, citée précédemment, le liait et l'obligeait à rejeter l'appel de l'intimé. Il a conclu<sup>14</sup> que cette remarque n'était ni la *ratio decidendi* ni une remarque judiciaire formulée par la majorité des juges de la Cour suprême du Canada et que, par conséquent, il n'était aucunement lié par elle.

Et il poursuit [à la page 2084]:

24

Nonetheless the opinions expressed, while not *judicial dicta*, are those of the Supreme Court and cannot be simply ignored. Without deciding whether the operation of subsection 56(2) was perceived or intended by the legislators to be applicable to non-arm's length transactions and assuming for the moment, as the appellant noted, that the majority judgment may have left it open for future consideration to pierce the corporate veil to prevent complex tax avoidance schemes, I have concluded that the facts in this case would not support such an approach nor the conclusion sought by the respondent.

#### b) The Trial Division

25 The Trial Judge dismissed the appeal from the decision of the Tax Court on the ground that subsection 56(2) of the Act was not designed to prevent the type of income splitting engaged in by the respondent and his wife. He concluded his reasons with the following statement:<sup>15</sup>

... subsection 56(2) is not, in my opinion, the appropriate provision for the Minister to invoke to challenge income splitting in the context of the director-shareholder relationship and the declaration of dividends.

26 Earlier in his reasons, the Trial Judge commented upon the submission of counsel for the appellant that Ruby Neuman, in declaring the dividends in issue in this appeal, was acting "pursuant to the direction of, or with the concurrence of", the respondent as those terms are used in subsection 56(2) of the Act. After reviewing some of the evidence and the relevant principles of corporation law, the Trial Judge stated:<sup>16</sup>

For these reasons, I would be reluctant to presume that Ruby Neuman was acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the defendant [respondent] when she, as director, declared dividends on behalf of Melru. A finding that Ruby Neuman was not acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the defendant would be determinative in this case. However, because this issue was not addressed in depth by counsel, I do not propose to decide the case on this issue and my comments should be considered as *obiter* only. Without deciding this issue therefore, I proceed with an analysis of *McClurg*, (*supra*), and its application to the case at bar.

27 After engaging in an extensive examination of *McClurg*, the Trial Judge reached the conclusion

Quoi qu'il en soit, les opinions exprimées, bien qu'il ne s'agisse pas de remarques judiciaires, sont celles de la Cour suprême et ne peuvent pas simplement être ignorées. Sans décider si le législateur entendait appliquer le paragraphe 56(2) aux transactions avec lien de dépendance ou croyait l'avoir fait et en présumant, pour l'instant, comme le faisait remarquer l'appelant, que la décision majoritaire permettait aux tribunaux de percer le voile corporatif afin d'empêcher les stratagèmes complexes d'évitement fiscal, j'ai conclu que les faits de l'espèce n'appuieraient pas une telle ligne de pensée ni la conclusion demandée par l'intimé.

#### b) La Section de première instance

25 Le juge de première instance a rejeté l'appel formé à l'encontre de la décision de la Cour de l'impôt au motif que le paragraphe 56(2) de la Loi n'était pas destiné à empêcher le genre de fractionnement du revenu effectué par l'intimé et son épouse. Il conclut ses motifs par l'affirmation suivante<sup>15</sup>:

... le paragraphe 56(2) n'est à mon avis pas la disposition que le ministre doit invoquer pour contester un fractionnement du revenu dans le contexte d'une relation administrateur-actionnaire et d'une déclaration de dividendes.

26 Dans les pages précédentes de ses motifs, le juge de première instance a fait des observations sur l'argument présenté par l'avocat de l'appelante selon lequel Ruby Neuman, en déclarant les dividendes contestés dans le présent appel, agissait «suivant les instructions et avec l'accord de» l'intimé au sens où ces expressions sont utilisées au paragraphe 56(2) de la Loi. Après avoir examiné une partie de la preuve et les principes pertinents du droit des sociétés, le juge de première instance déclare ce qui suit<sup>16</sup>:

Pour ces motifs, j'hésiterais à présumer que Ruby Neuman agissait suivant les instructions ou avec l'accord du défendeur lorsqu'à titre d'administratrice, elle a déclaré des dividendes pour le compte de Melru. La conclusion que Ruby Neuman n'agissait pas suivant les instructions ou avec l'accord du défendeur serait déterminante en l'espèce. Toutefois, puisque cette question n'a pas été débattue en profondeur par les avocats, je ne souhaite pas trancher l'affaire sur cette question, et mes commentaires devraient être considérées comme purement incidents. Sans trancher cette question donc, j'analyserai l'arrêt *McClurg*, précité, et son application à la présente affaire.

27 Après avoir analysé de façon exhaustive l'arrêt *McClurg*, le juge de première instance a conclu par

quoted at the commencement of this segment of these reasons and dismissed the appeal.

les mots cités au début de cette partie des motifs et a rejeté l'appel.

The Legislation [Subsection 82(1) as am. S.C. 1977-78, c. 1, s. 36]

Les dispositions législatives [Paragraphe 82(1) mod. par S.C. 1977-78, ch. 1, art. 36]

12. (1) There shall be included in computing the income of a taxpayer for a taxation year as income from a business or property such of the following amounts as are applicable:

12. (1) Sont à inclure dans le calcul du revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien, au cours d'une année d'imposition, les sommes appropriées suivantes:

...

...

(j) any amount required by subdivision h to be included in computing the taxpayer's income for the year in respect of a dividend paid by a corporation resident in Canada on a share of its capital stock;

j) toute somme qui doit, en vertu des dispositions de la sous-section h, être incluse dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année à titre de dividende payé par une corporation résidant au Canada sur une action de son capital-actions;

...

...

56. . . .

56. . . .

(2) A payment or transfer of property made pursuant to the direction of, or with the concurrence of, a taxpayer to some other person for the benefit of the taxpayer or as a benefit that the taxpayer desired to have conferred on the other person shall be included in computing the taxpayer's income to the extent that it would be if the payment or transfer had been made to him.

(2) Tout paiement ou transfert de biens fait, suivant les instructions ou avec l'accord d'un contribuable, à toute autre personne au profit du contribuable ou à titre d'avantage que le contribuable désirait voir accorder à l'autre personne, doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable dans la mesure où il le serait si ce paiement ou ce transfert avait été fait au contribuable.

(3) For the purposes of this Part, a payment or transfer in a taxation year of property made to the taxpayer or some other person for the benefit of the taxpayer and other persons jointly or a profit made by the taxpayer and other persons jointly in a taxation year shall be deemed to have been received by the taxpayer in the year to the extent of his interest therein notwithstanding that there was no distribution or division thereof in that year.

(3) Aux fins de la présente Partie, tout paiement ou transfert de biens fait, au cours d'une année d'imposition, au contribuable ou à toute autre personne au profit du contribuable et d'autres personnes ou tout bénéfice réalisé conjointement, au cours d'une année d'imposition, par le contribuable et d'autres personnes, est réputé avoir été reçu au cours de l'année par le contribuable jusqu'à concurrence de ce qui lui revient, bien qu'il n'y ait eu ni distribution ni partage de ses biens au cours de cette année.

(4) Where a taxpayer has, at any time before the end of a taxation year (whether before or after the end of 1971), transferred or assigned to a person with whom he was not dealing at arm's length the right to an amount that would, if the right thereto had not been so transferred or assigned, be included in computing his income for the taxation year because the amount would have been received or receivable by him in or in respect of the year, the amount shall be included in computing the taxpayer's income for the taxation year unless the income is from property and the taxpayer has also transferred or assigned the property.

(4) Lorsqu'un contribuable a, à une date quelconque avant la fin d'une année d'imposition (soit avant, soit après la fin de 1971), transféré ou cédé à une personne avec laquelle il avait un lien de dépendance son droit sur toute somme qui serait, si ce droit n'avait pas été ainsi transféré ou cédé, incluse dans le calcul de son revenu pour l'année d'imposition du fait que cette somme aurait été reçue ou aurait été à recevoir par lui dans ou pour l'année, cette somme doit être incluse dans le calcul du revenu du contribuable pour l'année d'imposition, à moins que le revenu ne provienne de biens et que le contribuable n'ait également transféré ou cédé ces biens.

...

...

82. (1) In computing the income of a taxpayer for a taxation year, there shall be included

82. (1) Doivent être incluses dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition

(a) all amounts received by him in the year from corporations resident in Canada as, on account or in lieu of payment of, or in satisfaction of, taxable dividends,

plus

(b) where the taxpayer is an individual, other than a trust that is a registered charity, 1/2 of the aggregate of all amounts described in paragraph (a) received by him in the year from taxable Canadian corporations.

a) toutes les sommes qu'il a reçues dans l'année de corporations résidant au Canada au titre ou en paiement intégral ou partiel de dividendes imposables

plus

b) lorsque le contribuable est un particulier, autre qu'une fiducie qui est un organisme de charité enregistré, ½ du total de toutes les sommes visées à l'alinéa a) qu'il a reçues, dans l'année, de corporations canadiennes imposables.

### Issues

28 In Part II of his memorandum of fact and law, the appellant alleges that the decision of the Trial Division poses the following issues for resolution:

- a) whether Ruby Neuman was acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the respondent, when she declared the dividend of \$14,800.00 from Melru to herself;
- b) whether the *dictum* of Dickson, C.J.C. in *McChurg* was binding upon the courts below; and
- c) whether subsection 56(2) of the Act permitted the Minister to include in the income of the respondent for the taxation year 1982, the dividend of \$14,800.00 which Ruby Neuman received from Melru.

29 We deal with each issue in turn.

- a) whether Ruby Neuman was acting pursuant to the direction of, or with the concurrence of, the respondent, when she declared the dividend of \$14,800.00 from Melru to herself

30 On this issue, counsel for the appellant made several submissions. First, he said that, on the evidence, Ruby Neuman acted at the direction of the respondent in declaring the dividend from Melru to herself. In this respect he urged the findings of the Trial Judge that the respondent had incorporated Melru as a tax planning vehicle to split income from Newmac with his wife, Ruby Neuman; that one of the reasons motivating the respondent's resignation as a director of Melru and his electing Ruby Neuman in his place was to distance himself from the decision-making in Melru, in order to provide

### Les points en litige

Dans la partie II de son exposé des faits et du droit, l'appelante allègue que la décision de la Section de première instance soulève les questions suivantes:

- a) Ruby Neuman agissait-elle suivant les instructions ou avec l'accord de l'intimé quand elle a déclaré le dividende de 14 800 \$ que la société Melru devait lui verser?
- b) La remarque incidente du juge en chef Dickson, dans l'arrêt *McChurg*, lie-t-elle les tribunaux d'instance inférieure?
- c) Le paragraphe 56(2) de la Loi autorise-t-il le ministre à inclure dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982 le dividende de 14 800 \$ que Ruby Neuman a reçu de Melru?

La Cour traitera successivement de chacun de ces points.

- a) Ruby Neuman agissait-elle suivant les instructions ou avec l'accord de l'intimé quand elle a déclaré le dividende de 14 800 \$ que la société Melru devait lui verser?

30 Sur ce point, l'avocat de l'appelante a présenté plusieurs arguments. Tout d'abord, il prétend que, d'après la preuve, Ruby Neuman a agi suivant les instructions de l'intimé en déclarant le dividende de Melru à son profit. À cet égard, il reprend les conclusions du juge de première instance selon lesquelles l'intimé a constitué la société Melru à des fins de planification fiscale afin de partager le revenu de Newmac avec son épouse, Ruby Neuman; que l'une des raisons motivant la démission de l'intimé en tant qu'administrateur de Melru et la nomination de Ruby Neuman à sa place était de se distancier du

the respondent with a superior argument, if the Minister had challenged the income splitting arrangement; and, that the respondent gave his wife expert advice and made recommendations to her concerning the declaration of dividends which he was sure she would take.

processus décisionnel de la société Melru, afin d'avoir un meilleur argument si jamais le ministre contestait l'arrangement visant à fractionner le revenu; et que l'intimé a donné à son épouse des conseils à titre d'expert et lui a fait des recommandations, concernant la déclaration des dividendes, qu'il était persuadé qu'elle allait suivre.

31 Secondly, counsel submitted that the respondent's recommendation to Ruby Neuman that she declare the dividend to herself amounted, in the circumstances of this case, to concurrence within subsection 56(2) of the Act.

Deuxièmement, l'avocat fait valoir que la recommandation de l'intimé à Ruby Neuman concernant la déclaration des dividendes équivaut, dans les circonstances de l'espèce, à l'accord dont il est question au paragraphe 56(2) de la Loi.

32 For his part, counsel for the respondent, started from the premise that a director of a corporation has the responsibility to manage the business and affairs of the corporation, including the responsibility to declare dividends. He characterized a dividend as being a distribution of corporate property which does not require the direction or concurrence of a shareholder or, or advisor to, a corporation in order to be declared or paid. For that reason, so he contended, the respondent's direction, or concurrence was not relevant since neither could create a tax obligation under subsection 56(2) of the Act.

Pour sa part, l'avocat de l'intimé prend comme point de départ que l'administrateur d'une société a la responsabilité de gérer les affaires de la société, notamment la responsabilité de déclarer les dividendes. Selon lui, les dividendes sont une forme de distribution des biens de la société dont la déclaration ou le versement ne nécessite pas les instructions ou l'accord d'un actionnaire ou d'un conseiller de la société. Pour cette raison, soutient-il, il n'est pas pertinent de se demander si les dividendes ont été déclarés suivant les instructions ou avec l'accord de l'intimé puisqu'aucune obligation fiscale visées au paragraphe 56(2) de la Loi ne peut en découler.

33 We are unable to accept the respondent's contention, having regard to the uncontradicted evidence in this appeal. The minutes of the meeting of the Board of Directors dated 12 August 1982 show unequivocally that the respondent had been elected president of Melru and his wife Ruby as secretary. They thereby became officers of Melru. The next meeting of the Board was held on 8 September 1992. The minutes disclosed the following: first, that the respondent acted as Chairman and his wife as Secretary of the meeting; secondly, that as President, the respondent chaired the meeting; thirdly, that the resolution to pay the dividend of \$5,000 on his Class "G" shares was passed unanimously; and, fourthly, that the meeting discussed payment of a dividend of \$14,800 on common and Class "F" shares. It should be recalled that the respondent was the only holder of a common voting share in Melru; the respondent advised that he was prepared to have money set

La Cour ne peut accepter la prétention de l'intimé, compte tenu de la preuve non contredite dans le présent appel. Le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration en date du 12 août 1982 démontre sans équivoque que l'intimé avait été élu président de Melru et son épouse, secrétaire. Ils étaient donc les dirigeants de Melru. La réunion suivante du conseil a eu lieu le 8 septembre 1992. Le procès-verbal révèle ce qui suit: premièrement, l'intimé a agi en tant que président et son épouse en tant que secrétaire de la réunion; deuxièmement, en sa qualité de président, l'intimé a dirigé la réunion; troisièmement, la résolution en vue du versement du dividende de 5 000 \$ sur les actions de catégorie «G» a été adoptée à l'unanimité; et quatrièmement, l'assemblée a discuté du versement d'un dividende de 14 800 \$ sur les actions ordinaires et de catégorie «F». Il faut se rappeler que l'intimé était le seul détenteur d'une action ordinaire avec droit de vote

aside for the future payment of his common shares; and, that the resolution to pay a taxable dividend of \$14,800 on the Class "F" shares held by Ruby Neuman was passed unanimously.

34 Furthermore, there was evidence before the Trial Judge that at the meeting of shareholders held on 12 October 1983, the respondent, as an officer of Melru, ratified the declaration of dividends that had been made at the meeting of the Board of Directors on 8 September 1982. For convenience, we reproduce that resolution here:

On motion duly made, seconded and unanimously carried, the following resolution was passed:

"RESOLVED that all acts, contracts, by-laws, proceedings, appointments and payments passed, made, done, or taken by the directors and officers of the Corporation since the last annual meeting of the shareholders (or resolution signed in lieu thereof) as the same are set out or referred to in the minutes of the meeting of the Board of Directors or resolutions signed by the Board of Directors and the Financial Statements submitted to the shareholders for approval be and the same are hereby confirmed."

35 It is clear to us that the Trial Judge failed to consider all of this evidence in reaching his conclusion and, as a result, he erred in law.

36 From this examination of the evidence, we conclude that there was sufficient evidence of the respondent's concurrence with Ruby Neuman's declaration of the dividend of \$14,800 from Melru to herself and that Ruby Neuman acted with that concurrence when she declared that dividend.

37 However, is the respondent's concurrence to the declaration of the dividend to Ruby Neuman sufficient to attract the application of subsection 56(2) of the *Income Tax Act*? The answer to this question

de la société Melru; l'intimé a indiqué qu'il était disposé à mettre de côté des fonds pour le versement ultérieur des dividendes sur ses actions ordinaires; et, enfin, la résolution de verser un dividende imposable de 14 800 \$ sur les actions de catégorie «F» détenues par Ruby Neuman a été adoptée à l'unanimité.

En outre, le juge de première instance était saisi 34 d'éléments de preuve indiquant qu'à l'assemblée des actionnaires qui s'est tenue le 12 octobre 1983, l'intimé, en sa qualité de dirigeant de Melru, a ratifié la déclaration des dividendes qui avait été décidée à la réunion du conseil d'administration du 8 septembre 1982. Pour plus de commodité, nous reproduisons ci-dessous cette résolution:

[TRADUCTION] Sur proposition dûment présentée, secondée et adoptée à l'unanimité, la résolution suivante est adoptée:

«IL EST RÉSOLU que tous les actes, contrats, règlements intérieurs, procédures, nominations et paiements conclus, adoptés, intentés ou faits par les administrateurs et les dirigeants de la société, depuis la dernière assemblée annuelle des actionnaires (ou depuis la signature d'une résolution signée tenant lieu d'assemblée annuelle) comme il est indiqué dans le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration ou dans les résolutions signées par le conseil d'administration et dans les états financiers remis aux actionnaires pour approbation, sont confirmés.»

Il apparaît clairement à la Cour que le juge de 35 première instance n'a pas tenu compte de la totalité de cette preuve pour parvenir à sa conclusion et, par conséquent, il a commis une erreur de droit.

Après avoir examiné la preuve, la Cour conclut 36 qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve indiquant que l'intimé avait donné son accord à Ruby Neuman pour que celle-ci déclare le dividende de 14 800 \$ de la société Melru à son profit et que Ruby Neuman a agi avec cet accord quand elle a déclaré ce dividende.

Toutefois, l'accord de l'intimé concernant la dé- 37 claration du dividende à Ruby Neuman est-il suffisant pour entraîner l'application du paragraphe 56(2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*? La réponse à

requires an examination of the subsection itself and of the decision in *McClurg*.

cette question exige un examen du paragraphe lui-même et de l'arrêt *McClurg*.

38 For convenience, we repeat the text of subsection 56(2). It reads:

Pour plus de commodité, nous répétons le texte du 38 paragraphe 56(2), rédigé dans les termes suivants:

56. . . .

56. . . .

(2) A payment or transfer of property made pursuant to the direction of, or with the concurrence of, a taxpayer to some other person for the benefit of the taxpayer or as a benefit that the taxpayer desired to have conferred on the other person shall be included in computing the taxpayer's income to the extent that it would be if the payment or transfer had been made to him.

(2) Tout paiement ou transfert de biens fait, suivant les instructions ou avec l'accord d'un contribuable, à toute autre personne au profit du contribuable ou à titre d'avantage que le contribuable désirait voir accorder à l'autre personne, doit être inclus dans le calcul du revenu du contribuable dans la mesure où il le serait si ce paiement ou ce transfert avait été fait au contribuable.

39 In *Winter v. Canada*, [1991] 1 F.C. 585 (C.A.), Marceau J.A. writing for a unanimous Court referred to the subsection [at page 587] as "This well-known tax-avoidance provision, which gives effect to the indirect benefits principle, has a long legislative history dating back to 1948". He continued at page 593:

Dans l'arrêt *Winter c. Canada*, [1991] 1 C.F. 585 39 (C.A.), le juge Marceau, J.C.A., exprimant l'opinion unanime de la Cour, fait référence à ce paragraphe [à la page 587] dans les termes suivants: «Cette disposition bien connue en matière d'évitement fiscal, qui donne effet au principe des avantages indirects, a une longue histoire législative qui remonte à 1948». Il poursuit, à la page 593:

It is generally accepted that the provision of subsection 56(2) is rooted in the doctrine of "constructive receipt" and was meant to cover principally cases where a taxpayer seeks to avoid receipt of what in his hands would be income by arranging to have the amount paid to some other person either for his own benefit . . . or for the benefit of that other person . . . . There is no doubt, however, that the wording of the provision does not allow to [*sic*] its being confined to such clear cases of tax-avoidance.

Il est couramment admis que la disposition prévue au paragraphe 56(2) est fondée sur la doctrine de la «recette présumée» et qu'elle vise principalement les cas où le contribuable cherche à éviter de recevoir ce qui serait, entre ses mains, un revenu en s'arrangeant pour que le montant soit versé à quelqu'un d'autre, et ce pour son propre bénéfice . . . ou pour le bénéfice de cette autre personne . . . Il ne fait aucun doute cependant que le libellé de la disposition ne permet pas d'en limiter l'application à de tels cas patents d'évitement fiscal.

40 As will be discussed more fully below, the majority of the Supreme Court in *McClurg* held as a general principle that subsection 56(2) does not apply to the declaration of dividends including those declared pursuant to discretionary power. Of particular significance for the case at bar, however, is that the majority did not foreclose the possible application of this subsection to instances where a discretionary power exists to distribute dividends to the non-arm's length shareholder who "has made no contribution to the company".<sup>17</sup>

Comme il en sera question plus en détail ci-dessous, la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt 40 *McClurg* a conclu que, en tant que principe général, le paragraphe 56(2) ne s'applique pas à la déclaration de dividendes, y compris aux dividendes déclarés en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. Toutefois, il y a un élément qui est particulièrement important pour le cas en l'espèce, savoir que la majorité n'a pas écarté la possibilité que cet article s'applique à des cas où les administrateurs peuvent, en vertu d'un pouvoir discrétionnaire, distribuer des dividendes à un actionnaire lié qui «n'a fourni aucun apport à la société»<sup>17</sup>.

41 It has been well accepted since *Fraser Companies Ltd. v. The Queen*, [1981] CTC 61 (F.C.T.D.), at

Il est bien accepté depuis la décision *Fraser Com- 41 panies Ltd. c. La Reine*, [1981] CTC 61 (C.F. 1<sup>re</sup>

page 71, that in order to invoke subsection 56(2) successfully, the appellant must demonstrate that the payment or transfer of property:

1. must have been made to a person other than the taxpayer;
2. must have been at the direction or with the concurrence of the taxpayer;
3. must be for the taxpayer's own benefit or for the benefit of some other person on whom the taxpayer desired to have the benefit conferred;
4. would have been included in computing the taxpayer's income if it had been received by the taxpayer instead of the other person.

42 See *Smith (D.N.) v. M.N.R.*, [1993] 2 C.T.C. 257 (F.C.A.), at page 261 and *McClurg, supra*, at pages 1074-1075, *per La Forest J.* dissenting.

43 We need hardly add that in applying subsection 56(2) to the facts of a particular case, the concurrence or participation of the taxpayer in the conferring of the benefit need not be active. It may well be passive or implicit and can be inferred from all the circumstances, not the least of which is the degree of control which the taxpayer is entitled to exercise over the corporation conferring the benefit. See *Smith (D.N.) v. M.N.R.*, *supra*, at page 261.

44 As they apply to the circumstances of this case, we are all of the view that the appellant has satisfied the four elements laid down in *Fraser, supra*, for the successful invocation of subsection 56(2).

45 First, it has been held that the payment of a dividend is a transfer of property. See, *Champ (W) v. The Queen*, [1983] CTC 1 (F.C.T.D.) where it was held that the declaration of dividends to a wife by a corporation in which she and her husband were the only shareholders, contrary to the provisions of the Articles of Association, was a transfer of property

inst.), à la page 71 que, pour être en mesure d'invoquer avec succès le paragraphe 56(2), l'appelante doit démontrer que le paiement ou le transfert de biens:

1. a été fait à une personne autre que le contribuable;
2. a été effectué suivant les instructions ou avec l'accord du contribuable;
3. a été effectué au profit du contribuable ou de toute personne que le contribuable désire avantager;
4. aurait été inclus dans le calcul du revenu du contribuable si ce dernier, au lieu de l'autre personne, l'avait reçu.

Voir *Smith (D.N.) c. M.R.N.*, [1993] 2 C.T.C. 257 (C.A.F.), à la page 261 et *McClurg*, précité, aux pages 1074 et 1075, dans les motifs dissidents du juge La Forest. 42

Est-il besoin d'ajouter qu'en appliquant le paragraphe 56(2) aux faits particuliers d'une cause, l'accord ou la participation du contribuable relativement à l'octroi de l'avantage ne doit pas nécessairement être actif. Il peut très bien être passif ou implicite et peut s'inférer de toutes les circonstances, dont la moindre n'est pas le degré de contrôle que le contribuable est en droit d'exercer sur la société qui confère l'avantage. Voir *Smith (D.N.) c. M.R.N.*, précité, à la page 261. 43

Revenant aux circonstances de l'espèce, nous sommes tous d'avis que l'appelante a réussi à établir les quatre éléments énoncés dans la décision *Fraser*, précitée, et qu'elle a donc démontré que le paragraphe 56(2) s'applique. 44

Tout d'abord, il a été établi que le paiement d'un dividende est un transfert de biens. Voir *Champ (W) c. La Reine*, [1983] CTC 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) dans laquelle il a été statué que la déclaration d'un dividende à l'épouse par une société dont les époux étaient les seuls actionnaires, était contraire aux dispositions des statuts constitutifs et constituait un 45

within the meaning of subsection 56(2) of the Act. In our respectful view, the reasoning in *Champ* applies with equal force to the dividend of \$14,800 that was declared to Ruby Neuman in this case.

transfert de biens au sens du paragraphe 56(2) de la Loi. La Cour est d'avis que le raisonnement énoncé dans la décision *Champ* s'applique également au dividende de 14 800 \$ qui a été déclaré à Ruby Neuman en l'espèce.

46 Secondly, as we have already noted, the learned Trial Judge found that Melru was incorporated for one purpose only, namely, income splitting of dividends received from Newmac. Furthermore, the minutes of the meeting of the Board of Directors of Melru, held on 8 September 1982, show clearly, in our view, that the respondent had concurred in the declaration of the dividend to his wife, Ruby Neuman, for the following reasons. As an officer of Melru, the respondent chaired the meeting at which his wife, also an officer, was present. These two officers discussed payment of a dividend on common shares, of which the respondent was the sole holder, and on Class "F" shares of which the respondent's spouse was the holder of 99. The minutes indicate that the respondent, as holder of one common voting share in Melru, advised the meeting that he "was prepared to have money set aside for future payment of dividends on his common share". In other words, the respondent advised his wife that he was prepared to forego his entitlement as the holder of the only issued common share in Melru in order that the corporation might declare a dividend to her in an amount that was out of all proportion with her entitlement pursuant to Article 8(e) of the Articles of Incorporation.<sup>18</sup> It would seem that, in doing so, the respondent was in breach of his fiduciary duty to Melru.<sup>19</sup> The resolution respecting the payment of the dividend of \$14,800 to the respondent's wife was passed unanimously and the minutes were signed both by the respondent and his wife, as Chairman and Secretary, respectively of the Board of Directors of Melru.

46 Deuxièmement, comme nous l'avons déjà noté, le juge de première instance a conclu que Melru a été constituée en personne morale pour une seule fin, savoir fractionner le revenu provenant des dividendes reçus de Newmac. En outre, le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration de Melru, qui a eu lieu le 8 septembre 1982, démontre clairement, à notre avis, que l'intimé avait consenti à la déclaration du dividende à son épouse, Ruby Neuman, pour les raisons suivantes. En tant que dirigeant de Melru, l'intimé a présidé la réunion au cours de laquelle son épouse, également dirigeante, était présente. Ces deux dirigeants ont discuté du versement d'un dividende sur des actions ordinaires, dont l'intimé était le seul détenteur, et sur 99 actions de catégorie «F» qui étaient détenues par son épouse. Le procès-verbal indique également que l'intimé, à titre de détenteur d'une action ordinaire avec droit de vote de Melru, a déclaré à la réunion qu'il était [TRADUCTION] «disposé à mettre de côté des fonds pour le versement ultérieur des dividendes sur son action ordinaire». Autrement dit, l'intimé a informé son épouse qu'il était disposé à renoncer au droit conféré au détenteur de la seule action ordinaire émise dans Melru afin que la société puisse déclarer un dividende à son épouse pour un montant tout à fait disproportionné par rapport au droit que lui conférerait l'alinéa 8e) des statuts constitutifs<sup>18</sup>. Il semble donc qu'en agissant ainsi l'intimé a contrevenu à son obligation fiduciaire envers la société Melru<sup>19</sup>. La résolution concernant le versement du dividende de 14 800 \$ à l'épouse de l'intimé a été adoptée à l'unanimité et le procès-verbal a été signé par l'intimé et par son épouse à titre de président et de secrétaire, respectivement, du conseil d'administration de Melru.

47 We note, from the minutes of the annual meeting of shareholders of Melru held on 12 October 1983, that the respondent and his wife, as the only shareholders of that corporation ratified the resolu-

47 La Cour note, d'après le procès-verbal de l'assemblée annuelle des actionnaires de Melru qui s'est tenue le 12 octobre 1983, que l'intimé et son épouse, en tant que seuls actionnaires de cette société, ont

ution of 8 September 1982 at which the dividend was declared on the Class "F" shares held by the respondent's spouse. This evidence, arguably of marginal relevance on the issue of concurrence standing alone, does, when taken together with that which is contained in the minutes of the meeting of the Board of Directors held on 8 September 1982, negate the respondent's testimony that his role was that of adviser only. In our view, the evidence, taken as a whole, was sufficient to prove on a balance of probabilities that the dividend of \$14,800 was declared to Ruby Neuman with the concurrence of the respondent.

ratifié la résolution adoptée le 8 septembre 1982 au cours de laquelle le dividende a été déclaré sur les actions de catégorie «F» détenues par l'épouse de l'intimé. Cet élément de preuve qui, pris isolément, aurait pu n'avoir qu'une pertinence minimale sur la question de l'accord de l'intimé, contredit le témoignage de l'intimé indiquant qu'il n'a eu qu'un rôle de conseiller, quand on tient compte du procès-verbal de la réunion du conseil d'administration qui s'est tenue le 8 septembre 1982. De l'avis de la Cour, la preuve, prise dans son ensemble, est suffisante pour établir d'après la prépondérance des probabilités que le dividende de 14 800 \$ a été déclaré à Ruby Neuman avec l'accord de l'intimé.

48 It should be noticed here that subsection 56(2) does not require proof that the transfer of property be both at the direction of and with the concurrence of the taxpayer. The phrase is expressed disjunctively. It follows that proof of either is sufficient. Here, as we have said, there was sufficient proof that the dividend was declared with the concurrence of the respondent.

Il convient de noter ici que le paragraphe 56(2) n'exige pas qu'il soit établi que le transfert de biens ait été fait suivant les instructions et avec l'accord du contribuable. L'expression utilise une conjonction disjonctive. Il s'ensuit donc que la preuve de l'un des éléments est suffisante. En l'espèce, comme nous l'avons dit, il existe une preuve suffisante pour établir que le dividende a été déclaré avec l'accord de l'intimé. 48

49 Thirdly, the benefit that the respondent derived from splitting the income with his wife is obvious. It enabled him to reduce the incidence of income taxation by the amount of the dividend she received. But the respondent received an additional benefit. On the same day on which his wife received the dividend of \$14,800, the respondent borrowed from her the entire amount and gave as security a promissory note at interest which was never paid. The respondent therefore benefitted in two ways: by splitting the dividend from Newmac in the way he did, he reduced the amount of income tax he would otherwise have paid and, furthermore, he enjoyed the use of the full amount of the dividend which his wife had received.

Troisièmement, l'avantage qu'a retiré l'intimé du fractionnement du revenu avec son épouse est évident. Cela lui a permis de réduire son revenu du montant du dividende transféré à son épouse. Mais l'intimé a reçu un avantage additionnel. Le jour même où sa femme a reçu le dividende de 14 800 \$, l'intimé lui a emprunté la totalité de la somme et lui a remis, en garantie, un billet à ordre sur lequel il n'a jamais payé d'intérêt. L'intimé a donc profité de deux façons: en fractionnant le revenu tiré de Newmac comme il l'a fait, il a réduit le montant de l'impôt qu'il aurait autrement dû payer sur son revenu et, en outre, il a bénéficié de la totalité du montant du dividende que son épouse avait reçu. 49

50 The final element that the appellant must satisfy is that the property transferred would have been included in computing the taxpayer's income if it had been received by the taxpayer instead of the other person. In our view, the appellant has also satisfied this element, since, by the conjoint oper-

Le dernier élément que doit prouver l'appelante est que les biens transférés auraient été inclus dans le calcul du revenu du contribuable si ce dernier, au lieu de l'autre personne, les avait reçus. À notre avis, l'appelante a également prouvé cet élément puisque, par l'application conjointe de l'alinéa 50

ation of paragraph 12(1)(j) and subsection 82(1) of the Act, the dividend which Ruby Neuman received would have been included in the respondent's income for the 1982 taxation year, if it had not been paid to her. In reaching this conclusion, we are not unmindful of the following passages taken from the reasons of Dickson C.J. in *McClurg*, *supra*, at pages 1052-1053:

The purpose of s. 56(2) is to ensure that payments which otherwise would have been received by the taxpayer are not diverted to a third party as an anti-avoidance technique. This purpose is not frustrated because, in the corporate law context, until a dividend is declared, the profits belong to a corporation as a juridical person: *Welling*, *supra*, at pp. 609-10. Had a dividend not been declared and paid to a third party, it would not otherwise have been received by the taxpayer. Rather, the amount simply would have been retained as earnings by the company. Consequently, as a general rule, a dividend payment cannot reasonably be considered a benefit diverted from a taxpayer to a third party within the contemplation of s. 56(2) . . . .

However, in discussing the use of the discretionary dividend clause, I have already concluded that its validity rests, in part, on the fact that allocations made pursuant to the clause are substantively no different from allocations made pursuant to a mathematical formula in the articles of incorporation of a company. Given that determination, it would be formalistic in the extreme to reach the conclusion that but for the payment to a third party shareholder, a director-shareholder would be the recipient of a portion of the payment. Instead, my view is that an allocation pursuant to a discretionary dividend clause is no different from the payment of a dividend generally. In both cases, but for the declaration (and allocation), the dividend would remain part of the retained earnings of the company. That cannot legitimately be considered as within the parameters of the legislative intent of s. 56(2). If this Court were to find otherwise, corporate directors potentially could be found liable for the tax consequences of any declaration of dividends made to a third party. I agree with both Urie J. and Strayer J. in the courts below that this would be an unrealistic interpretation of the subsection consistent with neither its object nor its spirit. It would violate fundamental principles of corporate law and the realities of commercial practice and would "over-shoot" the legislative purpose of the section.

12(1)(j) et du paragraphe 82(1) de la Loi, le dividende que Ruby Neuman a reçu aurait été inclus dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982, si le versement ne lui en avait pas été fait. Pour en arriver à cette conclusion, nous avons tenu compte des passages suivants tirés des motifs du juge en chef Dickson dans l'arrêt *McClurg*, précité, aux pages 1052 et 1053:

Ce dernier [le paragraphe 56(2)] a pour objet d'assurer que les paiements qui auraient autrement été reçus par le contribuable ne soient pas détournés au profit d'un tiers comme technique d'évitement fiscal. Cet objet n'est pas contrecarré parce que, dans le contexte du droit des sociétés, les profits appartiennent à la société en sa qualité de personne juridique tant qu'un dividende n'est pas déclaré: *Welling*, précité, aux pp. 609 et 610. Si aucun dividende n'avait été déclaré ni versé à un tiers, il n'aurait pas non plus été touché par le contribuable. Ce montant aurait plutôt simplement fait partie des bénéfices non distribués de la société. Par conséquent, en règle générale, le versement d'un dividende ne peut raisonnablement être considéré comme un avantage détourné par un contribuable en faveur d'un tiers au sens du par. 56(2) . . . .

Toutefois, lors de mon analyse de l'utilisation de la clause de dividende discrétionnaire, j'ai déjà conclu que la validité de cette clause découle en partie du fait qu'il n'y a pas de différence fondamentale entre les répartitions effectuées conformément à celle-ci et les répartitions effectuées conformément à une formule mathématique prévue dans l'acte constitutif d'une société. Compte tenu de cette décision, ce serait faire preuve d'un formalisme excessif que de conclure que, sans le versement effectué à un tiers actionnaire, un administrateur actionnaire toucherait une fraction du versement. J'estime plutôt qu'une répartition effectuée conformément à une clause de dividende discrétionnaire ne se distingue pas du versement d'un dividende en général. Dans les deux cas, le dividende continuerait à faire partie des bénéfices non distribués de la société, si ce n'était de la déclaration du dividende (et de sa répartition). On ne peut légitimement considérer que telle était l'intention du législateur au par. 56(2). Si notre Cour devait conclure le contraire, les administrateurs des sociétés pourraient vraisemblablement être tenus responsables des incidences fiscales de toute déclaration de dividendes faite à un tiers. À l'instar des juges Urie et Strayer des tribunaux d'instance inférieure, je conviens qu'il s'agirait alors d'une interprétation irréaliste ne respectant ni l'objet, ni l'esprit de ce paragraphe. Cela violerait les principes fondamentaux du droit des sociétés ainsi que les réalités des pratiques commerciales, et cela irait au-delà de l'intention du législateur.

51 However, unlike *McClurg*, the application of subsection 56(2) in the circumstances of this case

Toutefois, contrairement à *McClurg*, l'application 51 du paragraphe 56(2) dans les circonstances de l'es-

would not be contrary to the commercial reality of the declaration of the dividend to Ruby Neuman, since there was none. In *McClurg*, the Trial Judge [*McClurg (J.A.) v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 355] found that Wilma McClurg had made a real contribution to the establishment of the company and the business; and, in his majority reasons, the Chief Justice said that she played a vital role in the formation of the company and made a very real contribution to the company both financially and operationally. As we read his reasons, it was this contribution by Wilma McClurg which led the Chief Justice to say at page 1054:

... in my view there is no question that the [dividend] payments to Wilma McClurg represented a legitimate *quid pro quo* and were not simply an attempt to avoid the payment of taxes.

52 And later:

Furthermore, the efforts expended by Wilma McClurg in the operation of Northland Trucks, while not dispositive of the issue raised in this appeal, do provide further evidence that the dividend payment was the product of a *bona fide* business relationship.

53 By contrast, in this case, the learned Trial Judge found that Melru was incorporated for tax planning and income splitting purposes and had no other independent business purpose,<sup>20</sup> that the amount of dividends declared were arbitrary and that Ruby Neuman had made no contribution to Melru and did not assume any risks for the company. In light of these facts and of the other evidence to which we have referred earlier, we are of the view that the payment of the dividend of \$14,800 to Ruby Neuman cannot be said to be the product of a *bona fide* business relationship.

54 Counsel for the respondent, relying on the *obiter dictum* of Marceau J.A., in *Winter*, also contended, that the successful invocation of subsection 56(2) required the appellant to satisfy a fifth element, namely, proof that the respondent's spouse was not subject to tax on the dividend she received. Since

pièce ne serait pas contraire à la réalité commerciale de la déclaration du dividende à Ruby Neuman, étant donné que cette réalité est inexistante. Dans l'affaire *McClurg*, le juge de première instance [*McClurg (J.A.) c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 355] avait conclu que Wilma McClurg avait fourni un apport très réel à la mise sur pied de la société et de l'entreprise; et, dans ses motifs exprimés au nom de la majorité, le juge en chef a indiqué qu'elle avait joué un rôle capital dans la constitution de la société et qu'elle avait fourni des apports très réels quant au financement et à l'exploitation de l'entreprise. Si nous reprenons ses motifs, ce sont ces apports de Wilma McClurg qui ont amené le juge en chef à dire ceci à la page 1054:

... il ne fait aucun doute, à mon avis, que les versements [de dividendes] effectués à Wilma McClurg représentaient une contrepartie légitime et non simplement une tentative d'éviter le paiement de l'impôt.

Et plus loin, il ajoute:

De plus, les efforts déployés par Wilma McClurg dans l'exploitation de Northland Trucks, même s'ils ne sont pas décisifs quant à la question soulevée dans le présent pourvoi, constituent néanmoins une preuve supplémentaire que le versement de dividendes était le résultat d'une relation d'affaires normale.

53 Par contraste, en l'espèce, le juge de première instance a conclu que Melru a été constituée en personne morale à des fins de planification fiscale et de fractionnement du revenu et n'avait aucun autre objectif commercial indépendant<sup>20</sup>, que le montant des dividendes déclarés était arbitraire et que Ruby Neuman n'a fourni aucun apport à Melru ni assumé de risques pour le compte de la société. Compte tenu de ces faits et d'autres éléments de preuve auxquels nous avons fait référence ci-dessus, nous sommes d'avis que le versement du dividende de 14 800 \$ à Ruby Neuman ne peut être considéré comme le résultat d'une relation d'affaires normale.

54 L'avocat de l'intimé, s'appuyant sur l'opinion incidente du juge Marceau, J.C.A., dans l'arrêt *Winter*, prétend également que pour être en mesure d'invoquer le paragraphe 56(2), l'appelante doit établir un cinquième élément, savoir que l'épouse de l'intimé n'était pas assujettie à l'impôt sur le divi-

that *obiter dictum* received subsequent approval in *Smith*, we consider it desirable to deal with it.

55 In *Winter*, the majority shareholder in an investment company caused the company to sell some of its shares to his son-in-law, himself a shareholder in the company. The Minister of National Revenue reassessed the majority shareholder, pursuant to subsection 56(2), by adding to his income an amount equal to the difference between what the son-in-law had paid for the shares and the amount by which the Minister had valued them, some \$648,368. This amount, the Minister contended, was a benefit which the majority shareholder had conferred upon his son-in-law.

56 At pages 592-593, Marceau J.A., writing for a unanimous Court, addressed the arguments advanced by counsel for the taxpayer (majority shareholder) as follows:

2. Besides, counsel continued, Dick Winter, as a shareholder, was already subject to tax for the benefit conferred on him by the transaction pursuant to subsection 15(1). Even if it could be said that, broadly interpreted, the conditions of application of the provision as it reads were present, an assessment pursuant to it could not, in those conditions, be valid. Here is how he put the submission in his factum:

8. In the alternative, it is submitted that under the scheme of the *Income Tax Act* shareholder A should not be taxed pursuant to subsection 56(2) in respect of a benefit conferred on shareholder B when shareholder B can be taxed pursuant to subsection 15(1) in respect of that same benefit. There is a natural order to the provisions of the *Income Tax Act*, with technical rules such as subsection 15(1) at the base, specific anti-avoidance rules like subsection 56(2) one level higher, and the general anti-avoidance rule in section 245 at the apex. As a matter of assessment practice, a specific anti-avoidance rule should be resorted to only when a particular transaction is not caught by any technical rule, just as the general anti-avoidance rule should not be invoked except in the absence of a specific anti-avoidance rule.

9. In the specific context of shareholder benefits, the scheme of the *Income Tax Act* is made even clearer by

dende qu'elle a reçu. Comme cette opinion incidente a par la suite été approuvée dans l'arrêt *Smith*, nous estimons qu'il est souhaitable d'en traiter.

Dans l'arrêt *Winter*, l'actionnaire majoritaire dans une société de portefeuille a demandé à la société de vendre certaines de ses actions à son gendre, lui-même actionnaire de la société. Le ministre du Revenu national a établi une nouvelle cotisation pour l'actionnaire majoritaire, aux termes du paragraphe 56(2), en ajoutant à son revenu une somme égale à la différence entre le prix que son gendre avait payé pour les actions et le montant auquel le ministre les avait évaluées, c'est-à-dire une somme de quelque 648 368 \$. Le ministre prétendait que cette somme était un avantage que l'actionnaire majoritaire avait accordé à son gendre.

Aux pages 592 à 593, le juge Marceau, J.C.A., exprimant les motifs unanimes de la Cour, traite des arguments soulevés par l'avocat du contribuable (l'actionnaire majoritaire) dans les termes suivants:

2. D'autre part, poursuit l'avocat des appelants, Dick Winter, en sa qualité d'actionnaire, était assujéti à l'impôt à l'égard de l'avantage qu'il avait tiré de l'opération, conformément au paragraphe 15(1). Même en admettant que les conditions d'application de la disposition, interprétée largement, étaient présentes, une cotisation établie sous son régime, dans ces conditions, ne saurait être valide. Voici comment la partie demanderesse a exposé cet argument dans son mémoire:

[TRADUCTION] 8. À titre subsidiaire, les appelants plaident qu'en vertu du régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'actionnaire A ne devrait pas être imposé conformément au paragraphe 56(2), à l'égard d'un avantage accordé à l'actionnaire B, lorsque celui-ci peut être imposé conformément au paragraphe 15(1) à l'égard du même avantage. Les dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu* suivent un ordre naturel selon lequel les règles techniques, comme celles prévues au paragraphe 15(1), se situeraient à la base, les règles particulières anti-évitement, comme celles du paragraphe 56(2) se situeraient à un niveau supérieur et la règle générale anti-évitement prévue à l'article 245 se situerait au sommet. Lorsqu'il s'agit d'établir une cotisation en pratique, il faut recourir à une règle particulière anti-évitement seulement lorsqu'une opération donnée n'est pas visée par une règle technique. Pareillement, la règle générale anti-évitement ne devrait être invoquée qu'en l'absence d'une règle particulière anti-évitement.

9. Dans le contexte particulier des avantages accordés à un actionnaire, le paragraphe 52(1) nous éclaire encore

the presence of subsection 52(1). This provision provides that a taxpayer who has had an amount in respect of the value of property he acquires added to his income shall add this same amount to his cost base for the property. Where a taxpayer is taxed under subsection 15(1) on property acquired from a corporation in which he is a shareholder, subsection 52(1) thus operates automatically so as to make the consequential modification to adjusted cost base for purposes of computing the future capital gain or capital loss. Where subsection 56(2) is invoked, by contrast, subsection 52(1) cannot operate since the taxpayer suffering taxation has not himself acquired any property. If any party to the subject transaction was to attract taxation, it should have been Mr. Winter pursuant to subsection 15(1) and not the Deceased pursuant to subsection 56(2).

I would be prepared to go along with that line of thinking. As was so often pointed out, again by both the Trial Judge and the Court of Appeal in the *McChurg* decision, the language of subsection 56(2) cannot be taken in its broadest possible meaning without leading to results obviously untenable, particularly in the context of corporate management. Some qualification suggested by the aim and purpose for which the rule was adopted must be read into it so as to avoid those unreasonable results.

57 He then continued at pages 593-594:

It is generally accepted that the provision of subsection 56(2) is rooted in the doctrine of "constructive receipt" and was meant to cover principally cases where a taxpayer seeks to avoid receipt of what in his hands would be income by arranging to have the amount paid to some other person either for his own benefit (for example the extinction of a liability) or for the benefit of that other person (see the reasons of Thurlow J. in *Miller, supra*, and of Cattanach J. in *Murphy, supra*). There is no doubt, however, that the wording of the provision does not allow to its being confined to such clear cases of tax-avoidance. The *Bronfman* judgment, which upheld the assessment, under the predecessor of subsection 56(2), of a shareholder of a closely held private company, for corporate gifts made over a number of years to family members, is usually cited as authority for the proposition that it is not a pre-condition to the application of the rule that the individual being taxed have some right or interest in the payment made or the property transferred. The precedent does not appear to me quite compelling, since gifts by a corporation come out of profits to which the shareholders have a prospective right. But the fact is that the language of the provision does not require, for its application, that the taxpayer be initially entitled to the payment or transfer of property made to the third party, only that he would have been subject to tax had the payment or transfer been made to him. It seems to me, however, that when the

davantage sur le régime de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Cette disposition prévoit qu'un contribuable dont le revenu est majoré relativement à la valeur du bien qu'il acquiert doit ajouter le montant de la majoration au prix de base du bien. Lorsqu'un contribuable est imposé en vertu du paragraphe 15(1) sur des biens acquis d'une société dont il est actionnaire, le paragraphe 52(1) entre en jeu automatiquement pour modifier en conséquence le prix de base rajusté aux fins de calculer le gain en capital, ou la perte de capital, éventuel. Lorsque le paragraphe 56(2) est invoqué, au contraire, le paragraphe 52(1) est sans effet puisque le contribuable assujetti à l'impôt n'a acquis aucun bien lui-même. Si une partie à l'opération en cause devait être assujettie à l'impôt, il aurait dû s'agir de M. Winter, conformément au paragraphe 15(1), et non pas du défunt, en vertu du paragraphe 56(2).

Je serais disposé à souscrire à ce raisonnement. Comme il a été si souvent signalé, notamment par le juge de première instance et la Cour d'appel dans l'arrêt *McChurg*, le libellé du paragraphe 56(2) ne peut être interprété dans son sens le plus large sans aboutir à des résultats évidemment intenable, particulièrement dans le contexte de la gestion des sociétés. Il faut donc en nuancer le sens à la lumière de l'objet de la règle et du but dans lequel elle a été adoptée pour éviter ces résultats déraisonnables.

Il continue ainsi aux pages 593 et 594:

57

Il est couramment admis que la disposition prévue au paragraphe 56(2) est fondée sur la doctrine de la «recette présumée» et qu'elle vise principalement les cas où le contribuable cherche à éviter de recevoir ce qui serait, entre ses mains, un revenu en s'arrangeant pour que le montant soit versé à quelqu'un d'autre, et ce pour son propre bénéfice (par exemple, pour éteindre une dette) ou pour le bénéfice de cette autre personne (voir les motifs du juge Thurlow dans l'arrêt *Miller*, précité, et ceux du juge Cattanach dans l'arrêt *Murphy*, précité). Il ne fait aucun doute cependant que le libellé de la disposition ne permet pas d'en limiter l'application à de tels cas patents d'évitement fiscal. L'arrêt *Bronfman*, qui a confirmé la cotisation, établie en vertu de la disposition de l'ancienne loi qu'a reprise le paragraphe 56(2), d'un actionnaire d'une société privée, à l'égard de dons que la société avait faits régulièrement pendant plusieurs années à des membres de sa famille, est généralement cité comme autorité pour dire que la disposition s'applique, que la personne imposée ait un droit ou non sur le versement effectué ou sur le bien transféré. Cette jurisprudence ne me semble pas tellement convaincante dans la mesure où les dons faits par une société proviennent des bénéficiaires sur lesquels les actionnaires ont un droit éventuel. Le fait néanmoins demeure que le libellé même de la disposition n'exige pas, comme condition d'application, que le contribuable ait initialement eu droit au montant versé ou au bien transféré

doctrine of “constructive receipt” is not clearly involved, because the taxpayer had no entitlement to the payment being made or the property being transferred, it is fair to infer that subsection 56(2) may receive application only if the benefit conferred is not directly taxable in the hands of the transferee. Indeed, as I see it, a tax-avoidance provision is subsidiary in nature; it exists to prevent the avoidance of a tax payable on a particular transaction, not simply to double the tax normally due nor to give the taxing authorities an administrative discretion to choose between two possible taxpayers. [Footnotes omitted.]

au tiers; mais uniquement que le contribuable ait été lui-même imposable à cet égard si le versement ou le transfert avait été fait à lui. Il me semble cependant que, lorsque la doctrine de la «recette présumée» n'est pas clairement en cause, parce que le contribuable n'avait aucun droit au versement effectué ou au bien transféré, il n'est que juste d'inférer que le paragraphe 56(2) ne peut recevoir application que si l'avantage accordé n'est pas directement imposable entre les mains du cessionnaire. En effet, selon moi, une disposition en matière d'évitement fiscal revêt un caractère essentiellement subsidiaire; sa raison d'être est d'empêcher l'évitement de l'impôt payable sur une opération donnée, et non de doubler l'impôt normalement payable ni d'accorder aux autorités fiscales une discrétion administrative qui leur permettrait de choisir entre deux contribuables possibles. [Renvois omis.]

58 In the end, he rejected the appellant's alternative argument on the basis that the son-in-law was not liable to tax and dismissed the appeal.

Au bout du compte, il a rejeté l'argument subsidiaire de l'appelant au motif que le gendre n'était pas imposable et il a rejeté l'appel. 58

59 The appeal in *Smith* was from a judgment of the Trial Division [*Smith (D.N.) v. The Queen*, [1986] 1 C.T.C. 418] and was concerned with funds or property assumed by the Minister to have been diverted from one company to another for the benefit of the appellant or the second company. The trial judgment, decided before *Winter*, dealt with the issue as if the Minister was required to satisfy only the four elements laid down in *Fraser*. The Court concluded that the Minister had satisfied each of them.

Dans l'arrêt *Smith*, l'appel était formé à l'encontre d'un jugement de la Section de première instance [*Smith (D.N.) c. La Reine*, [1986] 1 C.T.C. 418] et portait sur des fonds ou des biens qui, d'après l'hypothèse du ministre, avaient été transférés d'une société à une autre à l'avantage de l'appelante ou de la deuxième société. Le jugement de première instance, prononcé avant l'arrêt *Winter*, traitait de la question de savoir si le ministre ne devait prouver que les quatre éléments énoncés dans la décision *Fraser*. La Cour a conclu que le ministre avait établi chacun de ces éléments. 59

60 On appeal, Mahoney J.A., speaking for a unanimous Court, differently constituted, concluded [at page 262] that *Winter* had “added another precondition to the application of subsection 56(2)”, which seemed to him to be relevant in the circumstances of the appeal before him. He allowed the appeal on the basis that the appellant taxpayer in that case had no entitlement to any of the payments made to or for the benefit of a company in which the appellant had an interest and which were clearly taxable in the hands of the second company.

En appel, le juge Mahoney, J.C.A., exprimant les motifs unanimes de la Cour, différemment constituée, a conclu [à la page 262] que *Winter* avait «ajouté une autre condition préalable à l'application du paragraphe 56(2)», qui lui semblait pertinente dans les circonstances de l'appel dont il était saisi. Il a accueilli l'appel au motif que le contribuable appellant dans cette affaire n'avait droit à aucun des paiements faits à ou au profit d'une société dans laquelle il avait des intérêts et qui étaient manifestement imposables entre les mains de la deuxième société. 60

61 We do not read either *Winter* or *Smith* as laying down a fifth element or pre-condition applicable in every case in which subsection 56(2) is invoked. Indeed, Marceau J.A. in his *obiter dictum*, acknow-

Nous ne croyons pas que les arrêts *Winter* ou *Smith* établissent un cinquième élément ou condition préalable applicable dans chaque cas où le paragraphe 56(2) est invoqué. En fait, le juge Marceau, 61

ledged an exception when the doctrine of constructive receipt is clearly involved. Moreover, in that case, the Court had before it for consideration, its recent judgment in *Canada v. McClurg* [[1988] 2 F.C. 356] in which Urie J.A. for the majority acknowledged at page 362, the four ingredients laid down in *Fraser* and first developed by Cattanach J. in *Murphy (GA) v. The Queen*, [1980] C.T.C. 386 (F.C.T.D.). Marceau J.A. did not consider the decision of this Court in *McClurg* to be binding on him, saying at pages 591-592 that he did “not see [*McClurg*] as having authority beyond the particular type of situation with which it was dealing”. Furthermore, even though *McClurg* was decided in the Supreme Court subsequent to the decision of this Court in *Winter*, the reasons in *McClurg* contain no reference to a fifth element or pre-condition. Indeed, La Forest J. in his dissenting reasons referred expressly to the four elements or pre-conditions laid down in *Fraser*. Finally, we see nothing in subsection 56(2), read in the context of the Act as a whole, which mandates the imposition of a fifth element or pre-condition in a case such as this which is concerned with the declaration of dividends designed solely to reduce the tax payable by the respondent.

b) whether the dictum of Dickson C.J. in *McClurg* was binding upon the courts below

62 In this case, there can be no dispute that the respondent and Ruby Neuman were not dealing with each other at arm’s length. They were related persons (husband and wife) and by section 251 of the Act are presumed not to be dealing with each other at arm’s length. Furthermore, since they were the only shareholders of Melru, neither was dealing with that corporation at arm’s length. Confronted by these undisputed facts, the Courts below were bound to consider the final paragraph of the reasons of the Chief Justice of Canada in *McClurg*, at page 1054:

J.C.A., dans son opinion incidente, a reconnu qu’une exception s’applique lorsque la doctrine de la recette présumée est clairement en cause. En outre, dans cette affaire, la Cour pouvait tenir compte de son jugement récent dans l’affaire *Canada c. McClurg* [[1988] 2 C.F. 356] dans laquelle le juge Urie, J.C.A., pour la majorité, reconnaissait à la page 362, les quatre éléments énoncés dans la décision *Fraser* et formulés pour la première fois par le juge Cattanach dans la décision *Murphy (GA) c. La Reine*, [1980] C.T.C. 386 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.). Le juge Marceau, J.C.A., n’a pas jugé que la décision de la Cour dans l’arrêt *McClurg* le liait, en indiquant à la page 592 qu’il «estime [que l’arrêt *McClurg*] fait autorité uniquement à l’égard des circonstances particulières qui y étaient traitées». En outre, même si l’affaire *McClurg* a été décidée par la Cour suprême après la décision de la présente Cour dans l’arrêt *Winter*, les motifs énoncés dans *McClurg* ne font aucunement référence à un cinquième élément ou condition préalable. En fait, le juge La Forest, dans ses motifs dissidents, mentionne expressément les quatre éléments ou conditions préalables énoncés dans la décision *Fraser*. Finalement, nous ne voyons rien dans le libellé du paragraphe 56(2), lu dans le contexte de la Loi dans son ensemble, qui impose un cinquième élément ou condition préalable dans un cas comme celui en l’espèce où la déclaration de dividendes avait pour unique but de réduire l’impôt payable par l’intimé.

b) La remarque incidente du juge en chef Dickson dans l’arrêt *McClurg* lie-t-elle les tribunaux d’instance inférieure?

En l’espèce, il ne peut être contesté que l’intimé et Ruby Neuman traitaient avec un lien de dépendance. Ce sont des personnes liées (mari et femme) et, d’après l’article 251 de la Loi, ils sont réputés avoir entre eux un lien de dépendance. En outre, étant donné qu’ils étaient les seuls actionnaires de Melru, ils avaient également un lien de dépendance avec cette société. Confrontés à ces faits non contestés, les tribunaux d’instance inférieure étaient tenus d’examiner le dernier paragraphe des motifs du juge en chef du Canada dans l’arrêt *McClurg*, à la page 1054: 62

In my opinion, if a distinction is to be drawn in the application of s. 56(2) between arm's length and non-arm's length transactions, it should be made between the exercise of a discretionary power to distribute dividends when the non-arm's length shareholder has made no contribution to the company (in which case s. 56(2) may be applicable), and those cases in which a legitimate contribution has been made. In the case of the latter, of which this appeal is an example, I do not think it can be said that there was no legitimate purpose to the dividend distribution.

63 As we have already said, the learned Tax Court Judge considered this paragraph to be less than judicial *dicta*.<sup>21</sup> As he put it, it was an opinion expressed by the Supreme Court of Canada which "cannot simply be ignored". He, nonetheless, refused to decide whether subsection 56(2) was intended to apply to a non-arm's length transaction. Furthermore, on assumption that it was, he concluded that the facts of this case did not fall squarely within that subsection.

64 For his part, the learned Trial Judge faced with the difficulty of reconciling the opinion expressed in that passage with opinions expressed by the Chief Justice of Canada earlier in his reasons in *McChurg*, relied on *dicta* of Urie J.A. in *Canada v. McChurg*, [1988] 2 F.C. 356, at page 362 and of Estey J. in *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, at page 172 to reach the following conclusion:<sup>22</sup>

Based on the decisions of the Federal Court of Appeal in *McChurg* and the Supreme Court in *Stubart*, I must conclude that the threshold question, whether a distinction is to be drawn between an arm's length and a non-arm's length transaction in the application of s. 56(2), must be answered in the negative.

65 In our respectful view, the issue of the applicability of subsection 56(2) to non-arm's length transactions was a live one in *McChurg*, both before this Court and in the Supreme Court of Canada. That is why Urie J.A. dealt with the issue when *McChurg* was before this Court and the Chief Justice dealt with it in the final paragraph of his reasons. It is true that in *McChurg* the Supreme Court found that

À mon avis, si une distinction s'impose dans l'application du par. 56(2) entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance, il faut la faire entre l'exercice du pouvoir discrétionnaire de répartir des dividendes lorsque l'actionnaire ayant un lien de dépendance n'a fourni aucun apport à la société (auquel cas le par. 56(2) peut s'appliquer) et les cas où un apport légitime a été fourni. Dans ce dernier cas, dont le présent pourvoi constitue un exemple, je ne crois pas que l'on puisse affirmer que le partage des dividendes ne visait pas un objectif légitime.

Comme nous l'avons déjà dit, le juge de la Cour de l'impôt a considéré que ce paragraphe n'était même pas une remarque judiciaire<sup>21</sup>. Comme il le dit lui-même, il s'agit d'opinions exprimées par la Cour suprême du Canada qui «ne peuvent pas simplement être ignorées». Néanmoins, il a refusé de décider si le législateur entendait appliquer le paragraphe 56(2) aux opérations avec lien de dépendance. De plus, en supposant que ce soit le cas, il a conclu que les faits de l'espèce n'étaient pas expressément visés par ce paragraphe.

Pour sa part, le juge de première instance, aux prises avec la difficulté de concilier l'opinion exprimée dans ce passage avec les opinions exprimées par le juge en chef du Canada dans les motifs de l'arrêt *McChurg*, s'est appuyé sur les opinions du juge Urie, J.C.A., dans *Canada c. McChurg*, [1988] 2 C.F. 356, à la page 362, et sur celles du juge Estey dans *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, pour parvenir à la conclusion suivante, à la page 172<sup>22</sup>:

Compte tenu des décisions de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *McChurg* et de la Cour suprême dans l'arrêt *Stubart*, je dois conclure que la question préliminaire de savoir si une distinction s'impose entre les opérations effectuées avec ou sans lien de dépendance dans l'application du paragraphe 56(2) doit être répondue par la négative.

En toute déférence, la question de l'applicabilité du paragraphe 56(2) aux opérations avec lien de dépendance était tout à fait pertinente dans l'arrêt *McChurg*, devant la présente Cour comme devant la Cour suprême du Canada. C'est pourquoi le juge Urie, J.C.A., a traité de cette question quand la Cour a été saisie de *McChurg* et que le juge en chef en a aussi traité dans le dernier paragraphe de ses motifs.

Wilma McClurg had made a contribution to Northland Trucks. For that reason, the *dictum* of the Chief Justice could not be considered part of the *ratio decidendi* of that case. Although not necessary for the disposition of that appeal, the opinion expressed by the Chief Justice represented the considered opinion of a majority of the Court and was therefore binding on the Courts below and on this Court. See *Sellars v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 527.

Il est vrai que, dans l'arrêt *McClurg*, la Cour suprême a conclu que Wilma McClurg avait fourni un apport réel dans Northland Trucks. Pour cette raison, l'opinion du juge en chef ne pouvait être considérée comme faisant partie de la *ratio decidendi* de cette affaire. Même si elle n'était pas nécessaire au règlement de cet appel, l'opinion exprimée par le juge en chef représentait l'opinion réfléchie de la majorité de la Cour et elle liait par conséquent les tribunaux d'instance inférieure et la présente Cour. Voir *Sellars c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 527.

66 In this case, the declaration of the dividend to Ruby Neuman was made in the exercise of a discretionary power to distribute dividends to a non-arm's length shareholder who, as the learned Trial Judge found, made no contribution to the company and assumed none of the risks for it. In these circumstances, and paying heed to the majority opinion in *McClurg*, it is our opinion that subsection 56(2) of the Act is applicable to the transaction.

En l'espèce, la déclaration du dividende à Ruby Neuman a été faite en vertu du pouvoir discrétionnaire permettant de distribuer des dividendes à un actionnaire lié qui, selon la conclusion du juge de première instance, n'a fait aucun apport à la société et n'a assumé aucun risque pour le compte de cette société. Dans ces circonstances, et en tenant compte de l'opinion majoritaire dans *McClurg*, nous sommes d'avis que le paragraphe 56(2) de la Loi s'applique à l'opération. 66

c) whether subsection 56(2) of the Act permitted the Minister to include in the income of the respondent for the taxation year 1982, the dividend of \$14,800 which Ruby Neuman received from Melru

c) Le paragraphe 56(2) de la Loi autorise-t-il le ministre à inclure dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982 le dividende de 14 800 \$ que Ruby Neuman a reçu de Melru?

67 It follows from what we have already said that subsection 56(2) has application to the facts of this case and that the Minister was right in including the dividend which Ruby Neuman received from Melru in the income of the respondent for the 1982 taxation year.

Il s'ensuit de ce que nous avons déjà dit que le paragraphe 56(2) s'applique aux faits de l'espèce et que le ministre avait raison d'inclure le dividende que Ruby Neuman a reçu de Melru dans le revenu de l'intimé pour l'année d'imposition 1982. 67

#### Conclusion

#### Conclusion

68 For all the foregoing reasons, we would allow the appeal, set aside the decisions of the Trial Division and of the Tax Court and affirm the Minister's assessment.

Pour les motifs précités, nous sommes d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmer les décisions de la Section de première instance et de la Cour de l'impôt et de confirmer la cotisation du ministre. 68

#### Costs

#### Dépens

69 Paragraph 65 of the memorandum of fact and law filed on behalf of the respondent reads:

Le paragraphe 65 de l'exposé des faits et du droit déposé au nom de l'intimé est rédigé dans les termes suivants: 69

65. The Respondent submits, regardless of the determination of this Honorable Court on this appeal, costs are to be awarded to the Respondent under former subsection 178(2) as the amount of tax in controversy does not exceed \$10,000.00.

70 Subsection 178(2) [as am. by S.C. 1976-77, c. 4, s. 64; 1980-81-82-83, c. 158, s. 58; 1984, c. 45, s. 75] reads:

178. . . .

(2) Where, on an appeal by the Minister, other than by way of cross-appeal, from a decision of the Tax Court of Canada, the amount of

(a) tax, refund or amount payable under subsection 196(2) (in the case of an assessment of the tax or determination of the refund or the amount payable, as the case may be) that is in controversy does not exceed \$10,000, or

(b) loss (in the case of a determination of the loss) that is in controversy does not exceed \$20,000,

the Federal Court, in delivering judgment disposing of the appeal, shall order the Minister to pay all reasonable and proper costs of the taxpayer in connection therewith.

71 As no oral submissions were addressed to us on this issue, it is our opinion that the award of costs in this appeal should not be made until the appellant files and serves a motion respecting the award of costs of the appeal pursuant to Rule 324 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663]. Counsel for the respondent shall file and serve his submissions within 20 days from the date of service of the appellant's submissions and counsel for the appellant shall file and serve his submissions in reply, if any, within ten days of the receipt of the submissions filed on behalf of the respondent.

<sup>1</sup> Articles of Incorporation of Melru Ventures Inc., A.B., Vol. II, at p. 142.

<sup>2</sup> A.B., Vol. II, at pp. 142-147.

<sup>3</sup> A.B., Vol. II, at pp. 167-168.

<sup>4</sup> A.B., Vol. II, at pp. 169-170.

<sup>5</sup> A.B., Vol. II, at p. 182.

<sup>6</sup> A.B., Vol. II, at p. 186.

<sup>7</sup> A.B., Vol. II, at pp. 188-189.

<sup>8</sup> A.B., Vol. II, at p. 191.

[TRADUCTION] 65. L'intimé prétend, abstraction faite de la décision de cette honorable Cour dans le présent appel, que les dépens doivent lui être adjugés en vertu du paragraphe 178(2) étant donné que le montant de l'impôt contesté n'excède pas 10 000 \$.

Le paragraphe 178(2) [mod. par S.C. 1976-77, ch. 4, art. 64; 1980-81-82-83, ch. 158; 1984, ch. 45, art. 75] est rédigé dans les termes suivants:

178. . . .

(2) Lorsque, sur un appel interjeté par le Ministre, autrement que par voie de contre-appel, d'une décision de la Cour canadienne de l'impôt, le montant

a) d'impôt, de remboursement ou du montant payable en vertu du paragraphe 196(2) (dans les cas où la cotisation de l'impôt, la détermination du remboursement, ou du montant payable, selon le cas,) qui fait l'objet du litige ne dépasse pas \$10,000, ou

b) de la perte (dans le cas d'une détermination de la perte) qui fait l'objet du litige ne dépasse pas \$20,000,

la Cour fédérale, en statuant sur l'appel, doit ordonner que le Ministre paie tous les frais raisonnables et justifiés du contribuable afférents à l'appel.

71 Étant donné qu'aucun argument verbal ne nous a été présenté sur ce point, nous sommes d'avis que les frais du présent appel ne devraient pas être adjugés tant que l'appelante n'aura pas déposé et signifié une requête concernant l'adjudication des dépens de l'appel conformément à la Règle 324 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663]. L'avocat de l'intimé doit déposer et signifier ses arguments dans les 20 jours de la signification des observations de l'appelante et l'avocat de l'appelante doit déposer et signifier ses observations en réplique, si tant est qu'il souhaite en formuler, dans les dix jours suivant la réception des observations déposées au nom de l'intimé.

<sup>1</sup> Statuts constitutifs de Melru Ventures Inc., D.A., vol. II, à la p. 142.

<sup>2</sup> D.A., vol. II, aux p. 142 à 147.

<sup>3</sup> D.A., vol. II, aux p. 167 et 168.

<sup>4</sup> D.A., vol. II, aux p. 169 et 170.

<sup>5</sup> D.A., vol. II, à la p. 182.

<sup>6</sup> D.A., vol. II, à la p. 186.

<sup>7</sup> D.A., vol. II, aux p. 188 et 189.

<sup>8</sup> D.A., vol. II, à la p. 191.

<sup>9</sup> A.B., Vol. I, at pp. 124-125.

<sup>10</sup> A.B., Vol. I, at p. 109.

<sup>11</sup> A.B., Vol. I, at pp. 126-128.

<sup>12</sup> A.B., Vol. II, at p. 228.

<sup>13</sup> *M.N.R. v. Neuman*, [1994] 2 F.C. 154, at pp. 160-161 (T.D.).

<sup>14</sup> *Neuman (M.) v. M.N.R.*, [1992] 2 C.T.C. 2074 (T.C.C.), at pp. 2084-2085.

<sup>15</sup> *Supra*, note 13, at p. 175.

<sup>16</sup> *Ibid.*, at p. 162.

<sup>17</sup> See, V. Krishna & J. A. VanDuzer, "Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McChurg v. Canada*" in (1993), 21 *Can. Bus. L. J.* 335, where the authors wrote, at pp. 362-363:

The *obiter dicta* in *McChurg* will cause tax lawyers to qualify their opinions carefully on the effectiveness of particular share capital structures designed for the purposes of income tax planning. In non-arm's-length transactions, dividend sprinkling may be acceptable only if the recipient of the dividend has made a "legitimate contribution" to the corporation. What constitutes a "legitimate contribution" or *quid pro quo* is a question of fact in each case that involves an evaluation of financial contributions, whether by way of equity or back-up guarantees, and active involvement in the business operations . . . .

The use of discretionary dividend clauses is a valid means whereby directors of a company can distribute dividends. The only *caveat* is that the judgment suggests that a court may be entitled to look at the "economic and commercial reality of the taxpayer's actions" even in an arm's-length transaction. It is unclear whether this represents a partial retreat from the Supreme Court's earlier rejection of the business purpose test.

To summarize, although discretionary dividend payments are not generally caught by the indirect payments rule in s. 56(2) of the ITA, they may be caught in two circumstances: if the "economic and commercial reality" of the arrangements dictate that the corporation's capital structure is nothing more than a scheme for tax avoidance; and if the parties are not, either as a question of law or fact, at arm's length with each other.

<sup>18</sup> As the only holder of common voting and Class "F" shares, the respondent relinquished his rights to receive dividends as set out in Article 8(e) of the Articles of Incorporation of Melru. He thereby acted beyond the call of a simple adviser and actively participated in the director's decision-making. Moreover, the respondent permitted the sole director, his spouse, to bypass the

<sup>9</sup> D.A., vol. I, aux p. 124 et 125.

<sup>10</sup> D.A., vol. I, à la p. 109.

<sup>11</sup> D.A., vol. I, aux p. 126 à 128.

<sup>12</sup> D.A., vol. II, à la p. 228.

<sup>13</sup> *M.R.N. c. Neuman*, [1994] 2 C.F. 154, aux p. 160 et 161 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>14</sup> *Neuman (M.) c. M.R.N.*, [1992] 2 C.T.C. 2074 (C.C.I.), aux p. 2084 et 2085.

<sup>15</sup> Précité, note 13, à la p. 175.

<sup>16</sup> *Ibid.*, à la p. 162.

<sup>17</sup> Voir, V. Krishna & J. A. VanDuzer, «Corporate Share Capital Structures and Income Splitting: *McChurg v. Canada*» dans (1993), 21 *Rev. can. D. comm.* 335, dans lequel les auteurs écrivent ceci, aux p. 362 et 363:

[TRADUCTION] Les remarques incidentes dans l'arrêt *McChurg* obligeront les fiscalistes à formuler avec soin leurs opinions concernant l'efficacité de certaines organisations du capital-actions conçues aux fins de la planification fiscale du revenu. Dans les opérations avec lien de dépendance, le versement discrétionnaire de dividendes peut être acceptable uniquement si le bénéficiaire a fourni un «apport légitime» à la société. Ce qui doit être considéré comme un «apport légitime» ou une contrepartie légitime est une question de fait particulière à chaque cause et exige une évaluation des contributions financières, que ce soit sous forme de capitaux propres ou de garanties, ou sous forme de participation active aux affaires de la société . . . .

Les clauses de dividende discrétionnaire sont un moyen valide que peuvent utiliser les administrateurs d'une société pour distribuer des dividendes. La seule restriction vient de ce que le jugement laisse entendre qu'un tribunal peut avoir le droit d'examiner «les réalités commerciales et économiques des opérations du contribuable» même dans une opération sans lien de dépendance. On ne peut dire avec certitude si, par ces propos, la Cour suprême revient en partie sur son rejet antérieur total du critère de l'objet commercial.

Pour résumer, bien que le versement discrétionnaire de dividendes ne soit pas généralement visé par la règle des paiements indirects énoncée au paragraphe 56(2) de la LIR, ce paragraphe peut s'appliquer au versement discrétionnaire dans deux situations: si les «réalités commerciales et économiques» de l'arrangement font en sorte que la structure du capital-actions de la société n'est rien de plus qu'un stratagème d'évitement fiscal, et si les parties traitent, que ce soit en droit ou en fait, avec un lien de dépendance.

<sup>18</sup> À titre de seul détenteur des actions ordinaires avec droit de vote et des actions de catégorie «F», l'intimé a renoncé à ses droits de recevoir des dividendes, énoncés à l'alinéa 8e) des statuts constitutifs de Melru. Il a donc joué plus qu'un rôle de simple conseiller et a participé activement au processus décisionnel de l'administratrice. En outre, l'intimé a autorisé la seule administratrice, son

dividend declaration procedure in the Articles of Incorporation in violation of s. 117(2) of *The Corporations Act* of Manitoba, S.M. 1976, c. 40 which at the relevant time read:

**117(2)** Every director and officer of a corporation shall comply with this Act and the regulations, the articles and by-laws, and any unanimous shareholder agreement.

<sup>19</sup> *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592, at pp. 605-614; see also B. Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2nd ed., (Toronto: Butterworths, 1991), at pp. 325-328.

<sup>20</sup> We understand this to mean that there was no *bona fide* purpose in the sense in which that phrase is employed in *McClurg*.

<sup>21</sup> For an analysis of the Tax Court's refusal to apply the *McClurg obiter dictum* in this case see T. E. McDonnell, "Income Splitting: McClurg Obiter Dicta Not Applied" (1992), 40 *Can. Tax J.* 1143.

<sup>22</sup> *Supra*, note 13.

épouse, à contourner la procédure de déclaration des dividendes prévue dans les statuts constitutifs en violation de l'art. 117(2) de *The Corporations Act* du Manitoba, S.M. 1976, ch. 40, qui, à l'époque pertinente, se lisait ainsi:

[TRADUCTION] **117(2)** Les administrateurs et les dirigeants doivent observer la présente loi, ses règlements d'application, les statuts, les règlements administratifs, ainsi que les conventions unanimes des actionnaires.

<sup>19</sup> *Canadian Aero Service Ltd. c. O'Malley*, [1974] R.C.S. 592, aux p. 605 à 614; voir également B. Welling, *Corporate Law in Canada: The Governing Principles*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto: Butterworths, 1991), aux p. 325 à 328.

<sup>20</sup> Nous comprenons par cette expression qu'il n'y avait pas d'objectif normal au sens où cette expression est employée dans l'arrêt *McClurg*.

<sup>21</sup> Pour une analyse du refus de la Cour de l'impôt d'appliquer l'opinion incidente dans *McClurg* à l'espèce, voir T. E. McDonnell, «Income Splitting: McClurg Obiter Dicta Not Applied» (1992), 40 *Rev. fiscale can.* 1143.

<sup>22</sup> Précité, note 13.

A-138-95

**Attorney General of Canada and National Parole Board** (*Appellants*) (*Respondents*)

v.

**James Ralph MacInnis** (*Respondent*) (*Applicant*)

**INDEXED AS: MACINNIS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (C.A.)**

Court of Appeal, Strayer, MacGuigan and McDonald J.J.A.—Ottawa, June 28 and August 23, 1996.

*Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security — Appeal from trial judgment holding inmate serving indeterminate sentence deprived of right to liberty under Charter, s. 7 in violation of principles of fundamental justice by National Parole Board procedures at biennial review — NPB refusing convict's request to appear by counsel, examine authors of clinical reports — Convict permitted to be represented by barrister, given copies of clinical reports, allowed to submit written interrogatories — S. 7 engaged in hearings before NPB — Fundamental justice not requiring requested procedures — Requirements of fundamental justice in administrative context reviewed — As ample opportunity to challenge reports, cross-examination of authors not necessary to ensure fairness — Board's procedural rulings sufficiently addressed dual requirements of protecting society, giving convict fair hearing as required by s. 7 — Refusal to grant enhanced procedures not violating right to liberty under s. 7.*

*Parole — Appeal from trial judgment holding inmate serving indeterminate sentence deprived of right to liberty under Charter, s. 7 in violation of principles of fundamental justice by NPB procedures at biennial review — NPB refusing convict's request to appear by counsel, examine authors of clinical reports — Convict permitted to be represented by barrister, given copies of clinical reports, allowed to submit written interrogatories — Criminal Code, s. 761 stipulating dangerous offender incarcerated for indeterminate period entitled to review of "condition, history and circumstances" every two years by Board —*

A-138-95

**Procureur général du Canada et la Commission nationale des libérations conditionnelles** (*appelants*) (*intimés*)

c.

**James Ralph MacInnis** (*intimé*) (*requérant*)

**RÉPERTORIÉ: MACINNIS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (C.A.)**

Cour d'appel, juges Strayer, MacGuigan et McDonald, J.C.A.—Ottawa, 28 juin et 23 août, 1996.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité — Appel d'un jugement de la Section de première instance concluant que les procédures adoptées par la Commission nationale des libérations conditionnelles (la Commission) au cours de son examen bisannuel de la peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée imposée à l'intimé a porté atteinte au droit à la liberté que confère à ce dernier l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés en violation des principes de justice fondamentale — La Commission a refusé au détenu la permission de se faire représenter par un avocat et d'interroger les auteurs des rapports cliniques — Le détenu a été autorisé à se faire représenter par un avocat, a reçu communication de copies des rapports cliniques et il lui a été permis de soumettre des interrogatoires par écrit — L'art. 7 est en jeu dans les audiences devant la Commission — La justice fondamentale n'exige pas les procédures demandées — Examen des exigences de la justice fondamentale dans un contexte administratif — Comme il y a eu ample possibilité de contester les rapports, le contre-interrogatoire des auteurs n'était pas nécessaire pour garantir l'équité — Les décisions procédurales de la Commission tiennent suffisamment compte de la double obligation d'assurer la sécurité de la société et l'équité de l'audience de l'intimé, comme l'exige l'art. 7 — Le refus d'accorder à l'intimé des procédures améliorées ne viole pas son droit à la liberté en vertu de l'art. 7.*

*Libération conditionnelle — Appel d'un jugement de la Section de première instance concluant que les procédures adoptées par la Commission au cours de son examen bisannuel de la peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée imposée au détenu ont porté atteinte au droit à la liberté prévu par l'art. 7 de la Charte en violation des principes de justice fondamentale — La Commission a refusé la demande du détenu de se faire représenter par un avocat et d'interroger les auteurs de rapports cliniques — Le détenu a été autorisé à se faire représenter par un avocat, a reçu communication de copies des rapports*

*Corrections and Conditional Release Act providing limited right to counsel for convicts appearing before Board — Provisions, terminology leading to assumption Parliament not intending assistant's role before Board to be equivalent to counsel's role before judge, jury — Parole system unique, separate from courts, different considerations apply — Board's refusal to grant enhanced procedures not violating right to liberty under s. 7.*

This was an appeal from the trial judgment holding that the National Parole Board's procedures during a biennial review of the respondent's indeterminate sentence deprived him of his right to liberty under Charter, section 7 in violation of the principles of fundamental justice. Section 7 guarantees the right to liberty and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. *Criminal Code*, subsection 761(1) provides that a person who is in custody in a penitentiary for an indeterminate period of incarceration is entitled to a biennial review by the National Parole Board of his "condition, history and circumstances" to determine whether he should be granted parole. During one such review, the respondent sought to appear by counsel before the Board, to cross-examine the authors of certain clinical reports, or to have certain reports to which he objected excluded from evidence. The respondent had been permitted to have a barrister as his assistant, and he had been given copies of the clinical reports submitted to the Board which he was allowed to question by means of written interrogatories. The Board denied his requests and the respondent applied to the Court for declaratory relief. The Trial Judge found that the principles of fundamental justice required that an inmate serving an indeterminate sentence be granted both the right to appear before the Board by counsel and the right to examine the authors of certain reports. He found that hearings before the Board had to reflect differences associated with serving an indeterminate sentence as a person serving such a sentence has no prospect of release other than by parole.

*Corrections and Conditional Release Act (CCRA)*, subsection 140(7) gives the offender the right to be "assisted" by the individual of his choice. Subsection

*cliniques et il lui a été permis de soumettre des interrogatoires par écrit — L'art. 761 du Code criminel stipule que les contrevenants dangereux mis sous garde pour une période indéterminée ont droit à ce que la Commission examine «les antécédents et la situation» en cause tous les deux ans — La Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition prévoit un recours limité aux services d'un avocat à l'égard des détenus qui comparaisent devant la Commission — Les dispositions et la terminologie laissent présumer que le législateur n'avait pas l'intention de donner à la personne qui assiste le délinquant devant la Commission le rôle de l'avocat devant un juge ou un jury — Le système de libération conditionnelle est unique, distinct des tribunaux et des considérations différentes s'y appliquent — Le refus de la Commission d'accorder des procédures améliorées ne viole pas le droit à la liberté conféré à l'art. 7.*

Il s'agit d'un appel d'un jugement de la Section de première instance concluant que les procédures adoptées par la Commission nationale des libérations conditionnelles, au cours de son examen bisannuel de la peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée imposée à l'intimé, ont porté atteinte au droit à la liberté que confère à ce dernier l'article 7 de la Charte en violation des principes de justice fondamentale. L'article 7 garantit le droit à la liberté, auquel il ne peut être porté atteinte qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le paragraphe 761(1) du *Code criminel* prévoit que celui qui purge une peine de durée indéterminée a droit, tous les deux ans, à l'examen, par la Commission nationale des libérations conditionnelles, de ses «antécédents» et de sa «situation» pour déterminer s'il y a lieu de lui accorder la libération conditionnelle. L'intimé a demandé le droit de se faire représenter par un avocat au cours d'un de ces examens devant la Commission, de contre-interroger les auteurs de certains rapports cliniques, ou le droit à l'exclusion, en preuve, de certains rapports auxquels il s'opposait. Il a été permis à l'intimé de se faire assister par un avocat, et il a reçu copie des rapports cliniques soumis à la Commission qu'il a pu contester par voie d'interrogatoires écrits. La Commission a rejeté ses demandes et l'intimé a demandé à la Cour un jugement déclaratoire. Le juge de première instance a conclu que les principes de justice fondamentale exigeaient qu'un détenu purgeant une peine de durée indéterminée ait le droit de se faire représenter devant la Commission par un avocat et celui d'interroger les auteurs de rapports cliniques soumis en preuve. Il a conclu que les audiences de la Commission devaient refléter les distinctions associées au fait de purger une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée, car la personne sous le coup d'une telle peine n'a aucune perspective de libération autre que la libération conditionnelle.

Le paragraphe 140(7) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (LSCMLSC) donne au délinquant le droit d'être «assisté» d'une per-

140(8) limits the role that the assistant can play during the parole hearing.

The issues were whether the Trial Judge erred in finding that (1) the respondent was deprived of his liberty by the Board's rulings and, (2) the Board's procedures were inconsistent with the principles of fundamental justice.

*Held*, the appeal should be allowed.

The Board correctly interpreted and implemented its governing legislation. The respondent requested procedures beyond those established in the CCRA. The legislation does not specifically preclude cross-examination, but leaves the matter to the Board's discretion. From the relevant provisions and the terminology employed it was apparent that Parliament did not intend for the assistant's role before the Board to be the equivalent of counsel's role before a judge or jury.

It is now settled law that section 7 is engaged in hearings before the National Parole Board. Section 7 recognizes the competing social interests of a fair hearing and protection of society by ensuring that an individual can be deprived of his or her liberty in accordance with the principles of fundamental justice. Fundamental justice does not require the procedures requested by the respondent. In the administrative context, fundamental justice encompasses procedural fairness, which varies with the circumstances. An increased role for counsel and the right to cross-examination of witnesses are not always required before administrative tribunals. The parole system is unique and separate from the courts and different considerations apply. Adherence by the Board to the common law rules of natural justice and the practices and procedures established by the CCRA constitutes full compliance with the principles of fundamental justice. Board hearings are different from judicial hearings in several respects.

Parliament must have realized that Parole Board hearings have an increased significance for those serving indeterminate sentences. *Criminal Code*, subsection 761(1) does not provide for a new trial or some form of judicial review every two years. The composition and mandate of the Board reflect its primary purpose, the protection of society. Absent a decision by Parliament that a dangerous offender should be reevaluated by a Trial Judge in a judicial proceeding, a hybrid process should not be created to meet the respondent's perceived needs.

sonne de son choix. Le paragraphe 140(8) limite le rôle que peut jouer la personne qui assiste le délinquant.

Les questions litigieuses consistaient à savoir si le juge de première instance a commis une erreur en concluant que 1) l'intimé avait été privé de sa liberté par les décisions contestées de la Commission et que 2) les procédures de la Commission n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale.

*Arrêt*: l'appel doit être accueilli.

La Commission a correctement interprété et appliqué la loi qui la régit. L'intimé a demandé des procédures allant au-delà de celles établies par les LSCMLSC. La Loi n'interdit pas expressément le contre-interrogatoire, mais elle laisse la question à l'appréciation de la Commission. Il ressortait à l'évidence des dispositions pertinentes et de la terminologie utilisée, que le législateur n'avait pas l'intention de donner à la personne qui assiste le délinquant devant la Commission le rôle de l'avocat devant un juge ou un jury.

Il est maintenant établi que l'article 7 est en cause dans les audiences de la Commission nationale des libérations conditionnelles. L'article 7 reconnaît l'existence d'intérêts sociaux opposés, soit ceux d'une audition impartiale et de la protection de la société, en voyant à ce qu'il puisse être porté atteinte à la liberté d'une personne en conformité avec les principes de justice fondamentale. La justice fondamentale n'exige pas les procédures que demande l'intimé. Dans le contexte administratif la justice fondamentale comprend l'équité dans la procédure, qui varie selon les circonstances. Le rôle accru de celui qui assiste et le droit de contre-interroger des témoins ne sont pas toujours nécessaires devant les tribunaux administratifs. Le régime de libération conditionnelle est unique et distinct des tribunaux et des considérations différentes s'y appliquent. Le respect par la Commission des règles de justice naturelle reconnues par la common law et des pratiques et procédures établies par la LSCMLSC répond entièrement aux principes de justice fondamentale. Les audiences de la Commission diffèrent à bien des rapports des audiences judiciaires.

Le législateur a dû se rendre compte que les audiences de la Commission des libérations conditionnelles avaient une importance accrue pour ceux qui purgent des peines d'emprisonnement d'une durée indéterminée. Le paragraphe 761(1) du *Code criminel* ne prévoit pas un nouveau procès ni une forme de contrôle judiciaire tous les deux ans. La composition et le mandat de la Commission reflètent sa fin première, soit la protection de la société. En l'absence d'une décision du législateur, voulant qu'un délinquant dangereux soit évalué de nouveau par un juge de première instance dans le cadre d'une procédure judiciaire, un processus hybride ne doit pas être créé pour répondre à ce que l'intimé perçoit être ses besoins.

As the respondent had an ample opportunity to challenge these reports, cross-examination of the authors was not necessary to ensure fairness. The Board's procedural rulings sufficiently addressed the dual requirements of ensuring that society is protected and the respondent has a fair hearing. The Board must first and foremost protect the Canadian public. The Board's refusal to grant the enhanced procedures requested did not violate the respondent's right to liberty under section 7.

Étant donné que l'intimé a eu abondamment le temps de contester ces rapports, le contre-interrogatoire des auteurs n'était pas nécessaire pour assurer l'équité. Les décisions procédurales de la Commission tiennent suffisamment compte de la double obligation d'assurer la sécurité de la société et l'équité de l'audience de l'intimé. La Commission doit d'abord et avant tout protéger le public canadien. Le refus de la Commission d'accorder à l'intimé les procédures améliorées qu'il réclamait ne viole pas le droit à la liberté que lui confère l'article 7.

#### 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. 7, 9, 15, 24(1).  
*Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20, ss. 4(g), 101(a),(b),(f), 140(7),(8).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 761 (as am. by S.C. 1992, c. 20, s. 215).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Mooring v. Canada (National Parole Board)*, [1996] 1 S.C.R. 75; [1996] 3 W.W.R. 305; (1996), 70 B.C.A.C. 1; 45 C.R. (4th) 265; 115 W.A.C. 1; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; (1993), 11 Admin. L.R. (2d) 1; 80 C.C.C. (3d) 492; 20 C.R. (4th) 57; 14 C.R.R. (2d) 234; 151 N.R. 161; 62 O.A.C. 243; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; (1988), 41 C.C.C. (3d) 523; 64 C.R. (3d) 82; 84 N.R. 296; 14 Q.A.C. 161.

##### CONSIDERED:

*R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161.

##### REFERRED TO:

*Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *County of Strathcona No. 20 and Chemcell Ltd. v. Maclab Enterprises Ltd., Provincial Planning Board and City of Edmonton*, [1991] 3 W.W.R. 461 (Alta. C.A.).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, N° 44], art. 7, 9, 15, 24(1).  
*Code criminel*, L.R.C. 1970, ch. C-34.  
*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 761 (mod. par L.C. 1992, ch. 20, art. 215).  
*Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20, art. 4g), 101a),b),f), 140(7),(8).

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*, [1996] 1 R.C.S. 75; [1996] 3 W.W.R. 305; (1996), 70 B.C.A.C. 1; 45 C.R. (4th) 265; 115 W.A.C. 1; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; (1993), 11 Admin. L.R. (2d) 1; 80 C.C.C. (3d) 492; 20 C.R. (4th) 57; 14 C.R.R. (2d) 234; 151 N.R. 161; 62 O.A.C. 243; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; (1988), 41 C.C.C. (3d) 523; 64 C.R. (3d) 82; 84 N.R. 296; 14 Q.A.C. 161.

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; (1987), 44 D.L.R. (4th) 193; 37 C.C.C. (3d) 1; 61 C.R. (3d) 1; 80 N.R. 161.

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; (1979), 105 D.L.R. (3d) 745; 50 C.C.C. (2d) 495; 16 C.R. (3d) 294; 30 N.R. 380; *Irvine c. Canada (Commission des pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; (1987), 41 D.L.R. (4th) 429; 24 Admin. L.R. 91; 74 N.R. 33; *County of Strathcona No. 20 and Chemcell Ltd. v. Maclab Enterprises Ltd., Provincial Planning Board and City of Edmonton*, [1991] 3 W.W.R. 461 (C.A. Alb.).

APPEAL from trial judgment (*MacInnis v. Canada (Attorney General)*, [1995] 2 F.C. 215; (1995), 37 C.R. (4th) 152; 27 C.R.R. (2d) 363; 92 F.T.R. 88 (T.D.)) holding that the National Parole Board's procedures during its biennial review of the respondent's indeterminate sentence deprived him of his right to liberty under Charter, section 7 in violation of the principles of fundamental justice. Appeal allowed.

## COUNSEL:

*John B. Edmond* for appellants (respondents).  
*Ronald R. Price, Q.C.* for respondent (applicant).

## SOLICITORS:

*Deputy Attorney General of Canada* for appellants (respondents).  
*Ronald R. Price, Q.C.*, Kingston, Ontario, for respondent (applicant).

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

1 MCDONALD J.A.: This is an appeal from a decision of the Trial Division dated February 15, 1995 [[1995] 2 F.C. 215]. The Judge found that the procedures employed by the National Parole Board (the Board) during its biennial review of the respondent's indeterminate sentence deprived him of his right to liberty under section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*<sup>1</sup> in violation of the principles of fundamental justice.

Background

2 Following his second conviction for rape, the respondent was declared a dangerous offender under what was then Part XXI of the *Criminal Code*.<sup>2</sup> He was sentenced to an indeterminate period of incarceration, most of which he has served at the Kingston Penitentiary. As an offender serving an

APPEL d'un jugement de la Section de première instance (*MacInnis c. Canada (Procureur général)*, [1995] 2 C.F. 215; (1995), 37 C.R. (4th) 152; 27 C.R.R. (2d) 363; 92 F.T.R. 88 (1<sup>re</sup> inst.)) concluant que les procédures adoptées par la Commission nationale des libérations conditionnelles, au cours de son examen bisannuel de la peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée imposée à l'intimé ont porté atteinte au droit à la liberté que lui confère l'article 7 de la Charte, en violation des principes de justice fondamentale. L'appel est accueilli.

## AVOCATS:

*John B. Edmond* pour les appelants (intimés).  
*Ronald R. Price, c.r.* pour l'intimé (requérant).

## PROCUREURS:

*Le sous-procureur général du Canada* pour les appelants (intimés).  
*Ronald R. Price, c.r.*, Kingston (Ontario), pour l'intimé (requérant).

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

1 LE JUGE MCDONALD, J.C.A.: Il s'agit de l'appel d'une décision de la Section de première instance en date du 15 février 1995 [[1995] 2 C.F. 215]. Le juge a conclu que les procédures adoptées par la Commission nationale des libérations conditionnelles (la Commission), au cours de son examen bisannuel de la peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée imposée à l'intimé, ont porté atteinte au droit à la liberté que confère à ce dernier l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*<sup>1</sup> en violation des principes de justice fondamentale.

Historique

2 À la suite de sa seconde condamnation pour viol, l'intimé a été déclaré être un délinquant dangereux en vertu de ce qui était alors la Partie XXI du *Code criminel*<sup>2</sup>. Il a été condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée, qu'il a purgée en grande partie au pénitencier de Kingston. En tant

indeterminate sentence, the respondent is entitled to a biennial review of his "condition, history and circumstances" under what is now subsection 761(1) of the *Criminal Code*.<sup>3</sup> That section reads as follows:

**761.** (1) Subject to subsection (2), where a person is in custody under a sentence of detention in a penitentiary for an indeterminate period, the National Parole Board shall, forthwith after the expiration of three years from the day on which that person was taken into custody and not later than every two years thereafter, review the condition, history and circumstances of that person for the purpose of determining whether he should be granted parole under Part II of the *Corrections and Conditional Release Act* and, if so, on what conditions.

3 During one such review on November 22, 1991, the respondent expressed his concerns with the procedures employed by the Board. The Board rejected the respondent's arguments and denied him temporary absence, day parole or full parole. The respondent came before the Board again on July 8, 1993 and requested the following:

- (1) the right to appear by counsel before the Board;
- (2) the right to cross-examine the authors of certain clinical reports before the Board;
- (3) in the alternative, the right to have certain reports to which he objected excluded from evidence.

4 The Board again ruled against the respondent. The Board followed a previous decision concerning the respondent, dated July 30, 1990, and rejected his request for counsel. The Board stated that it was not its practice to allow cross-examination, and that it was within its jurisdiction to review all relevant information. The hearing was adjourned *sine die* while the respondent made an application to the Trial Division for declaratory relief. In a decision dated February 15, 1995, the Trial Division agreed that the respondent was deprived of his right to liberty in violation of section 7 of the Charter and

que délinquant purgeant une peine de durée indéterminée, l'intimé a droit, tous les deux ans, à un examen de ses «antécédents» et de sa «situation» en vertu de ce qui est aujourd'hui le paragraphe 761(1) du *Code criminel*.<sup>3</sup> Cette disposition est rédigée comme suit:

**761.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), la Commission nationale des libérations conditionnelles examine les antécédents et la situation des personnes mises sous garde en vertu d'une sentence de détention dans un pénitencier pour une période indéterminée dès l'expiration d'un délai de trois ans à compter du jour où ces personnes ont été mises sous garde et, par la suite, tous les deux ans au plus tard, afin d'établir s'il y a lieu de les libérer conformément à la partie II de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* et, dans l'affirmative, à quelles conditions.

Au cours d'un de ces examens, le 22 novembre 1991, l'intimé s'est montré en désaccord avec les procédures adoptées par la Commission. Celle-ci a rejeté les arguments de l'intimé et lui a refusé la permission de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle totale. L'intimé s'est de nouveau présenté devant la Commission le 8 juillet 1993 et a demandé ce qui suit:

- (1) le droit de se faire représenter par un avocat auprès de la Commission;
- (2) le droit de contre-interroger devant la Commission les auteurs de certains rapports cliniques;
- (3) subsidiairement, le droit à l'exclusion, en preuve, de certains rapports auxquels il s'opposait.

4 La Commission s'est de nouveau prononcée contre l'intimé. Elle a suivi une décision antérieure visant l'intimé, en date du 30 juillet 1990, et elle a rejeté la demande de ce dernier de recourir aux services d'un avocat. La Commission a déclaré qu'elle n'avait pas pour pratique de permettre les contre-interrogatoires et que l'examen de tous les renseignements pertinents relevait de sa compétence. L'audience a été ajournée *sine die* alors que l'intimé demandait à la Section de première instance un jugement déclaratoire. Dans une décision en date du 15 février 1995, la Section de première instance se

allowed his application. This decision is the subject of the present appeal.

### Decision under appeal

5 The Judge identified the two issues before the Court to be whether the respondent's liberty was in issue, and if so, whether any deprivation of his liberty which may have occurred was in keeping with the principles of fundamental justice. He allowed the respondent's application for judicial review, and found that the principles of fundamental justice required that an inmate serving an indeterminate sentence be granted both the right to appear before the Board by counsel and the right to examine the authors of clinical reports in evidence.

6 The Judge found that the Board followed the procedures contained in its governing statute. He found that pursuant to *R. v. Lyons*,<sup>4</sup> a deprivation of a liberty interest within the meaning of section 7 existed. The Judge then addressed whether "fundamental justice" required the procedures requested by the respondent, emphasizing his status as a dangerous offender.

7 The respondent sought an enhanced role for his counsel, Mr. Price, one beyond the strictures established by subsection 140(8) of the *Corrections and Conditional Release Act* (CCRA).<sup>5</sup> This included the right to examine the authors of clinical reports before the Board concerning the respondent. The Judge noted that there were differing opinions about the respondent's condition. He concluded that examination of the authors would allow the Board to make a more informed decision.

8 The Judge found that hearings before the Board had to reflect the differences associated with serving an indeterminate sentence, as a person serving such a sentence has no prospect of release other than by

montrait d'accord pour dire que l'intimé avait été privé de son droit à la liberté en violation de l'article 7 de la Charte, et elle accueillait sa demande. Cette décision fait l'objet du présent appel.

### La décision en appel

5 Le juge a précisé que les deux questions litigieuses dont il était saisi tenaient à savoir si la liberté de l'intimé était concernée et, dans l'affirmative, si l'atteinte à cette liberté qui pouvait avoir eu lieu était conforme aux principes de justice fondamentale. Il a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimé, et conclu que les principes de justice fondamentale exigeaient qu'un détenu purgeant une peine d'une durée indéterminée ait le droit de se faire représenter devant la Commission par un avocat et celui d'interroger les auteurs de rapports cliniques soumis en preuve.

6 Le juge a conclu que la Commission avait suivi les procédures contenues dans la loi qui la régit. Il a conclu que selon l'arrêt *R. c. Lyons*<sup>4</sup>, il y avait eu atteinte au droit de l'intimé à la liberté au sens de l'article 7. Le juge s'est alors demandé si la «justice fondamentale» exigeait les procédures demandées par l'intimé, insistant sur sa qualité de délinquant dangereux.

7 L'intimé a recherché pour M. Price, son avocat, un rôle plus important, allant au-delà des limites établies au paragraphe 140(8) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition* (LSCMLSC)<sup>5</sup>. Cela comprenait notamment le droit de procéder, devant la Commission à l'interrogatoire des auteurs des rapports cliniques concernant l'intimé. Le juge a remarqué qu'il existait des opinions divergentes au sujet de la condition de l'intimé. Il a conclu que l'interrogatoire des auteurs permettrait à la Commission de prendre une décision plus éclairée.

8 Le juge a conclu que les auditions devant la Commission devaient refléter les distinctions associées au fait de purger une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée, car la personne sous le coup

parole. He did not feel that the legislation would be violated by the Board taking account of such differences. The Board could, in his opinion, adopt procedures consistent with the requirements of section 7 of the Charter for inmates like the respondent, without doing damage to the CCRA. He emphasized that he was not granting the full menu of procedural rights associated with a trial. However he felt that the offender's counsel could be useful to the Board, helping to ensure that procedures were fair and that relevant information was not overlooked. He did not believe his findings necessarily implied that Board proceedings would become more adversarial in nature, as such would be inconsistent with the Board's statutory mandate.

d'une telle peine n'a aucune perspective de libération autre que la libération conditionnelle. Il n'estimait pas que la Commission enfreindrait la loi si elle tenait compte de ces distinctions. Elle pourrait, à son avis, adopter des procédures conformes aux exigences de l'article 7 de la Charte à l'égard de détenus comme l'intimé, sans porter atteinte à la LSCMLSC. Il a souligné qu'il n'accordait pas tout l'éventail des droits procéduraux associés à un procès. Il a cependant estimé que l'avocat du délinquant pourrait être utile à la Commission, aidant à assurer l'équité des procédures et la pleine considération des renseignements pertinents. Le juge ne croyait pas que ses conclusions signifiaient nécessairement que les procédures devant la Commission tiendraient davantage du système accusatoire, et seraient incompatibles avec le mandat de la Commission.

9 The Judge held that the Board could consider its previous decisions regarding the respondent. Paragraph 101(b) of the CCRA requires the Board to consider all relevant evidence.

Le juge a conclu que la Commission pouvait tenir compte de ses décisions antérieures au sujet de l'intimé. L'alinéa 101b) de la LSCMLSC exige que la Commission étudie tous les éléments de preuve pertinents.

9

10 The Judge found that sections 9 and 15 of the Charter did not need to be addressed given his finding regarding section 7.

Le juge a conclu qu'il n'avait pas à traiter des articles 9 et 15 de la Charte, étant donné sa conclusion à l'égard de l'article 7.

10

### Issues

1. Did the Judge err in finding that the respondent was deprived of his liberty by the impugned rulings of the Board?
2. Did the Judge err in finding that the Board's procedures were inconsistent with the principles of fundamental justice?
3. Did the order have the effect of striking down, as a Charter violation, for indeterminately sentenced offenders, the statutory restriction on the role of "assistant" to such offenders at a Board hearing, while purporting only to correct alleged procedural errors of the Board?

### Les questions litigieuses

1. Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que l'intimé avait été privé de sa liberté par les décisions contestées de la Commission?
2. Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que les procédures de la Commission n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale?
3. L'ordonnance a-t-elle eu pour effet, parce qu'elle violait la Charte, d'annuler à l'égard des délinquants qui purgent une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée, le rôle restreint, prévu par la loi, de la personne qui les « assiste » pendant les audiences de la Commission, alors que l'ordonnance ne prétendait que corriger les erreurs procédurales alléguées de la Commission?

Analysis

11 In my opinion, the appeal must be allowed. It must first be emphasized that the Board made no palpable error in its interpretation and implementation of its governing legislation which entitled it to conduct the hearing as it did. The respondent requested procedures beyond those established in the CCRA, specifically, an enhanced right to cross-examination and an increased role for his assistant. The CCRA provides a limited right to counsel for offenders appearing before the Board. Subsection 140(7) gives the offender the right to be "assisted" by the individual of his choice when he appears before the Board:

**140. . . .**

(7) Where a review by the Board includes a hearing at which the offender is present, the Board shall permit the offender to be assisted by a person of the offender's choice unless the Board would not permit the presence of that person as an observer pursuant to subsection (4).

12 Subsection 140(8) places limits on the role the assistant can play during the parole hearing:

**140. . . .**

(8) A person referred to in subsection (7) is entitled

(a) to be present at the hearing at all times when the offender is present;

(b) to advise the offender throughout the hearing; and

(c) to address, on behalf of the offender, the members of the Board conducting the hearing at times they adjudge to be conducive to the effective conduct of the hearing.

13 While the legislation does not specifically preclude cross-examination, it leaves the matter to the discretion of the Board. The parameters of the assistant's role are clearly delineated. One can assume from the relevant provisions and the terminology employed, that Parliament did not intend for the assistant's role before the Board to be the equivalent of counsel's role before a judge or jury. As will be discussed further, different procedures are

L'analyse

À mon sens, l'appel doit être accueilli. Il faut tout d'abord souligner que la Commission n'a commis aucune erreur manifeste dans son interprétation de la loi qui la régit et qui lui permet de conduire ses audiences comme elle l'a fait. L'intimé a demandé des procédures allant au-delà de celles établies par la LSCMLSC, plus particulièrement le droit accru de contre-interroger et un rôle plus considérable pour la personne qui l'assiste. La LSCMLSC accorde un droit limité de recours à l'assistance d'un avocat aux délinquants qui comparaissent devant la Commission. Le paragraphe 140(7) permet au délinquant d'être «assisté» d'une personne de son choix lorsqu'il comparaît devant la Commission:

**140. . . .**

(7) Dans le cas d'une audience à laquelle assiste le délinquant, la Commission lui permet d'être assisté d'une personne de son choix, sauf si cette personne n'est pas admissible à titre d'observateur en raison de l'application du paragraphe (4).

Le paragraphe 140(8) limite le rôle que peut jouer la personne qui assiste le délinquant pendant l'audience de libération conditionnelle:

**140. . . .**

(8) La personne qui assiste le délinquant a le droit:

a) d'être présente à l'audience lorsque le délinquant l'est lui-même;

b) de conseiller le délinquant au cours de l'audience;

c) de s'adresser aux commissaires au moment que ceux-ci choisissent en vue du bon déroulement de l'audience.

Bien que la loi n'interdise pas expressément le contre-interrogatoire, elle laisse la question à l'appréciation de la Commission. Les paramètres du rôle de la personne qui assiste le délinquant sont clairement définis. On peut présumer, d'après les dispositions pertinentes et la terminologie utilisée, que le législateur n'avait pas l'intention de donner à la personne qui assiste le délinquant devant la Commission le rôle de l'avocat devant un juge ou un jury.

applicable to administrative proceedings. I agree with the Judge's finding that the Board correctly interpreted its governing statute and followed its procedures accordingly. The respondent was permitted to have Mr. Price, a barrister, serve as his assistant. He was allowed to question any clinical reports before the Board by means of written interrogatories. These findings by the Board were in keeping with its statutory mandate and powers.

Comme on en discutera plus loin, différentes procédures s'appliquent aux procédures administratives. Je suis d'accord avec la conclusion du juge que la Commission a correctement interprété la loi qui la régit et suivi ses procédures en conséquence. Il a été permis à l'intimé de se faire assister par M. Price, un avocat. Il a eu la permission de contester tout rapport clinique soumis à la Commission par voie d'interrogatoires écrits. Les conclusions de la Commission étaient en accord avec le mandat et les pouvoirs que lui donne la loi.

14 There was no question of constitutionality for the Board to consider. However, the constitutionality of the Board's interpretation of its statute and procedural rulings was the basis of the Judge's decision on the application before him.

14 La Commission n'était saisie d'aucune question relative à la constitutionnalité. Cependant, la constitutionnalité de l'interprétation de son mandat et de ses décisions procédurales par la Commission constituait le fondement de la décision du juge dans le cadre de la demande dont il était saisi.

15 The Court is not precluded from dealing with anticipated breaches of the Charter. In *R. v. Vermette*,<sup>6</sup> La Forest J. found that subsection 24(1) remedies may be available where an applicant can establish the threat of a future violation of a protected right. Given that the relief sought in the case at bar was a declaration,<sup>7</sup> which was granted by the Judge below without mention of the issue of ripeness, I will proceed to address the merits of the appeal.

15 Il n'est pas interdit à la Cour de traiter de violations escomptées de la Charte. Dans l'arrêt *R. c. Vermette*<sup>6</sup>, le juge La Forest a conclu que les recours prévus au paragraphe 24(1) peuvent s'offrir au requérant capable d'établir la menace d'une future violation de l'un de ses droits garantis. Comme la réparation recherchée en l'espèce était un jugement déclaratoire<sup>7</sup>, accordée par le juge de l'instance inférieure sans mention de la question de la maturité, je vais me pencher sur le bien-fondé de l'appel.

16 Section 7 of the Charter provides:

16 L'article 7 de la Charte prévoit ce qui suit:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

17 The initial issue addressed by the Judge was whether the respondent's right to liberty was in issue when he appeared before the Board. With the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Mooring v. Canada (National Parole Board)*<sup>8</sup> it is now settled law that section 7 is engaged in hearings before the National Parole Board. As Sopinka J. states:

17 Le juge s'est tout d'abord penché sur la question de savoir si le droit de l'intimé à la liberté était en cause lorsqu'il s'est présenté devant la Commission. Vu la récente décision de la Cour suprême du Canada dans *Mooring c. Canada (Commission nationale des libérations conditionnelles)*<sup>8</sup>, il est maintenant établi en droit que l'article 7 est en cause dans les audiences devant la Commission nationale des libérations conditionnelles. Comme le dit le juge Sopinka:

As a statutory tribunal, the Board is also subject to the dictates of s. 7 of the *Charter*. In this regard, it must

En tant que tribunal d'origine législative, la Commission est également assujettie aux impératifs de l'art. 7 de la

comply with the principles of fundamental justice in respect of the conduct of its proceedings.<sup>9</sup>

18 The right to liberty is not absolute. Section 7 recognizes the competing social interests involved by ensuring that an individual can be deprived of his or her liberty in accordance with the principles of fundamental justice.<sup>10</sup> The question in the case at bar is whether fundamental justice requires the procedures requested by the respondent. In my opinion it does not.

19 What exactly the “principles of fundamental justice” are has been the subject of much discussion since the advent of the Charter. In the administrative context it has generally been agreed that it encompasses, at a minimum, procedural fairness, although the precise content of “fairness” may vary with the circumstances. The procedures employed by the Board must ensure that the offender is treated fairly. The respondent believes that additional procedures beyond those provided in the CCRA are necessary in order for him to receive a fair hearing. These procedures, an increased role for counsel and the right to cross-examination of witnesses, are concepts identifiable with the adversarial process. While these elements may be integral to ensuring fairness in a criminal proceeding, they are not always required before administrative tribunals:

While the principles of fundamental justice are not limited to procedural justice, it does not follow that a tribunal that applies the rules of fairness and natural justice does not comply with s. 7. If the myriad of statutory tribunals that have traditionally been obliged to accord nothing more than procedural fairness were obliged to comply with the full gamut of principles of fundamental justice, the administrative landscape in the country would undergo a fundamental change.<sup>11</sup>

20 Whether or not an inmate should be granted parole is a decision to be made by the Board in keeping with the provisions of the CCRA. The parole system is unique and separate from the courts and different considerations apply. The importance of the context in which the hearing takes place was

*Charte.* À cet égard, elle doit respecter les principes de justice fondamentale en ce qui concerne la tenue de ses audiences<sup>9</sup>.

Le droit à la liberté n'est pas absolu. L'article 7 reconnaît l'existence d'intérêts sociaux opposés en voyant à ce qu'il puisse être porté atteinte à la liberté d'une personne en conformité avec les principes de justice fondamentale<sup>10</sup>. La question qui se pose en l'espèce est de savoir si la justice fondamentale exige les procédures demandées par l'intimé. Tel n'est pas le cas à mon avis.

Ce en quoi consistent exactement les «principes de justice fondamentale» a fait l'objet de nombreuses discussions depuis l'adoption de la Charte. Dans le contexte administratif, on a généralement convenu que ces principes comprennent au minimum l'équité dans la procédure, bien que le contenu précis de l'«équité» puisse varier selon les circonstances. Les procédures adoptées par la Commission doivent assurer le traitement équitable du contrevenant. L'intimé estime que des procédures supplémentaires en sus de celles prévues par la LSCMLSC sont nécessaires pour lui permettre de faire l'objet d'un procès équitable. Ces procédures, le rôle accru de celui qui assiste et le droit de contre-interroger des témoins, sont des concepts propres au système de type accusatoire. Bien que ces éléments puissent être essentiels pour assurer l'équité dans une procédure pénale, ils ne sont pas toujours requis devant les tribunaux administratifs:

Bien que les principes de justice fondamentale ne se limitent pas à la justice en matière de procédure, il ne s'ensuit pas qu'un tribunal qui applique les règles d'équité et de justice naturelle ne se conforme pas à l'art. 7. Si le grand nombre de tribunaux d'origine législative qui traditionnellement ont été obligés de se conformer à l'équité procédurale, sans plus, étaient tenus de respecter toute la gamme des principes de justice fondamentale, l'aspect général de la justice administrative au pays subirait un changement fondamental<sup>11</sup>.

La question de savoir s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle à un détenu relève de la Commission, décision qu'elle doit prendre conformément aux dispositions de la LSCMLSC. Le régime de libération conditionnelle est unique et distinct des tribunaux judiciaires, et des considérations différen-

emphasized by Sopinka J. in *Mooring*:

It is a basic tenet of our legal system that the rules of natural justice and procedural fairness are adjusted by reference to the context in which they are administered. This is one of the basic tenets of our legal system to which Lamer J. referred in *Re B.C. Motor Vehicle Act* as the source of the principles of fundamental justice. In my opinion, adherence by the Board to the practice and procedures outlined above constitutes full compliance with the principles of fundamental justice and therefore, with s. 7 of the Charter.<sup>12</sup> [Emphasis added.]

21 In addition to the common law rules of natural justice and fairness, the “practice and procedures” referred to and affirmed by Sopinka J. are those established by the CCRA. These include the paragraph 4(g) requirement that correctional decisions be made in a forthright and fair manner, with access by the offender to an effective grievance procedure; the paragraph 101(f) requirement that the conditional release process be fair and understandable; and the paragraph 101(a) requirement that the protection of society be the paramount consideration in the determination of any case before the Board.

22 The Court in *Mooring* also emphasized that Board hearings are different from judicial proceedings. The Parole Board does not act in either a judicial or a quasi-judicial capacity. Its members may have no legal training. Although counsel is present at the hearing, it is an inquisitorial not an adversarial process. The state’s interests are not represented by counsel. The traditional rules of evidence do not apply. The Board does not have the power to issue subpoenas and evidence is not given under oath. The introduction of the adversarial elements the respondent desires do not fit into this model. If the prisoner has the right to cross-examine, the next logical step would be to give the state the right to counsel and to cross-examine witnesses also. The use of cross-examination techniques and enhanced roles for counsel would inevitably lead to an increasingly formal process, one which a “lay bench” would have difficulty presiding over. The Board would have to be given the power to subpoena. On a

tes s’y appliquent. L’importance du contexte dans lequel se situe l’audience a été soulignée par le juge Sopinka dans l’arrêt *Mooring*:

Selon un précepte fondamental de notre système juridique, les règles de la justice naturelle et de l’équité procédurale s’ajustent en fonction du contexte dans lequel elles sont appliquées. Il s’agit là d’un des préceptes fondamentaux de notre système juridique dont le juge Lamer fait mention dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* comme source des principes de justice fondamentale. J’estime que l’adhésion de la Commission à la méthode et aux procédures susmentionnées respecte pleinement les principes de justice fondamentale et, par conséquent, l’art. 7 de la Charte<sup>12</sup>. [Non souligné dans l’original.]

21 En plus des règles de la common law en matière de justice naturelle et d’équité, la «méthode» et les «procédures» mentionnées et affirmées par le juge Sopinka sont celles établies par la LSCMLSC. Elles comprennent notamment l’obligation énoncée à l’alinéa 4g) selon laquelle les décisions en matière correctionnelle doivent être claires et équitables, les délinquants ayant accès à des mécanismes de règlement des griefs; l’obligation énoncée à l’alinéa 101f) d’assurer l’équité et la clarté du processus de libération conditionnelle et, à l’alinéa 101a), la nécessité de protéger la société, critère déterminant du règlement des cas soumis à la Commission.

22 Dans l’arrêt *Mooring*, la Cour a aussi souligné que les audiences de la Commission diffèrent des procédures judiciaires. La Commission des libérations conditionnelles n’agit pas de façon judiciaire ou quasi-judiciaire. Ses membres peuvent n’avoir aucune formation juridique. Bien qu’un avocat soit présent à l’audience, il s’agit d’un processus d’investigation et non d’un processus de type accusatoire. Les intérêts de l’État ne sont pas représentés par un avocat. Les règles traditionnelles de la preuve ne s’appliquent pas. La Commission n’a pas le pouvoir d’assigner des témoins et les dépositions ne sont pas faites sous serment. L’introduction de l’élément accusatoire souhaité par l’intimé ne convient pas à ce modèle. Si le droit de contre-interroger était accordé au prisonnier, l’étape logique suivante serait d’accorder à l’État le droit de recourir aux services d’un avocat et de contre-interroger lui aussi des témoins. Le recours aux techniques du contre-interrogatoire et un rôle plus grand pour les avocats

practical point, the increased cost of requiring the authors of clinical reports to be available for cross-examination would be an enormous strain to introduce on an already cash strapped system. The respondent argues that such requirements would only be granted to offenders serving indeterminate sentences. I have difficulty imagining how such a distinction could be maintained. If the right to cross-examine and the power of subpoena is made available to one category of offender, it would inevitably have to be granted to all.

mèneraient inévitablement à un processus de plus en plus formel, qu'une [TRADUCTION] «formation de non juristes» aurait de la difficulté à diriger. Il faudrait accorder à la Commission le pouvoir d'assigner des témoins. D'un point de vue pratique, le coût accru d'exiger la disponibilité des auteurs de rapports cliniques à des fins de contre-interrogatoire imposerait un énorme fardeau à un système déjà à court de fonds. L'intimé soutient que ces exigences ne s'appliqueraient qu'en faveur des contrevenants qui purgent des peines d'emprisonnement d'une durée indéterminée. J'ai peine à imaginer comment on pourrait maintenir une telle distinction. Si le droit de contre-interroger et le pouvoir d'assigner des témoins sont offerts à une catégorie de contrevenants, inévitablement, ils devraient être mis à la portée de tous.

23 I do not agree with the respondent's contention that the Board's procedural rulings fail to address the differences associated with serving an indeterminate sentence. The respondent relies extensively on the following *obiter* statements of La Forest J. in *Lyons*:

23 Je ne souscris pas à la prétention de l'intimé que les décisions procédurales de la Commission ne tiennent pas compte des distinctions associées au fait de purger une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée. L'intimé s'appuie abondamment sur les remarques incidentes du juge La Forest dans l'arrêt *Lyons*:

Furthermore, it is clear from my earlier comments that the fairness of the process by which the deprivation of liberty is occasioned cannot, in the case of a dangerous offender, be considered in isolation from the process by which that deprivation of liberty is reviewed. Given the severity of the impact of such review on a dangerous offender's liberty interests, at least as opposed to those of an "ordinary" offender, it seems to me that considerations of fundamental justice might require correspondingly enhanced procedural protections at such a review. In this regard, I note that the Ouimet Commission recommended that dangerous offenders be given a right to judicial review of their status every three years, with the court having the power to release the offender (*Report of the Canadian Committee on Corrections* (1969), at pp. 262-63). I agree that this would afford the convict greater safeguards, but I do not view it to be constitutionally required. Indeed, as was pointed out by the court in both *Moore* [(1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (Ont. H.C.)] and *Langevin* [(1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (Ont. C.A.)], . . . the Parole Board is supposedly more expert in determining whether release is warranted, and its decisions are subject to judicial review, including review on *Charter* grounds. However, the fairness of certain procedural aspects of a parole hearing may well be the subject of constitutional challenge, at least when the review is of the

Il se dégage d'ailleurs de ce que j'ai déjà dit que le caractère équitable du processus entraînant la privation de liberté ne saurait, dans le cas d'un délinquant dangereux, être considéré indépendamment du processus de révision de cette privation de liberté. Étant donné la gravité des effets d'une telle révision sur les intérêts qu'a un délinquant dangereux en matière de liberté, du moins par rapport à ses effets sur les mêmes intérêts qu'a un délinquant «ordinaire», il me semble que la justice fondamentale pourrait exiger que cette révision comporte des garanties en matière de procédure qui soient améliorées en conséquence. À ce propos, je fais remarquer que le Comité Ouimet a recommandé que les délinquants dangereux aient droit à un examen judiciaire de leur situation tous les trois ans et que le tribunal qui procède à cet examen soit investi du pouvoir de les relâcher (*Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle* (1969), à la p. 280). Je conviens qu'on assurerait ainsi aux détenus de meilleures garanties, mais je ne crois pas que cela s'impose sur le plan constitutionnel. De fait, comme la cour l'a souligné dans les décisions *Moore* [(1984), 10 C.C.C. (3d) 306 (H.C. Ont.)] et *Langevin* [(1984), 11 C.C.C. (3d) 336 (C.A. Ont.)], précitées, la Commission des libérations conditionnelles est en principe plus compétente pour déterminer si la mise en liberté est justifiée et ses décisions sont assujetties à un contrôle judiciaire fondé

continued incarceration of a dangerous offender. The fairness of the review procedure, however, is not an issue in the present case.<sup>13</sup>

notamment sur la *Charte*. Toutefois, le caractère équitable de certains aspects de la procédure d'une audience visant à déterminer s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle peut très bien faire l'objet d'une contestation fondée sur la Constitution, du moins lorsque l'examen porte sur la prolongation de l'emprisonnement d'un délinquant dangereux. Le caractère équitable de la procédure de révision n'est cependant pas en litige en l'espèce<sup>13</sup>.

24 I am unable to read as much into these statements as counsel for the respondent advocates. La Forest J. suggests that "enhanced procedural protections" might be required, and speculates that the fairness of "certain procedural aspects" of review hearings for dangerous offenders may be the subject of a future constitutional challenge. He does not identify either the "procedural aspects" referred to, nor does he suggest what "enhanced procedural protections" might be required.

24 Je suis incapable de voir autant dans ces propos que ne le voudrait l'avocat de l'intimé. Le juge La Forest laisse à entendre que des «garanties en matière de procédure» pourraient devoir être améliorées, et il exprime l'hypothèse que le caractère équitable de «certains aspects de la procédure» d'une audience visant à déterminer s'il y a lieu d'accorder la libération conditionnelle aux délinquants dangereux puisse très bien faire l'objet d'une contestation future fondée sur la Constitution. Il ne précise ni les «aspects de la procédure» auxquels il fait allusion, ni ne laisse à entendre quelles «garanties améliorées en matière de procédure» pourraient être requises.

25 One would assume that Parliament realized that Parole Board hearings have an increased significance for those serving indeterminate sentences. Subsection 761(1) of the *Criminal Code* stipulates that the respondent's "condition, history and circumstances" are to be reviewed every two years by the Board. The section does not provide for a new trial or some form of judicial review every two years. The composition and mandate of the Board reflect its primary purpose, the protection of society. Absent a decision by Parliament that a dangerous offender should be reevaluated by a trial judge in a judicial proceeding, I am not prepared to create a hybrid process to meet the respondent's perceived needs.

25 On peut présumer que le législateur s'est rendu compte que les audiences de la Commission des libérations conditionnelles ont une importance accrue pour ceux qui purgent des peines d'emprisonnement d'une durée indéterminée. Le paragraphe 761(1) du *Code criminel* stipule que la Commission doit examiner tous les deux ans «les antécédents et la situation» de l'intimé. L'article ne prévoit pas un nouveau procès ni une forme de contrôle judiciaire tous les deux ans. La composition et le mandat de la Commission reflètent sa fin première, soit la protection de la société. En l'absence d'une décision du législateur voulant qu'un délinquant dangereux soit évalué de nouveau par un juge de première instance dans le cadre d'une procédure judiciaire, je ne suis pas disposé à créer un processus hybride pour répondre à ce que l'intimé perçoit être ses besoins.

26 The procedures advocated by the Board allow the respondent to make his argument for parole fully and are in keeping with the rules of fairness. Indeed the procedures requested by the respondent would do little in my opinion to enhance the procedural fairness of his parole hearing. He is entitled to the help of an assistant during the review process. The reports concerning the respondent were provided

26 Les procédures préconisées par la Commission permettent à l'intimé de faire pleinement valoir ses arguments en faveur d'une libération conditionnelle et elles sont conformes aux règles d'équité. En fait, j'estime que les procédures exigées par l'intimé serviraient peu à améliorer l'équité procédurale de l'audition de sa libération conditionnelle. Il a droit d'être assisté au cours du processus d'examen. Les

ahead of time and he was given ample opportunity to submit a written response. Given that the respondent had an ample opportunity to challenge these reports, cross-examination of the authors was not necessary to ensure fairness.<sup>14</sup>

rapports visant l'intimé ont été fournis à l'avance et il a eu l'ample possibilité de soumettre une réponse écrite. Étant donné que l'intimé a eu abondamment le temps de contester ces rapports, le contre-interrogatoire des auteurs n'était pas nécessaire pour assurer l'équité<sup>14</sup>.

27 The Boards' procedural rulings sufficiently address the dual requirements of ensuring that society is protected and the respondent has a fair hearing. The respondent must be reminded that his freedom is not the paramount issue before the Board. The Board must first and foremost protect the Canadian public. Dangerous offenders are not so designated lightly. The proceedings under which the respondent was declared a dangerous offender and sentenced to an indeterminate period of incarceration are among the most serious undertaken in Canadian court rooms. The respondent was found to be a great danger to Canadian society, so much so that his indeterminate incarceration was felt to be necessary. As such, all Canadians have a vital stake in ensuring that the Board comes to a fully informed and appropriate decision. It is in the best interests of all concerned that the procedure be fair, and in my opinion the administrative process currently in place meets that requirement. The introduction of piecemeal elements of the adversarial system would do little to increase the fairness of the respondent's hearing, but much to damage the fundamental nature of Board hearings. Accordingly, I find that the Board's refusal to grant the enhanced procedures requested by the respondent did not violate his right to liberty under section 7 of the Charter.

Les décisions procédurales de la Commission 27 tiennent suffisamment compte de la double obligation d'assurer la sécurité de la société et l'équité de l'audience de l'intimé. On doit rappeler à l'intimé que sa liberté n'est pas la principale question dont est saisie la Commission. Celle-ci doit d'abord et avant tout protéger le public canadien. Les délinquants dangereux ne sont pas désignés tels à la légère. Les procédures en vertu desquelles l'intimé a été déclaré délinquant dangereux et condamné à une peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée comptent parmi les plus sérieuses qui se déroulent dans les salles d'audience canadiennes. On a conclu que l'intimé constituait un grave danger pour la société, à tel point que sa peine d'emprisonnement d'une durée indéterminée a été jugée nécessaire. Tous les Canadiens ont un intérêt vital à s'assurer que la Commission rende des décisions pleinement informées et appropriées. Il est dans l'intérêt de tous les intéressés que la procédure adoptée soit équitable et, à mon sens, le processus administratif actuellement en place répond à cette exigence. L'introduction de divers éléments de la procédure de type accusatoire aiderait peu à accroître l'équité de l'audition de l'intimé, mais par contre cela causerait un grand tort à la nature fondamentale des audiences de la Commission. Conséquemment, je conclus que le refus de la Commission d'accueillir la demande de l'intimé d'obtenir des procédures améliorées ne viole pas son droit à la liberté prévu à l'article 7 de la Charte.

28 Although it was no longer an issue before us, I agree with the Judge's finding that paragraph 101(b) of the CCRA requires the Board to hear all relevant evidence. This is in keeping with the decision of the Supreme Court of Canada in *Mooring*.

Bien que cela ne constitue plus une question litigieuse en l'espèce, je suis d'accord avec la conclusion du juge que l'alinéa 101b) de la LSCMLSC exige que la Commission tienne compte de toute l'information pertinente. Ceci est conforme avec la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Mooring*. 28

29 Given my conclusions concerning the Charter issues, I do not believe it necessary to deal with the third issue raised by the appellants (see page 122 of these reasons).

30 The appeal is allowed.

31 STRAYER J.A.: I concur.

32 MACGUIGAN J.A.: I concur.

Étant donné mes conclusions à l'égard des questions visant la Charte, je ne crois pas nécessaire de traiter du troisième point soulevé par les appelants (voir page 122 de mes motifs).

L'appel est accueilli.

LE JUGE STRAYER, J.C.A.: Je souscris à ces motifs:

LE JUGE MACGUIGAN, J.C.A.: Je souscris à ces motifs.

<sup>1</sup> 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].

<sup>2</sup> R.S.C. 1970, c. C-34.

<sup>3</sup> R.S.C., 1985, c. C-46 (as am. by S.C. 1992, c. 20, s. 215).

<sup>4</sup> [1987] 2 S.C.R. 309.

<sup>5</sup> S.C. 1992, c. 20.

<sup>6</sup> [1988] 1 S.C.R. 985.

<sup>7</sup> See *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821.

<sup>8</sup> [1996] 1 S.C.R. 75. It should be noted that *Mooring* was delivered after the decision of the Judge in this case.

<sup>9</sup> *Ibid.*, at p. 97.

<sup>10</sup> As stated by McLachlin J. in *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pp. 151-152:

The principles of fundamental justice are concerned not only with the interest of the person who claims his liberty has been limited, but also with the protection of society. Fundamental justice requires that a fair balance be struck between these interests, both substantively and procedurally. . . .

<sup>11</sup> *Supra*, note 8, at pp. 97-98.

<sup>12</sup> *Supra*, note 8, at p. 98.

<sup>13</sup> *Supra*, note 4, at pp. 362-363.

<sup>14</sup> See *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; and *County of Strathcona No. 20 and Chemcell Ltd. v. Maclab Enterprises Ltd., Provincial Planning Board and City of Edmonton*, [1971] 3 W.W.R. 461 (Alta. C.A.).

<sup>1</sup> 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].

<sup>2</sup> S.R.C. 1970, ch. C-34.

<sup>3</sup> L.R.C. (1985), ch. C-46 (mod. par L.C. 1992, ch. 20, art. 215).

<sup>4</sup> [1987] 2 R.C.S. 309.

<sup>5</sup> L.C. 1992, ch. 20.

<sup>6</sup> [1988] 1 R.C.S. 985.

<sup>7</sup> Voir l'arrêt *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821.

<sup>8</sup> [1996] 1 R.C.S. 75. Notons que l'arrêt *Mooring* a été rendu après la décision du juge en l'espèce.

<sup>9</sup> *Ibid.*, à la p. 97.

<sup>10</sup> Comme l'a dit le juge McLachlin dans l'arrêt *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, aux p. 151 et 152:

Ces principes touchent non seulement au droit de la personne qui soutient que sa liberté a été limitée, mais également à la protection de la société. La justice fondamentale exige un juste équilibre entre ces droits, tant du point de vue du fond et que de celui de la forme . . .

<sup>11</sup> Précité, note 8, aux p. 97 et 98.

<sup>12</sup> Précité, note 8, à la p. 98.

<sup>13</sup> Précité, note 4, aux p. 362 et 363.

<sup>14</sup> Voir l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; et *County of Strathcona No. 20 and Chemcell Ltd. v. Maclab Enterprises Ltd., Provincial Planning Board and City of Edmonton*, [1971] 3 W.W.R. 461 (C.A. Alb.).

T-2294-89

**Olympia Janitorial Supplies (136971 Canada Ltd.) (Plaintiff)**

v.

**Her Majesty the Queen in Right of Canada as represented by the Minister of Public Works (Defendant)**

**INDEXED AS: OLYMPIA JANITORIAL SUPPLIES v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS) (T.D.)**

Trial Division, Wetston J.—Ottawa, May 27, 28 and July 24, 1996.

*Crown — Torts — Pure economic loss — Third-party goods supplier seeking recovery against Crown for pure economic loss argues to have been suffered due to Crown's negligence when failed to take into account plaintiff's interests before paying contractor money owing under building maintenance contract as contractor had no capacity to satisfy any judgment — Insufficient proximity necessary to support duty of care — Loss not reasonably foreseeable — Risk of liability in indeterminate amount — Case not one in which new category of claim for pure economic loss should arise — Damage to plaintiff did not flow from conduct of defendant.*

*Torts — Negligence — Pure economic loss — Third-party goods supplier seeking recovery against Crown for pure economic loss argued as having been suffered due to Crown's negligence when failed to take into account plaintiff's interests before paying contractor money owing under building maintenance contract as contractor had no capacity to satisfy any judgment — Insufficient proximity necessary to support duty of care — Loss not reasonably foreseeable — Risk of liability in indeterminate amount — Case not one in which new category of claim for pure economic loss should arise — Damage to plaintiff did not flow from conduct of defendant.*

The plaintiff supplied cleaning equipment and materials to J.N.M. Maintenance Limited (JNM) which provided

T-2294-89

**Olympia Janitorial Supplies (136971 Canada Ltd.) (demanderesse)**

c.

**Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, représentée par le Ministre des Travaux publics (défenderesse)**

**RÉPERTORIÉ: OLYMPIA JANITORIAL SUPPLIES c. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS) (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Wetston—Ottawa, 27 et 28 mai et 24 juillet 1996.

*Couronne — Responsabilité délictuelle — Perte purement économique — Demande d'un tiers fournisseur de biens en vue d'être indemnisé par l'État d'une perte purement économique imputable à la négligence dont ce dernier avait fait preuve en omettant de tenir compte des intérêts de la demanderesse avant de payer à un entrepreneur une somme d'argent exigible en vertu d'un contrat d'entretien d'immeubles, car l'entrepreneur n'était pas en mesure de payer une somme due en vertu d'un jugement — Le lien étroit nécessaire était insuffisant pour satisfaire à l'obligation de diligence — La perte n'était pas raisonnablement prévisible — Le risque de responsabilité était d'un montant indéterminé — Il ne s'agissait pas d'une affaire qui devait donner lieu à une nouvelle catégorie de réclamation pour perte purement économique — Le dommage subi par la demanderesse ne résultait pas de la conduite du défendeur.*

*Responsabilité délictuelle — Négligences — Perte purement économique — Demande d'un tiers fournisseur de biens en vue d'être indemnisé par l'État d'une perte purement économique imputable à la négligence dont ce dernier avait fait preuve en omettant de tenir compte des intérêts de la demanderesse avant de payer à un entrepreneur une somme d'argent exigible en vertu d'un contrat d'entretien d'immeubles, car l'entrepreneur n'était pas en mesure de payer une somme due en vertu d'un jugement — Le lien étroit nécessaire était insuffisant pour satisfaire à l'obligation de diligence — La perte n'était pas raisonnablement prévisible — Le risque de responsabilité était d'un montant indéterminé — Il ne s'agissait pas d'une affaire qui devait donner lieu à une nouvelle catégorie de réclamation pour perte purement économique — Le dommage subi par la demanderesse ne résultait pas de la conduite du défendeur.*

La demanderesse fournissait du matériel et de l'équipement de nettoyage à J.N.M. Maintenance Limited (JNM),

maintenance services to certain federal government buildings pursuant to contracts (valued at approximately \$2 million) with the Department of Public Works (DPW). The plaintiff was not a party to any of the contracts between JNM and DPW. As a result of performance and financial problems, JNM was sold to another company and JNM's cleaning and maintenance contracts were assigned to the new company. DPW consented to the assignment.

The plaintiff claimed entitlement to JNM's security deposits with DPW. The plaintiff requested that DPW withhold the funds that it intended to pay to JNM under the cleaning and maintenance contracts, to give it the opportunity to obtain a favourable judgment against JNM, and then execute the judgment by securing the withheld funds. DPW nevertheless made the final payment, in the amount of \$73,733.56, for services rendered. A clause of the contract (26.3) provided that the contractor would not be entitled to progress payments until it had provided a statutory declaration testifying as to the payment for labour, material, tools and equipment supplied under the contract. The plaintiff concluded that this was intended to protect third-party suppliers such as Olympia.

The plaintiff sought recovery for pure economic loss suffered as a result of the alleged tortious acts of the defendant, asserting that the defendant was negligent when it failed to take into account the plaintiff's interests before it paid out money owing under the building maintenance contract.

*Held*, the action should be dismissed.

To succeed with a negligence claim, the plaintiff must establish: (1) that the plaintiff was owed a duty of care by the defendant; (2) that the defendant should have observed a particular standard of care in order to perform or fulfil that duty; (3) that the defendant breached his duty of care by failing to fulfil or observe the relevant standard of care; (4) that this breach of duty caused damage or loss to the plaintiff; and (5) that such damage was not too remote a consequence of the breach.

It was established in *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, that liability for economic loss will not be imposed in tort cases if there is no connection, or proximity, between the defendant's negligent conduct and the plaintiff's loss, as well as a reasonable foreseeability that the plaintiff would suffer harm as a result of the acts or omissions of the defendant.

qui assurait l'entretien de certains immeubles du gouvernement fédéral dans le cadre de divers contrats (d'une valeur de 2 millions de dollars environ) conclus avec le ministère des Travaux publics (TPC). La demanderesse n'était partie à aucun des contrats conclus entre JNM et TPC. À cause de problèmes financiers et de rendement, JNM a été vendue à une autre société, à laquelle ont été cédés ses contrats de nettoyage et d'entretien. TPC a approuvé la cession.

La demanderesse a revendiqué un droit sur les dépôts de garantie que JNM avait fournis à TPC. Elle a demandé que TPC retienne les fonds qu'il entendait verser à JNM dans le cadre des contrats de nettoyage et d'entretien, afin de lui donner l'occasion d'obtenir un jugement favorable contre JNM et, ensuite, d'exécuter ce jugement en obtenant les fonds retenus. TPC a toutefois effectué le dernier paiement, d'un montant de 73 733,56 \$, pour services fournis. Selon une clause du contrat (26.3), l'entrepreneur n'avait droit à des paiements progressifs qu'après avoir fourni une déclaration statutaire attestant le paiement des frais relatifs à la main-d'œuvre, aux matériaux, aux outils et au matériel fournis en vertu du contrat. La demanderesse a conclu que cette clause avait pour objet de protéger les tiers fournisseurs tels qu'Olympia.

La demanderesse désirait être indemnisée d'une perte purement économique imputable aux présumés actes délictuels de la défenderesse, soutenant que cette dernière avait fait preuve de négligence en omettant de tenir compte des intérêts de la demanderesse avant de verser une somme d'argent exigible en vertu du contrat d'entretien d'immeubles.

*Jugement*: l'action doit être rejetée.

Pour obtenir gain de cause dans une action pour négligence, la partie demanderesse doit établir que: (1) la partie défenderesse avait à son endroit une obligation de diligence; (2) la partie défenderesse aurait dû observer une norme de diligence particulière dans le but d'exécuter cette obligation; (3) la partie défenderesse a violé son obligation de diligence en négligeant de respecter la norme de diligence pertinente; (4) cette violation a causé un dommage ou une perte à la partie demanderesse; (5) le dommage en question n'était pas une conséquence trop éloignée de la violation.

Il est établi dans l'arrêt *Cie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, que la responsabilité d'une perte économique n'est pas imposée dans les affaires de nature délictuelle s'il n'existe aucun lien — ou proximité — entre le comportement négligent du défendeur et la perte subie par le demandeur, et qu'une prévisibilité raisonnable que le demandeur subira un préjudice du fait des actes ou des omissions du défendeur.

An examination of the requirements of the Ontario *Construction Lien Act* (CLA), and other similar legislation, as well as the common law relating to legal and equitable liens lead to the conclusion that no lien was available to the plaintiff for supplying materials to JNM under the maintenance contracts. No liens were available under these circumstances, whether the property in question was owned by the Crown or a private party. Accordingly, clause 26.3 was not included in the contracts for the specific purpose of protecting subcontractors who would be unable to obtain a lien against the property. There was therefore insufficient proximity to give rise to a duty of care or vicarious liability under the *Crown Liability and Proceedings Act*. Furthermore, while the defendant was aware of the plaintiff's claims, the communications between the parties did not result in such a proximate relationship that the defendant became subject to a duty to take into account the plaintiff's interests when administering the contracts with JNM.

Although there was insufficient evidence to establish the proximity which was necessary to support a finding that a duty of care existed, the question of whether the alleged harm was reasonably foreseeable was nevertheless considered.

It is the postulate of a duty of care that it arises out of circumstances of reasonably foreseeable harm avoidable by reasonable care. In the instant case, the uncertain nature of the foreseeable loss, if any, that might have been suffered by the plaintiff as a result of the defendant's failure to take certain steps was insufficient to satisfy the requirement of reasonably foreseeable harm in this action. It was not reasonably foreseeable that the defendant's conduct could cause the plaintiff to suffer a loss above and beyond the financial loss sustained as a result of non-payment by JNM.

In the absence of the requisite elements of proximity and foreseeable loss, the defendant was under no duty, when completing the contracts with JNM, to take into account the plaintiff's interests.

Nevertheless, the issue of whether, as a matter of policy, the plaintiff should be denied a right to recover from the defendant in the present case was determined.

For practical, policy reasons, limits are needed to prevent "liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class". In this case, what was lost was an opportunity, rather than a sum of money. The plaintiff has not suffered harm to person or property,

Il ressort d'un examen des exigences de la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction* (LPIC) de l'Ontario et d'autres lois similaires, ainsi que des éléments de la common law qui se rapportent aux privilèges juridiques et en *equity*, que la demanderesse ne disposait d'aucun privilège à l'égard de la fourniture de matériaux à JNM dans le cadre des contrats d'entretien conclus. Aucun privilège n'était disponible dans ces circonstances, que les biens en question fussent la propriété de l'État ou d'une partie privée. Par conséquent, la clause 26.3 n'a pas été incluse dans les contrats dans le but précis de protéger les sous-traitants qui se trouveraient dans l'impossibilité d'obtenir un privilège contre les biens en question. Il n'y avait donc pas un lien suffisamment étroit pour donner lieu à une obligation de diligence ou une responsabilité du fait d'autrui en vertu de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. Qui plus est, la défenderesse était au courant des revendications de la demanderesse, mais les communications entre les deux n'ont pas donné lieu à un lien suffisamment étroit pour que la défenderesse se trouve obligée de tenir compte des intérêts de la demanderesse en administrant les contrats conclus avec JNM.

Malgré l'insuffisance des preuves permettant d'établir le lien étroit qui était exigé pour étayer la conclusion qu'il existait une obligation de diligence, la question de savoir si le préjudice allégué était raisonnablement prévisible a quand même été examinée.

Une obligation de diligence repose sur le postulat que celle-ci résulte de circonstances où l'exercice d'une diligence raisonnable permet d'éviter un préjudice raisonnablement prévisible. En l'espèce, l'incertitude de la perte prévisible, si perte il y avait, que la demanderesse aurait pu subir par suite du défaut de la défenderesse de prendre certaines mesures n'était pas suffisante pour satisfaire à l'exigence d'un préjudice raisonnablement prévisible. Il n'était pas raisonnablement prévisible que la conduite de la défenderesse amène la demanderesse à encourir une perte supérieure à la perte pécuniaire subie par suite du défaut de paiement de JNM.

En l'absence des deux éléments requis — lien étroit et perte prévisible — la défenderesse ne se trouvait pas dans l'obligation de tenir compte des intérêts de la demanderesse au moment d'exécuter les contrats conclus avec JNM.

Néanmoins, la question de savoir si, par principe, la demanderesse devrait se voir privée du droit d'être indemnisée par la défenderesse en l'espèce a été tranchée.

Pour des raisons pratiques générales, il est nécessaire de fixer des limites afin d'éviter «une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée». En l'espèce, ce qui a été manqué était une occasion, plutôt qu'une somme d'argent.

nor was its loss consequent upon such physical harm; furthermore, damage to person or property did not appear imminent as a result of the actions of the defendant. In addition, there was no issue of negligent misrepresentation. The plaintiff did not suffer a pecuniary loss, as between himself and the defendant, but an opportunity foregone. The defendant should not be held liable for a type of loss that cannot be characterized and quantified with any degree of certainty. The plaintiff's case did not merit an expansion of the categories of recoverable economic loss.

Where a new category of claim for pure economic loss arises, the Court should consider the matter from the doctrinal point of view of duty and proximity, and from the pragmatic perspective of the purposes served and the dangers associated with the extension sought.

While the defendant could have paid into court the money owing to JNM, it was not established that damage or harm to the plaintiff flowed from the conduct of the defendant. Although the plaintiff suffered a loss, this clearly resulted from the actions of JNM. The defendant's acts or omissions have not caused the plaintiff to lose money, or to suffer any type of pecuniary loss. On balance, the plaintiff's lost opportunity to obtain a judgment for the monies was insufficient to support the element of causation.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Construction Lien Act*, R.S.O. 1990, c. C.30, ss. 1(1) "improvement", 14.

*Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), ss. 3(a), 10.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; (1992), 91 D.L.R. (4th) 289; 11 C.C.L.T. (2d) 1; 137 N.R. 241; *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241; (1951), 66 C.R.T.C. 316; 26 M.P.R. 389 (N.S.S.C.); *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931).

La demanderesse n'a pas subi de préjudice envers une personne ou un bien, pas plus que sa perte n'était consécutive à un tel préjudice physique; par ailleurs, il ne semblait pas que les agissements de la défenderesse causeraient un dommage imminent à une personne ou un bien. En outre, il n'était pas question d'une déclaration inexacte faite avec négligence. La demanderesse n'avait pas subi une perte pécuniaire, entre elle et la défenderesse; elle avait plutôt manqué une occasion. La défenderesse ne devrait pas être tenue responsable d'une sorte de perte qu'il est impossible de qualifier et de quantifier avec quelque certitude que ce soit. La cause de la demanderesse ne justifiait pas une extension des catégories de perte économique indemnisable.

Lorsque survient une nouvelle catégorie d'action pour perte purement économique, la Cour devrait examiner la question du point de vue doctrinal de l'obligation et de l'étroitesse du lien, ainsi que du point de vue pratique des objets poursuivis et des dangers liés à l'extension de l'indemnisation recherchée.

La défenderesse aurait pu payer en cour les fonds dus à JNM, mais il n'a pas été établi que le préjudice subi par la demanderesse était attribuable à la conduite de la défenderesse. La demanderesse a bel et bien subi une perte, mais celle-ci résultait clairement des actes de JNM. Les actes ou omissions de la défenderesse n'ont pas causé à la demanderesse une perte d'argent, ou un type quelconque de perte pécuniaire. Tout compte fait, l'occasion qu'a manquée la demanderesse d'obtenir un jugement à l'égard des fonds exigibles est insuffisante pour étayer l'élément de causalité.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), art. 3a), 10.

*Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction*, L.R.O. 1990, ch. C.30, art. 1(1) «améliorations», 14.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.); *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.); *Cie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; (1992), 91 D.L.R. (4th) 289; 11 C.C.L.T. (2d) 1; 137 N.R. 241; *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241; (1951), 66 C.R.T.C. 316; 26 M.P.R. 389 (C.S.N.-É.); *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931).

## DISTINGUISHED:

*Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206; (1993), 107 D.L.R. (4th) 169; 32 B.C.A.C. 221; 83 B.C.L.R. (2d) 145; 157 N.R. 241; 53 W.A.C. 221; *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 CLLC 14,019; 147 N.R. 169; 60 O.A.C. 1; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; (1995), 121 D.L.R. (4th) 193; [1995] 3 W.W.R. 85; 23 C.C.L.T. (2d) 1; 18 C.L.R. (2d) 1; 100 Man. R. (2d) 241; 176 N.R. 321; 43 R.P.R. (2d) 1; 91 W.A.C. 241; *Caparo Industries plc v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.); *Qit Fer Et Titane Inc. v. Upper Lakes Shipping Ltd.* (1994), 21 C.L.R. (2d) 122 (Ont. C.A.); *Kloeck v. Battenfelder* (1985), 64 A.R. 98; [1986] 1 W.W.R. 641; 41 Alta. L.R. (2d) 85 (Q.B.); *Union Construction et al., Re* (1980), 42 N.S.R. (2d) 622; 111 D.L.R. (3d) 728; 77 A.P.R. 622 (S.C.A.C.).

## CONSIDERED:

*Olympia Janitorial Supplies v. Canada (Minister of Public Works)*, [1991] 3 F.C. 374; (1991), 47 F.T.R. 163 (T.D.).

## AUTHORS CITED

Bernstein, R. *Economic Loss*. London: Longman, 1993.  
 Feldthusen, Bruce. "Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow" (1991), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.  
 Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, Vol. 1. Toronto: Carswell, 1989.  
 Linden, A. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.  
 Lordon, P. *Crown Law*. Toronto: Butterworths, 1991.  
 "Mechanics' and Construction Liens" 20 *C.E.D.* (Ont. 3rd) Title 91.

ACTION by which plaintiff, supplier of materials, sought to recover from the Crown for pure economic loss argued as having been suffered due to the Crown's negligence in failing to take into account the plaintiff's interests prior to paying out money owing to plaintiff's debtor, a maintenance contractor, under a building maintenance contract. Action dismissed.

## COUNSEL:

*Justin R. Fogarty* for plaintiff.  
*Ian M. Donahoe* for defendant.

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206; (1993), 107 D.L.R. (4th) 169; 32 B.C.A.C. 221; 83 B.C.L.R. (2d) 145; 157 N.R. 241; 53 W.A.C. 221; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; (1993), 99 D.L.R. (4th) 626; 45 C.C.E.L. 153; 14 C.C.L.T. (2d) 113; 93 CLLC 14,019; 147 N.R. 169; 60 O.A.C. 1; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; (1995), 121 D.L.R. (4th) 193; [1995] 3 W.W.R. 85; 23 C.C.L.T. (2d) 1; 18 C.L.R. (2d) 1; 100 Man. R. (2d) 241; 176 N.R. 321; 43 R.P.R. (2d) 1; 91 W.A.C. 241; *Caparo Industries plc v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.); *Qit Fer Et Titane Inc. v. Upper Lakes Shipping Ltd.* (1994), 21 C.L.R. (2d) 122 (C.A. Ont.); *Kloeck v. Battenfelder* (1985), 64 A.R. 98; [1986] 1 W.W.R. 641; 41 Alta. L.R. (2d) 85 (B.R.); *Union Construction et al., Re* (1980), 42 N.S.R. (2d) 622; 111 D.L.R. (3d) 728; 77 A.P.R. 622 (C.S.D.A.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Olympia Janitorial Supplies c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1991] 3 C.F. 374; (1991), 47 F.T.R. 163 (1<sup>re</sup> inst.).

## DOCTRINE

Bernstein, R. *Economic Loss*. London: Longman, 1993.  
 Feldthusen, Bruce. «Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1991), 17 *Can. Bus. L.J.* 356.  
 Fridman, G. H. L. *The Law of Torts in Canada*, Vol. 1. Toronto: Carswell, 1989.  
 Linden, A. *Canadian Tort Law*, 5th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.  
 Lordon, P. *Crown Law*. Toronto: Butterworths, 1991.  
 «Mechanics' and Construction Liens» 20 *C.E.D.* (Ont. 3rd) Title 91.

ACTION par laquelle la demanderesse, un fournisseur de matériaux, cherchait à être indemnisée par l'État d'une perte purement économique qu'elle disait imputable à la négligence avec laquelle l'État avait omis de tenir compte des intérêts de la demanderesse avant de payer une somme d'argent à la débitrice de cette dernière, un entrepreneur en services d'entretien, dans le cadre d'un contrat d'entretien d'immeubles. Action rejetée.

## AVOCATS:

*Justin R. Fogarty*, pour la demanderesse.  
*Ian M. Donahoe*, pour la défenderesse.

## SOLICITORS:

*Beament Green Dust*, Ottawa, for plaintiff.

*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

- 1 WETSTON J.: The plaintiff, Olympia Janitorial Supplies (Olympia), seeks recovery for pure economic loss suffered as a result of the alleged tortious acts of the defendant. The plaintiff asserts that the defendant was negligent when it failed to take into account the plaintiff's interests before it paid out money owing under a building maintenance contract.

FACTS

- 2 In 1987, the plaintiff began supplying cleaning equipment and materials to J.N.M. Maintenance Limited (JNM), which provided maintenance services to certain federal government buildings. In 1987 and thereafter, JNM contracted with the Department of Public Works (DPW) to clean and maintain a number of government buildings. By March 1989, there were fourteen such contracts, valued at approximately \$2 million, in total. At this time, JNM accounted for about 20% of the plaintiff's business. The plaintiff was not a party to any of the contracts between JNM and DPW.

- 3 Initially, JNM met its contractual obligations to the plaintiff; however, by June 30, 1989, JNM had incurred an account balance of \$117,946.10. According to Mr. George Petrakos, who testified on behalf of Olympia, the plaintiff did not immediately act on the outstanding payments because payment delays under maintenance contracts are not uncommon. Furthermore, JNM was expanding, and the plaintiff did not wish to place any undue pressure on the growing company. In addition, unbeknownst to the plaintiff at this time, JNM had some performance

## PROCUREURS:

*Beament Green Dust*, Ottawa, pour la demanderesse.

*Le sous-procureur général du Canada*, pour la défenderesse.

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

- 1 LE JUGE WETSTON: La demanderesse, Olympia Janitorial Supplies (Olympia), désire être indemnisée d'une perte purement économique imputable aux présumés actes délictueux de la défenderesse. La demanderesse soutient qu'en négligeant de tenir compte de ses intérêts avant de payer une somme d'argent exigible en vertu d'un contrat d'entretien d'immeubles, la défenderesse a fait preuve de négligence.

LES FAITS

- 2 En 1987, la demanderesse a commencé à fournir du matériel et de l'équipement de nettoyage à J.N.M. Maintenance Limited (JNM), qui assurait l'entretien de certains immeubles du gouvernement fédéral. En 1987 et par la suite, JNM a conclu avec le ministère des Travaux publics (TPC) des contrats de nettoyage et d'entretien d'un certain nombre d'immeubles publics. En mars 1989, quatorze de ces contrats, d'une valeur globale de 2 millions de dollars environ, avaient été signés. À cette époque, JNM représentait à peu près 20 p. 100 du chiffre d'affaires de la demanderesse. Cette dernière n'était partie à aucun des contrats conclus entre JNM et TPC.

- 3 Au début, JNM s'est acquittée de ses obligations contractuelles envers la demanderesse; toutefois, le 30 juin 1989, JNM s'est trouvée aux prises avec un solde de compte de 117 946,10 \$. Selon M. George Petrakos, qui a témoigné pour le compte d'Olympia, la demanderesse n'a pas pris de mesure immédiate au sujet des paiements en souffrance parce qu'il n'est pas rare qu'il survienne des retards de paiement dans le cadre de contrats d'entretien. Par ailleurs, JNM était en expansion, et la demanderesse ne voulait pas exercer de pressions excessives sur cette

problems with regard to its contracts with DPW. In fact, it now appears that DPW had reduced some of its payments to JNM due to non-performance.

4 At the end of June 1989, Mr. Petrakos contacted JNM regarding the outstanding payments. He then received three post-dated cheques, dated July 6, July 28 and August 6, 1989. The cheques were dishonoured, however, due to insufficient funds. In early July 1989, Mr. Petrakos heard rumours that JNM had been sold. In fact, on June 30, 1989, JNM was sold to Les Services d'Entretien d'Immeubles Staf 2000 Inc. (Staf 2000). JNM's cleaning and maintenance contracts were assigned to Staf 2000 for the sum of \$45,000. DPW consented to this assignment.

5 On July 12, 1989, through its counsel, the plaintiff contacted DPW and claimed entitlement to JNM's security deposits with DPW. In addition, the plaintiff requested advice from DPW regarding procedures to protect Olympia's financial interests. Plaintiff's counsel wrote once again to DPW, on July 18, 1989, and attached a statement of claim in respect of a potential lawsuit against JNM and Staf 2000. The plaintiff also requested that DPW withhold any funds that it intended to pay to JNM under the cleaning and maintenance contracts. On July 21, 1989, DPW made a final payment to JNM, in the amount of \$73,733.56, for services rendered to the end of June 1989. On July 24, 1989, defendant's counsel wrote to the plaintiff, stating that DPW was legally unable to withhold funds that it owed to JNM.

6 Shortly thereafter, Mr. Petrakos obtained a standard-form cleaning and maintenance contract that was similar to the contracts between DPW and JNM (the contracts). Clause 26.3 of the contracts required security to be posted, and specifically provided for payment on the following terms:

entreprise en croissance. De plus, à l'insu de la demanderesse à cette époque, JNM avait quelques difficultés à exécuter les contrats qu'elle avait conclus avec TPC. En fait, il semble aujourd'hui que TPC avait réduit certains des paiements faits à JNM pour cause d'inexécution.

4 À la fin de juin 1989, M. Petrakos a communiqué avec JNM au sujet des paiements en souffrance. Il a alors reçu trois chèques postdatés, portant les dates du 6 juillet, du 28 juillet et du 6 août 1989. Toutefois, ces chèques n'ont pu être honorés, faute de fonds. Au début de juillet 1989, M. Petrakos a entendu dire que JNM avait été vendue. En fait, le 30 juin 1989, JNM avait été vendue à Les Services d'Entretien d'Immeubles Staf 2000 Inc. (Staf 2000). Les contrats d'entretien et de nettoyage de JNM ont été cédés à Staf 2000 contre la somme de 45 000 \$. TPC a donné son accord à cette cession.

5 Le 12 juillet 1989, par l'entremise de son avocat, la demanderesse a communiqué avec TPC et revendiqué un droit sur les dépôts de garantie que JNM avait fournis à TPC. En outre, la demanderesse a demandé conseil à TPC au sujet des mesures à prendre pour protéger les intérêts financiers d'Olympia. L'avocat de la demanderesse a écrit de nouveau à TPC, le 18 juillet 1989, joignant à la lettre une déclaration concernant une poursuite éventuelle contre JNM et Staf 2000. La demanderesse a demandé aussi que TPC retienne tous les fonds qu'il entendait verser à JNM dans le cadre des contrats de nettoyage et d'entretien. Le 21 juillet 1989, TPC a versé un dernier paiement à JNM, d'un montant de 73 733,56 \$, pour les services fournis jusqu'à la fin de juin 1989. Le 24 juillet suivant, dans une lettre adressée à la demanderesse, l'avocat de la défenderesse a déclaré que TPC n'était pas en mesure, légalement, de retenir les fonds qu'il devait à JNM.

6 Peu après, M. Petrakos a obtenu un contrat type de nettoyage et d'entretien, similaire aux contrats passés entre TPC et JNM (les contrats). La clause 26.3 de ces derniers exigeait le dépôt d'une garantie et, plus précisément, prévoyait que les paiements seraient effectués dans les conditions suivantes:

**26.3.1** The contractor shall not be entitled to any payment until he has provided contract security pursuant to clause 2.7 of the Tender and Acceptance.

**26.3.2** The contractor shall not be entitled to the second or subsequent progress payments until he has provided a statutory declaration testifying as to the payment of labour, materials, tools and equipment supplied under the contract.

Upon reviewing the terms of the contracts, Mr. Petrakos concluded that clause 26.3 was intended to protect third-party suppliers such as Olympia.

7 Regardless of clause 26.3, it appears that it was DPW's policy to request a statutory declaration only upon termination of the contracts. In the present case, no statutory declaration was obtained from JNM once it had fulfilled its obligations under the contracts. The plaintiff later decided not to pursue its action against JNM. It was of the view that JNM had no capacity to satisfy a judgment, since its only assets of any value, the maintenance contracts, had been assigned to Staf 2000.

#### ARGUMENTS OF THE PARTIES

8 Although it was not a party to the contracts between JNM and DPW, the plaintiff argues that the defendant was under a duty of care to consider the plaintiff's interests when managing its contracts with JNM. It is contended that this duty arose due to clause 26.3 of the contracts, and as a result of notification of the plaintiff's concerns. The plaintiff submits that this duty of care was breached because the defendant failed to obtain statutory declarations ensuring payment to subcontractors, as required under the contracts; the defendant paid the balance owing to JNM under the contracts, after it had been notified of the plaintiff's concerns; and the defendant allowed JNM to assign the contracts to Staf 2000, even though it must have known that such assignment would impair the plaintiff's chances of collecting any money owing to it. In addition, the

[TRANSDUCTION] **26.3.1** L'entrepreneur n'a droit à un paiement que s'il a déposé la garantie contractuelle prévue à la clause 2.7 de l'avis d'offre et d'acceptation.

**26.3.2** L'entrepreneur n'a droit au deuxième paiement progressif ou aux paiements progressifs subséquents qu'à la condition d'avoir fourni une déclaration statutaire attestant le paiement des frais relatifs à la main-d'œuvre, aux matériaux, aux outils et au matériel fournis dans le cadre du contrat.

Après avoir analysé les modalités des contrats, M. Petrakos a conclu que la clause 26.3 avait pour objet de protéger les tiers fournisseurs tels qu'Olympia.

7 Indépendamment de la clause 26.3, il semble que TPC avait pour règle de ne demander une déclaration statutaire qu'à la résiliation des contrats. En l'espèce, aucune déclaration de cette nature n'a été obtenue de JNM après que celle-ci se fut acquittée de ses obligations en vertu des contrats. La demanderesse a plus tard décidé de ne pas poursuivre son action contre JNM. Elle était d'avis que JNM n'était pas capable de payer une somme due en vertu d'un jugement, puisque les seuls éléments d'actif de quelque valeur qu'elle détenait—les contrats d'entretien—avaient été cédés à Staf 2000.

#### LES ARGUMENTS DES PARTIES

8 Même si elle n'était pas partie aux contrats conclus entre JNM et TPC, la demanderesse fait valoir que la défenderesse avait une obligation de diligence, celle de tenir compte des intérêts de la demanderesse en gérant les contrats conclus avec JNM. Cette obligation, est-il allégué, découlait de la clause 26.3 des contrats et de la notification des préoccupations de la demanderesse. Cette dernière est d'avis qu'il y a eu violation de cette obligation de diligence parce que la défenderesse a négligé d'obtenir des déclarations statutaires garantissant que les sous-traitants seraient payés, ainsi que cela était exigé en vertu des contrats; la défenderesse a payé le solde dû à JNM en vertu des contrats, après avoir été informée des préoccupations de la demanderesse; de plus, la défenderesse a permis à JNM de céder les contrats à Staf 2000, et ce, même si elle savait sûrement que

plaintiff contends that the assignment agreement between JNM and Staf 2000 was completed with the approval of the defendant, without any notice to the subcontractors of JNM, particularly Olympia. Accordingly, the plaintiff submits that it has suffered damages in the form of pure economic loss. The plaintiff acknowledges that it is entitled not to \$117,946.10, but only to \$73,733.56, since this amount represents the final settlement of the cleaning and maintenance contracts between JNM and DPW.

9 The plaintiff asserts that it did not expect the defendant to pay over to Olympia the money that it owed to JNM; rather, the plaintiff wanted the defendant to withhold payment of the final instalment to JNM. This would have given the plaintiff an opportunity to obtain a favourable judgment against JNM, and then execute the judgment by securing the withheld funds. Alternatively, the plaintiff would have been satisfied if the defendant had imposed, in the assignment agreement, conditions regarding payment of the amount owing to JNM. In addition, the money could have been paid into court.

10 The defendant argues that clause 26.3 in the contracts between JNM and the defendant, pursuant to which the plaintiff seeks to derive some benefit, was not designed to protect subcontractors. The defendant also asserts that the plaintiff has failed to establish vicarious liability on the part of the Crown.

11 The defendant characterizes the alleged tort as a breach of the duty to administer a contract in the best interests of third parties. The defendant argues that this tort has not previously been found to exist. In the defendant's opinion, there is no duty, when considering whether or not to assign a contract, to either consult with a third party, or to impose conditions for the purpose of protecting third parties. Alternatively, the defendant denies that the plaintiff has suffered damages at all as a result of the defendant's activities.

cette cession nuirait aux chances de la demanderesse de recouvrer toute somme d'argent qui lui était due. En outre, la demanderesse estime que l'entente de cession entre JNM et Staf 2000 a été conclue avec l'assentiment de la défenderesse, sans en informer de quelque manière les sous-traitants de JNM, et, plus particulièrement, Olympia. La demanderesse fait donc valoir qu'elle a subi des dommages sous la forme d'une perte purement économique. Elle reconnaît qu'elle a droit non pas à 117 946,10 \$, mais uniquement à 73 733,56 \$, puisque ce montant représente le règlement final des contrats de nettoyage et d'entretien conclus entre JNM et TPC.

9 La demanderesse allègue qu'elle ne s'attendait pas à ce que la défenderesse paye à Olympia l'argent qu'elle devait à JNM; elle voulait plutôt que la défenderesse retienne le dernier paiement dû à JNM. Cette mesure lui aurait donné l'occasion d'obtenir un jugement favorable contre JNM, et d'exécuter ensuite le jugement en obtenant les fonds retenus. Subsidièrement, la demanderesse aurait été satisfaite si la défenderesse avait imposé, dans l'entente de cession, des conditions relatives au paiement du montant dû à JNM. En outre, l'argent aurait pu être payé en cour.

10 La défenderesse fait valoir que, dans les contrats conclus entre JNM et la défenderesse, en vertu desquels la demanderesse cherche à obtenir un avantage, la clause 26.3 n'était pas conçue pour protéger les sous-traitants. Elle allègue aussi que la demanderesse n'est pas parvenue à établir l'existence d'une responsabilité du fait d'autrui de la part de l'État.

11 La défenderesse qualifie l'acte délictuel présumé de violation du devoir d'administrer un contrat au mieux des intérêts de tierces parties. Elle allègue qu'il n'a pas été conclu antérieurement que cet acte délictuel existait. De l'avis de la défenderesse, lorsque l'on envisage de céder ou non un contrat, rien n'oblige à consulter une tierce partie, ou à imposer des conditions dans le but de protéger des tiers. Subsidièrement, la défenderesse nie que la demanderesse ait subi un dommage quelconque par suite de ses activités.

ANALYSIS

12 The ingredients of liability for the tort of negligence are summarized by G. H. L. Fridman in *The Law of Torts in Canada*, Vol. 1 (Toronto: Carswell, 1989), at page 233. To succeed with a negligence claim, the plaintiff must establish (i) that he or she was owed a duty of care by the defendant; (ii) that the defendant should have observed a particular standard of care in order to perform or fulfil that duty; (iii) that the defendant broke his or her duty of care by failing to fulfil or observe the relevant standard of care; (iv) that this breach of duty caused damage or loss to the plaintiff; and (v) that such damage was not too remote a consequence of the breach. All of these elements must be satisfied, on a balance of probabilities, in order for the plaintiff to succeed in its action: see also, A. Linden, *Canadian Tort Law*, 5th ed. (Markham, Ont.: Butterworths, 1993).

1. Duty of Care

13 The case of *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), first set out the test for determining whether the initial element of a negligence claim, a duty of care, has been established. Lord Atkin stated, at page 580, that one must take care to avoid acts or omissions which one can reasonably foresee would be likely to injure one's neighbours. The House of Lords subsequently indicated, in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, that a court, in determining whether or not a duty of care was owed in the case before it, must first ask whether, as between the alleged tortfeasor and the plaintiff, there is a sufficient relationship of proximity such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter; if this question is answered affirmatively, the court must then determine if the extension of liability is desirable from a practical or policy point of view.

ANALYSE

12 Les éléments de la responsabilité du délit de négligence sont résumés par G. H. L. Fridman dans son ouvrage intitulé *The Law of Torts in Canada*, vol. 1 (Toronto: Carswell, 1989), à la page 233. Pour obtenir gain de cause dans une action pour négligence, la partie demanderesse doit établir que: i) la partie défenderesse avait à son endroit une obligation de diligence; ii) la partie défenderesse aurait dû observer une norme de diligence particulière dans le but d'exécuter cette obligation; iii) la partie défenderesse a violé son obligation de diligence en négligeant de respecter la norme de diligence pertinente; iv) cette violation a causé un dommage ou une perte à la partie demanderesse; v) le dommage en question n'était pas une conséquence trop éloignée de la violation. Il importe de satisfaire à tous ces éléments, selon la prépondérance des probabilités, pour que la partie demanderesse obtienne gain de cause dans son action: voir aussi, A. Linden, *Canadian Tort Law*, 5<sup>e</sup> éd. (Markham, Ont.: Butterworths, 1993).

1. Obligation de diligence

13 L'arrêt *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), a été le premier à exposer le critère permettant de déterminer si l'élément initial d'une action pour négligence—une obligation de diligence—a été établi. À la page 580 du recueil, lord Atkin déclare qu'il faut veiller à éviter les actes ou les omissions qui, peut-on raisonnablement prévoir, seraient de nature à causer un préjudice à ses voisins. La Chambre des lords a indiqué par la suite, dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, qu'au moment de déterminer si, dans l'affaire dont elle était saisie, il y avait une obligation de diligence ou non, une cour doit d'abord se demander si, entre l'auteur présumé du délit et la partie demanderesse, il existe un lien suffisamment étroit pour que, lorsque l'on examine de façon raisonnable le cas dudit auteur du délit, un comportement négligent de sa part soit susceptible de porter préjudice à ladite partie; si la réponse à cette question est affirmative, la cour doit ensuite déterminer s'il est souhaitable d'un point de vue pratique ou administratif d'étendre la responsabilité.

- 14 *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at page 1152, established that liability for economic loss will not be imposed in tort cases if there is no connection, or proximity, between the defendant's negligent conduct and the plaintiff's loss, which would make it just for the defendant to indemnify the plaintiff. In addition to the actual relationship between the parties, proximity may consist of various forms of closeness, including physical, circumstantial, causal or assumed. In this regard, pure economic loss is *prima facie* recoverable where, in addition to negligence and foreseeable loss, there is sufficient proximity between the negligent act and the loss. Accordingly, in order for a duty of care to exist, there must be proximity between the plaintiff's loss and the negligent conduct of the defendant, as well as a reasonable foreseeability that the plaintiff will suffer harm as a result of the acts or omissions of the defendant.
- 15 The plaintiff submits that the defendant owed a duty of care for two reasons: clause 26.3 was included in the contracts in order to benefit subcontractors like the plaintiff, and the communications between the parties revealed, to the defendant, the plaintiff's concerns. The plaintiff further submits that these incidents of reasonably foreseeable harm are indicative of the proximate relationship between the plaintiff and the defendant. In my opinion, however, evidence of reasonably foreseeable harm may not be sufficient to satisfy the additional requirement of proximity. As noted above, McLachlin J., in *Norsk*, *supra*, stated that recovery for pure economic loss is *prima facie* possible where, in addition to negligence and foreseeable loss, there is sufficient proximity between the negligent act and the loss. Similarly, as suggested by G. H. L. Fridman, *supra*, at page 235, foreseeability does not automatically lead to a finding of a duty of care. Proximity, then, may not necessarily flow from instances of reasonably foreseeable harm; rather, evidence of proximity may be required to establish a duty of care. In my opinion, I must determine, in this case, whether there was sufficient proximity between the plaintiff
- L'arrêt *Cie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, à la page 1152 du recueil, établit que la responsabilité d'une perte économique ne sera pas imposée dans les affaires de nature délictuelle s'il n'existe aucun lien, ou proximité, entre le comportement négligent du défendeur et la perte subie par le demandeur, qui fait qu'il est juste que le défendeur indemnise le demandeur. Outre le lien effectif qui unit les parties, le lien étroit peut revêtir diverses formes, qu'il s'agisse de proximité physique, circonstancielle, causale ou présumée. À cet égard, une perte purement économique peut, à première vue, donner lieu à indemnisation lorsqu'en plus d'une négligence et d'une perte prévisible, il existe un lien suffisamment étroit entre l'acte négligent et la perte subie. En conséquence, pour qu'il y ait obligation de diligence, il doit exister un lien étroit entre la perte subie par le demandeur et le comportement négligent du défendeur, de même qu'une prévisibilité raisonnable que le demandeur subira un préjudice du fait des actes ou des omissions du défendeur.
- 15 Selon la demanderesse, la défenderesse était soumise à une obligation de diligence pour deux raisons: la clause 26.3 était incluse dans les contrats pour avantager les sous-traitants tels que la demanderesse, et les communications entre les parties ont révélé, à la défenderesse, les préoccupations qu'avait la demanderesse. Cette dernière allègue de plus que ces incidents de préjudice raisonnablement prévisibles dénotent le lien étroit qui existe entre la demanderesse et la défenderesse. À mon avis, toutefois, la preuve d'un préjudice raisonnablement prévisible ne suffit peut-être pas pour satisfaire à la condition supplémentaire de l'existence d'un lien étroit. Ainsi qu'il a été signalé plus tôt, le juge McLachlin, dans l'arrêt *Norsk*, précité, a déclaré qu'une perte purement économique peut, à première vue, donner lieu à indemnisation lorsqu'en plus d'une négligence et d'une perte prévisible, il existe un lien suffisamment étroit entre l'acte négligent et la perte subie. Parallèlement, comme le laisse entendre G. H. L. Fridman, précité, à la page 235 de son ouvrage, la prévisibilité n'amène pas d'office à conclure à l'existence d'une obligation de diligence. Le lien étroit ne découle donc peut-être pas forcément de situations de préju-

and defendant to give rise to a duty of care.

(a) Proximity

16 The plaintiff argues that subcontractors were clearly within the contemplation of the defendant, when it drafted clause 26.3 of the contracts, because no lien is available against Crown property. The plaintiff relies upon an interlocutory decision in the present matter, which dealt with the defendant's application to strike out the statement of claim. In *Olympia Janitorial Supplies v. Canada (Minister of Public Works)*, [1991] 3 F.C. 374 (T.D.), Reed J. noted that a supplier of materials cannot file a lien against Crown property. She then stated the following, at page 378: "If the clauses were placed in the contracts to benefit suppliers and sub-contractors, when no possibility of a lien being filed exists, then, there is a very good argument that the relationship between the plaintiff and the defendant is very proximate indeed". Hence, Reed J. concluded that there is a potential argument in this case that clause 26.3 of the contracts was designed specifically for the benefit and protection of suppliers and subcontractors. In other words, she held that the matter should proceed to trial.

17 The defendant submits that clause 26.3 of the contracts gives the defendant the power to insist upon a statutory declaration; it does not impose a positive duty or obligation to do so. With respect to the specific terms of clause 26.3, the defendant notes that the word "shall" is binding on JNM, but not on DPW. According to the defendant, then, the clause merely ensures that JNM cannot demand payment, or sue DPW for its monthly draw, if it does not give a statutory declaration.

18 The defendant agrees that a construction lien cannot be filed against federal Crown property.

dice raisonnablement prévisible; il se peut plutôt que la preuve d'un lien étroit soit nécessaire pour établir l'existence d'une obligation de diligence. À mon sens, je me dois de décider, en l'espèce, si le lien qui existait entre la demanderesse et la défenderesse était suffisamment étroit pour donner lieu à une obligation de diligence.

a) Lien étroit

16 La demanderesse allègue qu'au moment de rédiger la clause 26.3 des contrats, la défenderesse envisageait manifestement les sous-traitants, car les biens de l'État ne peuvent faire l'objet d'aucun privilège. En l'espèce, la demanderesse se fonde sur une décision interlocutoire portant sur la requête de la défenderesse en vue de faire radier la déclaration. Dans l'arrêt *Olympia Janitorial Supplies c. Canada (Ministre des Travaux publics)*, [1991] 3 C.F. 374 (1<sup>re</sup> inst.), le juge Reed fait remarquer qu'un fournisseur de matériaux ne peut enregistrer de privilège contre des biens de l'État et, ajoute-t-elle à la page 378 du recueil: «[s]i les clauses des marchés étaient stipulées en faveur des fournisseurs et des sous-traitants, alors qu'ils ne pouvaient faire enregistrer de privilège, l'on pourrait très bien plaider que le rapport qui unit la défenderesse et la demanderesse est effectivement fort immédiat». Le juge Reed a donc conclu qu'il est possible d'invoquer dans cette affaire que la clause 26.3 des contrats était conçue expressément pour avantager et protéger les fournisseurs et les sous-traitants. Autrement dit, elle a statué que l'affaire devait être instruite.

17 La défenderesse fait valoir que la clause 26.3 lui confère le pouvoir d'insister sur l'obtention d'une déclaration statutaire; elle n'impose pas une obligation positive de le faire. En ce qui concerne le libellé exact de la clause 26.3, la défenderesse fait remarquer que le mot «*shall*» (dans le texte anglais de la clause) lie JNM, mais non TPC. Selon la défenderesse, cela signifie donc que la clause garantit simplement qu'en l'absence de déclaration statutaire, JNM ne peut exiger de paiement, ou poursuivre TPC en vue d'obtenir son versement mensuel.

18 La défenderesse reconnaît qu'un privilège de construction ne peut être enregistré contre des biens

However, in the defendant's view, the contracts in question are maintenance contracts, to which the construction lien legislation does not apply, regardless of whether or not the property is owned by the Crown. In this respect, the defendant notes the definition of "improvement" in subsection 1(1) of the Ontario *Construction Lien Act* (the CLA), R.S.O. 1990, c. C.30, as amended, which refers to "any alteration, addition or repair to," or "any construction, erection or installation on," any land. This provision has been interpreted to require some lasting physical alteration to the land, building, or property in question: [Mechanics' and Construction Liens] 20 *C.E.D.* (Ont. 3rd) Title 91, at page 27. Additionally, section 14 of the CLA provides that any person who supplies services or materials, for the purpose of making an improvement to the owner's premises, has a lien upon the interest of the owner in the improved premises. In the defendant's opinion, the provision of janitorial services under a maintenance contract does not constitute an improvement for the purposes of the CLA. Hence, the defendant argues that it is incorrect to suggest that clause 26.3 was included in the contracts because the federal Crown is immune from liens against property; a statutory lien cannot be filed with respect to a maintenance contract in any event.

19 During argument, the plaintiff noted that an equitable or other lien might have been available, even if a construction lien could not be obtained under the maintenance contracts. However, counsel for the plaintiff did not provide any further argument or support for this assertion.

20 In essence, I agree with the decision of Reed J. to the effect that a lien cannot be secured against Crown property. However, in the present case, we are concerned with a lien under maintenance contracts. After considering the requirements of the CLA, and other similar legislation, as well as the common law relating to legal and equitable liens, I am unable to conclude that a lien is available to the

de l'État fédéral. Toutefois, à son avis, les contrats en question sont des contrats d'entretien, auxquels ne s'applique pas la législation relative au privilège de construction, que les biens appartiennent à l'État ou non. À cet égard, la défenderesse souligne la définition du mot «améliorations» que l'on trouve au paragraphe 1(1) de la *Loi sur le privilège dans l'industrie de la construction* de l'Ontario (ci-après appelée la LPIC), L.R.O. 1990, ch. C.30, avec modificatifs, et où il est question de «la modification, du rajout ou de la réparation apportés à un bien-fonds» ou «de la construction ou de l'installation effectuées sur un bien-fonds». Cette disposition a été interprétée comme nécessitant une modification matérielle durable au terrain, au bâtiment ou au bien en question: [Mechanics' and Construction Liens] 20 *C.E.D.* (Ont. 3rd) Title 91, à la page 27. En outre, l'article 14 de la LPIC dispose que la personne qui fournit des services ou des matériaux en vue d'améliorer les locaux d'un propriétaire a un privilège sur l'intérêt du propriétaire dans les locaux ainsi améliorés. De l'avis de la défenderesse, la fourniture de services de nettoyage et d'entretien dans le cadre d'un contrat d'entretien ne constitue pas une amélioration aux fins de la LPIC. De ce fait, allègue-t-elle, il est erroné de laisser entendre que la clause 26.3 était incluse dans les contrats car l'État fédéral est à l'abri des privilèges grevant les biens; en tout état de cause, un privilège légal ne peut être enregistré à l'égard d'un contrat d'entretien.

Au cours des plaidoiries, la demanderesse a fait 19 remarquer qu'un privilège en *equity* ou d'autre nature aurait peut-être été disponible, même s'il était impossible d'obtenir un privilège de construction en vertu des contrats d'entretien. Cependant, l'avocat de la demanderesse n'a pas fourni d'argument supplémentaire pour étayer cette prétention.

Je souscris essentiellement à la décision du juge 20 Reed selon laquelle un privilège ne peut être enregistré contre un bien de l'État. Toutefois, en l'espèce, nous avons affaire à un privilège auquel donnent lieu des contrats d'entretien. Après avoir examiné les exigences de la LPIC, ainsi que d'autres lois analogues, de même que les éléments de la common law qui se rapportent aux privilèges en common law et

plaintiff for supplying materials to JNM under maintenance contracts with DPW. Indeed, no lien is available under these circumstances, whether the property in question is owned by the Crown or a private party. Accordingly, I am not satisfied that clause 26.3 was included in the contracts for the specific purpose of protecting subcontractors who would be unable to obtain a lien against the property.

21 In addition, the discovery evidence of Mr. Robert Matte, Regional Manager for Contracting and Material Management for Public Works Canada, National Capital Region, also suggests that, while clause 26.3 does contemplate subcontractors, it was included in the contracts for the purpose of giving DPW a “comfort feeling” that the general contractors were meeting their lawful obligations to subcontractors. The clause also provides a means to inhibit contractors from suing DPW when payments to subcontractors are outstanding. It appears, then, that clause 26.3 was not included in the contracts for the purpose of protecting third-party suppliers in the manner advanced by the plaintiff. Accordingly, I am unable to find sufficient proximity to establish a duty of care, as argued by the plaintiff.

22 Furthermore, paragraph 3(a) of the *Crown Liability and Proceedings Act* (the CLPA), R.S.C., 1985, c. C-50, as amended [by S.C. 1990, c. 8, s. 21], provides that the Crown may be vicariously liable in tort for the harmful acts and omissions of its servants. According to section 10 of the CLPA, the Crown will not be vicariously liable for its servant’s conduct unless such conduct could have given rise to a cause of action in tort against the servant personally. Crown liability in tort is therefore statutory in origin; it is also vicarious, not direct. Consequently, in order to impose liability under paragraph 3(a) of the CLPA, it generally must be shown that a servant of the Crown, acting within the scope of employment, violated a duty owed to the

en *equity*, il m’est impossible de conclure que la demanderesse dispose d’un privilège à l’égard de la fourniture de matériaux à JNM dans le cadre de contrats d’entretien conclus avec TPC. En fait, aucun privilège n’est disponible dans ces circonstances, que les biens en question appartiennent à l’État ou à une partie privée. Je ne suis donc pas persuadé que la clause 26.3 a été incluse dans les contrats dans le but précis de protéger les sous-traitants qui seraient incapables d’obtenir un privilège contre les biens en question.

De plus, il ressort également de l’interrogatoire préalable de M. Robert Matte, directeur régional des marchés et de la gestion du matériel auprès de Travaux Publics Canada (Région de la capitale nationale), que si la clause 26.3 vise bel et bien les sous-traitants, elle a été incluse dans les contrats dans le but de procurer à TPC le [TRADUCTION] «sentiment rassurant» que les entrepreneurs généraux s’acquittaient de leurs obligations légitimes envers les sous-traitants. La clause offre aussi un moyen d’empêcher les entrepreneurs de poursuivre TPC lorsque des paiements dus à des sous-traitants sont en souffrance. Il semble donc que la clause 26.3 n’a pas été incluse dans les contrats en vue de protéger des tiers fournisseurs, ainsi que le prétend la demanderesse. En conséquence, il m’est impossible de conclure à la présence d’un lien suffisamment étroit pour établir l’existence d’une obligation de diligence, comme l’allègue la demanderesse.

Qui plus est, l’alinéa 3a) de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif* (la LRCECA), L.R.C. (1985), ch. C-50, dans sa forme modifiée [par L.C. 1990, ch. 8, art. 21], dispose que l’État peut être tenu responsable des actes et omissions préjudiciables de ses préposés. Aux termes de l’article 10 de la LRCECA, l’État ne sera tenu responsable de la conduite de ses préposés que si cette dernière peut avoir donné lieu à une cause d’action délictuelle contre le préposé à titre personnel. La responsabilité délictuelle de l’État est donc d’origine légale; elle est aussi subsidiaire, et non directe. Par conséquent, pour qu’il soit possible d’imposer une responsabilité en vertu de l’alinéa 3a) de la LRCECA, il faut généralement prouver qu’un

plaintiff. The plaintiff must also establish that injury was caused by the Crown servant, in a manner sufficient to draw personal liability: P. Lordon, *Crown Law* (Toronto: Butterworths, 1991), at pages 327, 335 and 340.

préposé de l'État, agissant dans le cadre de ses fonctions, a violé une obligation due à la demanderesse. Cette dernière doit aussi démontrer que ledit préposé a causé un préjudice, et ce, d'une manière suffisante pour donner lieu à une responsabilité personnelle: P. Lordon, *Crown Law* (Toronto: Butterworths, 1991), aux pages 327, 335 et 340.

23 The defendant submits that there must be a duty owed to the plaintiff by a Crown servant, in order to ground recovery in tort against the Crown. In the defendant's view, such a person, in an economic loss case, would have to be in a sufficiently proximate relationship with the plaintiff, as there is no direct cause of action in tort available against the Crown. The defendant asserts, however, that there was no proximity between the plaintiff and any Crown servant; therefore, there was no public servant who owed the plaintiff a duty of care in the manner which has been alleged. Consequently, the defendant submits that the Crown cannot be held vicariously liable for the conduct of its employees in the present case.

La défenderesse fait valoir qu'il doit y avoir une obligation de la part d'un préposé de l'État envers la demanderesse pour justifier une indemnisation en matière délictuelle à l'encontre de l'État. De l'avis de la défenderesse, une telle personne, dans une situation de perte purement économique, devrait avoir un lien suffisamment immédiat avec la demanderesse, car il n'existe aucune cause directe d'action en matière délictuelle contre l'État. La défenderesse allègue, cependant, qu'il n'y avait pas de lien étroit entre la demanderesse et un préposé de l'État. Par conséquent, aucun préposé n'avait envers la demanderesse une obligation de diligence semblable à celle qui est alléguée. La défenderesse soutient donc que l'État ne peut être tenu responsable de la conduite de ses employés en l'espèce.

24 The plaintiff must show, on a balance of probabilities, that a particular Crown servant, or a number of servants together, committed a tort while acting within the scope of employment: P. Lordon, *supra*, at page 341. Vicarious liability can only be established in this case if Crown servants were negligent in the administration of the contracts between DPW and JNM, particularly in relation to clause 26.3. However, given my interpretation above, I am not satisfied that this clause can establish sufficient proximity, and therefore vicarious liability, in this case. Moreover, the events which occurred after June 30, 1989, when DPW was informed of the accounts owing to the plaintiff, are, in my opinion, also insufficient to ground vicarious liability in this case.

Il incombe à la demanderesse de faire la preuve, selon la prépondérance des probabilités, qu'un préposé particulier de l'État, ou un certain nombre de préposés agissant de concert, ont commis un acte délictuel dans le cadre de leurs fonctions: P. Lordon, précité, à la page 341. Il n'est possible d'établir la responsabilité du fait d'autrui en l'espèce que si les préposés de l'État ont fait preuve de négligence dans l'administration des contrats conclus entre TPC et JNM, notamment en rapport avec la clause 26.3. Toutefois, compte tenu de l'interprétation que j'ai faite plus tôt, je ne suis pas convaincu que cette clause peut établir l'existence d'un lien suffisamment étroit et, partant, d'une responsabilité du fait d'autrui, en l'espèce. En outre, les faits qui sont survenus après le 30 juin 1989, lorsque TPC a été informé des montants dus à la demanderesse, sont, selon moi, insuffisants aussi pour justifier dans cette affaire l'existence d'une responsabilité du fait d'autrui.

25 The plaintiff further submits that a duty of care arose out of the communications which took place between the plaintiff and the defendant. The plaintiff

La demanderesse allègue de plus que les communications entre la défenderesse et elle ont donné lieu à une obligation de diligence. Elle est d'avis que la

asserts that the defendant was clearly aware of the plaintiff's concerns regarding payment to JNM under the cleaning and maintenance contracts, before it paid out the final instalment which it owed to JNM. The defendant submitted, however, that it did not have a legal right to withhold the funds which it owed to JNM for services rendered. As a result, the defendant made no statements or representations to the plaintiff which would suggest a sufficiently close relationship with the plaintiff. Furthermore, no information or advice was conveyed by the defendant, upon which the plaintiff relied. Accordingly, while the defendant was aware of the plaintiff's claims, the communications between the parties did not result in such a proximate relationship that the defendant became subject to a duty to take into account the plaintiff's interests when administering the contracts with JNM.

26 Although there is insufficient evidence to establish the proximity which is necessary to support a finding that a duty of care existed, I will nevertheless consider whether the alleged harm was reasonably foreseeable.

(b) Reasonable Foreseeability of Harm

27 According to G. H. L. Fridman, *supra*, at pages 237-238, a duty of care arises out of circumstances where reasonably foreseeable harm is avoidable by the exercise of reasonable care. The probability, and not the possibility, of damage must be shown before the defendant will be placed under an obligation to act with care. Similarly, as MacDonald J. stated, in *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241 (N.S.S.C.), at page 265, it is the postulate of a duty of care that it arises out of circumstances of reasonably foreseeable harm avoidable by reasonable care.

28 The plaintiff submits that there are two reasons why the defendant must have reasonably foreseen that its conduct could cause harm to the plaintiff.

défenderesse était clairement au courant de ses préoccupations au sujet des paiements à verser à JNM dans le cadre des contrats de nettoyage et d'entretien avant qu'elle verse le dernier paiement dû à JNM. La défenderesse a allégué, toutefois, qu'elle n'avait pas le droit légal de retenir les fonds qu'elle devait à JNM au titre des services fournis. En conséquence, la défenderesse n'a fait à la demanderesse aucune déclaration ou observation qui donnerait à penser qu'il existait un lien suffisamment étroit avec la demanderesse. En outre, la défenderesse n'a transmis aucun renseignement ou avis sur lequel la demanderesse s'est fondée. Par conséquent, si la défenderesse était au courant des revendications de la demanderesse, les communications entre les deux n'ont pas donné lieu à un lien suffisamment étroit pour que la défenderesse se trouve obligée de tenir compte des intérêts de la demanderesse en administrant les contrats conclus avec JNM.

Malgré l'insuffisance des preuves permettant d'établir le lien étroit qui est exigé pour étayer la conclusion qu'il existait une obligation de diligence, j'examinerai tout de même si le préjudice allégué était raisonnablement prévisible. 26

b) Prévisibilité raisonnable du préjudice subi

Selon G. H. L. Fridman, précité, aux pages 237 et 238, une obligation de diligence résulte de circonstances où l'exercice d'une diligence raisonnable permet d'éviter un préjudice raisonnablement prévisible. La probabilité—et non la possibilité—d'un dommage doit être démontrée avant que la partie défenderesse soit soumise à une obligation d'agir avec diligence. De la même façon, comme l'a déclaré le juge MacDonald dans l'arrêt *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, [1951] 2 D.L.R. 241 (C.S.N.-É.), à la page 265 du recueil, une obligation de diligence résulte, par principe, des circonstances d'un préjudice raisonnablement prévisible qu'il aurait été possible d'éviter en faisant preuve de diligence raisonnable. 27

La demanderesse soutient qu'il y a deux raisons pour lesquelles la défenderesse aurait dû prévoir de manière raisonnable que son comportement pouvait 28

Firstly, the plaintiff argues that clause 26.3 would not have been included in the contracts if the defendant had not foreseen that acts or omissions on its part might be likely to cause damage to subcontractors. Secondly, even if it was not reasonably foreseeable, prior to July 1989, that the defendant's conduct could potentially cause harm to Olympia, such harm was clearly foreseeable as a consequence of the correspondence between the plaintiff and the defendant, including the notice letter of July 12, 1989. With respect to the nature of the foreseeable loss, the plaintiff asserts that it "would have had a pool of monies available to satisfy a judgment", if the defendant had not assigned the contracts, or if it had withheld payment to JNM. In this regard, the plaintiff notes that no evidence has been tendered by the defendant to cast doubt on the plaintiff's ability to successfully recover the full amount owing to it by JNM. Thus, the plaintiff concludes that the defendant must have foreseen that the plaintiff could have attempted to obtain the final progress payment owed to JNM, if the defendant had held back those funds.

29 The defendant asserts that it was not clear what would have happened if DPW had acted differently. For example, it was unknown whether the plaintiff would have recovered none, or some, or all, of the \$73,733.56 which JNM received from DPW. In addition, according to the defendant, if DPW had carried out any of the options suggested by the plaintiff, such as withholding JNM's final instalment, or insisting upon the statutory declarations, the plaintiff's position would not have been improved. The plaintiff, in fact, recognizes that JNM needed the money from the defendant, and could not have paid the plaintiff in order to obtain a statutory declaration and receive its final instalment from the defendant.

30 In my opinion, the uncertain nature of the foreseeable loss, if any, that might have been suffered by the plaintiff as a result of the defendant's failure to take certain steps is insufficient to satisfy the

lui causer un préjudice. Premièrement, soutient-elle, la clause 26.3 n'aurait pas été incluse dans les contrats si la défenderesse n'avait pas prévu qu'il y avait un risque que des actes ou des omissions de sa part puissent porter préjudice à des sous-traitants. Deuxièmement, même s'il n'était pas raisonnablement prévisible, avant le mois de juillet 1989, que le comportement de la défenderesse risquait de causer préjudice à Olympia, ce préjudice était clairement prévisible du fait des lettres que s'étaient échangées la demanderesse et la défenderesse, y compris la lettre d'avis datée du 12 juillet 1989. En ce qui a trait à la nature de la perte prévisible, la demanderesse soutient qu'elle [TRADUCTION] «aurait disposé d'une réserve pour effectuer un paiement en vertu d'un jugement», si la défenderesse n'avait pas cédé les contrats, ou si elle avait retenu le paiement dû à JNM. À cet égard, la demanderesse fait remarquer que la défenderesse n'a produit aucune preuve pour mettre en doute la capacité de la demanderesse de recouvrer avec succès le montant intégral que lui devait JNM. La demanderesse conclut donc que la défenderesse a certainement dû prévoir qu'elle aurait pu tenter d'obtenir le dernier paiement dû à JNM si la défenderesse avait retenu l'argent en question.

La défenderesse soutient que l'on ne pouvait 29 savoir avec certitude ce qui serait arrivé si TPC avait agi différemment. Par exemple, on ignorait quel montant la demanderesse aurait recouvré—rien, une partie ou la totalité—des 73 733,56 \$ que JNM a reçus de TPC. De plus, selon la défenderesse, si TPC avait appliqué l'une quelconque des options suggérées par la demanderesse, comme le fait de retenir le dernier paiement destiné à JNM, ou si elle avait insisté pour obtenir les déclarations statutaires, la demanderesse ne se serait pas trouvée dans une situation meilleure. En fait, cette dernière reconnaît que JNM avait besoin de l'argent de la défenderesse et qu'elle n'aurait pas pu la payer afin d'obtenir une déclaration statutaire et toucher son dernier paiement de la défenderesse.

À mon avis, l'incertitude de la perte prévisible, si 30 perte il y avait, que la demanderesse aurait pu subir par suite du défaut de la défenderesse de prendre certaines mesures n'est pas suffisante pour satisfaire,

requirement of reasonably foreseeable harm in this action. From the defendant's point of view, it was clear that the plaintiff believed that the defendant had the capacity to intervene on the plaintiff's behalf. However, despite the plaintiff's expressed concerns, and its communications with the defendant, there is insufficient evidence as to the particular harm which the plaintiff could foreseeably have suffered as a result of the defendant's conduct. Although it might have been more appropriate for the money to be paid into court, I cannot say, on a balance of probabilities, that the plaintiff would have been successful in obtaining any or all of that money. It was not reasonably foreseeable that the defendant's conduct could cause the plaintiff to suffer a loss above and beyond the financial loss sustained as a result of non-payment by JNM. The plaintiff may have lost an opportunity to access certain funds, but this falls short of reasonably foreseeable harm as a requirement of a duty of care.

31 Accordingly, in the absence of the requisite elements of proximity and foreseeable loss, I am unable to conclude that the defendant was under a duty, when completing the contracts with JNM, to take into account the plaintiff's interests.

(c) Pragmatic Considerations

32 The plaintiff contends that the damage that has flowed from the negligent conduct of the defendant is the lost opportunity to obtain the \$73,733.56 which the defendant paid over to JNM. The plaintiff therefore argues that this is a clear case of economic loss. In the absence of a duty of care, I need not fully consider whether the facts of this case satisfy all of the criteria of the tort of economic loss, as established in *Norsk, supra*. Nevertheless, I will further determine whether, as a matter of policy, the plaintiff should be denied a right to recover from the defendant in the present case.

33 According to McLachlin J., in *Norsk, supra*, at page 1137, the reasonable foreseeability of harm is

en l'espèce, à l'exigence d'un préjudice raisonnablement prévisible. Du point de vue de la défenderesse, il était clair que la demanderesse croyait que cette dernière était capable d'intervenir pour son compte. Toutefois, malgré les préoccupations exprimées par la demanderesse, ainsi que ses communications avec la défenderesse, les preuves relatives au préjudice particulier que la demanderesse pouvait prévoir subir par suite du comportement de la défenderesse sont insuffisantes. Même s'il aurait peut-être été plus convenable que l'argent en question soit payé en cour, je ne puis dire, selon la prépondérance des probabilités, que la demanderesse aurait réussi à obtenir cet argent, en tout ou en partie. Il n'était pas raisonnablement prévisible que le comportement de la défenderesse amène la demanderesse à subir une perte supérieure à la perte pécuniaire subie à cause du non-paiement de la part de JNM. La demanderesse a peut-être bien manqué une occasion de toucher certains fonds, mais cela ne correspond pas à un préjudice raisonnablement prévisible en tant qu'élément requis d'une obligation de diligence.

Par conséquent, en l'absence des éléments requis du lien étroit et de la perte prévisible, il m'est impossible de conclure qu'au moment d'exécuter les contrats conclus avec JNM, la défenderesse se trouvait dans l'obligation de tenir compte des intérêts de la demanderesse. 31

c) Questions pratiques

La demanderesse soutient que le préjudice imputable au comportement négligent de la défenderesse est l'occasion manquée d'obtenir le montant de 73 733,56 \$ versé par la défenderesse à JNM. Elle soutient donc qu'il s'agit là d'un cas flagrant de perte économique. En l'absence d'une obligation de diligence, point n'est besoin que j'analyse en détail si les faits de l'espèce satisfont à tous les critères applicables au délit de la perte économique, tels qu'établis dans l'arrêt *Norsk*, précité. Je déciderai néanmoins si, par principe, la demanderesse devrait se voir privée du droit d'être indemnisée par la défenderesse en l'espèce. 32

Selon le juge McLachlin, dans l'arrêt *Norsk*, précité, à la page 1137 du recueil, la prévisibilité rai- 33

not the only limit placed on liability in economic loss cases. It is also necessary to limit recovery for practical, policy reasons. In this regard, McLachlin J. relied upon the oft-quoted comments of Cardozo J., in *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), who stated, at page 444, that limits are needed to prevent “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class”. McLachlin J. went on to state, at page 1139, that restrictions on the potentially unlimited liability which can theoretically flow from negligence are necessary, as potential defendants must be able to gauge the extent of the risk they incur. Furthermore, at page 1154, McLachlin J. held that distant losses which arise from collateral relationships do not qualify for recovery. In a separate, but concurring, decision, Stevenson J. noted, at page 1176, that it is indeterminate liability, not infinite liability, which is the concern in recognizing new categories of economic loss. In his view, it would be oppressive to expose defendants to indeterminate liability.

sonnable du préjudice n’est pas la seule limite que l’on impose à la responsabilité dans les affaires mettant en cause une perte économique. Il est également nécessaire de limiter l’indemnisation pour des raisons pratiques générales. À cet égard, le juge McLachlin s’est appuyée sur les commentaires maintes fois cités du juge Cardozo, dans l’affaire *Ultramares Corporation v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), lequel a déclaré, à la page 444, qu’il fallait établir des limites afin d’éviter [TRADUCTION] «une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée». Le juge McLachlin a ajouté, à la page 1139 du recueil, que les limites imposées à une responsabilité virtuellement illimitée qui, en théorie, peut être attribuable à de la négligence, sont nécessaires, car les défendeurs éventuels doivent pouvoir évaluer la portée du risque auquel ils s’exposent. De plus, à la page 1154, le juge McLachlin décrète que les pertes éloignées qui découlent de rapports connexes ne sauraient donner lieu à indemnisation. Dans une décision distincte, mais concordante, le juge Stevenson a fait remarquer, à la page 1176, que l’on se soucie de l’existence d’une responsabilité indéterminée, et non d’une responsabilité illimitée, lorsque l’on reconnaît de nouvelles catégories de perte économique. À son avis, il serait abusif d’exposer les défendeurs à une responsabilité indéterminée.

34 There have been numerous attempts over the years to classify the various types of economic loss for which recovery may be possible: see, e.g., *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, *supra*, at page 1054, *per* La Forest J. (dissenting); R. Bernstein, *Economic Loss* (London: Longman, 1993), at pages 2-9; and B. Feldthusen, “Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow” (1991), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, at pages 357-358. While it is clear that there are many ways to classify the situations in which compensable economic loss may arise, the categories of economic loss continue to expand. In the recent case of *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85, for example, the Supreme Court of Canada departed from the long-standing rule that there can be no recovery in tort for economic loss where there is

De nombreuses tentatives ont été faites au fil des 34 ans pour classer les divers types de pertes économiques pour lesquels il peut être possible d’obtenir une indemnisation: voir, par exemple, *Cie des Chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, précité, à la page 1054, le juge La Forest (motifs dissidents); R. Bernstein, *Economic Loss* (Londres: Longman, 1993), aux pages 2 à 9; et B. Feldthusen, «Economic Loss in the Supreme Court of Canada: Yesterday and Tomorrow» (1991), 17 *Can. Bus. L.J.* 356, aux pages 357 et 358. S’il est clair qu’il existe bien des façons de classer les situations dans lesquelles une perte économique est indemnisable, les catégories de perte économique continuent de se multiplier. Dans un arrêt récent: *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85, par exemple, la Cour suprême du Canada s’est écartée de la règle

not, in addition to financial loss, damage to person or property.

de longue date voulant qu'il ne puisse y avoir, en matière délictuelle, d'indemnisation d'une perte économique lorsqu'il n'existe pas, en plus de pertes financières, de dommages causés à une personne ou à un bien.

35 Nevertheless, it is very difficult to identify any particular category which would encompass the fact situation in the present case. In my view, what was lost in this case was an opportunity, rather than a sum of money. In examining the categories of economic loss, as set out in *Norsk, supra*, and *Winnipeg Condominium, supra*, it is not obvious that the case advanced by the plaintiff fits within, or even resembles, any of the previous categories of economic loss cases. The plaintiff has not suffered harm to person or property, nor was its loss consequent upon such physical harm; furthermore, damage to person or property does not appear imminent as a result of the actions of the defendant, as was the case in *Winnipeg Condominium*. In addition, there is no issue of negligent misrepresentation. What the plaintiff has suffered is not a pecuniary loss, as between itself and the defendant, but an opportunity foregone. In my opinion, in these circumstances, there is a risk of liability in an indeterminate amount. Therefore, the defendant should not be held liable for a type of loss that cannot be characterized and quantified with any degree of certainty. While I do not suggest that there is a finite class of economic loss cases, I am not satisfied that the plaintiff's case merits an expansion of the categories of recoverable economic loss.

Néanmoins, il est bien difficile de cerner une catégorie particulière qui engloberait la situation de fait dont il est question en l'espèce. À mon sens, ce qui a été manqué dans la présente affaire était une occasion, plutôt qu'une somme d'argent. Lorsque l'on examine les catégories de perte économique qui sont exposées dans les arrêts *Norsk*, précité, et *Winnipeg Condominium*, précité, il n'est pas évident que les arguments avancés par la demanderesse correspondent—voire ressemblent—à l'une quelconque des causes antérieures portant sur les catégories de perte économique. La demanderesse n'a pas subi de préjudice envers une personne ou un bien, pas plus que sa perte n'était consécutive à un tel préjudice physique; par ailleurs, le dommage à une personne ou à un bien ne semble pas imminent par suite des agissements de la défenderesse, comme c'était le cas dans l'arrêt *Winnipeg Condominium*. De plus, il n'est pas question d'une déclaration inexacte faite avec négligence. Ce que la demanderesse a subi n'est pas une perte pécuniaire, entre elle et la défenderesse, mais une occasion manquée. À mon avis, dans ces circonstances, il existe un risque de responsabilité dont le montant est indéterminé. Par conséquent, la défenderesse ne devrait pas être tenue responsable d'une sorte de perte qu'il est impossible de qualifier et de quantifier avec quelque certitude que ce soit. Cela ne sous-entend pas qu'il existe une catégorie définie de cas de perte économique, mais je ne suis pas persuadé que la cause de la demanderesse justifie une extension des catégories de perte économique indemnisable.

36 A number of cases were cited to me as examples where a plaintiff has been compensated for economic loss suffered by the acts or omissions of the defendant. In my opinion, the cases of *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; and *Caparo Industries plc v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), are inapplicable, as

Un certain nombre de causes m'ont été citées pour illustrer le cas où un demandeur a été indemnisé d'une perte économique due aux actes ou aux omissions du défendeur. À mon avis, les arrêts *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; et *Caparo Industries plc v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.) sont sans

they dealt with negligent misrepresentations. The cases of *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, *supra*, *Qit Fer Et Titane Inc. v. Upper Lakes Shipping Ltd.* (1994), 21 C.L.R. (2d) 122 (Ont. C.A.); and *Kloeck v. Battenfelder* (1985), 64 A.R. 98 (Q.B.), are distinguishable, as they all dealt with a property owner suing a subcontractor who did repair work. In the present case, we have the reverse situation, where a subcontractor is suing a property owner. The case of *Union Construction et al., Re* (1980), 42 N.S.R. (2d) 622 (S.C.A.D.), is also distinguishable in that it dealt with a claim by sub-subcontractors for monies held back by a contractor pursuant to a statutory hold-back provision.

objet, car elles ont trait à des déclarations inexactes faites avec négligence. Les affaires *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, précitée, *Qit Fer Et Titane Inc. v. Upper Lakes Shipping Ltd.* (1994), 21 C.L.R. (2d) 122 (C.A. Ont.) et *Kloeck v. Battenfelder* (1985), 64 A.R. 98 (B.R.), peuvent être considérées comme différentes, car elles se rapportent toutes au propriétaire d'un bien poursuivant un sous-traitant qui avait effectué des travaux de réparation. Dans l'affaire qui nous occupe ici, nous avons affaire à la situation inverse: c'est un sous-traitant qui poursuit le propriétaire d'un bien. L'affaire *Union Construction et al., Re* (1980), 42 N.S.R. (2d) 622 (C.S.D.A.), n'est pas comparable non plus, en ce sens qu'il était question d'une réclamation de la part de sous-traitants à propos de fonds qu'un entrepreneur gardait en vertu d'une disposition de retenue prévue par la loi.

37 Where a new category of claim for pure economic loss arises, the Court should consider the matter from the doctrinal point of view of duty and proximity, and from the pragmatic perspective of the purposes served and the dangers associated with the extension sought: *per* McLachlin J., in *Norsk, supra*, at page 1150. Having concluded that there is no proximate relationship between the defendant's conduct and the plaintiff's lost opportunity, that it was not reasonably foreseeable that harm would come to the plaintiff as a result of the defendant's conduct, and that the loss which the plaintiff claims to have suffered is uncertain, I am of the opinion that the present case is not one in which a new category of claim for pure economic loss should arise.

## 2. Causation

38 The defendant further submits that the plaintiff has not established that the defendant's alleged failure to administer the contracts in the plaintiff's best interests caused an actual loss. The defendant notes that it was not practical for JNM to pay off the \$117,946.10 debt owed to the plaintiff, and then obtain a statutory declaration, in order to receive only \$73,733.56 from DPW. The defendant, there-

Lorsque prend naissance une nouvelle catégorie 37 d'action pour perte purement économique, la Cour devrait examiner la question du point de vue doctrinal de l'obligation et de l'étroitesse du lien, ainsi que du point de vue pratique des objets poursuivis et des dangers liés à l'extension de l'indemnisation recherchée: le juge McLachlin, dans l'arrêt *Norsk*, précité, à la page 1150. Ayant conclu qu'il n'existait pas de lien étroit entre le comportement de la défenderesse et l'occasion manquée par la demanderesse, qu'il n'était pas raisonnablement prévisible que la demanderesse subirait un préjudice par suite du comportement de la défenderesse, et que la perte que la demanderesse dit avoir subie est incertaine, je suis d'avis que la présente affaire ne devrait pas donner lieu à une nouvelle catégorie d'action pour perte purement économique.

## 2. Lien de causalité

La défenderesse allègue en outre que la demande- 38 resse n'a pas fait la preuve que le défaut présumé de la défenderesse d'administrer les contrats au mieux des intérêts de la demanderesse avait occasionné une perte réelle. La défenderesse fait remarquer qu'il n'était pas pratique pour JNM de payer la créance de 117 946,10 \$ due à la demanderesse, et d'obtenir ensuite une déclaration statutaire afin de ne toucher

fore, could not have insisted upon the presentation of a statutory declaration, before fulfilling its own contractual obligation to JNM, so as to avoid liability for non-payment under the contracts. If the defendant had chosen to withhold JNM's final payment, the money still would not have been received by the plaintiff. Hence, the defendant argues that its failure to demand the submission of a statutory declaration, or its failure to withhold final payment to JNM, did not cause harm to the plaintiff.

que 73 733,56 \$ de TPC. Par conséquent, la défenderesse n'aurait pu insister sur la présentation d'une déclaration statutaire avant de s'acquitter de sa propre obligation contractuelle envers JNM, de manière à éviter d'être tenue responsable de non-paiement en vertu des contrats. Si la défenderesse avait décidé de retenir le dernier paiement dû à JNM, la demanderesse n'aurait toujours pas reçu les fonds en question. Elle soutient donc que le fait de ne pas avoir exigé qu'une déclaration statutaire soit présentée, ou de n'avoir pas retenu le dernier paiement dû à JNM, n'a causé aucun préjudice à la demanderesse.

39 The defendant asserts that the plaintiff extended credit to JNM on the basis of a belief that there was security in place to protect subcontractors such as Olympia. However, in reality, no such security was available. The defendant therefore submits that this mistaken belief on the part of the plaintiff contributed to the cause of the financial loss sustained by the plaintiff. Accordingly, the defendant contends that any loss which the plaintiff has suffered due to non-payment under the contract between JNM and the plaintiff was not caused by the conduct of the defendant. In the defendant's view, the loss which was suffered by the plaintiff would have occurred regardless of the acts of the defendant. Thus, the defendant argues a lack of causation.

La défenderesse prétend que la demanderesse a fait crédit à JNM parce qu'elle croyait qu'il existait une garantie protégeant les sous-traitants tels qu'Olympia. Toutefois, en réalité, aucune garantie de ce genre n'était disponible. La défenderesse allègue donc que cette croyance erronée de la part de la demanderesse a contribué à causer la perte financière subie par cette dernière. Par conséquent, la défenderesse est d'avis que toute perte subie par la demanderesse en raison du non-versement de paiements en vertu du contrat conclu entre JNM et la demanderesse n'était pas dû au comportement de la défenderesse. De l'avis de cette dernière, la perte subie par la demanderesse serait quand même survenue, indépendamment des actes de la défenderesse. Cette dernière fait valoir un manque de lien de causalité. 39

40 In response, the plaintiff noted at trial that it could only speculate as to the results which would have been produced, had the defendant acted in a different manner. However, the plaintiff did argue that there was no evidence from the defendant that Olympia would not have succeeded against the full amount of the final payment which JNM obtained from the defendant.

En réplique, la demanderesse a fait remarquer à l'instruction qu'elle ne pouvait que supposer quels auraient été les résultats si la défenderesse avait agi différemment. Toutefois, la demanderesse a fait valoir qu'il n'y avait aucune preuve de la part de la défenderesse qu'Olympia n'aurait pas obtenu le plein montant du dernier paiement que JNM avait obtenu de la défenderesse. 40

41 With regard to causation, the onus is on the plaintiff to prove, on the balance of probabilities, that the defendant's breach of its duty of care caused the particular loss which the plaintiff has suffered. As noted by Ilesley C.J., in *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, *supra*, at page 244, the necessary causation is not made out where the plaintiff cannot meet its burden of showing that the defendant would

En ce qui concerne le lien de causalité, il incombe à la demanderesse de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que le manquement de la défenderesse à son obligation de diligence a causé la perte particulière subie par la demanderesse. Comme l'a fait remarquer le juge en chef Ilesley, dans l'arrêt *Nova Mink Ltd. v. Trans-Canada Airlines*, précité, à la page 244 du recueil, le lien de causalité nécessaire 41

have made some difference, or done some good, if it had acted in the manner which the plaintiff asserts would satisfy the requisite standard of care.

42 While the defendant could have paid into court the money owing to JNM, I am not satisfied that damage or harm to the plaintiff flowed from the conduct of the defendant. Although the plaintiff has suffered a loss, this clearly resulted from the actions of JNM. This loss flowed from routine risks associated with business transactions. The defendant's acts or omissions have not caused the plaintiff to lose money, or to suffer any type of pecuniary loss. On balance, the plaintiff's lost opportunity to obtain a judgment for the monies owing is insufficient to support the element of causation.

43 In conclusion, I am not satisfied that the plaintiff has established a claim for economic loss against the defendant in negligence. Accordingly, the action shall be dismissed. At trial, the defendant indicated that it would not be seeking costs, in the event that it is successful. Thus, there shall be no order as to costs.

n'est pas établi lorsque le demandeur ne peut s'acquitter du fardeau de prouver que le défendeur aurait pu faire une différence, ou fait du bien, s'il avait agi de la façon qui, aux dires de la demanderesse, répondrait à la norme de diligence requise.

42 La défenderesse aurait pu payer en cour les fonds dus à JNM, mais je ne suis pas persuadé que le dommage ou le préjudice subi par la demanderesse était dû au comportement de la défenderesse. La demanderesse a effectivement subi une perte, mais celle-ci résultait clairement des actes de JNM. Cette perte découlait de risques ordinaires associés à des opérations commerciales. Les actes ou omissions de la défenderesse n'ont pas causé à la demanderesse une perte d'argent, ou un type quelconque de perte pécuniaire. Tout compte fait, l'occasion qu'a manquée la demanderesse d'obtenir un jugement à l'égard des fonds exigibles est insuffisante pour étayer l'élément de causalité.

43 En conclusion, je ne suis pas convaincu que la demanderesse a établi le bien-fondé d'une action pour perte économique imputable à de la négligence de la part de la défenderesse. En conséquence, l'action sera rejetée. À l'instruction, la défenderesse a indiqué que si elle obtenait gain de cause, elle ne solliciterait pas de dépens. Aucune ordonnance n'est donc rendue à cet égard.

T-457-88

T-457-88

**Newfoundland Processing Limited** (*Plaintiff*)**Newfoundland Processing Limited** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Owners and All Others Interested in the Ship South Angela** (*Defendants*)**Les propriétaires et toutes les autres personnes intéressées dans le navire South Angela** (*défendeurs*)

T-584-90

T-584-90

**Newfoundland Processing Limited** (*Plaintiff*)**Newfoundland Processing Limited** (*demanderesse*)

v.

c.

**South Angela Shipping Inc. et al.** (*Defendants*)**South Angela Shipping Inc. et al.** (*défendeurs*)

T-620-90

T-620-90

**Her Majesty the Queen** (*Plaintiff*)**Sa Majesté la Reine** (*demanderesse*)

v.

c.

**Belleview Inc. et al.** (*Defendants*)**Belleview Inc. et al.** (*défendeurs*)**INDEXED AS: NEWFOUNDLAND PROCESSING LTD. v. SOUTH ANGELA (THE) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: NEWFOUNDLAND PROCESSING LTD. c. SOUTH ANGELA (LE) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, Rouleau J.—St. John's and Montréal, May 29, 30, 31, June 1, 7, 8, 9, September 25, 26, 27, 1995 and April 11, 1996; Ottawa, September 23, 1996.

Section de première instance, juge Rouleau—St. John's et Montréal, 29, 30, 31 mai, 1<sup>er</sup>, 7, 8, 9 juin, 25, 26, 27 septembre 1995 et 11 avril 1996; Ottawa, 23 septembre 1996.

*Maritime law — Torts — Action against ship to recover damages occasioned by oil spill at plaintiff's refinery — Both parties at fault — Contributory negligence bar no longer to be applied — In maritime law, liability for tort should be borne in relation to degree of fault of parties following tradition in collision cases — Cost of clean-up apportioned equally between parties.*

*Droit maritime — Responsabilité délictuelle — Action intentée à l'encontre du navire en vue d'obtenir des dommages-intérêts représentant les frais engagés par suite d'un déversement de pétrole à la raffinerie de la demanderesse — Les deux parties sont en faute — La défense de négligence contributive ne doit plus s'appliquer — En droit maritime, la responsabilité pour les dommages causés doit être partagée en fonction du degré de faute des parties comme dans les cas d'abordage — Les coûts du nettoyage sont répartis également entre les parties.*

The defendant vessel, an oil tanker, was discharging crude oil at the plaintiff's refinery when an oil spill occurred. A back flow of crude overfilled one of the vessel's slop tanks.

Le navire défendeur, un pétrolier, déchargeait sa cargaison de pétrole brut à la raffinerie de la demanderesse lorsqu'un déversement de pétrole s'est produit. Un reflux de pétrole brut a fait déborder l'une des citernes à résidus du navire.

This was an action for special and general damages representing the costs, expenses and losses incurred by the

Il s'agit d'une action en vue d'obtenir des dommages-intérêts spéciaux et généraux représentant les frais et

plaintiff as a result of the oil spill.

*Held*, the parties being equally responsible, the costs incurred by the plaintiff for the clean-up should be apportioned equally between the plaintiff refinery and the defendant vessel.

The spill resulted from a combination of human errors and mechanical failures on the part of both the plaintiff and the defendant, and both parties must bear responsibility for the damage incurred. The Court agreed with the reasoning of Cameron J.A. in *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et al. v. Saint John Shipbuilding Ltd. et al.*: "It seems to me that it is time for the courts to respond to the injustice of the application of a contributory negligence bar and to declare that liability for tort, in maritime law, should be borne in relation to the degree of fault of the parties . . . . Apportionment of fault has been the tradition of Maritime law in collision cases. It seems to me to be a logical extension of that tradition to extend apportionment to other areas."

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et al. v. Saint John Shipbuilding Ltd. et al.* (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 92; 126 D.L.R. (4th) 1 (Nfld. C.A.).

ACTION against a ship for special and general damages incurred by the plaintiff as a result of an oil spill at its refinery. Both parties being equally at fault, the costs incurred by the plaintiff for the clean-up should be apportioned equally between the plaintiff refinery and the defendant.

##### COUNSEL:

*Ken A. Templeton* for plaintiff.  
*John R. Sinnott* for defendants.  
*Rhodie E. Mercer* for plaintiff in T-620-90.

##### SOLICITORS:

*Stewart McKelvey Stirling Scales*, St. John's, for plaintiff.  
*Lewis & Sinnott*, St. John's, for defendants.

dépenses engagés par la demanderesse par suite du déversement de pétrole.

*Jugement*: les parties sont également responsables et les frais engagés par la demanderesse pour le nettoyage doivent être également partagés entre la raffinerie demanderesse et le navire défendeur.

Le déversement est le résultat d'une combinaison d'erreurs humaines et de pannes mécaniques dont la responsabilité incombe à la fois à la demanderesse et au défendeur, et les deux parties doivent assumer leur part de responsabilité pour les dommages qu'elles ont causés. La Cour adopte le raisonnement du juge Cameron dans l'arrêt *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et al. v. Saint John Shipbuilding Ltd. et al.*: "Il me semble qu'il est temps pour les tribunaux de corriger l'injustice que cause la défense de négligence contributive et de déclarer que la responsabilité délictuelle, en droit maritime, devrait être partagée selon le degré de faute des parties . . . . Le partage de la faute a traditionnellement été appliqué en droit maritime dans les cas d'abordage. Il me semble qu'il serait logique d'étendre ce partage de la responsabilité à d'autres domaines».

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISION APPLIQUÉE:

*Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et al. v. Saint John Shipbuilding Ltd. et al.* (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 92; 126 D.L.R. (4th) 1 (C.A. T.-N.).

ACTION intentée à l'encontre d'un navire en vue d'obtenir des dommages-intérêts spéciaux et généraux pour les frais et dépenses engagés par la demanderesse par suite du déversement de pétrole qui s'est produit à sa raffinerie. Les deux parties étant également en faute, les frais engagés par la demanderesse pour le nettoyage doivent être répartis également entre la raffinerie demanderesse et le défendeur.

##### AVOCATS:

*Ken A. Templeton* pour la demanderesse.  
*John R. Sinnott* pour les défendeurs.  
*Rhodie E. Mercer* pour la demanderesse dans l'action T-620-90.

##### PROCUREURS:

*Stewart McKelvey Stirling Scales*, St. John's, pour la demanderesse.  
*Lewis & Sinnott*, St. John's, pour les défendeurs.

*Mercer, MacNab, Vavasour & Fagan, St. John's, for plaintiff in T-620-90.*

*Mercer, MacNab, Vavasour & Fagan, St. John's, pour la demanderesse dans l'action T-620-90.*

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

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

1 ROULEAU J.: This is an action by the plaintiff for special and general damages representing the costs, expenses, and losses incurred by it as a result of an oil spill which occurred at its refinery at Come by Chance, Newfoundland, on March 7, 1988.

1 LE JUGE ROULEAU: Il s'agit d'une action intentée par la demanderesse en vue d'obtenir des dommages-intérêts spéciaux et généraux représentant les frais et dépenses engagés et les pertes subies par suite d'un déversement de pétrole qui s'est produit à sa raffinerie de Come by Chance (Terre-Neuve) le 7 mars 1988.

2 The plaintiff, Newfoundland Processing Limited (NPL), is a company incorporated under the laws of the Province of Newfoundland. The M.T. *South Angela* (the vessel) is a steel hulled oil tanker having a length of 258,358 metres, a breadth of 42,012 metres, and gross tonnage of 59,353. The vessel is registered at the Port of Monrovia, Liberia, and at all material times was the carrier of a cargo of 768,320.7 U.S. barrels of Kole crude, most of which was discharged at the plaintiff's refinery at Come by Chance, Newfoundland, from March 4 to 7, 1988.

2 La demanderesse, Newfoundland Processing Limited (NPL), est une société constituée en vertu des lois de la province de Terre-Neuve. Le M.T. *South Angela* (le navire) est un pétrolier à coque d'acier de 258,358 mètres de long, 42,012 mètres de large, et ayant une jauge brute de 59,353 tonnaux. Le navire, enregistré au port de Monrovia (Liberia) transportait, pendant toute la période pertinente, une cargaison de 768 320,7 barils américains de pétrole brut Kole, dont la majeure partie a été déchargée à la raffinerie de la demanderesse à Come by Chance (Terre-Neuve) du 4 au 7 mars 1988.

3 On March 7, 1988, the M.T. *South Angela* (the vessel) was discharging a cargo of Kole crude oil at the NPL refinery at Come by Chance, Placentia Bay, Newfoundland. At approximately 12:35 p.m. an oil spill occurred. At the time, the bulk of the cargo had been discharged and the vessel was involved in a line draining process whereby the remaining oil onboard flowed back into the ship's port slop tanks for final pumping ashore. The spill was caused by the overfilling of the No. 6 port slop tank on the vessel.

3 Le 7 mars 1988, le M.T. *South Angela* (le navire) déchargeait sa cargaison de pétrole brut Kole à la raffinerie de NPL à Come by Chance, baie de Plaisance, à Terre-Neuve. Vers 12 h 35, un déversement de pétrole s'est produit. À ce moment, la majeure partie de la cargaison avait été déchargée et le navire procédait au drainage des conduites de façon que le reste du pétrole toujours à bord du navire reflue dans les citernes à résidus du côté bâbord avant le pompage final à terre. Le déversement a été causé par le remplissage excessif de la citerne n° 6 située à bâbord.

4 The spilled oil flowed over the deck of the ship and into the sea. Most of it moved in a northerly direction away from the refinery where it was eventually directed onto the beach. During the period before the clean-up was completed, oil residues in the tidal wash flowed back toward the refinery pro-

4 L'excédent de pétrole a coulé sur le pont du navire et s'est déversé dans la mer. La majeure partie de la nappe de pétrole a été entraînée vers le nord en s'éloignant de la raffinerie avant de bifurquer vers la plage. Avant que le nettoyage soit terminé, des résidus de pétrole contenus dans les eaux de marée ont

- perty. NPL was required to participate in the containment and clean-up of the spill to ensure that damage to the environment was minimized and to mitigate further damage to the refinery property.
- 5 The only issue in this action is what or who was responsible for the oil spill of March 7, 1988, at Come by Chance, Newfoundland. NPL takes the view that the spill was caused by the negligence of the vessel's chief officer, Mr. Lawrence DeCosta and its other officers. It is alleged that Mr. DeCosta, managing the discharge for the vessel, failed to communicate effectively to other officers on the vessel and to the jetty personnel before and after the commencement of the line draining stage. It suggests that a stripping pump was operating on the vessel thereby causing it to educt, suck or strip the shorelines back through the vessel. In addition, the third officer, Mr. Shaneanu Midra, is alleged to have failed to close the ships No. 2 manifold during the line draining stage, thereby allowing the oil which allegedly flowed back from the plaintiff's refinery to overflow the vessel's No. 6 lop tank.
- 6 The defendant takes the position that the spill was caused by NPL allowing a back flow from its refinery. It argues that there was an appropriate communication from the chief officer DeCosta to the jetty which should have caused the jetty personnel to close the shore manifold, thereby preventing the spill caused by the back flow. The defendant also maintains that the spill was due to the failure of the plaintiff to have check valves to prevent a back flow from occurring.
- 7 I am satisfied that the spill in question was a combination of human errors and mechanical failures on the part of both the plaintiff refinery and the defendant vessel, and that both parties must bear responsibility for the damage which it caused.
- 8 To begin with, I do not believe that the evidence supports the plaintiff's theory that a stripping pump
- reflué vers la raffinerie. NPL a été tenue de participer au confinement et au nettoyage de la nappe de pétrole pour minimiser autant que possible les dommages à l'environnement et limiter au minimum les dommages pouvant être causés à la raffinerie.
- 5 La seule question qui se pose dans la présente action consiste à déterminer quels sont les éléments ou les personnes qui sont responsables du déversement du 7 mars 1988, à Come by Chance (Terre-Neuve). NPL prétend que le déversement a été causé par la négligence du second du navire, M. Lawrence DeCosta, et des autres officiers. Elle allègue que M. DeCosta, qui dirigeait la manœuvre de déchargement, n'a pas communiqué efficacement avec les autres officiers sur le navire ni avec le personnel sur la jetée avant et après le début de l'étape du drainage des conduites. Elle laisse également entendre qu'une pompe d'assèchement était en marche sur le navire, ce qui aurait provoqué l'aspiration ou le refoulement du pétrole se trouvant dans les conduites situées à terre vers le navire. En outre, le troisième officier, M. Shaneanu Midra, aurait omis de fermer la vanne n° 2 du navire pendant le drainage des conduites; le pétrole refluant de la raffinerie vers le navire aurait ainsi fait déborder la citerne à résidus n° 6.
- 6 Le défendeur prétend que le déversement a été causé par NPL qui a laissé le pétrole refluer de la raffinerie. Il soutient que le second DeCosta a bien communiqué avec les employés sur la jetée et que ceux-ci auraient dû fermer la vanne située à terre, ce qui aurait empêché le déversement provoqué par le reflux. Le défendeur soutient également que le déversement est dû au fait que la demanderesse n'avait pas de clapet anti-retour pour empêcher le reflux.
- 7 Je suis convaincu que le déversement en question est le résultat d'une combinaison d'erreurs humaines et de pannes mécaniques dont la responsabilité incombe à la fois à la raffinerie demanderesse et au navire défendeur, et que les deux parties doivent assumer leur part de responsabilité pour les dommages qu'elles ont causés.
- 8 Pour commencer, je ne crois pas que la preuve appuie la théorie de la demanderesse selon laquelle

was operating on the vessel thereby causing it to educt, suck or strip the shorelines back through the vessel. The Captain of the vessel testified that all the pumps were off and the chief engineer stated that after 12:15, no pump was operating. In addition, the evidence demonstrates that all of the tanks had been stripped that morning and were empty meaning there was no cargo left to pump other than what had been drained into the No. 6 port slop tank. That cargo was to be discharged by the Marpole line, that is the starboard side of the crude oil washing line, which was separate and apart from the main lines, and in particular, the No. 2 main line.

le fonctionnement d'une pompe d'assèchement sur le navire aurait provoqué l'aspiration ou le refoulement du pétrole se trouvant dans les conduites à terre vers le navire. Le commandant du navire a indiqué dans sa déposition que toutes les pompes étaient fermées et l'ingénieur en chef a déclaré qu'après 12 h 15 aucune pompe ne fonctionnait. En outre, la preuve démontre que tous les réservoirs avaient été vidangés ce matin-là et qu'ils étaient complètement vides, ce qui signifie qu'il n'y avait plus de pétrole à pomper à l'exception du pétrole qui a été drainé dans la citerne à résidus n° 6 du côté bâbord. Cette partie de la cargaison devait être déchargée par la conduite Marpole, qui se trouve à tribord de la conduite de lavage du pétrole brut, laquelle est distincte des conduites principales et, particulièrement, de la conduite principale n° 2.

9 On the other hand there is a great deal of evidence to support a finding that there was a back flow from the plaintiff's refinery. The plaintiff's witness, Captain Barry Scott, gave evidence that he deduced from the information supplied to him that there had been a back flow of ten thousand barrels of oil. Captain John Bengé, another of the plaintiff's witnesses, who was a surveyor on the vessel at the time of the spill, also gave evidence that there had been a back flow. He testified that there was no possibility the spill could have occurred without a back flow from the refinery. Captain Michael Ashton, a surveyor on the vessel on behalf of the vessel's interests, also gave evidence that there had been a back flow. He stated that oil in the shore tanks back flowed through the shore line, through the loading arms into the ship's line, filled the slop tank and went out through the top of the slop tank.

9 Par ailleurs, de nombreux éléments de preuve appuient la conclusion selon laquelle il y a eu un reflux à partir de la raffinerie demanderesse. Le témoin de la demanderesse, le commandant Barry Scott, a déclaré dans sa déposition que, d'après les renseignements qui lui ont été fournis, il y aurait eu un reflux de 10 000 barils de pétrole. Un autre des témoins de la demanderesse, le commandant John Bengé, expert qui se trouvait sur le navire au moment du déversement, a également affirmé qu'il y avait eu un reflux. Sans ce reflux, dit-il, il était impossible qu'un déversement se produise. Le commandant Michael Ashton, expert, qui était également sur le navire et qui représente les intérêts du navire, a lui aussi indiqué dans sa déposition qu'il y avait eu un reflux. Il a déclaré que le pétrole contenu dans les réservoirs à terre a reflué par la conduite située sur la rive, en passant par les bras de chargement vers les conduites du navire, s'est accumulé dans la citerne à résidus jusqu'à ce que le trop-plein déborde par la partie supérieure.

10 While the consultants and surveyors were unanimous in their opinion that a back flow had occurred, with the on-sight surveyors realizing immediately that a back flow had occurred and that a spill could not have resulted without a back flow, the plaintiff's employees maintained they were uncertain as to the cause of the spill. Mr. Daniel McKechnie was off-

10 Bien que les consultants et experts soient unanimes à dire qu'il y a eu un reflux, les experts sur place constatant immédiatement qu'un reflux s'était produit et qu'un déversement n'aurait pas pu se produire sans ce reflux, les employés de la demanderesse maintiennent qu'ils ne peuvent déterminer avec certitude la cause du déversement. M. Daniel

sights and marine superintendent for the plaintiff at the time in question. It was he who had direct responsibility for the jetty and who, together with shift superintendent, Richard Foulston, investigated the spill of March 7, 1988. Mr. McKechnie was not prepared to admit without equivocation that there had been a back flow on March 7, 1988. He stated that although a back flow was a possibility, he had no way of proving it.

11 The second witness called by the plaintiff, Mr. Eric Butt, was also a shift superintendent for the plaintiff in 1988. He was not on duty at the time of the spill and did not know whether the oil in the tank in question, tank 106, would be higher or lower than the chiksan, but thought the tank was quite a bit higher.

12 The third witness called by the plaintiff was Richard Foulston, who was the superintendent at the time of spill in charge of the overall operation of the refinery with the area supervisor at the jetty, Mr. Fewer, as well as five other area supervisors and five areas also reporting to him. It was he as the shift superintendent at the time in question as well as Mr. McKechnie, the offsites and marine superintendent, who investigated the spill for the refinery. Mr. Foulston agreed that it was physically possible to have a back flow and that it was "one of the scenarios that could have happened." He further testified that there were no means to detect back flow other than a physical gauge which the plaintiff did not have.

13 The other witnesses for the plaintiff also seemed either vague or without knowledge concerning the question of back flow. Mr. Bernard Fewer, the shift supervisor in charge at jetty control, could not say that a back flow had occurred. He testified that it was always a possibility and it was possible to lose oil from the facility and not be aware of it. He also gave evidence to the effect that if there were back flow, he would have no way of knowing that it was happening. Mr. Max Toope, one of the operators at the jetty said that it was possible to have back flow. Mr. Calvin Boutcher gave evidence that indicated he

McKechnie était le capitaine d'armement de la demanderesse à l'époque en question. C'est lui qui était responsable des opérations sur la jetée et qui, avec le chef de quart Richard Foulston, a fait enquête sur le déversement du 7 mars 1988. M. McKechnie n'était pas disposé à admettre, avec certitude, qu'il y avait eu un reflux le 7 mars 1988. Bien qu'il reconnaisse que ce reflux soit une possibilité, il n'a aucun moyen de le prouver.

Le deuxième témoin cité par la demanderesse, M. Eric Butt, était également chef de quart pour la demanderesse en 1988. Il n'était pas de service au moment du déversement et il ne sait pas si le niveau du pétrole contenu dans la citerne en question, soit la citerne 106, était plus haut ou plus bas que le chiksan, mais il croit qu'il était beaucoup plus haut.

Le troisième témoin cité par la demanderesse, Richard Foulston, était chef de quart au moment du déversement et responsable de l'ensemble des opérations de la raffinerie, avec le superviseur de secteur sur la jetée, M. Fewer, de même que cinq autres superviseurs de secteur se rapportant à lui. C'est lui, en sa qualité de chef de quart au moment du déversement, de même que M. McKechnie, capitaine d'armement, qui ont fait enquête sur le déversement pour le compte de la raffinerie. M. Foulston reconnaît qu'il est physiquement possible qu'il y ait eu un reflux et que cela est [TRADUCTION] «l'un des scénarios qui ont pu se produire». Il a en outre déclaré qu'une jauge aurait été le seul moyen de détecter ce reflux, mais que la raffinerie demanderesse n'en avait pas.

Les autres témoins de la demanderesse ont répondu de façon vague ou n'étaient pas au courant de la question du reflux. M. Bernard Fewer, chef de quart en charge du contrôle de la jetée, ne peut affirmer qu'un reflux s'est produit. Selon lui, il est toujours possible que cela se produise et que le pétrole s'écoule des installations sans que l'on s'en aperçoive. Il déclare également que, s'il y a un reflux, il n'y a aucune façon de le savoir. M. Max Toope, l'un des opérateurs à la jetée, a déclaré pour sa part qu'il était possible qu'il y ait eu un reflux. M. Calvin Boutcher a indiqué dans sa déposition qu'il n'était

was probably not aware of the risk of back flow.

14 Furthermore, it is apparent that, owing to the high degree of elevation of the shore tanks above the level of the ship's manifold, there is always a possibility that pressure will exist in the shore line. Based on the evidence, therefore I am satisfied that there was a back flow from the shore storage tanks back through the vessel's lines. Indeed, the plaintiff has not put forth any concrete evidence that would persuade me otherwise.

15 However, the defendant vessel must also bear responsibility for the spill in light of the fact that the closure of its No. 2 manifold valve would have prevented the back flow from the plaintiff's refinery from going into the slop tank and overflowing into sea. The evidence shows that after completion of bulk discharge, the vessel went into line draining. The line draining process involves the draining of all lines and includes that part of the main lines outside the manifold, the connection to the shoreline, and the shoreline to the height of the loading arm. If the manifold valve is closed prematurely, oil would be trapped outside No. 2 manifold and would not be delivered to the shore. Also, at uncoupling, there could be a risk of a spill.

16 After the lines have been drained the manifold valves are to be closed. There is no question therefore that the No. 2 manifold valve had to be closed. The issue here simply relates to the timing of the closure. Based on the evidence before me, I am satisfied that the failure to close the manifold valve appears to be either the result of a miscommunication between the crew members whereby they thought the valve was closed or a failed attempt at closing it. In his statement dated November 7, 1989, Captain Bengé maintains that the crew on board the vessel was not of a high calibre and that the Master failed to exert his authority and played no part in the discharge operations at all, leaving the chief officer in charge. Although the chief officer was competent and of average ability, Captain Bengé

vraisemblablement pas au courant de ce risque de reflux.

14 En outre, il est manifeste que, les réservoirs de la rive étant beaucoup plus haut que le niveau du manifold du navire, il y a toujours une possibilité que la conduite de la rive soit sous pression. D'après la preuve, je suis convaincu qu'il y a eu un reflux à partir des réservoirs situés à terre vers les conduites du navire. En fait, la demanderesse n'a pas produit d'éléments de preuve concrets qui puissent me persuader du contraire.

15 Toutefois, le navire défendeur doit également assumer une certaine responsabilité pour le déversement compte tenu du fait que la fermeture de la vanne n° 2 aurait empêché le reflux à partir de la raffinerie demanderesse vers la citerne à résidus qui s'est déversée dans la mer. La preuve démontre qu'après le déchargement de la majeure partie de la cargaison, le navire a commencé le drainage des conduites. Cette procédure implique que toutes les conduites sont drainées, notamment les conduites principales à l'extérieur du manifold, le raccord à la conduite de la rive, et de là jusqu'en haut du bras de chargement. Si la vanne du manifold est fermée trop tôt, le pétrole reste bloqué à l'extérieur du manifold n° 2 et ne peut être acheminé jusqu'à terre. En outre, au moment de désaccoupler les conduites, il peut y avoir un risque de déversement.

16 Après le drainage des conduites, il faut fermer les vannes du manifold. Il ne fait donc aucun doute que la vanne n° 2 devait être fermée. La question en l'espèce consiste simplement à savoir à quel moment elle devait l'être. D'après la preuve dont je suis saisi, je suis convaincu que la non-fermeture de la vanne semble être le résultat soit d'une mauvaise communication entre les membres de l'équipage qui ont cru que la vanne était fermée, soit d'une tentative de fermeture infructueuse. Dans sa déclaration en date du 7 novembre 1989, le commandant Bengé maintient que l'équipage à bord du navire n'était pas très compétent, que le commandant n'a pas exercé son autorité et n'a joué aucun rôle dans les opérations de déchargement, laissant toute la responsabilité au second. Bien que le second ait été de compé-

states that his ability to perform his job was the result of habit rather than through technical knowledge.

17 The respondent maintains that it contacted the jetty and advised that the discharge operation was complete. This communication, it is argued, should have resulted in the closing of the shore manifold which would have prevented the back flow from overfilling the vessel's No. 6 port slop tank. There is a great deal of contention between the parties as to whether that communication was ever made. The plaintiff denies receiving the call, and argues that even if it was made, it would not have led to the closing of the shore manifold unless jetty personnel were specifically directed to do so.

18 In my view however, the question of whether a call was made by the vessel indicating the discharge operation was complete does not assist in resolving the issue of which party was at fault for the spill.

19 What the evidence does make clear is that the closure of the ship's No. 2 manifold valve would have prevented the back flow from overfilling the vessel's No. 6 port slop tank. However, that does not alter the fact that the back flow initiated from the plaintiff's refinery and that it did not have any check valves in place which, although not required by law, would have made it aware that a back flow was occurring. It is for this reason that I do not agree with the plaintiff's argument that the defendant had the "last clear chance" of avoiding the spill and therefore should be held entirely responsible for it. The plaintiff's valve and the defendant's manifold valve were in relatively close proximity, and the back flowing oil had to pass through both of them in order for the spill to occur. There was no last clear chance for the defendant to avoid the spill because no one knew a back flow from the plaintiff's refinery was taking place until the spill resulted.

tence moyenne, le commandant Bengé déclare que cette compétence lui venait de la pratique plutôt que de connaissances techniques.

17 Le défendeur soutient qu'il a communiqué avec la jetée et informé le personnel que les opérations de déchargement étaient terminées. Cette communication, prétend-on, aurait dû entraîner la fermeture du manifold situé à terre, ce qui aurait empêché le reflux qui a provoqué le déversement de la citerne à résidus du côté bâbord. Les parties ne s'entendent pas du tout quant à savoir si cette communication a eu lieu. La demanderesse nie avoir reçu la communication et prétend que, même si elle a eu lieu, cela ne signifie pas que la vanne située à terre aurait été fermée à moins qu'un employé travaillant sur la jetée en ait reçu l'ordre exprès.

18 Toutefois, à mon avis, la question de savoir si cette communication a été établie par le navire pour indiquer que les opérations de déchargement étaient terminées n'aide pas à déterminer quelle partie est responsable du déversement.

19 Ce que la preuve indique clairement, c'est que la fermeture de la vanne n° 2 du navire aurait empêché le reflux qui a entraîné le déversement de la citerne à résidus n° 6 du côté bâbord du navire. Toutefois, cela ne change rien au fait que le reflux s'est produit à partir de la raffinerie demanderesse et que celle-ci n'avait aucun clapet anti-retour en place qui, même si cela n'est pas exigé par la loi, lui aurait permis de se rendre compte que le pétrole était en train de refluer vers le navire. C'est pour cette raison que je ne peux accepter l'argument de la demanderesse selon lequel le défendeur avait la [TRADUCTION] «dernière véritable chance» d'éviter le déversement et par conséquent qu'il devrait en être tenu entièrement responsable. La vanne de la demanderesse et la vanne du manifold du défendeur étaient relativement proches l'une de l'autre, et il est certain que le pétrole a dû passer par ces deux vannes pour provoquer le déversement. Le défendeur n'avait donc pas de dernière véritable chance d'éviter le déversement étant donné que personne n'a su que le reflux était en train de se produire depuis la raffinerie demanderesse tant que le déversement n'a pas été constaté.

20 In reaching my conclusion, that the plaintiff refinery and the defendant vessel must both share responsibility for the oil spill of March 7, 1988, I have been persuaded by the reasoning of the Newfoundland Court of Appeal decision in *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et al. v. Saint John Shipbuilding Ltd. et al.* (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 92, wherein Cameron J.A. states as follows, at pages 139-141:

. . . those cases cited by the respondents for the proposition that the contributory negligence bar was firmly entrenched in maritime law are unconvincing. On the other hand there are many cases supporting the appellant's view that the application of provincial negligence law to maritime cases is possible, given the right circumstances.

There are aspects of maritime law which cry out for consistency not only throughout Canada but throughout the world. (See, for example the comments of La Forest, J., in *Whitbread v. Walley et al.* regarding the need for uniformity in the area of tortious liability for collisions and other accidents that occur in the course of navigation.) That is the reason for many international conventions respecting aspects of maritime law. However, the **Canadian Laws Offshore Application Act** illustrates that in Canada the constitutional division of powers need not stop at the provincial borders. The government of Canada has recognized that there is a place for the application of provincial legislation in the offshore, under certain conditions. On this analysis the law as enunciated in "**Kathy K**" would be no less applicable to a case arising on a rig operating on the Grand Banks, than to cases arising in Newfoundland harbours.

I conclude that the result in this case is the same whether it is viewed as a tort on the high seas or a tort on a rig operating on the Canadian continental shelf. However, if I am wrong in this conclusion and the law applicable is Canadian maritime law and there is no room for the application of any provincial law, I would refuse to apply the common law contributory negligence bar in any event.

. . .

It seems to me that it is time for the courts to respond to the injustice of the application of a contributory negligence bar and to declare that liability for tort, in maritime law, should be borne in relation to the degree of fault of the parties. If the contributory negligence bar was once seen by the judges who developed it as a fitting response

Pour parvenir à ma conclusion, c'est-à-dire conclure que la raffinerie demanderesse et le navire défendeur doivent tous deux partager la responsabilité du déversement qui s'est produit le 7 mars 1988, j'ai adopté le raisonnement de la Cour d'appel de Terre-Neuve dans l'arrêt *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. et al. v. Saint John Shipbuilding Ltd. et al.* (1995), 130 Nfld. & P.E.I.R. 92, dans lequel M<sup>me</sup> le juge Cameron indique ceci, aux pages 139 à 141:

[TRADUCTION] . . . les causes citées par les défenderesses à l'appui de la proposition selon laquelle la défense de négligence contributive est fermement ancrée dans le droit maritime ne sont pas convaincantes. Par ailleurs, de nombreuses causes appuient l'opinion de l'appelante selon laquelle l'application du droit provincial en matière de négligence aux causes de droit maritime est possible, si les circonstances s'y prêtent.

Certains aspects du droit maritime bénéficieraient grandement d'une uniformisation non seulement au Canada, mais partout dans le monde. (Voir, par exemple, les observations du juge La Forest dans l'arrêt *Whitbread c. Walley et al.* concernant la nécessité d'une uniformité juridique dans le domaine de la responsabilité délictuelle pour abordages et autres accidents de navigation.) C'est la raison pour laquelle de nombreuses conventions internationales portent sur les aspects du droit maritime. Toutefois, la **Loi d'application extracôtière des lois canadiennes** fait clairement ressortir qu'au Canada le partage constitutionnel des pouvoirs ne doit pas nécessairement s'arrêter aux frontières provinciales. Le gouvernement du Canada a reconnu la possibilité que les lois provinciales s'appliquent aux régions extracôtières, dans certaines conditions. D'après cette analyse, les règles de droit énoncées dans l'arrêt «**Kathy K**» ne seraient pas moins applicables à une affaire qui se produirait sur une plate-forme installée sur les Grands Bancs, qu'à des affaires se produisant dans les ports de Terre-Neuve.

Je conclus que le résultat en l'espèce est le même que cette affaire soit jugée comme un délit commis en haute mer ou sur une plate-forme exploitée sur le plateau continental canadien. Toutefois, si j'ai tort d'en venir à cette conclusion et que le droit applicable est le droit maritime canadien à l'exclusion de toute loi provinciale, je refuse-rais de toutes les façons d'appliquer la défense de common law de négligence contributive.

. . .

Il me semble qu'il est temps pour les tribunaux de corriger l'injustice que cause la défense de négligence contributive et de déclarer que la responsabilité délictuelle, en droit maritime, devrait être partagée selon le degré de faute des parties. S'il fut un temps où les juges qui ont élaboré la défense de négligence contributive considéraient

to the problem of a defendant being held responsible for all the damage when it was in fact caused in part by the plaintiff and in part by the defendant, that should no longer be the case. I do not believe that it is necessary for this court to examine and declare what is to be done in respect of each problem which might arise in the field of maritime law with the elimination of the contributory negligence bar. Traditionally the common law has developed on a case by case basis, responding on an incremental basis to problems as they arise. I see no need to break with that tradition. Apportionment of fault has been the tradition of Maritime law in collision cases. It seems to me to be a logical extension of that tradition to extend apportionment to other areas. [Emphasis added.]

- 21 Finally, it should be noted that there was also an oil spill which occurred on March 5, 1988. That spill however, does not form part of this dispute since the parties have agreed that it was the responsibility of the defendant ship.
- 22 For these reasons, I am satisfied that the amount claimed by the plaintiff in its amended statement of claim as costs incurred by it for the clean-up of the oil spill of March 7, 1988, should be apportioned equally between the plaintiff refinery and the defendant vessel. Should there be some dispute with respect to the assessment of damages, I would be available to the parties to entertain oral submissions.
- 23 Since success is equally divided, both parties shall bear their separate costs.

qu'elle était la solution appropriée aux problèmes d'un défendeur tenu responsable de la totalité des dommages causés, en fait, en partie par le demandeur et en partie par le défendeur, il ne devrait plus en être de même aujourd'hui. Je ne crois pas qu'il soit nécessaire que la présente Cour, après un examen approfondi, se prononce sur la solution qui devrait être apportée dans toutes les situations susceptibles de se présenter en droit maritime si la défense de négligence contributive était éliminée. Traditionnellement, la common law s'est constituée au cas par cas, trouvant graduellement des solutions aux problèmes qui se posaient. Je ne vois pas la nécessité de rompre avec cette tradition. Le partage de la faute a traditionnellement été appliqué en droit maritime dans les cas d'abordage. Il me semble qu'il serait logique d'étendre ce partage de la responsabilité à d'autres domaines. [Non souligné dans l'original.]

- 21 Enfin, il convient de noter qu'un autre déversement s'est produit le 5 mars 1988. Toutefois, ce déversement ne fait pas partie du présent litige puisque les parties ont convenu que le navire défendeur en était totalement responsable.
- 22 Pour tous ces motifs, je suis convaincu que la somme réclamée par la demanderesse dans sa déclaration modifiée concernant les frais qu'elle a dû engager pour le nettoyage consécutif au déversement du 7 mars 1988 devrait être également partagée entre la raffinerie demanderesse et le navire défendeur. Si les parties ne s'entendent pas sur l'évaluation des dommages-intérêts, je serai à leur disposition pour entendre leurs observations verbales.
- 23 Étant donné que les parties ont eu partiellement gain de cause, elles assumeront chacune leurs propres dépens.

T-426-95

T-426-95

The Information Commissioner of Canada (*Applicant*)

Commissaire à l'information du Canada (*requérant*)

v.

c.

The Minister of Public Works and Government Services (*Respondent*)

Ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux (*intimé*)

and

et

Matthew McCreery (*Added Party*)

Matthew McCreery (*partie jointe*)

*INDEXED AS: CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (T.D.)*

*RÉPERTORIÉ: CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) c. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET DES SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (1<sup>re</sup> INST.)*

Trial Division, Richard J.—Ottawa, May 13 and September 23, 1996.

Section de première instance, juge Richard—Ottawa, 13 mai et 23 septembre 1996.

*Access to information — Judicial review of refusal by Minister of Public Works to disclose names of former MPs in receipt of pension under Members of Parliament Retiring Allowances Act — Requested information personal information prima facie exempted from disclosure under Access to Information Act, s. 19(1) — As much of information publicly available, or release consented to pursuant to s. 19(2)(a), (b) Minister not having discretion to refuse release — Remainder ought to be disclosed since public interest outweighing unsupported claim to personal interest pursuant to s. 19(2)(c) and Privacy Act, s. 8(2)(m)(i) — Public interest being to assist public in assessing fairness of pension scheme — Discretionary benefit exception in s. 3(1) not applicable.*

*Accès à l'information — Demande de contrôle judiciaire à l'égard du refus par le ministre des Travaux publics de communiquer les noms des anciens parlementaires recevant ou ayant reçu des prestations de retraite en application de la Loi sur les allocations de retraite des parlementaires — Les renseignements demandés sont des renseignements personnels qui, à première vue, sont soustraits à la communication aux termes de l'art. 19(1) de la Loi sur l'accès à l'information — Étant donné que le public a accès à une bonne partie des renseignements ou que leur communication a fait l'objet d'un consentement, conformément à l'art. 19(2)(a) et b), le ministre n'est pas autorisé à refuser de les divulguer — Les autres renseignements devraient être communiqués, car l'intérêt public l'emporte sur l'intérêt privé non justifié, conformément à l'art. 19(2)(c) de la Loi sur l'accès à l'information et à l'art. 8(2)(m)(i) de la Loi sur la protection des renseignements personnels — L'intérêt public réside dans la nécessité d'aider le public à évaluer l'équité du régime de retraite — L'exemption prévue à l'art. 3(1) au titre de l'avantage facultatif ne s'applique pas.*

*Practice — Parties — Intervention — Information Commissioner applied for judicial review pursuant to Access to Information Act, ss. 3, 42(1)(a) of refusal to disclose names of MPs in receipt of statutory pension — Requester applied pursuant to Access to Information Act, s. 42(2) to be made party — Filing notice of intervention pursuant to R. 1611; indicating intention to raise issue of benefit amounts — R. 1611 allowing intervenor to address Court on issue already before it — S. 42(2) giving right to appear as party to review — Commissioner's application in accord with RR. 319, 321.1, setting out criteria to be met to grant Court jurisdiction to hear issues raised in*

*Pratique — Parties — Intervention — Le commissaire à l'information a présenté une demande de contrôle judiciaire fondée sur les art. 3 et 42(1)(a) de la Loi sur l'accès à l'information à l'égard du refus de divulguer les noms des parlementaires recevant ou ayant reçu des prestations de retraite — L'auteur de la demande de renseignements a demandé d'être constitué partie conformément à l'art. 42(2) de la Loi sur l'accès à l'information — Il a déposé un avis d'intervention en application de la Règle 1611 dans lequel il a indiqué son intention de soulever la question du montant des prestations — La Règle 1611 permet à l'intervenant de présenter des observations à la Cour au*

*application for judicial review — Not requesting disclosure of benefit amounts — Intervenor cannot circumvent process, raise issues not argued by parties.*

This was an application for judicial review of a refusal by the Minister of Public Works and Government Services to disclose to the added party, Mr. McCreery, the names of former MPs in receipt of pension benefits pursuant to the *Members of Parliament Retiring Allowances Act* (the MPRA) since it was enacted in 1952. Under the MPRA Act, an MP who has six years of service and who is retired is entitled to a pension.

*Access to Information Act*, subsection 19(1) requires the head of a government institution to refuse to disclose any record requested under the Act that contains personal information. The parties agreed that the requested information was personal and exempted from disclosure. Paragraph 3(l) excepts from inclusion in the definition of "personal information" information relating to any discretionary benefit of a financial nature. Subsection 19(2) permits the disclosure of personal information if (a) the individual to whom it relates consents to the disclosure; (b) the information is publicly available; or (c) the disclosure is in accordance with *Privacy Act*, section 8. *Privacy Act*, subparagraph 8(2)(m)(i) permits the disclosure of personal information where the public interest in disclosure clearly outweighs any invasion of privacy that could result from the disclosure. The Minister denied the request under the public interest override based on legal advice recommending that where there are doubts about the public availability of the information, the benefit of the doubt must be given in favour of protecting the information. After investigating McCreery's complaint, the Information Commissioner offered to initiate a court action for the release of the names of former MPs in receipt of pensions, but not for the benefit amounts. The Information Commissioner applied to the Court pursuant to *Access to Information Act*, section 3 and paragraph 42(1)(a) and filed an originating notice of motion pursuant to *Federal Court Rules*, Rule 319. McCreery applied to be made a party to the applicant's judicial review pursuant to *Access Act*, subsection 42(2) and filed a notice of intervention pursuant to Rule 1611 wherein he indicated an intention to raise the issue of benefit amounts.

*sujet d'une question dont celle-ci est déjà saisie — L'art. 42(2) permet à une personne de comparaître comme partie à l'instance — La demande du commissaire est conforme aux Règles 319 et 321.1, qui énoncent les critères devant être établis pour qu'il soit permis de conclure que la Cour a la compétence voulue pour entendre les questions soulevées dans la demande de contrôle judiciaire — La demande ne concerne pas la divulgation des montants des prestations — L'intervenant ne peut contourner les exigences énoncées dans les Règles et soulever des questions non plaidées par les parties.*

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire à l'égard du refus par le ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux de communiquer à la partie jointe, M. McCreery, les noms d'anciens parlementaires recevant ou ayant reçu des prestations de retraite conformément à la *Loi sur les allocations de retraite des parlementaires* (LARP) depuis la promulgation de cette Loi en 1952. Selon la LARP, le parlementaire qui compte six années de service a droit à une pension à sa retraite.

Le paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* oblige le responsable de l'institution fédérale à refuser de communiquer un document demandé qui renferme des renseignements personnels. Les parties ont convenu que les renseignements demandés étaient des renseignements personnels soustraits à la communication. L'alinéa 3l) exclut de la définition des «renseignements personnels» les renseignements portant sur un avantage financier facultatif. Le paragraphe 19(2) permet la communication de renseignements personnels dans les cas où a) l'individu qu'ils concernent y consent; b) le public y a accès; c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le sous-alinéa 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* permet la communication de renseignements personnels lorsque des raisons d'intérêt public justifieraient nettement une éventuelle violation de la vie privée pouvant découler de la communication. Le ministre a refusé la demande fondée sur la prépondérance de l'intérêt public en invoquant l'avis juridique qu'il avait reçu et selon lequel, en cas de doute concernant l'accès public aux renseignements, il faut accorder le bénéfice du doute en faveur de la protection de ceux-ci. Après avoir mené une enquête au sujet de la plainte de M. McCreery, le commissaire à l'information a proposé d'engager des procédures judiciaires afin d'obtenir la communication des noms des anciens parlementaires recevant ou ayant reçu des prestations de retraite, mais non des montants des prestations. Le commissaire à l'information a déposé une demande auprès de la Cour en application de l'article 3 et de l'alinéa 42(1)a) de la *Loi sur l'accès à l'information* ainsi qu'un avis introductif de requête conformément à la Règle 319 des *Règles de la Cour fédérale*. M. McCreery a demandé d'être constitué partie à la demande de contrôle judiciaire du requérant conformément au paragraphe 42(2)

The issues were: (1) whether McCreery, as an added party, could raise the issue of benefit amounts; (2) whether the requested information should be disclosed under the discretionary benefit exception set out in paragraph 3(*l*); (3) whether the requested information should be disclosed pursuant to paragraph 19(2)(*a*) or (*b*); and (4) whether the public interest in the information outweighed the private interest in preserving confidentiality.

*Held*, the application should be allowed.

(1) Rules 319 and 321.1 set out the criteria that must be met for the Court to have jurisdiction to hear issues raised in an application for judicial review. Rule 319 provides that an application to the Court shall be made by originating notice of motion setting out the precise relief sought. Rule 321.1 sets out the general procedure to be followed in originating applications, particularly with respect to the filing of parties' records. The purpose of Rule 1611 is to grant intervenor status in a judicial review proceeding and to allow the intervenor to address the Court on an issue that is already before it. Access Act, subsection 42(2) gives a person a right to appear as a party to the review, namely that filed in Court pursuant to section 3 and paragraph 42(1)(*a*) and Rules 319 and 321.1. McCreery could not circumvent this process by raising arguments during the discovery process or by serving a notice of intervention, and the respondent could not grant that jurisdiction by deeds or by consent. Since McCreery was simply an intervenor, he could not raise issues not argued by the parties.

(2) The discretionary benefit exception set out in paragraph 3(*l*) did not apply. There is nothing discretionary about who receives a pension benefit under the MPRA Act. If the two requirements are met i.e. the MP is retired, and he or she had six years of service, then a pension benefit is payable.

(3) The Minister had no discretion to refuse to disclose information that was publicly available or whose release was consented to. The requested information was public knowledge within the meaning of paragraph 19(2)(*b*). A person may visit the Library of Parliament and request the *Canadian Directory of Parliament*, which is a list of all

de la *Loi sur l'accès à l'information* et a déposé en application de la Règle 1611 un avis d'intervention dans lequel il a indiqué son intention de soulever la question des montants des prestations.

Les questions en litige étaient celles de savoir si (1) M. McCreery, comme partie jointe, pouvait soulever la question des montants des prestations; (2) les renseignements demandés devraient être communiqués aux termes de l'exception prévue à l'alinéa 3(*l*), qui concerne les renseignements portant sur un avantage facultatif; (3) les renseignements demandés devraient être communiqués en application des alinéas 19(2)(*a*) ou (*b*); et (4) l'intérêt public lié aux renseignements l'emporte sur l'intérêt privé rattaché à la protection de leur caractère confidentiel.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

(1) Les Règles 319 et 321.1 énoncent les critères devant être établis pour qu'il soit permis de conclure que la Cour a la compétence voulue pour entendre les questions soulevées dans une demande de contrôle judiciaire. Selon la Règle 319, toute demande à la Cour doit être présentée au moyen d'un avis introductif de requête qui énonce le redressement précis recherché. La Règle 321.1 énonce la procédure générale à suivre dans les requêtes introductives d'instance, notamment en ce qui a trait au dépôt des dossiers des parties. La Règle 1611 vise à accorder à une personne le statut d'intervenant dans une demande de contrôle judiciaire et à permettre à cette personne de présenter des observations à la Cour au sujet d'une question dont celle-ci est déjà saisie. Le paragraphe 42(2) de la *Loi sur l'accès à l'information* permet à une personne de comparaître comme partie à l'instance, en l'occurrence, la demande de contrôle judiciaire déposée auprès de la Cour aux termes de l'article 3 et de l'alinéa 42(1)(*a*) ainsi que des Règles 319 et 321.1. M. McCreery ne pouvait contourner ces exigences en soulevant des arguments au cours de l'interrogatoire préalable ou en signifiant un avis d'intervention et l'intimé ne pouvait accorder cette compétence à la Cour, que ce soit par des actes formalistes ou par son consentement. Étant donné que M. McCreery était simplement intervenant, il ne pouvait soulever des questions non plaidées par les parties.

(2) L'exception énoncée à l'alinéa 3(1) au titre de l'avantage facultatif ne s'applique pas. La question de savoir qui reçoit une pension de retraite aux termes de la LARP ne comporte aucun élément facultatif. Si les deux exigences sont respectées, c'est-à-dire si le parlementaire est à la retraite et qu'il compte six années de service, une pension de retraite sera versée.

(3) Le ministre n'avait pas le pouvoir discrétionnaire voulu pour refuser de communiquer des renseignements auxquels le public a accès ou qui ont fait l'objet d'un consentement. Les renseignements demandés sont des renseignements auxquels le public a accès au sens de l'alinéa 19(2)(*b*). Toute personne peut se rendre à la

former members of Parliament with the day they were first elected. That permission is needed to use the Library of Parliament does not detract from the public availability of the requested information. Moreover, the requested information may be gleaned from other sources. The very small number of MPs who purchased back their prior years of service was not, however, publicly available information.

The release of roughly one third of the requested information has been consented to.

There is no purpose to be served by interpreting paragraphs 19(2)(a) and (b) as discretionary. The purpose of paragraphs 19(2)(a) and (b) is to be directive. If the interested party consents to the release of information, or if information is in the public domain, then the head of a government institution is directed to disclose that information.

(4) Information which was not publicly available or which had not been the subject of a consent to release should also be disclosed since the public interest outweighed the unsupported claim to a private interest. The public interest in the requested information was to assist the public in assessing the fairness of the current pension scheme. The expectation of privacy in this case was diminished because the MPRA Act was enacted by MPs, who are accountable to the public, exclusively for their own benefit. Also a very small number of names was involved so that the public interest far outweighed whatever privacy interest there may have been.

Furthermore, the Minister did not balance the competing interests as required by the Act. Giving the benefit of the doubt does not evince a weighing of competing interests. The Minister accepted without question the legal advice. There was no evidence indicating how the Minister arrived at his decision.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 3 "government institution", 4(1)(b), 19, 41, 42, 48, 53(1).

*An Act to amend the Members of Parliament Retiring Allowances Act and to provide for the continuation of a certain provision*, S.C. 1995, c. 30.

*An Act to enact the Access to Information Act and the Privacy Act, to amend the Federal Court Act and*

*Bibliothèque du Parlement et demander le Canadian Directory of Parliament*, qui renferme une liste de tous les anciens parlementaires ainsi qu'une mention de la date à laquelle ils ont été élus pour la première fois. Même s'il est nécessaire d'obtenir l'autorisation afin d'utiliser les services de la Bibliothèque du Parlement, il n'en demeure pas moins que le public a accès aux renseignements demandés. De plus, ceux-ci peuvent être obtenus de plusieurs autres sources. Toutefois, le nombre infime de parlementaires qui ont racheté leurs années de service antérieures ne constitue pas un renseignement auquel le public a accès.

Environ le tiers des personnes visées par la demande de renseignements ont consenti à la communication de ceux-ci.

Il n'est pas utile d'interpréter les exemptions des alinéas 19(2)a) et b) comme des exemptions discrétionnaires. L'objet de ces deux dispositions est d'obliger. Elles visent à obliger le responsable de l'institution fédérale concernée à donner communication des renseignements lorsque la partie intéressée y consent ou lorsque lesdits renseignements font partie du domaine public.

(4) Les renseignements auxquels le public n'a pas accès ou dont la communication n'a pas fait l'objet d'un consentement devraient également être divulgués, étant donné que l'intérêt public l'emporte sur l'intérêt privé non justifié. L'intérêt public lié aux renseignements demandés réside dans la nécessité d'aider le public à évaluer l'équité du régime de retraite actuel. L'attente en matière de vie privée en l'espèce est moindre, parce que la LARP a été édictée par des parlementaires, qui doivent répondre au public, pour l'avantage exclusif de ces personnes. De plus, le nombre de noms concernés est si peu élevé que l'intérêt public l'emporte nettement sur les intérêts privés liés à la non-communication.

Par ailleurs, le ministre n'a pas soupesé les intérêts opposés, comme il devait le faire selon la Loi. Accorder le bénéfice du doute ne signifie pas nécessairement soupeser les intérêts opposés. Le ministre a accepté inconditionnellement l'avis juridique. Il n'existe aucun élément de preuve indiquant comment le ministre en est arrivé à sa décision.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi édictant la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels, modifiant la Loi sur la preuve au Canada et la Loi sur la Cour fédérale et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois*, S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I, II.

*Loi instituant la retraite des membres du Sénat*, S.C. 1965, ch. 4.

*the Canada Evidence Act, and to amend certain other Acts in consequence thereof*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I, II.

*An Act to make provision for the retirement of members of the Senate*, S.C. 1965, c. 4.

*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663, RR. 319 (as am. by SOR '88-221, s. 4), 321.1 (as enacted *idem*, s. 7; 92-43, s. 4), 1611 (as enacted *idem*, s. 19).

*Members of Parliament Retiring Allowances Act*, R.S.C., 1985, c. M-5.

*Members of Parliament Retiring Allowances Act (The)*, S.C. 1952, c. 45.

*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 3 "personal information", 7, 8, 26.

*Loi modifiant la Loi sur les allocations de retraite des parlementaires et prévoyant le rétablissement d'une disposition*, L.C. 1995, ch. 30.

*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 3 «institution fédérale», 4(1)b) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144), 19, 41, 42, 48, 53(1).

*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 3 «renseignements personnels», (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144) 7, 8, 26.

*Loi sur les allocations de retraite des députés*, S.C. 1952, ch. 45.

*Loi sur les allocations de retraite des parlementaires*, L.R.C. (1985), ch. M-5.

*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., ch. 663, Règles 319 (mod. par DORS/88-221, art. 4), 321.1 (éditée, *idem*, art. 7; 92-43, art. 4), 1611 (éditée, *idem*, art. 19).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Dagg v. Canada (Minister of Finance)*, [1995] 3 F.C. 199; (1995), 124 D.L.R. (4th) 553; 181 N.R. 139 (C.A.); *Information Commissioner (Canada) v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1986] 3 F.C. 63; (1986), 11 C.P.R. (3d) 81; 5 F.T.R. 287 (T.D.); *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 247; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 121; 164 N.R. 342 (C.A.).

##### DISTINGUISHED:

*Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 1 F.C. 268; (1995), 102 F.T.R. 30 (T.D.); *Sutherland v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1994] 3 F.C. 527; (1994), 115 D.L.R. (4th) 265; 77 F.T.R. 241 (T.D.); *Terry v. Canada (Minister of National Defence)* (1994), 30 Admin. L.R. (2d) 122; 86 F.T.R. 266 (F.C.T.D.).

##### CONSIDERED:

*Kelly v. Canada (Solicitor General)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54; 53 F.T.R. 147 (F.C.T.D.); aff'd (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304; 154 N.R. 319 (F.C.A.).

##### REFERRED TO:

*Al Yamani v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 1 F.C. 174; (1995), 129 D.L.R. (4th) 226; 32 C.R.R. (2d) 295; 103 F.T.R. 105; 31 Imm. L.R. (2d) 191 (T.D.); *International Fund for Animal Welfare, Inc. v.*

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*, [1995] 3 C.F. 199; (1995), 124 D.L.R. (4th) 553; 181 N.R. 139 (C.A.); *Commissaire à l'information (Canada) c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1986] 3 C.F. 63; (1986), 11 C.P.R. (3d) 81; 5 F.T.R. 287 (1<sup>re</sup> inst.); *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 247; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 121; 164 N.R. 342 (C.A.).

##### DISTINCTION FAITE AVEC:

*Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 1 C.F. 268; (1995), 102 F.T.R. 30 (1<sup>re</sup> inst.); *Sutherland c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1994] 3 C.F. 527; (1994), 115 D.L.R. (4th) 265; 77 F.T.R. 241 (1<sup>re</sup> inst.); *Terry c. Canada (Ministre de la Défense nationale)* (1994), 30 Admin. L.R. (2d) 122; 86 F.T.R. 266 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

##### DÉCISION EXAMINÉE:

*Kelly c. Canada (Solliciteur général)* (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54; 53 F.T.R. 147 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. par. (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304; 154 N.R. 319 (C.A.F.).

##### DÉCISIONS CITÉES:

*Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 1 C.F. 174; (1995), 129 D.L.R. (4th) 226; 32 C.R.R. (2d) 295; 103 F.T.R. 105; 31 Imm. L.R. (2d) 191 (1<sup>re</sup> inst.); *Fonds international pour la défense des ani-*

*Canada*, [1988] 3 F.C. 590; (1988), 83 N.R. 301 (C.A.); *Grand Council of the Crees (of Quebec) v. Canada (Minister of External Affairs and International Trade)*, [1996] F.C.J. No. 903 (T.D.) (QL).

*maux, Inc. c. Canada*, [1988] 3 C.F. 590; (1988), 83 N.R. 301 (C.A.); *Grand conseil des Cris (du Québec) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures et du Commerce international)*, [1996] A.C.F. n° 903 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

APPLICATION for judicial review of the Minister's refusal to disclose the names of former MPs in receipt of pension benefits pursuant to the *Members of Parliament Retiring Allowances Act* since it was enacted in 1952. Application allowed.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l'égard du refus par le ministre de communiquer les noms d'anciens parlementaires ayant reçu ou recevant des prestations de retraite conformément à la *Loi sur les allocations de retraite des parlementaires* depuis la promulgation de cette Loi en 1952. Demande accueillie.

COUNSEL:

*Daniel Brunet* for applicant.  
*Terrence Joyce* for respondent.

AVOCATS:

*Daniel Brunet* pour le requérant.  
*Terrence Joyce*, pour l'intimé.

APPEARANCE:

Matthew McCreery on his own behalf.

A COMPARU:

Matthew McCreery pour lui-même.

SOLICITORS:

*Office of the Information Commissioner of Canada* for the applicant.  
*Attorney General of Canada* for respondent.

PROCUREURS:

*Commissariat à l'information du Canada* pour le requérant.  
*Le procureur général du Canada* pour l'intimé.

ADDED PARTY ON HIS OWN BEHALF:

Matthew McCreery.

PARTIE JOINTE POUR ELLE-MÊME:

Matthew McCreery.

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

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

1 RICHARD J.: This is an application by the Information Commissioner pursuant to section 41 of the *Access to Information Act*,<sup>1</sup> (the Access Act), for a review of the decision by the respondent Minister to withhold records in his control relating to the names of former members of Parliament in receipt of pension benefits pursuant to the *Members of Parliament Retiring Allowances Act*,<sup>2</sup> (the MPRA Act), since it was enacted in 1952 [S.C. 1952, c. 45].

1 LE JUGE RICHARD: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*<sup>1</sup> (la *Loi sur l'accès à l'information*) et présentée par le Commissaire à l'information à l'égard du refus par le ministre intimé de communiquer les documents sous son contrôle se rapportant aux noms d'anciens parlementaires qui ont reçu des prestations de retraite conformément à la *Loi sur les allocations de retraite des parlementaires*<sup>2</sup> (la LARP) depuis la promulgation de cette Loi en 1952 [S.C. 1952, ch. 45].

Legislative History

2 Under the MPRA Act, a member of Parliament (MP) who has six years of service and who is

Origine législative

2 Selon la LARP, le parlementaire qui compte six années de service a droit à une pension à sa retraite.

retired is entitled to a pension. An MP whose service has been interrupted may elect to direct his/her prior years of service toward the six-year requirement. For example, an MP who had two non-consecutive five-year terms of parliamentary service would be entitled to a pension under the MPRA Act if that MP elected to reinstate, or "buy-back", the first term of service.

Le parlementaire dont le service a été interrompu peut décider d'affecter ses années de service antérieures à l'exigence de six années. Ainsi, le parlementaire qui compte deux périodes de service parlementaire non consécutives d'une durée de cinq ans chacune aurait droit à une pension aux termes de la LARP s'il décidait de rétablir ou de «racheter» la première période de service.

3 In 1965, the MPRA Act was amended to provide coverage for the members of the Senate of Canada [*An Act to make provision for the retirement of members of the Senate*, S.C. 1965, c. 4].

3 En 1965, la LARP a été modifiée de façon à couvrir également les membres du Sénat canadien [*Loi instituant la retraite des membres du Sénat*, S.C. 1965, ch. 4].

4 In 1995 [S.C. 1995, c. 30] the MPRA Act was again amended, after a federal election in which pensions were part of the public debate, to provide MPs, among other things, the option of donating their pension benefits as a gift to the Crown.

4 En 1995 [L.C. 1995, ch. 30], la LARP a été modifiée de nouveau par suite d'une élection fédérale au cours de laquelle un débat public a été tenu au sujet, notamment, de la possibilité pour les parlementaires de faire don à Sa Majesté de leurs allocations de retraite.

### Background

### Faits à l'origine du litige

5 On September 1, 1993, Matthew McCreery, a resident of Canada pursuant to paragraph 4(1)(b) of the Access Act, made an access request to the Department of Supply and Services seeking the following information:

5 Le 1<sup>er</sup> septembre 1993, Matthew McCreery, résident du Canada conformément à l'alinéa 4(1)b) [mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144] de la *Loi sur l'accès à l'information*, a présenté au ministère des Approvisionnements et Services une demande d'accès en vue d'obtenir les renseignements suivants:

1) As of September 1, 1993, the identity of every actual and eligible recipient of a retirement pension by or under the *Members of Parliament Retiring Allowances Act* since its original enactment;

[TRADUCTION] 1) L'identité, le 1<sup>er</sup> septembre 1993, de chaque prestataire réel et admissible d'une pension de retraite aux termes de la *Loi sur les allocations de retraite des parlementaires* depuis la promulgation initiale de cette Loi.

2) In the case of actual recipients to whom pension payments have ceased, the total amount of the retirement pension that has been issued to each such recipient;

2) Dans le cas des prestataires réels qui ont cessé de recevoir des allocations de retraite, le montant total de la pension de retraite qui a été versé à chacun d'eux.

3) In the case of actual recipients to whom pension payments continue, the total amount of the retirement pension that has been issued to each such recipient as of September 1, 1993; and

3) Dans le cas des prestataires réels qui ont cessé de recevoir des allocations de retraite, le montant total de la pension de retraite qui a été versé à chacun d'eux le 1<sup>er</sup> septembre 1993.

4) For each actual recipient, the actual or true portion of the total amount of the retirement pension issued to each recipient that is attributable to any form of Government contribution, adjustment, or other pecuniary credit or expenditure.

4) Dans le cas de chacun des prestataires réels, la partie réelle du montant total de la pension de retraite versée qui est attribuable à une forme de contribution, de rajustement ou de tout autre crédit ou dépense pécuniaire du gouvernement.

6 Shortly after Mr. McCreery's request was denied, he lodged a complaint with the Information Commissioner who, after his own investigation, sent the following letter to Mr. McCreery dated January 11, 1995:

With your consent, I am prepared to initiate, and bear the expenses of, a court proceeding pursuant to paragraph 42(1)(a) of the access law. A form is included on which you may record your consent should you decide to give it.

In coming to your decision about giving consent, you should be aware that I would be only asking the Federal court to order the release of the names of former MPs in receipt of pensions. I would not be seeking disclosure of all the information which you originally sought. Should you wish to have the Court consider whether all the information withheld from you should be disclosed, you must make application to the Court on your own, pursuant to section 41 or 42(2),<sup>3</sup> within 45 days of receiving this report.

#### Nature of the Application for Judicial Review

##### (1) The Status of the Added Party

7 The first issue before me is the status of Mr. McCreery in this proceeding.

8 The Information Commissioner told Mr. McCreery that he could appear, pursuant to subsection 42(2) of the Access Act, as a party to the review, being the Information Commissioner's application which, as explained by him, is a request for the disclosure only of the names of former MPs in receipt of pension payments. The letter stated that if Mr. McCreery wished to seek disclosure of all the information encompassed by his original request, then Mr. McCreery would have to file his own application for judicial review with this Court pursuant to section 41 of the Access Act.

9 The Information Commission filed the following originating notice of motion on March 3, 1995:

6 Peu de temps après avoir vu sa demande refusée, M. McCreery a déposé une plainte auprès du Commissaire à l'information qui, à l'issue de sa propre enquête, lui a envoyé la lettre suivante en date du 11 janvier 1995:

[TRADUCTION] Avec votre consentement, je suis prêt à engager des procédures judiciaires fondées sur l'alinéa 42(1)a) de la *Loi sur l'accès à l'information* et à supporter les frais s'y rapportant. Vous trouverez sous pli une formule sur laquelle vous pourrez consigner votre consentement, si vous décidez de le donner.

Avant de prendre votre décision au sujet de votre consentement, vous devriez savoir que je demanderai uniquement à la Cour fédérale d'ordonner la communication des noms des anciens parlementaires qui reçoivent ou ont reçu des prestations de retraite et que je ne tenterai nullement d'obtenir la divulgation de tous les renseignements que vous avez demandés initialement. Si vous souhaitez que la Cour détermine si tous les renseignements dont la communication vous a été refusée devraient être divulgués, vous devrez présenter une demande à la Cour de votre propre chef, conformément à l'article 41 ou au paragraphe 42(2)<sup>3</sup>, dans les 45 jours suivant la réception du présent compte rendu.

#### Nature de la demande de contrôle judiciaire

##### (1) Le statut de la partie jointe

7 La première question que je dois trancher concerne le statut de M. McCreery en l'espèce.

8 Le Commissaire à l'information a fait savoir à M. McCreery que, conformément au paragraphe 42(2) de la *Loi sur l'accès à l'information*, celui-ci pourrait comparaître à titre de partie à l'instance, soit la demande du Commissaire, qui porte uniquement, comme il l'a expliqué, sur la divulgation des noms des anciens parlementaires recevant ou ayant reçu des prestations de retraite. Dans sa lettre, le Commissaire a ajouté que, s'il souhaitait obtenir la communication de tous les renseignements mentionnés dans sa demande initiale, M. McCreery devrait déposer sa propre demande de contrôle judiciaire auprès de la Cour conformément à l'article 41 de la *Loi sur l'accès à l'information*.

9 Le 3 mars 1995, le Commissaire à l'information a déposé l'avis introductif de requête suivant:

TAKE NOTICE that an application will be made by the Information Commissioner of Canada, pursuant to paragraph 42(1)(a) of the *Access to Information Act*, R.S.C. 1985, c. A-1 (the *Act*) before the Federal Court at Ottawa, at a date to be fixed by the Court upon motion for directions to be followed by the parties.

The applicant seeks a review of the refusal of the respondent to disclose some of the information contained in records requested under the *Act* by the above-mentioned individual (the requestor).

The applicant requests an order pursuant to s. 49 of the *Act* directing the respondent to disclose to the requestor the records or portions thereof which the applicant concluded pursuant to s. 37 of the *Act*, do not qualify for exemption from disclosure under the provisions relied upon by the respondent, being: section 19 of the *Act*. In particular, the applicant requests an order directing the respondent to disclose to the requestor the names of former Members of Parliament in receipt of benefits under the *Members of Parliament Retiring Allowances Act* [R.S., 1985 c. M-5; 1992, c. 46, s. 81] (the "MPRA act"). This information is hereinafter referred to as the 'disputed information'.

10 Mr. McCreery elected to be made a party to the applicant's judicial review pursuant to subsection 42(2) of the *Access Act*, and filed a notice of intervention on March 24, 1995. However, the notice of intervention included the following paragraphs:

AND FURTHER TAKE NOTICE that in addition to the issues raised by the Information Commissioner of Canada, the added party will raise the following issues:

– the issue of the amounts of benefits for each former MP recipients.

Mr. McCreery raised the issue of the benefit amounts again during the discovery process leading up to this judicial review causing some confusion amongst the parties. When counsel for the respondent was asked whether the amounts received by pension recipients as well as their names were the issues before the Court, he agreed and sought leave to file further affidavit evidence in support of the Minister's decision to withhold information concerning the amounts.

[TRADUCTION] SACHEZ QUE le Commissaire à l'information du Canada présentera à la Cour fédérale du Canada une demande fondée sur l'alinéa 42(1)a) de la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1 (la *Loi*), à la date que la Cour fixera sur présentation d'une requête visant à obtenir des directives quant à la conduite des parties.

Le requérant demande la révision du refus par l'intimé de divulguer certains renseignements contenus dans les documents visés par la demande que la personne mentionnée ci-dessus (le demandeur) a présentée aux termes de la *Loi*.

Le requérant demande une ordonnance fondée sur l'article 49 de la *Loi* en vue d'enjoindre à l'intimé de communiquer au demandeur les documents ou les parties de ceux-ci qui, d'après la conclusion à laquelle le requérant en est arrivé conformément à l'article 37 de la *Loi*, ne peuvent faire l'objet d'une exemption selon les dispositions que l'intimé invoque, soit l'article 19 de la *Loi*. Plus précisément, le requérant demande une ordonnance enjoignant à l'intimé de communiquer au demandeur les noms des anciens parlementaires recevant ou ayant reçu des prestations de retraite en application de la *Loi sur les allocations de retraite des parlementaires* [L.R.C. (1985), ch. M-5; 1992, ch. 46, article 81] (la «LARP»). Lesdits renseignements sont ci-après appelés les «renseignements contestés».

M. McCreery a décidé d'être constitué partie à la demande de contrôle judiciaire du requérant conformément au paragraphe 42(2) de la *Loi sur l'accès à l'information* et, le 24 mars 1995, il a déposé un avis d'intervention qui comprenait toutefois les paragraphes suivants:

[TRADUCTION] SACHEZ ÉGALEMENT qu'en plus des questions soulevées par le Commissaire à l'information du Canada, la partie jointe soumettra la question suivante:

– la question du montant des allocations versées à chaque prestataire qui est un ancien parlementaire.

Au cours de l'interrogatoire préalable qui a mené à l'audition de la présente demande de contrôle judiciaire, M. McCreery a de nouveau soulevé la question du montant des prestations, ce qui a créé de la confusion entre les parties. Lorsqu'il s'est fait demander si les questions dont la Cour était saisie portaient à la fois sur les montants reçus par les prestataires et sur leurs noms, l'avocat de l'intimé a répondu par l'affirmative et a demandé l'autorisation de déposer une autre preuve par affidavit au soutien du refus par le ministre de communiquer les renseignements concernant les montants.

- 11 In order to clarify the issues before me, I asked counsel for the applicant what the Information Commissioner was seeking. Counsel stated that the Information Commissioner sought only the release of the names of former MPs in receipt of pension payments under the MPRA Act as of the date of Mr. McCreery's initial request, September 1, 1993.
- 11 Afin de clarifier les questions dont je suis saisi, j'ai demandé à l'avocat du requérant quels étaient les renseignements dont le Commissaire à l'information demandait la divulgation et l'avocat a répondu que le Commissaire cherchait à obtenir uniquement la communication des noms des anciens parlementaires qui recevaient ou avaient reçu des prestations de retraite en application de la LARP à la date de la demande initiale de M. McCreery, soit le 1<sup>er</sup> septembre 1993.
- (2) Jurisdiction to Hear Issues not Raised by the Applicant
- (2) Compétence pour entendre des questions non soulevées par le requérant
- 12 Counsel for the respondent questioned the Court's jurisdiction to hear Mr. McCreery on the issue of the amount of the pension benefits; notwithstanding his former statements and his application to seek leave to file further affidavit evidence on the subject. Counsel for the respondent argued that neither his words nor his actions could confer jurisdiction on this Court to hear Mr. McCreery on the amounts of the benefits if that jurisdiction did not exist before. I asked for written submissions on this matter.
- 12 L'avocat de l'intimé a mis en doute la compétence dont la Cour dispose pour entendre M. McCreery quant à la question du montant des prestations de retraite, malgré ses déclarations précédentes et sa demande d'autorisation de déposer une autre preuve par affidavit à ce sujet. L'avocat de l'intimé a soutenu que ni les propos de M. McCreery non plus que ses actions ne peuvent conférer à la Cour la compétence voulue pour l'entendre au sujet du montant des prestations si ladite compétence n'existait pas auparavant. J'ai demandé aux parties de me soumettre des observations écrites sur ce point.
- 13 Pursuant to section 3 and paragraph 42(1)(a) of the Access Act, jurisdiction to review a refusal of disclosure is given to this Court by filing an originating notice of motion as required by Rule 319 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663 (as am. by SOR/88-221, s. 4)]. Rule 319 requires that an originating notice of motion set out the precise relief sought. In addition to Rule 319, an applicant must also satisfy Rule 321.1 [as enacted *idem*, s. 7; 92-43, s. 4] which sets out the general procedure to be followed in originating applications, particularly with respect to the filing of the parties' records.
- 13 Selon l'article 3 et l'alinéa 42(1)a) de la *Loi sur l'accès à l'information*, la compétence relative à la révision d'une décision portant sur le refus de communiquer des renseignements est conférée à la Cour par le dépôt d'un avis introductif de requête conformément à la Règle 319 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., ch. 663 (mod. par DORS/88-221, art. 4)], qui exige que l'avis en question énonce le redressement précis recherché. La partie requérante doit également se conformer à la Règle 321.1 [éditée, *idem*, art. 7; 92-43, art. 4], qui énonce la procédure générale à suivre dans les requêtes introductives d'instance, notamment quant au dépôt des dossiers des parties.
- 14 Since the purpose of Rules 319<sup>4</sup> and 321.1<sup>5</sup> is to commence a judicial review, they are detailed in their requirements so that the issues are clearly set out between the parties and before the Court so that the judicial review may proceed smoothly and fairly
- 14 Les Règles 319<sup>4</sup> et 321.1<sup>5</sup>, qui portent sur l'introduction des demandes de contrôle judiciaire, énoncent des exigences détaillées de façon que chacune des parties expose clairement à l'autre partie et à la Cour les questions à trancher et que l'instance puisse

with opposing parties fully apprised of the issues in advance of the hearing.

15 The Information Commissioner made its application to the Court pursuant to section 3 and paragraph 42(1)(a) of the Access Act and filed an originating notice of motion pursuant to Rule 319 of the *Federal Court Rules*. On the other hand, Mr. McCreery made an application pursuant to subsection 42(2) and filed a notice of intervention pursuant to Federal Court Rule 1611 [as enacted by SOR/92-43, s. 19].<sup>6</sup>

16 The purpose of Rule 1611 is to grant a person intervenor status in a judicial review proceeding and to allow that person to address the Court on an issue that is already before it. Subsection 42(2) of the Access Act gives a person a right to appear as a party specifically to the review. In this case, the review is that which had been filed in this Court pursuant to section 3 and paragraph 42(1)(a) and in accordance with Rules 319 and 321.1; namely, the Information Commissioner's application for the release of names of former MPs in receipt of pension payments under the MPRA Act as of September 1, 1993, the date of the original request.

17 Rules 319 and 321.1 set out the criteria that must be met to grant this Court jurisdiction to hear issues raised in an application for judicial review. Mr. McCreery cannot circumvent this process by raising arguments during the discovery process or by serving a notice of intervention, nor can respondent's counsel grant that jurisdiction to this Court by deeds or by consent. It is an elementary rule of administrative law that parties cannot consent to the jurisdiction of a court if that court does not already possess the jurisdiction to hear the matter.

18 Since Mr. McCreery is simply an intervenor in this matter, I note the well-established principle that

se dérouler sans heurts et de façon équitable, chaque partie étant parfaitement informée des questions en litige avant l'audience.

15 Le Commissaire à l'information a présenté sa demande à la Cour conformément à l'article 3 et à l'alinéa 42(1)a) de la *Loi sur l'accès à l'information* et déposé un avis introductif de requête conformément à la Règle 319 des *Règles de la Cour fédérale*. Pour sa part, M. McCreery a présenté une demande fondée sur le paragraphe 42(2) et déposé un avis d'intervention conformément à la Règle 1611 [édifiée par DORS/92-43, art. 19]<sup>6</sup>.

16 La Règle 1611 vise à accorder à une personne le statut d'intervenant dans une demande de contrôle judiciaire et à permettre à cette personne de présenter des observations à la Cour au sujet d'une question dont celle-ci est déjà saisie. Le paragraphe 42(2) de la *Loi sur l'accès à l'information* permet à une personne de comparaître comme partie à l'instance. Dans la présente affaire, l'instance est la demande de contrôle judiciaire qui avait été déposée auprès de la Cour aux termes de l'article 3 et de l'alinéa 42(1)a) et conformément aux Règles 319 et 321.1, soit la demande du Commissaire à l'information en vue d'obtenir la communication des noms des anciens parlementaires qui ont reçu ou recevaient des prestations de retraite en application de la LARP le 1<sup>er</sup> septembre 1993, la date de la demande initiale.

17 Les Règles 319 et 321.1 énoncent les critères devant être établis pour qu'il soit permis de conclure que la Cour a la compétence voulue pour entendre les questions soulevées dans une demande de contrôle judiciaire. M. McCreery ne peut contourner ces exigences en soulevant des arguments au cours de l'interrogatoire préalable ou en signifiant un avis d'intervention et l'avocat de l'intimé ne peut accorder cette compétence à la Cour par des actes formalistes ou par son consentement. Selon une règle élémentaire du droit administratif, les parties ne peuvent admettre la compétence d'un tribunal si celui-ci n'en est pas déjà investi.

18 Étant donné que M. McCreery est simplement un intervenant en l'espèce, je souligne que, selon le

an intervenor cannot raise issues not argued by the parties.<sup>7</sup>

principe bien reconnu, un intervenant ne peut soulever des questions que les parties n'ont pas plaidées<sup>7</sup>.

(3) The Meaning to be Given to the Abbreviation "MP"

(3) Le sens à donner au mot «parlementaire»

19 Finally, there was some discussion as to whether the use of the abbreviation "MP" includes Senators, so that Mr. McCreery could be heard on the issue of the names of Senators in receipt of pension benefits, since the MPRA Act was amended in 1965 to include members of the Upper Chamber, and since a cross-examination of one of the affiants revealed that there are six Senators whose records found their way into the hands of the respondent Minister. It is clear from the record that the references by the Information Commissioner to MPs is intended to designate members of the House of Commons and not members of the Senate. Indeed, the Access Act does not apply to the Senate.<sup>8</sup>

19 Enfin, un débat a eu lieu sur la question de savoir si le mot «parlementaire» comprend les sénateurs, de sorte que M. McCreery pourrait être entendu sur la question du nom des sénateurs ayant reçu ou recevant des prestations de retraite, étant donné que la LARP a été modifiée en 1965 pour s'appliquer également aux membres du Sénat et qu'il appert du contre-interrogatoire de l'un des déposants que le ministre intimé a eu en sa possession les dossiers de six sénateurs. Il appert manifestement de la preuve que les renvois du Commissaire à l'information aux parlementaires visent les membres de la Chambre des communes et non les membres du Sénat. Effectivement, la *Loi sur l'accès à l'information* ne s'applique pas au Sénat<sup>8</sup>.

(4) Conclusion on Nature of the Application

(4) Conclusion quant à la nature de la demande

20 Therefore, the application before the Court is for the release of the names of former MPs, that is, members of the House of Commons, in receipt of pension payments under the MPRA Act as of September 1, 1993 (the requested information).

20 La demande dont la Cour est saisie porte donc sur la communication des noms des anciens parlementaires, soit les membres de la Chambre des communes, qui ont reçu ou recevaient des prestations de retraite en application de la LARP le 1<sup>er</sup> septembre 1993 (les renseignements demandés).

21 Having determined the nature of the application before me, I turn now to this Court's review of the Minister's decision not to disclose the requested information.

21 Ayant déterminé la nature de la demande dont je suis saisi, j'examine maintenant la décision du ministre de ne pas communiquer les renseignements demandés.

Section 19: The Personal Information Exemption

Article 19: l'exemption relative aux renseignements personnels

22 The Minister claims that the requested information is exempted from disclosure pursuant to section 19, the personal information exemption of the Access Act.<sup>9</sup>

22 Le ministre soutient que les renseignements demandés sont soustraits à la communication aux termes de l'article 19, l'exemption relative aux renseignements personnels de la *Loi sur l'accès à l'information*<sup>9</sup>.

23 The operation of section 19 of the Access Act was most recently canvassed in *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and*

23 L'application de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information* a été examinée très récemment dans l'affaire *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre*

*Immigration*)<sup>10</sup> and followed in *Grand Council of the Crees (of Quebec) v. Canada (Minister of External Affairs and International Trade)*.<sup>11</sup> The first step is to determine whether the Minister properly found that the requested information was exempted from disclosure pursuant to the personal information exemption.

24 Paragraphs 3(a) through 3(i) of the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21] broadly define "personal information" as being "information about an identifiable individual that is recorded in any form". Paragraphs 3(j) through 3(m) provide exceptions to what is included in the definition of "personal information" for the purposes of sections 7, 8 and 26 of the *Privacy Act* and section 19 of the *Access Act*. As explained by Chief Justice Isaac in the *Dagg v. Canada (Minister of Finance)*<sup>12</sup> case:

The *Access Act* and the *Privacy Act* were enacted by Parliament as schedules to *An Act to enact the Access to Information Act and the Privacy Act . . .* [etc.]<sup>13</sup> and came into force at the same time. Their purposes are not obscure. The purpose of the *Access Act*, stated in subsection 2(1) of that Act, is to afford to the public access to information under the control of the Government of Canada in accordance with the principles expressed in the legislation and subject to the limited and specific exceptions contained therein. Section 19 of that Act, which relates to "personal information", describes only one of many such "limited and specific exceptions" contained in the Act. Similarly, the purpose of the *Privacy Act* is expressly stated in section 2 thereof in plain and unambiguous language. It is two-fold: to protect the privacy of individuals with respect to "personal information" about themselves held by an institution of the Government of Canada and to provide those individuals with a right of access to that information.

It is obvious that both statutes are to be read together, since section 19 of the *Access Act* does incorporate by reference certain provisions of the *Privacy Act*. Nevertheless, there is nothing in the language of either statute which suggests, let alone compels, the conclusion that the one is subordinate to the other. They are each on the same footing. Neither is pre-eminent. There is no doubt that

*de l'Emploi et de l'Immigration*)<sup>10</sup>, dont la décision a été suivie dans l'arrêt *Grand conseil des Cris (du Québec) c. Canada (Ministre des Affaires extérieures et du Commerce international)*<sup>11</sup>. La première étape consiste à déterminer si le ministre a eu raison de conclure que les renseignements demandés étaient soustraits à la communication selon l'exemption relative aux renseignements personnels.

Les alinéas 3a) à 3i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21] définissent de façon large les «renseignements personnels» comme «les renseignements, quels que soient leur forme et leur support, concernant un individu identifiable». Les alinéas 3j) à 3m) [alinéa 3k) (mod. par L.C. 1992, ch. 1, art. 144)] énoncent les exceptions aux éléments inclus dans la définition des «renseignements personnels» aux fins des articles 7, 8 et 26 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information*. Comme le juge en chef Isaac l'a expliqué dans l'arrêt *Dagg c. Canada (Ministre des Finances)*<sup>12</sup>,

[Le Parlement a édicté la *Loi sur l'accès à l'information* et la *Loi sur la protection des renseignements personnels* comme annexes à la *Loi édictant la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels . . .* [etc.]<sup>13</sup> qui sont entrées en vigueur en même temps. Les objets qu'elles visent ne sont pas obscurs. Le paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* énonce que cette Loi vise à assurer au public l'accès aux documents de l'administration fédérale conformément aux principes exprimés dans la Loi et sous réserve des exceptions précises et limitées qui y sont prévues. L'article 19 de cette Loi, qui concerne les «renseignements personnels», ne décrit que l'une des nombreuses «exceptions précises et limitées» prévues dans la Loi. De la même façon, l'objet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est énoncé en termes clairs à l'article 2 de cette Loi. Cet objet consiste à assurer la protection de la vie privée d'individus en ce qui concerne des «renseignements personnels» relevant des institutions fédérales ainsi qu'à fournir à ces individus un droit d'accès à ces renseignements.

Il est évident que les deux lois doivent être lues ensemble, étant donné que l'article 19 de la *Loi sur l'accès à l'information* intègre par renvoi certaines dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Néanmoins, aucune disposition de l'une ou l'autre de ces lois ne donne à entendre que l'une est subordonnée à l'autre. Toutes deux ont la même importance et aucune ne

they are complementary and must be construed harmoniously with each other according to well-known principles of statutory interpretation in order to give effect to the stated parliamentary intention and in order to ensure the attainment of the stated parliamentary objectives.

doit l'emporter sur l'autre. Il est indéniable qu'elles sont complémentaires et doivent être interprétées de façon harmonieuse, conformément aux principes d'interprétation législative bien reconnus, de façon à donner effet à l'intention déclarée du Parlement et à assurer la réalisation des objectifs qu'il a énoncés.

25 The initial burden of proof rests with the party claiming the personal information exemption pursuant to section 48 of the Access Act. Once that has been satisfied, the onus shifts to the applicant to establish that one of the four exceptions set out in paragraphs 3(j) through 3(m) of the *Privacy Act* apply.

Le fardeau de preuve initial incombe à la partie qui invoque l'exemption relative aux renseignements personnels aux termes de l'article 48 de la *Loi sur l'accès à l'information*. Une fois que cette partie a établi les éléments nécessaires, il appartient à la partie requérante de prouver que l'une des quatre exceptions énoncées aux alinéas 3j) à 3m) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* s'applique.

26 In this case, the applicant and the respondent agree that the requested information is exempted from disclosure as it qualifies as personal information under the Access Act. However, Mr. McCreery argued that the requested information should be disclosed as it fits into the "discretionary benefit" exception set out in paragraph 3(l)<sup>14</sup> and the people who are benefited by the MPRA Act are also the ones who control it.

Dans la présente affaire, le requérant et l'intimé admettent que les renseignements demandés sont soustraits à la communication, parce qu'ils constituent des renseignements personnels aux termes de la *Loi sur l'accès à l'information*. Toutefois, M. McCreery a soutenu que les renseignements demandés devraient être communiqués, parce qu'ils sont visés par l'exception prévue à l'alinéa 3l), qui concerne les renseignements portant sur un avantage facultatif<sup>14</sup>, et que les personnes qui bénéficient de la LARP sont également les seules qui en contrôlent l'application.

27 The MPRA Act entitles all retired MPs who meet the six-year requirement to a pension. Thus, a recipient under the MPRA Act is no longer an MP, but a private citizen who, like all other Canadian citizens, is entitled to the pension programme he or she has paid into. There is nothing discretionary about who receives a pension benefit under the MPRA Act. There are two requirements an MP must meet before he or she can receive a pension: he or she must be retired, and he or she must have six years of service. If those two qualifications are met, then a pension benefit is issued. If those two qualifications are not met, then no pension benefit is received. Accordingly, the discretionary benefit exception set out in paragraph 3(l) of the *Privacy Act* does not apply and the requested information is personal information which is excluded from disclosure.

La LARP accorde à tous les parlementaires qui respectent l'exigence de six ans le droit à une pension à leur retraite. Par conséquent, la personne qui reçoit une pension aux termes de la LARP n'est plus un parlementaire, mais plutôt un citoyen privé qui, à l'instar des autres citoyens canadiens, a le droit de bénéficier du programme de retraite dans lequel il a versé des cotisations. La question de savoir qui reçoit une pension de retraite aux termes de la LARP ne comporte aucun élément facultatif. Pour avoir droit à une pension de retraite, le parlementaire doit respecter deux exigences: d'abord, il doit être à la retraite et, en deuxième lieu, il doit compter six années de service. Si ces deux exigences sont respectées, une pension de retraite sera versée. Dans le cas contraire, aucune pension ne sera versée. En conséquence, l'exception prévue à l'alinéa 3(l) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*

quant aux renseignements qui concernent des avantages facultatifs ne s'applique pas et les renseignements demandés sont des renseignements personnels qui sont soustraits à la communication.

28 The next step is to look at subsection 19(2), which provides, that notwithstanding the information may be properly withheld under the Access Act, the Minister may nevertheless disclose the requested information if it falls within the exceptions set out in paragraphs 19(2)(a), (b) or (c) of the Access Act.

L'étape suivante consiste à examiner le paragraphe 19(2), qui énonce que, même si les renseignements peuvent faire l'objet d'un refus aux termes de la *Loi sur l'accès à l'information*, le ministre peut donner communication des renseignements demandés s'ils sont visés par les exceptions énoncées aux alinéas 19(2)a), b) ou c) de la *Loi sur l'accès à l'information*. 28

Public Availability and Consent to Disclosure of the Requested Information

Accès public et consentement à la communication des renseignements demandés

29 The applicant submits that the requested information is "publicly available", pursuant to paragraph 19(2)(b) of the Access Act, and ought to be disclosed, except for those MPs who did not have six years of continuous service or who made a gift of their pension benefit to the Crown. The applicant concedes that for this latter category of names, there is no public information available to indicate which MPs purchased their previous years of service, or which MPs made a gift of their pension benefit to the Crown. I note that the issue of which MPs made Crown gifts out of their pension benefits does not arise here since that amendment was made in 1995 and Mr. McCreery's information request is dated 1993.

Le requérant soutient que le public a accès aux renseignements demandés au sens de l'alinéa 19(2)b) de la *Loi sur l'accès à l'information* et que ceux-ci devraient donc être communiqués, sauf dans le cas des parlementaires qui ne comptaient pas six années de service continu ou qui ont fait don de leurs prestations de retraite à Sa Majesté. Le requérant admet que, dans le cas de cette dernière catégorie de noms, il n'existe pas de renseignements publiquement accessibles permettant de savoir quels sont les parlementaires qui ont racheté leurs années de service antérieures ou qui ont fait don de leurs prestations de retraite à Sa Majesté. Je souligne que la question de savoir quels sont les parlementaires qui ont fait don de leurs prestations de retraite à Sa Majesté ne se pose pas en l'espèce, étant donné que la modification a été apportée en 1995 et que la demande de renseignements de M. McCreery remonte à 1993. 29

30 In relation to the stated facts, the Information Commissioner wrote to the Deputy Minister of the Department of Supply and Services on February 16, 1995 stating that the requested information was publicly available for the following reason:

Le 16 février 1995, le Commissaire à l'information a écrit au sous-ministre du ministère des Approvisionnements Services au sujet des faits énoncés et a précisé que le public avait accès aux renseignements en question pour la raison suivante: 30

Anyone, even a grade school child of average intelligence, could go to a library, consult the *Parliamentary Guide* and compile this information with minimal effort. It is a simple matter to determine what former members have served for six years or more.

[TRADUCTION] Toute personne, même un élève de niveau primaire et d'intelligence moyenne, peut se rendre à une bibliothèque, consulter le *Guide parlementaire canadien* et compiler ces renseignements sans trop d'efforts. Il est facile de savoir quels sont les anciens parlementaires qui ont exercé leurs fonctions pendant au moins six ans.

The respondent disagreed on the basis that the requested information does not exist in a complete and final form but needs to be collated from several sources.

31 I find that the Minister erred in determining that the requested information is not a matter of public knowledge. A person may visit the Library of Parliament and request the *Canadian Directory of Parliament*, which is a list of all former members of Parliament with the day they were first elected. The fact that a person needs permission to use the Library of Parliament, as submitted by the respondent, does not detract from the public availability of the requested information. Moreover, the requested information may be gleaned from other sources, such as a Who's Who of Canada, old copies of newspapers, or Elections Canada which is required by law to keep the results of all federal elections.

32 Thus, I find that the requested information is public knowledge within the meaning of paragraph 19(2)(b). However, I find that the very small number of MPs who purchased back their prior years of service is not publicly available information. These make up a very small number, which the Minister has asked not to be disclosed for reasons which, frankly, escape me as I do not see what privacy interests there can be in the number itself. The government records of these MPs is personal information in the control of the respondent Minister, but there is no information available to the public to indicate who these MPs are. Accordingly, whether the names of these few MPs ought to be released will have to be determined under paragraph 19(2)(c) and the public interest override provision in the *Privacy Act*.

33 The applicant also raises the issue of consent pursuant to paragraph 19(2)(a) of the Access Act.

L'intimé n'était pas d'accord, parce que les renseignements demandés n'existent pas sous forme de produit final complet et doivent être compilés à partir de plusieurs sources.

31 À mon avis, le ministre a eu tort de conclure que les renseignements demandés ne sont pas publiquement accessibles. Toute personne peut se rendre à la Bibliothèque du Parlement et demander le *Canadian Directory of Parliament*, qui renferme une liste de tous les anciens parlementaires ainsi qu'une mention de la date à laquelle ils ont été élus pour la première fois. Même s'il est nécessaire d'obtenir l'autorisation afin d'utiliser les services de la Bibliothèque du Parlement, comme l'intimé le soutient, il n'en demeure pas moins que le public a accès aux renseignements demandés. De plus, ceux-ci peuvent être obtenus de plusieurs sources, comme un annuaire des personnalités du Canada, des anciennes copies de journaux ou Élections Canada, qui doit, selon la Loi, conserver les résultats de toutes les élections fédérales.

32 Je suis donc d'avis que les renseignements demandés sont des renseignements auxquels le public a accès au sens de l'alinéa 19(2)b). Cependant, j'estime que le nombre infime de parlementaires qui ont racheté leurs années de service antérieures ne constitue pas un renseignement auquel le public a accès. Ces personnes sont peu nombreuses et le ministre a demandé que leurs noms ne soient pas divulgués pour des raisons qui, franchement, m'échappent, car je ne vois aucun intérêt lié à la vie privée dans le nombre lui-même. Les documents gouvernementaux concernant ces parlementaires constituent des renseignements personnels relevant du contrôle du ministre intimé, mais il n'existe aucun renseignement que le public peut consulter pour connaître l'identité de ces parlementaires. En conséquence, la question de savoir si les noms de ces quelques parlementaires devraient être communiqués devra être tranchée aux termes de l'alinéa 19(2)c) et de la disposition de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* qui concerne la prépondérance de l'intérêt public.

33 Le requérant soulève également la question de consentement selon l'alinéa 19(2)a) de la *Loi sur*

The release of the requested information has been, in part, consented to, since, as part of its investigation into Mr. McCreery's information request, the Minister sent out a total of 265 letters dated February 23, 1995 to former MPs asking for consent to disclose their names. I find that those who consented to the release of the information did so in a fully informed manner.

*l'accès à l'information.* La communication des renseignements demandés a fait l'objet d'un consentement partiel, étant donné que, dans le cadre de son enquête concernant la demande de renseignements de M. McCreery, le ministre a fait parvenir un total de 265 lettres datées du 23 février 1995 afin de demander à d'anciens parlementaires leur consentement à la communication de leurs noms. Je suis d'avis que les personnes qui ont consenti à la communication des renseignements l'ont fait en pleine connaissance de cause.

34 The confidential evidence filed before me<sup>15</sup> indicates that as of the date of the original information request, September 1, 1993, there were 265 people receiving pension benefits under the MPRA Act. This number includes information which is not the subject of this application, such as the names of surviving spouses in receipt of a pension benefits under the MPRA Act, so that the actual number of names in question is less than 265. As of October 27, 1995, 88 former MPs refused to sign a release form, 78 signed, and 99 failed to reply, so that the release of roughly a third of the requested information has been consented to, one consent coming from an MP who purchased back his/her previous years of service.

Il appert des éléments de preuve confidentiels déposés devant moi<sup>15</sup> qu'à date de la demande de renseignements initiale, soit le 1<sup>er</sup> septembre 1993, 265 personnes recevaient des prestations de retraite en application de la LARP. Ce nombre comprend des renseignements qui ne sont pas visés par la présente demande, comme le nom des conjoints survivants qui recevaient ou ont reçu des prestations de retraite aux termes de la LARP, si bien que le nombre réel de noms en question est inférieur à 265. Le 27 octobre 1995, 88 anciens parlementaires ont refusé de signer un consentement, 78 ont signé le consentement et 99 n'ont pas répondu, de sorte qu'environ le tiers des personnes visées par la demande de renseignements ont consenti, notamment une personne qui avait racheté ses années de service antérieures.

#### Analysis of Subsection 19(2)

#### Analyse du paragraphe 19(2)

35 In *Canadian Jewish Congress v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*<sup>16</sup> Deputy Justice Heald stated the following, at pages 282-283, 286-287:

Dans l'arrêt *Congrès juif canadien c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*<sup>16</sup>, le juge Heald, juge suppléant, a dit ce qui suit, aux pages 283, 286 et 287:

Subsection 19(2) provides that if the personal information falls within one of the three exceptions listed in paragraphs 19(2)(a), (b) or (c), then the head of the institution may disclose the record. Accordingly, it follows that the exemption provided for by section 19 operates as a discretionary exemption in circumstances to which the exceptions in paragraphs 19(2)(a), (b) and (c) apply. . . .

[Le] paragraphe 19(2) . . . prévoit que le responsable de l'institution peut donner communication des renseignements personnels qui sont visés par l'une des trois exceptions énumérées aux alinéas 19(2)a), b) ou c). Il s'ensuit donc que l'exemption prévue à l'article 19 constitue une exemption discrétionnaire dans les cas où les exceptions prévues aux alinéas 19(2)a), b) ou c) s'appliquent . . .

Parliament chose to use the word "may" in subsection 19(2), a term which has been interpreted as imposing a discretion. Parliament used the word "shall" in various other provisions throughout the Act, a term which has

Le législateur fédéral a choisi, au paragraphe 19(2), d'employer le mot «peut», un mot qui a été interprété comme conférant un pouvoir discrétionnaire. Le législateur a employé l'expression «est tenu» dans diverses autres

been interpreted as imposing a mandatory obligation. If it were intended that subsection 19(2) operate so as to impose a mandatory obligation on the head of the institution to disclose the information, it is my opinion that the appropriate wording would have been employed.

...

Accordingly, I conclude that when properly interpreted, subsection 19(2) sets out a discretionary exemption from disclosure and not a mandatory exemption.

36 Heald D.J. noted that, in *Kelly v. Canada (Solicitor General)*,<sup>17</sup> Mr. Justice Strayer held that in the matter of a review of a Ministerial discretion the Court must only consider whether or not the discretion was properly exercised, but should not itself attempt to exercise the discretion *de novo*. Consequently, Heald D.J. sent the matter back for redetermination.

37 After conducting my own survey of the jurisprudence, I reach a different conclusion with respect to whether paragraphs 19(2)(a) and (b) are discretionary.

38 The issue of whether paragraphs 19(2)(a), (b) or (c) are discretionary was not properly before Mr. Justice Rothstein in *Sutherland v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*.<sup>18</sup> In that case, Mr. Justice Rothstein concluded at page 545 that the "personal information" in question did not come within subsection 8(2) of the *Privacy Act*. Thus, he held that paragraph 19(2)(c) of the Access Act was not applicable, and that subsection 19(1) operated to require a head of a government institution to withhold the requested information. Whether the "personal information" could be excepted pursuant to paragraph 19(2)(a) or (b) was not discussed.

39 Similarly, the issue of whether subsection 19(2) is discretionary was not properly before Mr. Justice Rouleau in *Terry v. Canada (Minister of National Defence)*.<sup>19</sup> Here too the requested documents were

dispositions de la Loi et cette expression a été interprétée comme imposant une obligation. Je suis d'avis que, s'il avait voulu que le paragraphe 19(2) ait pour effet d'imposer au responsable de l'institution l'obligation de communiquer les renseignements demandés, le législateur fédéral aurait employé le libellé approprié.

...

En conséquence, je conclus que, lorsqu'on l'interprète comme il se doit, le paragraphe 19(2) renferme une exemption discrétionnaire, et non une exemption obligatoire.

Le juge suppléant Heald a souligné que, dans l'arrêt *Kelly c. Canada (Solliciteur général)*<sup>17</sup>, le juge Strayer a statué que, dans une affaire de révision de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire du ministre, la Cour doit uniquement décider si le pouvoir discrétionnaire a été exercé régulièrement ou non, et non exercer à nouveau ce pouvoir discrétionnaire. Le juge suppléant Heald a donc renvoyé l'affaire pour nouvelle décision.

Après avoir passé moi-même en revue la jurisprudence, j'en arrive à une conclusion différente au sujet de la question de savoir si les alinéas 19(2)(a) et (b) prévoient une exemption discrétionnaire.

La question de savoir si les exemptions des alinéas 19(2)(a), (b) ou (c) sont discrétionnaires n'a pas été soumise comme telle au juge Rothstein dans l'arrêt *Sutherland c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*<sup>18</sup>. Dans cette affaire, le juge Rothstein a conclu à la page 545 que les «renseignements personnels» n'étaient pas visés par le paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, que l'alinéa 19(2)(c) de la *Loi sur l'accès à l'information* ne s'appliquait pas et que le paragraphe 19(1) s'appliquait de façon à obliger le responsable de l'institution fédérale à refuser de communiquer les renseignements demandés. La question de savoir si les «renseignements personnels» pouvaient être exclus aux termes de l'alinéa 19(2)(a) ou (b) n'a pas été commentée.

De la même façon, dans l'arrêt *Terry c. Canada (Ministre de la Défense nationale)*<sup>19</sup>, le juge Rouleau n'a pas eu à se prononcer sur la question de savoir si le paragraphe 19(2) était de nature discrétionnaire.

held to be “personal information” and subsequently did not qualify for disclosure pursuant to paragraphs 19(2)(b) or (c), as argued by the applicant. The possibility of disclosing the documents pursuant to paragraph 19(2)(a) was not raised in that case.

tionnaire. Dans cette affaire, les documents demandés ont également été considérés comme des «renseignements personnels» qui ne pouvaient faire l’objet d’une communication aux termes des alinéas 19(2)(b) ou c), comme le soutenait le requérant. La possibilité de divulguer les documents conformément à l’alinéa 19(2)(a) n’a pas été soulevée dans cette affaire.

40 And, while Heald D.J. concluded in *Canadian Jewish Congress (supra)* that subsection 19(2) is discretionary, his remarks are strictly confined to paragraph 19(2)(c) as he skipped over a discussion of whether the impugned information was publicly available pursuant to paragraph 19(2)(b) and paragraph 19(2)(a) was never raised in that case.

De plus, même si le juge suppléant Heald a conclu, dans l’arrêt *Congrès juif canadien* (précité), que le paragraphe 19(2) est de nature discrétionnaire, ses remarques portent uniquement sur l’alinéa 19(2)(c), parce que le juge ne s’est pas attardé à la question de savoir si le public avait accès aux renseignements en litige au sens de l’alinéa 19(2)(b) et que l’alinéa 19(2)(a) n’a nullement été soulevé dans cette affaire. 40

41 By contrast, in the case before this Court, the impugned information has been found to be in part publicly available pursuant to paragraph 19(2)(b) and the disclosure of some of the requested information has been consented to pursuant to paragraph 19(2)(a). Thus, in this case, parts of the requested information satisfy one of the three conditions enumerated in paragraphs 19(2)(a), (b) or (c), unlike all previous cases concerning the interpretation of subsection 19(2) where the impugned information failed to satisfy one of these three conditions.

En revanche, dans la présente affaire, les versements contestés ont été jugés partiellement accessibles au public aux termes de l’alinéa 19(2)(b) et la communication d’une partie des renseignements demandés a fait l’objet d’un consentement conformément à l’alinéa 19(2)(a). Certaines parties des renseignements demandés en l’espèce respectent donc l’une des trois conditions énumérées aux alinéas 19(2)(a), (b) et c), ce qui n’était pas le cas dans les trois affaires précédentes portant sur l’interprétation du paragraphe 19(2), où les renseignements en question ne respectaient pas l’une de ces trois conditions. 41

42 In *Information Commissioner (Canada) v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*,<sup>20</sup> Jerome A.C.J. rejected counsel’s argument that subsection 19(2) provided the head of a government institution with a discretion not to disclose the personal information even though the information had been consented to be released pursuant to paragraph 19(2)(a). He did so for two reasons. First, at page 67, the Associate Chief Justice stated the following:

Dans l’arrêt *Commissaire à l’information (Canada) c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*<sup>20</sup>, le juge en chef adjoint Jerome a rejeté l’argument de l’avocat selon lequel le paragraphe 19(2) accordait au responsable d’une institution fédérale le pouvoir discrétionnaire de s’abstenir de divulguer les renseignements personnels, même si la communication avait fait l’objet d’un consentement conformément à l’alinéa 19(2)(a). À l’appui de sa décision, le juge en chef adjoint Jerome a invoqué deux motifs. D’abord, à la page 67, il s’est exprimé comme suit: 42

In terms of statutory interpretation, when legislators intend to create an obligation to do something, they use the word “shall”. When they intend instead to establish a

Pour ce qui est de l’interprétation des lois, lorsque le législateur a l’intention de créer une obligation de faire, il emploie le mot «*shall*» (doit). Par contre, s’il veut établir

discretion or a right to do it, they use the word “may”. Had the legislators intended here to repose residual discretion in the head of the government institution not to disclose information, even though the conditions of section 19(2) had been met, that appropriate and precise language would have been used . . . . The language chosen expresses the intent to establish a discretion to release personal information under certain circumstances. Those conditions having been fulfilled, it becomes tantamount to an obligation upon the head of the government institution to do so, especially where the purpose for which the statute was enacted is, as here, to create a right of access in the public.

Jerome A.C.J.’s second reason is found on page 69.

To repeat, the purpose of the *Access to Information Act* is to codify the right of access to information held by the government. It is not to codify the government’s right of refusal. Access should be the normal course. Exemptions should be exceptional and must be confined to those specifically set out in the statute.

43 I find myself in agreement with the Associate Chief Justice in this matter. The purpose of the Act not only calls for “a right of access to information”, but states “that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific.”<sup>21</sup> In this case, it is not clear why Parliament in these circumstances would grant a residual discretion to withhold information. Indeed, why should the Minister have an overriding concern in information that is in the public domain and that has been consented to be released? There is no public policy objective to be served by giving a discretion to refuse to disclose information which is publicly available or which has been consented to. Therefore, there is no purpose to be served by interpreting paragraphs 19(2)(a) and (b) as discretionary. The Access Act is replete with exemptions. Information from foreign states, commercial information and national security are just some of the exemptions contained in the Access Act. I see no reason to add one more.

un pouvoir discrétionnaire ou un droit de faire, il emploie le mot «*may*» (peut). Si le législateur avait voulu en l’espèce investir le responsable d’une institution fédérale du pouvoir discrétionnaire de ne pas donner communication de renseignements, même si les conditions du paragraphe 19(2) ont été remplies, il aurait employé ce langage approprié et explicite . . . . Il ressort du langage choisi l’intention d’établir le pouvoir discrétionnaire de donner, dans certains cas, communication de renseignements personnels. C’est dire que, une fois ces conditions remplies, le responsable de l’institution fédérale est tenu de communiquer ces renseignements surtout lorsque le but pour lequel la Loi a été édictée est, comme en l’espèce, de conférer au public le droit d’y avoir accès.

Le deuxième motif du juge Jerome se trouve à la page 69:

Je le répète, la *Loi sur l’accès à l’information* vise à codifier le droit d’accès aux renseignements détenus par le gouvernement. Il ne s’agit pas de codifier le droit du gouvernement de refuser cet accès. L’accès devrait être la règle, et les exemptions qui constituent l’exception doivent être expressément prévues par la Loi.

43 Je souscris au raisonnement du juge en chef ad- joint sur ce point. La Loi vise non seulement à reconnaître l’existence d’un droit d’accès à l’information, mais énonce que «des exceptions indispensables à ce droit doivent être précises et limitées»<sup>21</sup>. Dans la présente affaire, il est difficile de savoir pourquoi le Parlement, dans ces circonstances, accorderait un pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser de communiquer les renseignements. Effectivement, pourquoi le ministre devrait-il avoir un intérêt prépondérant à l’égard de renseignements qui font partie du domaine public et dont la communication a fait l’objet d’un consentement? L’octroi du pouvoir discrétionnaire de refuser de communiquer des renseignements auxquels le public a accès ou qui ont fait l’objet d’un consentement ne dessert aucun intérêt public. En conséquence, il n’est pas utile d’interpréter les exemptions des alinéas 19(2)a) et b) comme des exemptions discrétionnaires. La *Loi sur l’accès à l’information* renferme une panoplie d’exemptions. Les renseignements provenant des États étrangers, les renseignements commerciaux et les renseignements liés à la sécurité nationale ne sont que quelques exemples de renseignements faisant l’objet d’une exemption aux termes de la *Loi*

sur l'accès à l'information et je ne vois aucune raison d'en ajouter d'autres.

44 Conversely, if subsection 19(2) is discretionary then why would the legislators use the superfluous language in paragraphs (a) and (b)? Why not just say the head of the government institution may disclose any record if the disclosure is in accordance with the public interest? Indeed, if paragraphs 19(2)(a) and (b) are discretionary then why discuss them at all? For example, the decision in *Canadian Jewish Congress (supra)* proceeded directly to a discussion of paragraph 19(2)(c), ignoring counsel's arguments on whether the information in that case was in the public domain, thereby rendering paragraph 19(2)(b) ineffective. Parliament must have intended a useful purpose by including paragraphs 19(2)(a) and (b).

I find the purpose of these two paragraphs to be directive. If the interested party consents to the release of information, or if information is in the public domain, then the head of a government institution is directed to disclose that information.

Does the Public Interest Override the Private Interest?

45 Paragraph 19(2)(c) invests the head of a government institution with a discretion to disclose a record requested under the Access Act if the disclosure is made in accordance with section 8 of the *Privacy Act*. The applicant submits that I need only turn my attention to the "public interest override" contained in subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*<sup>22</sup> if an MP's name is not publicly available and if the MP did not consent to the release of his or her name. For the reasons given above, I would accept this submission. However, if I am wrong in my analysis of subsection 19(2) and the public availability or consent to release of the information, the following reasoning should apply to all of the requested information.

44 À l'inverse, si le paragraphe 19(2) est de nature discrétionnaire, pourquoi le législateur aurait-il utilisé le langage superflu qui se trouve aux alinéas a) et b)? Pourquoi n'aurait-il pas dit simplement que le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de tout document lorsque la communication est conforme à l'intérêt public? Effectivement, si les alinéas 19(2)a) et b) sont de nature discrétionnaire, pourquoi les commenter? Par exemple, dans l'arrêt *Congrès juif canadien* (précité), le juge Heald a examiné directement l'alinéa 19(2)c) et n'a pas tenu compte de l'argument de l'avocat quant à la question de savoir si les renseignements concernés appartenaient au domaine public, rendant par le fait même l'alinéa 19(2)b) inopérant. Le Parlement visait certainement une fin utile lorsqu'il a inclus les alinéas 19(2)a) et b).

À mon avis, l'objet de ces deux dispositions est obliger: elles visent à obliger le responsable de l'institution fédérale concernée à donner communication des renseignements lorsque la partie intéressée y consent ou que lesdits renseignements font partie du domaine public.

L'intérêt public l'emporte-t-il sur l'intérêt privé?

45 L'alinéa 19(2)c) accorde au responsable d'une institution fédérale le pouvoir discrétionnaire de donner communication d'un document visé par une demande fondée sur la *Loi sur l'accès à l'information*, si la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le requérant soutient que je dois examiner l'intérêt public prépondérant au sens du sous-alinéa 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*<sup>22</sup> uniquement si le public n'a pas accès au nom d'un parlementaire et que celui-ci n'a pas consenti à la communication de son nom. Pour les motifs exposés ci-dessus, je serais disposé à accepter cet argument. Cependant, si j'ai tort dans mon analyse du paragraphe 19(2) et de la question de l'accessibilité publique des renseignements ou du

- 46 For the names of those MPs who purchased back their previous years of service, the applicant submits that the names ought to be disclosed as the public interest in this information outweighs the private interest in preserving confidentiality, pursuant to subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*. The respondent submits that the Minister properly exercised his discretion under subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* and determined that the public interest in the requested information did not override the private interests to justify releasing any parts of the requested information.
- 46 Dans le cas des parlementaires qui ont racheté leurs années de service antérieures, le requérant soutient que les noms de ces personnes devraient être divulgués, parce que l'intérêt public lié à ce renseignement l'emporte sur l'intérêt privé rattaché à la protection du caractère confidentiel aux termes du sous-alinéa 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Pour sa part, l'intimé fait valoir que le ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire en bonne et due forme en application du sous-alinéa 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et a conclu à bon droit que l'intérêt public relatif aux renseignements demandés ne l'emportait pas sur les intérêts privés de façon à justifier la communication d'une partie desdits renseignements.
- 47 The Information Commissioner stated, in a letter to the Deputy Minister dated January 11, 1995, that the public interest in the requested information is the following:
- 47 Dans une lettre adressée au sous-ministre et datée du 11 janvier 1995, le Commissaire à l'information a mentionné que l'intérêt public lié aux renseignements demandés était le suivant:
- It seems to me that there is a strong public interest in the disclosure of this disputed information. The current debate over MPs pensions in the media and on the floor of the House of Commons is evidence that there is more than mere public curiosity at play here. The disclosure of the names of pension recipients may assist members of the public in assessing the fairness of the current pension scheme.
- [TRADUCTION] Il me semble qu'il existe un intérêt public très important relativement à la communication des renseignements contestés. Le débat actuel dont la question des prestations de retraite des parlementaires a fait l'objet dans les médias et devant la Chambre des communes prouve qu'il s'agit bien plus que d'une simple question suscitant la curiosité du public. La communication des noms des prestataires d'une allocation de retraite peut aider les membres du public à évaluer l'équité du régime de pensions actuel.
- 48 The legislation seeks to strike a balance between the competing interests of a person's entitlement to a reasonable expectation of privacy and the public interest in the disclosure of government information. In striking this balance the context in which the interests are balanced will vary. For example, the MPRA Act, unlike other federal legislation, is not one of general application but was enacted by MPs, who are accountable to the public, exclusively for their own benefit so that the expectation of privacy in the instant case is diminished if the fairness of the legislation is to be known.
- 48 Les dispositions législatives visent à atteindre un équilibre entre les intérêts opposés du droit d'une personne à une attente raisonnable en matière de vie privée et l'intérêt public lié à la communication des renseignements gouvernementaux. Pour atteindre cet équilibre, le législateur soupèse les intérêts en jeu en fonction d'un contexte susceptible de varier. Ainsi, contrairement à d'autres lois fédérales, la LARP n'est pas une loi de portée générale; elle a été édictée par des parlementaires, qui doivent répondre au public, pour l'avantage exclusif de ces personnes. Par conséquent, l'attente en matière de vie privée en

l'espèce doit être inférieure afin qu'il soit possible de déterminer si le texte législatif est équitable.

49 Additionally, we are dealing with a very small number of names so that the public interest far outweighs what privacy interests there may be in withholding the identity of these MPs, let alone the simple matter of the number of MPs who purchased back their prior years of service.

De plus, le nombre de noms concernés est peu élevé en l'espèce, de sorte que l'intérêt public l'emporte nettement sur les intérêts privés liés à la non-communication de l'identité de ces parlementaires, et encore plus dans le cas du nombre de parlementaires qui ont racheté leurs années de service antérieures.

50 What were the considerations that lead to the Minister's decision to withhold the requested information under the public interest override? The respondent avers to legal advice it received from the Department of Justice as the basis for its refusing to disclose the requested information. That legal advice was filed as part of the confidential record and the relevant aspect of it was read in open Court with the consent of the respondent's counsel. The disclosed legal advice states the following:

Quels sont les facteurs qui ont incité le ministre à refuser de communiquer les renseignements demandés au nom de l'intérêt public? L'intimé invoque l'avis juridique qu'il a obtenu du ministère de la Justice pour refuser de communiquer les renseignements demandés. Cet avis juridique a été déposé dans le dossier confidentiel et la partie pertinente de cet avis a été lue en séance publique, avec le consentement de l'avocat de l'intimé. L'extrait divulgué est le suivant:

Therefore, given the doubts about the public availability of this information, we must, as we always do in cases involving personal information, give the benefit of the doubt in favour of protecting the information.

[TRADUCTION] En conséquence, compte tenu des doutes concernant l'accès public à ces renseignements, nous devons, comme nous le faisons toujours dans les cas concernant des renseignements personnels, accorder le bénéfice du doute à l'intérêt lié à la protection des renseignements.

51 Indeed, this legal advice is referred to in a February 25, 1994 correspondence to Mr. McCreery from the Minister's designate outlining the Minister's reasons for reversing himself on whether to disclose the names of the pension recipients.

Cet avis juridique est effectivement mentionné dans une lettre en date du 25 février 1994 que le représentant du ministre a adressée à M. McCreery pour lui faire connaître les raisons pour lesquelles le ministre avait changé d'avis au sujet de la communication des noms des prestataires d'allocations de retraite:

On November 10, 1993, the department advised you that most of the information you were seeking qualified for exemption under section 19(1)—Personal Information of the *Access to Information Act*, except for the name of the actual member of parliament in receipt of a pension. Our department was obligated to review the disclosure of the name and sought legal advice from the Department of Justice. Based on this advice our department has determined that the list of names of recipients also qualifies for exemption under section 19 of the *Act*.

[TRADUCTION] Le 10 novembre 1993, le Ministère vous a avisé que la plupart des renseignements que vous demandiez pourraient faire l'objet d'une exemption aux termes du paragraphe 19(1) (renseignements personnels) de la *Loi sur l'accès à l'information*, sauf dans le cas du nom du parlementaire recevant une prestation de retraite. Notre Ministère a dû revoir la communication du nom et a demandé un avis juridique au Ministère de la Justice. En se fondant sur cet avis, notre Ministère a conclu que la liste des noms des prestataires fait également l'objet d'une exemption aux termes de l'article 19 de la Loi.

52 The Access Act requires the Minister to balance the competing interests. He did not do so in this case. Giving the "benefit of the doubt" does not

Selon la *Loi sur l'accès à l'information*, le ministre doit sopeser les intérêts opposés. Il ne l'a pas fait en l'espèce. Accorder le «bénéfice du doute» ne

evinced a weighing of the competing interests. The fact that the requested information deals with persons does not itself suffice to make the privacy interest paramount. What the memorandum indicates is that the Minister never addressed his mind to weighing the competing interests; rather, the Minister accepted, without question, the legal advice submitted to him.

53 In *Canadian Assn. of Regulated Importers v. Canada (Attorney General)*<sup>23</sup> the Court of Appeal held that a court may interfere with a discretion when the policy decision is based entirely or predominantly on irrelevant factors or when there is an absence of evidence to support the policy decision.

54 In the instant case, there is no evidence indicating how the Minister arrived at his decision. I have before me only assertions that the Minister weighed the conflicting policy considerations and a memorandum advising him to err on the side of privacy. Assertions do not tell the story of how the Minister arrived at his decision, and the legal advice indicates a complete absence of policy consideration.

55 Consequently, I find that the head of the government institution improperly exercised his discretion by withholding the requested information pursuant to the public interest override contained in subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act* and paragraph 19(2)(c) of the *Access Act*.

### Conclusion

56 For the above reasons, I conclude that the Minister erred in deciding not to disclose the requested information, that being the names of former members of the House of Commons in receipt of pension payments under the MPRA Act as of September 1, 1993.

signifie pas nécessairement soupeser les intérêts opposés. De plus, le fait que les renseignements demandés concernent des personnes ne suffit pas en soi à rendre l'intérêt en matière de vie privée prépondérant. Il appert du mémoire que le ministre n'a jamais cherché à soupeser les intérêts opposés; il a plutôt accepté inconditionnellement l'avis juridique qui lui a été soumis.

Dans l'arrêt *Assoc. canadienne des importateurs réglementés c. Canada (Procureur général)*<sup>23</sup>, la Cour d'appel a statué qu'un tribunal peut intervenir dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire lorsque la décision politique est fondée en totalité ou en grande partie sur des facteurs non pertinents ou lorsqu'il n'existe aucun élément justifiant la décision.

Dans la présente affaire, il n'existe aucun élément de preuve indiquant comment le ministre en est arrivé à sa décision. Tout ce que j'ai devant moi, ce sont des allégations selon lesquelles le ministre a soupesé les considérations politiques opposées ainsi qu'un avis lui recommandant de favoriser la protection de la vie privée. Les allégations ne permettent pas de savoir comment le ministre en est arrivé à sa décision et il appert de l'avis juridique qu'aucune considération d'ordre politique n'a été examinée.

Je suis donc d'avis que le responsable de l'institution fédérale a mal exercé son pouvoir discrétionnaire lorsqu'il a refusé de donner communication des renseignements demandés en se fondant sur la prépondérance de l'intérêt public aux termes du sous-alinéa 8(2)m(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et de l'alinéa 19(2)c) de la *Loi sur l'accès à l'information*.

### Conclusion

56 Pour les motifs exposés ci-dessus, j'en arrive à la conclusion que le ministre a eu tort de refuser de communiquer les renseignements demandés, soit les noms des anciens membres de la Chambre des communes qui ont reçu ou recevaient des prestations de retraite en application de la LARP le 1<sup>er</sup> septembre 1993.

57 The requested information is private information which is *prima facie* exempted from disclosure pursuant to subsection 19(1) of the Access Act. However, much of the information is publicly available or its release has been consented to, pursuant to paragraphs 19(2)(a) and (b) and therefore the Minister has no discretion to refuse to release it. That information which is not publicly available or which has not been the subject of a consent to release ought also to be disclosed since the public interest outweighs the unsupported claim to a private interest, pursuant to paragraph 19(2)(c) of the Access Act and subparagraph 8(2)(m)(i) of the *Privacy Act*.

58 Accordingly, I order that the added party's additional issue concerning the amounts of benefits raised in his notice of intervention dated March 24, 1995, is rejected.

59 I also order that the Minister disclose the names of all former members of the House of Commons, in receipt of pension payments under the *Members of Parliament Retiring Allowances Act* who have served six years consecutively as of September 1, 1993, and that the Minister disclose the name of any former member of the House of Commons, in receipt of pension payments under the *Members of Parliament Retiring Allowances Act* who purchased back his/her prior years of service to meet the six-year requirement as of September 1, 1993.

60 Costs will follow the events pursuant to subsection 53(1)<sup>24</sup> of the Access Act.

<sup>1</sup> R.S.C., 1985, c. A-1, as amended.

<sup>2</sup> R.S.C., 1985 c. M-5, as amended.

<sup>3</sup> These sections read as follows:

41. Any person who has been refused access to a record requested under this Act or a part thereof may, if a complaint has been made to the Information Commissioner in respect of the refusal, apply to the Court for a

57 Les renseignements demandés sont des renseignements personnels qui, à première vue, sont soustraits à la communication aux termes du paragraphe 19(1) de la *Loi sur l'accès à l'information*. Cependant, le public a accès à une bonne partie des renseignements ou leur communication a fait l'objet d'un consentement, conformément aux alinéas 19(2)a) et b), de sorte que le ministre n'est pas autorisé à refuser de les communiquer. Par ailleurs, les renseignements auxquels le public n'a pas accès ou dont la communication n'a pas fait l'objet d'un consentement devraient aussi être divulgués, étant donné que l'intérêt public l'emporte sur un intérêt privé non justifié, conformément à l'alinéa 19(2)c) de la *Loi sur l'accès à l'information* et au sous-alinéa 8(2)m)(i) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

58 En conséquence, j'ordonne le rejet de la question supplémentaire que la partie jointe a soulevée dans son avis d'intervention en date du 24 mars 1995.

59 J'ordonne également au ministre de communiquer les noms de tous les anciens membres de la Chambre des communes qui, le 1<sup>er</sup> septembre 1993, ont reçu ou recevaient des prestations de retraite en application de la *Loi sur les allocations de retraite des parlementaires* et qui ont agi en qualité de parlementaires pendant six années consécutives ainsi que le nom de tout ancien membre de la Chambre des communes qui, le 1<sup>er</sup> septembre 1993, a reçu ou recevait des allocations de retraite en application de la *Loi sur les allocations de retraite des parlementaires* et qui a racheté ses années de service antérieures pour respecter l'exigence de six ans.

60 Les dépens suivront l'issue de la cause conformément au paragraphe 53(1)<sup>24</sup> de la *Loi sur l'accès à l'information*.

<sup>1</sup> L.R.C. (1985), ch. A-1, et ses modifications.

<sup>2</sup> L.R.C. (1985), ch. M-5, et ses modifications.

<sup>3</sup> Voici le libellé de ces dispositions:

41. La personne qui s'est vu refuser communication totale ou partielle d'un document demandé en vertu de la présente loi et qui a déposé ou fait déposer une plainte à ce sujet devant le Commissaire à l'information peut,

review of the matter within forty-five days after the time the results of an investigation of the complaint by the Information Commissioner are reported to the complainant under subsection 37(2) or within such further time as the Court may, either before or after the expiration of those forty-five days, fix or allow.

42. (1) The Information Commissioner may

(a) apply to the Court, within the time limits prescribed by section 41, for a review of any refusal to disclose a record requested under this Act or a part thereof in respect of which an investigation has been carried out by the Information Commissioner, if the Commissioner has the consent of the person who requested access to the record;

(2) Where the Information Commissioner makes an application under paragraph (1)(a) for a review of a refusal to disclose a record requested under this Act or a part thereof, the person who requested access to the record may appear as a party to the review. [Underlining added.]

<sup>4</sup> *Rule 319.* (1) Any application to the Court shall be made by motion and initiated by notice of motion (Form 7.1) setting out

(a) the day, time and place of the hearing of the motion, unless the motion is made pursuant to Rule 324;

(b) the precise relief sought;

(c) the grounds intended to be argued, including a reference to any statutory provision or rule to be relied on; and

(d) a list of the documentary evidence to be used at the hearing of the motion.

(2) A motion shall be supported by affidavit as to all the facts on which the motion is based that do not appear from the record, which affidavit shall be filed; and an adverse party may file an affidavit in reply.

(3) The party making a motion shall serve a copy of his affidavits on other parties with the notice of the motion and an affidavit filed by any other party shall be served on other parties forthwith.

(4) By leave of the Court, or of a judge of the Court of Appeal, for special reason, a witness may be called to testify in open court, or before a judge of the Court of Appeal, in relation to an issue of fact raised by an application.

<sup>5</sup> *Rule 321.1* (1) This Rule shall apply to

(a) all originating motions, including all motions of an originating nature that the Court may entertain pursuant to an Act of Parliament, but excluding any application for judicial review under Part V.1, any motion that is made *ex parte* and any application that is required to be made by statement of claim; and

dans un délai de quarante-cinq jours suivant le compte rendu du Commissaire prévu au paragraphe 37(2), exercer un recours en révision de la décision de refus devant la Cour. La Cour peut, avant ou après l'expiration du délai, le proroger ou en autoriser la prorogation.

42. (1) Le Commissaire à l'information a qualité pour:

a) exercer lui-même, à l'issue de son enquête et dans les délais prévus à l'article 41, le recours en révision pour refus de communication totale ou partielle d'un document, avec le consentement de la personne qui avait demandé le document;

(2) Dans le cas prévu à l'alinéa (1)a), la personne qui a demandé communication du document en cause peut comparaître comme partie à l'instance. [Non souligné dans l'original.]

<sup>4</sup> *Règle 319.* (1) Toute demande à la Cour est faite par voie de requête et débute par un avis de requête (Formule 7.1) qui contient les renseignements suivants:

a) le jour, heure et lieu de l'audience, sauf si la requête est faite en vertu de la règle 324;

b) le redressement précis recherché;

c) les motifs susceptibles d'être allégués et notamment toute disposition législative ou règle pouvant être invoquée à leur appui;

d) la liste des preuves documentaires devant être utilisées à l'audience.

(2) Une requête doit être appuyée par un affidavit certifiant tous les faits sur lesquels se fonde la requête sauf ceux qui ressortent du dossier; cet affidavit doit être déposé, et une partie adverse peut déposer un affidavit en réponse.

(3) La partie présentant une requête doit signifier une copie de ses affidavits aux autres parties avec l'avis de la requête et un affidavit déposé par toute autre partie doit être immédiatement signifié aux autres parties.

(4) Avec la permission de la Cour ou d'un juge de la Cour d'appel, pour une raison spéciale, un témoin peut être appelé à témoigner en séance publique ou devant un juge de la Cour d'appel relativement à une question de fait soulevée dans une requête.

<sup>5</sup> *Règle 321.1* (1) La présente règle s'applique aux requêtes suivantes:

a) toute requête introductive d'instance, y compris les requêtes de cette nature que la Cour peut recevoir conformément à une loi fédérale, à l'exclusion des demandes de contrôle judiciaire prévues par la partie V.1, des requêtes présentées *ex parte* et des demandes devant être présentées par voie de déclaration;

(b) all motions for an injunction, other than a motion for an interim injunction.

(2) An applicant on a motion to which paragraph (1) applies shall file three copies of the applicant's record and shall serve a copy of it on the other parties at least ten clear days before the hearing of the motion.

(3) An applicant's record shall contain, on consecutively numbered pages and arranged in the following order, the following, namely,

(a) a table of contents giving the nature and date of each document in the record;

(b) a copy of the notice of motion;

(c) a copy of all documentary evidence, including portions of the transcripts of evidence to be used by the applicant at the hearing of the motion; and

(d) a concise statement, without argument, of the facts and law to be relied on by the applicant.

(4) A respondent on a motion to which paragraph (1) applies shall file three copies of the respondent's record and shall serve a copy of it on the other parties at least three clear days before the hearing of the motion.

(5) A respondent's record shall contain, on consecutively numbered pages and arranged in the following order, the following, namely,

(a) a table of contents giving the nature and date of each document in the record;

(b) a copy of any documentary evidence to be used by the respondent at the hearing of the motion but not already included in the applicant's record; and

(c) a concise statement, without argument, of the facts and law to be relied on by the respondent.

(6) A Court, before or at the hearing of a motion referred to in paragraph (1), may dispense with compliance with this Rule in whole or in part.

<sup>6</sup> *Rule 1611.* (1) Any person who wishes to intervene in the hearing of an application for judicial review, including the federal board, commission or other tribunal in respect of whose decision the application has been made, must file a notice of application for leave to intervene and serve a copy of it on all the parties.

(2) The notice shall

(a) set out the full name and address of the proposed intervenor and any solicitor acting for the proposed intervenor;

(b) describe how the proposed intervenor wishes to participate in the hearing;

(c) briefly describe the proposed intervenor's interest in the application;

(d) briefly describe the position of the proposed intervenor and the arguments to be made in support of that position; and

(e) be dated and signed by the proposed intervenor or the proposed intervenor's solicitor.

b) toute requête en injonction autre qu'une requête en injonction provisoire.

(2) Le requérant qui présente une requête visée au paragraphe (1) dépose trois copies de son dossier et en signifie copie aux autres parties au moins dix jours avant l'audience.

(3) Le dossier du requérant est constitué de pages numérotées consécutivement et contient dans l'ordre suivant:

a) une table des matières indiquant la nature et la date de chaque document versé au dossier;

b) une copie de l'avis de requête;

c) une copie de toutes les preuves documentaires, notamment des parties de la transcription des témoignages, susceptibles d'être utilisées à l'audience par le requérant;

d) un bref énoncé, sans allégation, des faits et du droit sur lesquels le requérant compte s'appuyer.

(4) L'intimé dans une requête visée au paragraphe (1) dépose trois copies de son dossier et en signifie copie aux autres parties au moins trois jours avant l'audience.

(5) Le dossier de l'intimé est constitué de pages numérotées consécutivement et contient dans l'ordre suivant:

a) une table des matières indiquant la nature et la date de chaque document versé au dossier;

b) une copie de toutes les preuves documentaires susceptibles d'être utilisées à l'audience par l'intimé mais qui ne sont pas déjà comprises dans le dossier du requérant;

c) un bref énoncé, sans allégation, des faits et du droit sur lesquels l'intimé compte s'appuyer.

(6) La Cour peut, avant ou à l'audience relative à une requête visée au paragraphe (1), permettre de déroger à la présente règle en tout ou en partie.

<sup>6</sup> *Règle 1611.* (1) Quiconque, y compris l'office fédéral dont la décision fait l'objet de la demande de contrôle judiciaire, désire intervenir à l'audition d'une demande de contrôle judiciaire dépose un avis de demande d'autorisation d'intervenir et en signifie copie aux parties.

(2) L'avis:

a) indique le nom et l'adresse de l'auteur de l'avis et ceux de son avocat, le cas échéant;

b) décrit la façon dont l'auteur de l'avis désire participer à l'audition;

c) décrit brièvement l'intérêt de l'auteur de l'avis dans la demande;

d) indique brièvement la position de l'auteur de l'avis et les observations qu'il présentera pour soutenir sa position;

e) est daté et signé par son auteur ou l'avocat de celui-ci.

(3) The Court may grant leave to intervene in the hearing of an application for judicial review upon such terms and conditions as it considers just and may give directions on the procedure for and extent of the intervention, the submission and service of documents and other matters relevant to the intervention.

<sup>7</sup> *Al Yamani v. Canada (Solicitor General)*, [1996] 1 F.C. 174 (T.D.), at p. 203; *International Fund for Animal Welfare, Inc. v. Canada*, [1988] 3 F.C. 590 (C.A.).

<sup>8</sup> The Access Act applies to government institutions defined in s. 3 which refers to the list annexed as Schedule I of the Act. The Senate of Canada does not appear in this list.

<sup>9</sup> 19. (1) Subject to subsection (2), the head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains personal information as defined in section 3 of the *Privacy Act* [R.S.C., 1985, c. P-21 (henceforth referred to as the *Privacy Act*)].

(2) The head of a government institution may disclose any record requested under this Act that contains personal information if

- (a) the individual to whom it relates consents to the disclosure;
- (b) the information is publicly available; or,
- (c) the disclosure is in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.

<sup>10</sup> [1996] 1 F.C. 268 (T.D.).

<sup>11</sup> [1996] F.C.J. No. 903 (T.D.) (QL).

<sup>12</sup> [1995] 3 F.C. 199 (C.A.), at p. 217.

<sup>13</sup> [An Act to enact the Access to Information Act and the Privacy Act, to amend the Federal Court Act and the Canada Evidence Act, and to amend certain other Acts in consequence thereof] S.C. 1980-81-82-83, c. 111, Sch. I, II.

<sup>14</sup> 3. . . .

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

<sup>15</sup> Confidential applicant's record, vol. VIII, Tab B.

<sup>16</sup> [1996] 1 F.C. 268 (T.D.).

<sup>17</sup> (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (F.C.T.D.); aff'd (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304 (F.C.A.).

<sup>18</sup> [1994] 3 F.C. 527 (T.D.).

<sup>19</sup> (1994), 30 Admin. L.R. (2d) 122 (F.C.T.D.).

<sup>20</sup> [1986] 3 F.C. 63 (T.D.).

<sup>21</sup> 2. (1) The purpose of this Act is to extend the present laws of Canada to provide a right of access to information in records under the control of a government institution in

(3) La Cour peut accorder l'autorisation d'intervenir à l'audition d'une demande de contrôle judiciaire aux conditions qu'elle considère appropriées et peut donner des directives quant à la procédure à suivre lors de l'intervention, quant à sa portée, quant à la présentation et à la signification des documents et quant à toute autre question pertinente à l'intervention.

<sup>7</sup> *Al Yamani c. Canada (Solliciteur général)*, [1996] 1 C.F. 174 (1<sup>re</sup> inst.), à la p. 203; et *Fonds international pour la défense des animaux, Inc. c. Canada*, [1988] 3 C.F. 590 (C.A.).

<sup>8</sup> La Loi sur l'accès à l'information s'applique aux institutions fédérales définies à l'art. 3, qui renvoie à la liste se trouvant à l'annexe 1 de la Loi. Le Sénat du Canada ne figure pas sur cette liste.

<sup>9</sup> 19. (1) Sous réserve du paragraphe (2), le responsable d'une institution fédérale est tenu de refuser la communication de documents contenant les renseignements personnels visés à l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [L.R.C. (1985), ch. P-21 (appelée aux présentes la *Loi sur la protection des renseignements personnels*)].

(2) Le responsable d'une institution fédérale peut donner communication de documents contenant des renseignements personnels dans les cas où:

- a) l'individu qu'ils concernent y consent;
- b) le public y a accès;
- c) la communication est conforme à l'article 8 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

<sup>10</sup> [1996] 1 C.F. 268 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>11</sup> [1996] A.C.F. n° 903 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

<sup>12</sup> [1995] 3 C.F. 199 (C.A.), à la p. 217.

<sup>13</sup> [Loi édictant la Loi sur l'accès à l'information et la Loi sur la protection des renseignements personnels, modifiant la Loi sur la preuve au Canada et la Loi sur la Cour fédérale et apportant des modifications corrélatives à d'autres lois] S.C. 1980-81-82-83, ch. 111, ann. I, II.

<sup>14</sup> 3. . . .

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

<sup>15</sup> Dossier confidentiel du requérant, vol. VIII, onglet B.

<sup>16</sup> [1996] 1 C.F. 268 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>17</sup> (1992), 6 Admin. L.R. (2d) 54 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); conf. (1993), 13 Admin. L.R. (2d) 304 (C.A.F.).

<sup>18</sup> [1994] 3 C.F. 527 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>19</sup> (1994), 30 Admin. L.R. (2d) 122 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

<sup>20</sup> [1986] 3 C.F. 63 (1<sup>re</sup> inst.).

<sup>21</sup> 2. (1) La présente loi a pour objet d'élargir l'accès aux documents de l'administration fédérale en consacrant le principe du droit du public à leur communication, les

accordance with the principles that government information should be available to the public, that necessary exceptions to the right of access should be limited and specific and that decisions on the disclosure of government information should be reviewed independently of government.

<sup>22</sup> 8. (1) Personal information under the control of a government institution shall not, without the consent of the individual to whom it relates, be disclosed by the institution except in accordance with this section.

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

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

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

<sup>23</sup> [1994] 2 F.C. 247 (C.A.).

<sup>24</sup> 53. (1) Subject to subsection (2), the costs of and incidental to all proceedings in the Court under this Act shall be in the discretion of the Court and shall follow the event unless the Court orders otherwise.

exceptions indispensables à ce droit étant précises et limitées et les décisions quant à la communication étant susceptibles de recours indépendants du pouvoir exécutif.

<sup>22</sup> 8. (1) Les renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale ne peuvent être communiqués, à défaut du consentement de l'individu qu'ils concernent, que conformément au présent article.

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

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

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

<sup>23</sup> [1994] 2 C.F. 247 (C.A.).

<sup>24</sup> 53. (1) Sous réserve du paragraphe (2), les frais et dépens sont laissés à l'appréciation de la Cour et suivent, sauf ordonnance contraire de la Cour, le sort du principal.

T-1078-91

**Vincent Wong, Reg Morretto, William Balcombe, Harvey Hetherington, Roger Biddle, Duane Corrigan and William Heitmar (Plaintiffs)**

v.

**Her Majesty the Queen (Defendant)**

**INDEXED AS: WONG v. CANADA (T.D.)**

Trial Division, Rothstein J.—Regina, June 24; Toronto, September 18, 1996.

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Collective agreement providing certain Federal Public Servants in Saskatchewan paid less than those elsewhere in Canada — Creating distinction constituting denial of equal benefit of law — Charter, s. 15 applies to collective agreement to which Government of Canada party — Province of residence analogous ground only if used in manner giving rise to questions of violation of dignity, freedom of individual — Provincial disparity in bargained rates of pay not, without further evidence, raising question of violation of human dignity, freedom — No evidence of violation of human dignity, freedom — Plaintiffs' claim purely economic — Charter not concerned with economic rights — Defendant's motion for summary judgment granted as no genuine issue for trial.*

*Public Service — Labour relations — Collective agreement providing certain employees in Saskatchewan paid less than those elsewhere in Canada — Creating distinction constituting denial of equal benefit of law — Charter, s. 15 applicable to collective agreement to which Government of Canada party — No discrimination herein — Province of residence analogous ground only if violation of human dignity, freedom based thereon — Plaintiffs' claim purely economic — No evidence of violation of human dignity, freedom — Crown's motion for summary judgment granted as no genuine issue for trial.*

T-1078-91

**Vincent Wong, Reg Morretto, William Balcombe, Harvey Hetherington, Roger Biddle, Duane Corrigan et William Heitmar (demandeurs)**

c.

**Sa Majesté la Reine (défenderesse)**

**RÉPERTORIÉ: WONG c. CANADA (1<sup>re</sup> INST.)**

Section de première instance, juge Rothstein—Regina, le 24 juin; Toronto, le 18 septembre 1996.

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — La convention collective prévoyait que certains fonctionnaires fédéraux travaillant en Saskatchewan recevraient une rémunération inférieure à celle d'autres fonctionnaires ailleurs au Canada — La création d'une distinction constitue une négation du droit au même bénéfice de la loi — L'art. 15 de la Charte s'applique aux conventions collectives auxquelles le gouvernement du Canada est partie — La province de résidence est un motif analogue uniquement s'il est utilisé d'une manière qui puisse soulever des questions de violation de la dignité et de la liberté d'une personne — La disparité provinciale dans les taux de salaire négociés ne soulève pas, en l'absence d'autres éléments de preuve, une question de violation de la dignité ou de la liberté de la personne — Il n'y a pas de preuve qu'il y a eu violation de la dignité ou de la liberté de la personne — La réclamation des demandeurs est purement économique — La Charte ne s'intéresse pas aux droits économiques — La requête de la défenderesse en vue d'obtenir un jugement sommaire est accordée étant donné qu'il n'y a pas de véritable question à instruire.*

*Fonction publique — Relations du travail — La convention collective prévoyait que certains employés de la Saskatchewan recevraient une rémunération inférieure à celle des fonctionnaires ailleurs au Canada — La création d'une distinction constitue une négation du droit au même bénéfice de la loi — L'art. 15 de la Charte s'applique aux conventions collectives auxquelles le gouvernement du Canada est partie — Il n'y a pas de discrimination en l'espèce — La province de résidence est un motif analogue uniquement dans les cas où elle constitue le fondement d'une violation de la dignité et de la liberté de la personne — La réclamation des demandeurs est purement économique — Il n'y a pas de preuve qu'il y a eu violation de la dignité ou de la liberté de la personne — La requête de la Couronne en vue d'obtenir un jugement sommaire est accordée étant donné qu'il n'y a pas de véritable question à instruire.*

This was a motion, brought by the defendant, for summary judgment. The plaintiffs are employees of the Government of Canada, working in Saskatchewan. They challenged a collective agreement under which employees in Saskatchewan are paid less than others with the same job classification and doing the same work elsewhere in Canada. The parties agreed that the collective agreement made a distinction which amounted to a denial of equal benefit of the law, contrary to Charter, section 15. The plaintiffs submitted that their province of residence was a personal characteristic which was analogous to the enumerated grounds listed in subsection 15(1). They argued that the lower rate of pay for employees in Saskatchewan was arbitrary and resulted from the application of an unproven presumption that residents of that province have a lower cost of living than residents of other provinces. In the absence of evidence justifying the lower rates of pay, the plaintiffs argued that the differential in rates of pay affected the freedom of members of the their group in Saskatchewan.

The issue was whether the distinction was discriminatory.

*Held*, the motion should be allowed.

A collective agreement to which the Government of Canada is a party is law and is subject to Charter, subsection 15(1). The Government cannot contract out of the Charter. As neither waiver nor reasonable limit under section 1 was argued, the collective agreement was subject to subsection 15(1).

The purpose of subsection 15(1) is to prevent the violation of human dignity and freedom by imposing limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics. Province of residence may be an analogous ground, depending upon the way in which it is used in the law being challenged. Only if province of residence is used in a manner giving rise to questions of a violation of the dignity and freedom of the individual is it akin to discrimination on account of national origin. A provincial disparity in bargained rates of pay does not, without some further evidence, raise a question of a violation of human dignity or freedom. The crux of the plaintiffs' claim was purely economic. The plaintiffs did not submit any evidence that their rate of pay was based upon either the enumerated grounds or the indicia of analogous grounds. There was no evidence that the plaintiffs' dignity and freedom was violated by the lower rates of pay. Thus the claim under subsection 15(1) was based on an economic disparity without any evidence of any further basis for a finding of discrimination. The Charter does not concern itself with economic rights.

Il s'agit d'une requête, présentée par la défenderesse, en vue d'obtenir un jugement sommaire. Les demandeurs sont des employés du gouvernement du Canada travaillant en Saskatchewan. Ils contestent une convention collective en vertu de laquelle les employés de la Saskatchewan reçoivent un salaire inférieur à celui de travailleurs classés dans le même groupe d'emplois et effectuant le même travail ailleurs au Canada. Les parties reconnaissent que la convention collective établit une distinction qui équivaut à une négation du droit au même bénéfice de la loi, contrairement à l'article 15 de la Charte. Les demandeurs font valoir que leur province de résidence constitue une caractéristique personnelle qui est analogue aux motifs énumérés au paragraphe 15(1). Ils font valoir que le taux de salaire inférieur des employés de la Saskatchewan est arbitraire et résulte de l'application d'une présomption non prouvée selon laquelle le coût de la vie pour les résidents de cette province est inférieur à celui des résidents d'autres provinces. En l'absence d'éléments de preuve justifiant ces taux de salaire inférieurs, les demandeurs font valoir que les différences de salaire portent atteinte à la liberté des membres de leur groupe en Saskatchewan.

La question est de savoir si la distinction établie est discriminatoire.

*Jugement*: la requête doit être accueillie.

Une convention collective à laquelle le gouvernement du Canada est partie constitue une loi et, à ce titre, est assujettie au paragraphe 15(1) de la Charte. Le gouvernement ne peut signer de conventions qui ne respectent pas la Charte. Comme aucun argument n'a porté sur la renonciation à l'application de la Charte ou sur l'existence d'une limite raisonnable au sens de l'article premier, la convention collective est assujettie au paragraphe 15(1).

Le paragraphe 15(1) a pour objet d'empêcher la violation de la dignité et de la liberté de la personne par l'imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe. La province de résidence peut être un motif analogue, selon la façon dont elle est utilisée dans la loi contestée. Ce n'est que si la province de résidence est utilisée d'une façon qui puisse soulever des questions au sujet de la violation de la dignité et de la liberté d'une personne que ce motif pourra s'apparenter à la discrimination fondée sur l'origine nationale. Une disparité provinciale touchant les taux de salaire négociés ne peut soulever, en l'absence d'autres éléments de preuve, une question de violation de la dignité ou de la liberté de la personne. Le fondement de la réclamation des demandeurs est purement économique. Ils n'ont pas produit d'éléments de preuve indiquant que leur taux salarial était de quelque façon que ce soit fondé sur les motifs énumérés ou sur les indices de motifs analogues. Il n'y a pas d'éléments de preuve indiquant qu'il a été porté atteinte à la dignité ou à la liberté des demandeurs du fait qu'ils

While the possibility remains open of including an individual's province of residence as an analogous ground that may give rise to a finding of discrimination, this case did not provide a basis for such inclusion.

reçoivent un salaire inférieur. Donc, la revendication fondée sur le paragraphe 15(1) s'appuie sur une disparité économique, mais elle n'est étayée d'aucun élément de preuve qui permettrait d'établir qu'il y a eu discrimination. La Charte ne s'intéresse pas aux droits économiques. Bien qu'il soit toujours possible que la province de résidence d'une personne puisse constituer un motif analogue à partir duquel un tribunal pourra juger qu'il y a eu discrimination, il n'y a en l'espèce aucun fondement qui permette de reconnaître l'existence d'un tel motif.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15(1).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15(1).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; [1991] 1 W.W.R. 643; 52 B.C.L.R. (2d) 68; 91 CLLC 17,002; 118 N.R. 340; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 189; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99.

##### CONSIDERED:

*Bank of Montreal v. Rolseth* (1986), 66 A.R. 381; 18 C.P.R. (2d) 344 (Q.B.); *Rafael v. Allison* (1987), 84 A.R. 328; [1988] 1 W.W.R. 570; 56 Alta. L.R. (2d) 79; 37 B.L.R. 232 (Q.B.); *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Chan and Wong* (1992), 130 A.R. 67; 10 C.R.R. (2d) 177 (Q.B.).

#### AUTHORS CITED

Beaudoin, G.-A. and E. Mendes, eds. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1996.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; (1990), 77 D.L.R. (4th) 94; [1991] 1 W.W.R. 643; 52 B.C.L.R. (2d) 68; 91 CLLC 17,002; 118 N.R. 340; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; (1990), 76 D.L.R. (4th) 545; 91 CLLC 17,004; 2 C.R.R. (2d) 1; 118 N.R. 1; 45 O.A.C. 1; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; (1989), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989] 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; (1995), 124 D.L.R. (4th) 693; 29 C.R.R. (2d) 189; [1995] I.L.R. 1-3185; 10 M.V.R. (3d) 151; 181 N.R. 253; 81 O.A.C. 253; 13 R.F.L. (4th) 189; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES:

*Bank of Montreal v. Rolseth* (1986), 66 A.R. 381; 18 C.P.R. (2d) 344 (B.R.); *Rafael v. Allison* (1987), 84 A.R. 328; [1988] 1 W.W.R. 570; 56 Alta. L.R. (2d) 79; 37 B.L.R. 232 (B.R.); *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Chan and Wong* (1992), 130 A.R. 67; 10 C.R.R. (2d) 177 (B.R.).

#### DOCTRINE

Beaudoin, G.-A. et E. Mendes. éd. *Charte canadienne des droits et libertés*, 3<sup>e</sup> éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 1996.

Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.

MOTION by defendant for summary judgment in an action by Federal Public Servants invoking Charter, section 15 in that, under collective agreement, those employed in Saskatchewan paid at lower rate than residents of other provinces. Motion allowed.

COUNSEL:

*Gary L. Bainbridge* for plaintiffs.  
*Myra J. Yuzak* for defendant.

SOLICITORS:

*Woloshyn Mattison*, Saskatoon, Saskatchewan for plaintiffs.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

ROTHSTEIN J.:

ISSUE

1 On this motion for summary judgment by the defendant, Her Majesty the Queen, the issue is whether the plaintiffs have suffered discrimination based on their province of residence, pursuant to subsection 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. The plaintiffs seek to challenge a collective agreement between the Government of Canada and the Public Service Alliance of Canada (PSAC) under which the plaintiffs, employees of the Government of Canada in Saskatchewan, are paid at a lesser scale of pay than employees doing equivalent work elsewhere in Canada. The defendant says that on the basis of agreed or assumed facts in this case, the plaintiffs do not suffer discrimination based on their province of residence and there is no genuine issue for trial;

Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.

REQUÊTE présentée par la défenderesse en vue d'obtenir un jugement sommaire dans une action intentée par des fonctionnaires fédéraux, fondée sur l'article 15 de la Charte du fait que, selon la convention collective, les fonctionnaires travaillant en Saskatchewan reçoivent un salaire inférieur à celui des résidents d'autres provinces. Requête accueillie.

AVOCATS:

*Gary L. Bainbridge*, pour les demandeurs.  
*Myra J. Yuzak*, pour la défenderesse.

PROCUREURS:

*Woloshyn Mattison*, Saskatoon, Saskatchewan, pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada*, pour la défenderesse.

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

LE JUGE ROTHSTEIN:

LA QUESTION EN LITIGE

1 La présente requête présentée par la défenderesse, Sa Majesté la Reine, en vue d'obtenir un jugement sommaire, a pour objet de déterminer si les demandeurs ont été victimes de discrimination à cause de leur province de résidence, aux termes du paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]. Les demandeurs contestent une convention collective signée entre le gouvernement du Canada et l'Alliance de la fonction publique du Canada (AFPC) en vertu de laquelle l'échelle de salaire des demandeurs, qui travaillent pour le gouvernement du Canada en Saskatchewan, est inférieure à celle des employés qui font un travail équivalent ailleurs au Canada. La défenderesse prétend qu'en se fondant sur les faits admis ou supposés en

accordingly, the action must fail and summary judgment is appropriate in the circumstances. While a motion for summary judgment is not intended to shut down a triable case before it has been heard, the Court is permitted to take a "hard look" at the merits and decide if there are genuine issues for trial.

### FACTS

2 For purposes of this summary judgment application, the following facts are agreed:

1. The plaintiffs are employees of the Government of Canada in the Department of Transport and are employed at the Saskatoon Airport.
2. They are members of the General Labour and Trades Group (GLT Group) represented by PSAC.
3. The wages of the plaintiffs are set under a collective agreement which provides for pay scales based on geographic zones. One zone is the Province of Saskatchewan. The pay scale for GLT Group employees in the Province of Saskatchewan is lower than for other persons with the same job classification and doing the same work elsewhere in Canada.

### IS A COLLECTIVE AGREEMENT SUBJECT TO SUBSECTION 15(1)?

3 The Supreme Court of Canada has held that a collective agreement in which the Government of Canada is a party is law, and as such is subject to subsection 15(1) of the Charter. Some question might arise over how subsection 15(1) could accommodate a challenge by employees whose union has voluntarily agreed to a collective agreement. On this point, La Forest J. has made it clear in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, upholding his finding on this

l'espèce, les demandeurs ne sont pas victimes de discrimination du fait de leur province de résidence et qu'il n'y a pas de véritable question à instruire; par conséquent, l'action doit être rejetée et il est approprié de rendre un jugement sommaire dans les circonstances. Bien qu'une requête en vue d'obtenir un jugement sommaire n'ait pas pour objet de tuer dans l'œuf une cause défendable avant que celle-ci soit entendue, la Cour est autorisée à examiner très attentivement le bien-fondé de l'affaire et à décider s'il y a des questions sérieuses à instruire.

### LES FAITS

Pour les fins de la présente demande de jugement sommaire, les faits suivants sont admis: 2

1. Les demandeurs sont employés par le gouvernement du Canada au ministère des Transports à l'aéroport de Saskatoon.
2. Ils sont membres du groupe des manœuvres et hommes de métier représentés par l'AFPC.
3. Les salaires des demandeurs sont établis conformément à une convention collective dans laquelle les échelles salariales sont déterminées selon les zones géographiques. L'une de ces zones correspond à la province de la Saskatchewan. L'échelle salariale des employés du groupe des manœuvres et hommes de métier dans la province de Saskatchewan est inférieure à celle d'autres employés classés dans le même groupe d'emplois et effectuant le même travail ailleurs au Canada.

### UNE CONVENTION COLLECTIVE PEUT-ELLE ÊTRE ASSUJETTIE AU PARAGRAPHE 15(1)?

La Cour suprême du Canada a statué qu'une convention collective à laquelle le gouvernement du Canada est partie constitue une loi et, à ce titre, est assujettie au paragraphe 15(1) de la Charte. On pourrait toutefois se demander comment des employés dont le syndicat a volontairement accepté la convention collective pourraient soulever une contestation en s'appuyant sur le paragraphe 15(1). Sur ce point, le juge La Forest a clairement indiqué dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas* 3

issue in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, that the Government of Canada cannot pursue policies violating Charter rights by means of contract. He states in *Douglas/Kwantlen*, at page 585:

The fact that [a] collective agreement was agreed to . . . does not alter the fact that the agreement was entered into by government pursuant to statutory power and so constituted government action. To permit government to pursue policies violating Charter rights by means of contracts and agreements with other persons or bodies cannot be tolerated. The transparency of the device can be seen if one contemplates a government contract discriminating on the ground of race rather than age.

- 4 Thus, the government cannot contract out of the Charter. In some circumstances, acceptance of the contractual obligations and benefits by the contracting parties could amount to a waiver of Charter rights. In others, it may be that the collective agreement constitutes a reasonable limit under section 1 of the Charter. On this motion, neither waiver nor section 1 were argued. Therefore, the Charter analysis will proceed on the basis that the collective agreement is subject to subsection 15(1).

## CHARTER ANALYSIS

### Framework

- 5 Subsection 15(1) of the Charter provides:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

- 6 To determine whether subsection 15(1) has been breached, the Court must follow a two-step analysis,

*College*, [1990] 3 R.C.S. 570, confirmant le point de vue qu'il avait déjà exprimé à cet égard dans *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, que le gouvernement du Canada ne peut, au moyen de contrats, poursuivre des politiques qui contreviennent aux droits reconnus par la Charte. Il indique ceci, aux pages 585 et 586 de l'arrêt *Douglas/Kwantlen*:

Même si l'association intimée a donné son accord à [une] convention collective, cela ne change rien au fait que le gouvernement l'a conclue en vertu d'un pouvoir conféré par la loi et qu'elle était ainsi une mesure gouvernementale. On ne peut tolérer que le gouvernement poursuive des politiques qui violent les droits reconnus par la Charte au moyen de contrats et d'ententes conclus avec d'autres personnes ou organismes. Le moyen est transparent si l'on pense à un contrat gouvernemental qui établirait une discrimination fondée sur la race plutôt que sur l'âge.

4 Ainsi donc, le gouvernement ne peut signer de conventions qui ne respectent pas la Charte. Dans certaines circonstances, l'acceptation des obligations et avantages contractuels par les parties contractantes pourraient équivaloir à une renonciation aux droits qui leur sont garantis par la Charte. Dans d'autres, il peut arriver que la convention collective constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la Charte. Dans le cadre de la présente requête, aucun argument n'a porté sur une telle renonciation ou sur l'application de l'article premier. Par conséquent, la Cour prendra pour acquis, dans son analyse relative à la Charte, que la convention collective est assujettie au paragraphe 15(1).

## ANALYSE RELATIVE À LA CHARTE

### Contexte

5 Le paragraphe 15(1) de la Charte dispose:

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

6 Pour déterminer si le paragraphe 15(1) a été enfreint, la Cour doit procéder à une analyse en deux

first articulated in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. First, the plaintiffs must show that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the plaintiffs and others, based on personal characteristics of the plaintiffs or characteristics of a group to which the plaintiffs belong. Second, the Court must determine whether the distinction can be said to result in “discrimination”. To show discrimination, it must be ascertained that the denial of equality rests upon one of the enumerated grounds in subsection 15(1) or an analogous ground.<sup>1</sup>

7 As regards the second step, there may be situations where distinctions made on enumerated or analogous grounds are non-discriminatory. For example, where the distinction does not engage the purpose of subsection 15(1)—that being, “to prevent the violation of human dignity and freedom by imposing limitations, disadvantages or burdens through the stereotypical application of presumed group characteristics rather than on the basis of individual merit, capacity, or circumstance,” as stated by McLachlin J. in *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at pages 486-487—discrimination will not be found. Similarly, there may be cases where there is a distinction on an enumerated or analogous ground, but the distinction does not have the effect of imposing a real disadvantage in the social and political context of the claim: see *Miron*, at page 487. Cases where a distinction made on an enumerated or analogous ground that does not amount to discrimination will, however, be rare.

8 In the case at bar, the parties agree that the collective agreement makes a distinction between employees in the GLT Group in Saskatchewan as

étapes, qui a d’abord été énoncée dans l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Tout d’abord, les demandeurs doivent démontrer que l’un des quatre droits fondamentaux à l’égalité leur a été nié (c.-à-d. égalité devant la loi, égalité dans la loi, et égalité de protection et de bénéfice de la loi). Cette analyse mettra largement l’accent sur la question de savoir si la loi établit une distinction (intentionnelle ou autre), entre les demandeurs et d’autres personnes, à partir de caractéristiques propres aux demandeurs ou des caractéristiques d’un groupe auxquels ils appartiennent. Deuxièmement, la Cour doit déterminer s’il est possible de conclure que la distinction a pour effet de causer de la «discrimination». Pour faire la preuve de cette discrimination, il faut démontrer que la négation des droits à l’égalité repose sur l’un des motifs énumérés au paragraphe 15(1) ou sur un motif analogue<sup>1</sup>.

7 Pour ce qui concerne la deuxième étape, il peut y avoir des situations en vertu desquelles les distinctions faites pour des motifs énumérés ou analogues ne sont pas discriminatoires. Par exemple, lorsque la distinction n’a pas de rapport avec l’objet du paragraphe 15(1)—savoir «empêcher la violation de la dignité et de la liberté de la personne par l’imposition de restrictions, de désavantages ou de fardeaux fondés sur une application stéréotypée de présumées caractéristiques de groupe plutôt que sur les mérites ou capacités d’une personne ou encore sur les circonstances qui lui sont propres», comme l’indiquait le juge McLachlin dans l’arrêt *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, à la page 487—, il ne sera pas possible de conclure qu’il y a eu discrimination. De même, il peut exister des cas où une distinction est établie pour un motif énuméré dans la Charte ou pour un motif analogue, mais que cette distinction n’a pas pour effet d’imposer un désavantage réel dans le contexte social et politique de la demande: voir *Miron*, à la page 487. Les cas dans lesquels une distinction établie pour un motif énuméré ou analogue ne constitue pas de discrimination sont cependant rares.

8 En l’espèce, les parties reconnaissent que la convention collective établit une distinction entre les employés du groupe des manœuvres et des hommes

7

8

compared to employees in the GLT Group elsewhere in Canada, and that this distinction amounts to a denial of equal benefit of the law. At issue is whether this distinction is discriminatory.

de métier de la Saskatchewan et les employés du même groupe ailleurs au Canada, et que cette distinction équivaut à une négation de l'égalité de bénéfice de la loi. Il faut décider si cette distinction est discriminatoire.

9 The plaintiffs submit that their province of residence is a personal characteristic which is analogous to the enumerated grounds listed in subsection 15(1). In *R v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, Wilson J., while finding that an individual's province of residence did not form the basis of the claim before her, left open the possibility that in some circumstances it could be a personal characteristic constituting a ground of discrimination.

9 Les demandeurs font valoir que leur province de résidence constitue une caractéristique personnelle analogue aux motifs énumérés au paragraphe 15(1). Dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, le juge Wilson, tout en constatant que la province de résidence d'une personne ne constituait pas le fondement de la réclamation dont elle était saisie, a laissé planer la possibilité que, dans des circonstances particulières, il puisse s'agir là d'une caractéristique personnelle constituant un motif de discrimination.

10 *Turpin* thus offers the possibility of broadening the grounds for a finding of discrimination under subsection 15(1) to include province of residence. However, the observations of Wilson J. in *Turpin* signal that great care must be taken to maintain the stability and purpose of subsection 15(1) in making any actual inclusion. In *Turpin*, the argument was that persons charged with murder could elect trial by judge alone in Alberta, whereas they did not have the same opportunity in any other province. Wilson J. found that this was insufficient to constitute an analogous ground under subsection 15(1). Therefore, while *Turpin* offers the possibility of including province of residence as an analogous ground, clearly it will not be a ground in all circumstances.<sup>2</sup>

10 L'arrêt *Turpin* ouvre donc la voie à un élargissement des motifs permettant de conclure qu'il y a discrimination en vertu du paragraphe 15(1) pour y inclure la province de résidence. Toutefois, les observations du juge Wilson dans l'arrêt *Turpin* font ressortir qu'il faut prendre soin de maintenir la stabilité et l'objet du paragraphe 15(1) en y incluant d'autres motifs. Dans l'arrêt *Turpin*, l'argument faisait valoir que des personnes accusées de meurtre pouvaient choisir d'être jugées devant un juge seul en Alberta, alors qu'elles n'avaient pas cette même possibilité dans d'autres provinces. Le juge Wilson a conclu que cela était insuffisant pour constituer un motif analogue en vertu du paragraphe 15(1). Par conséquent, bien que l'arrêt *Turpin* puisse ouvrir la porte à l'inclusion de la province de résidence comme motif analogue, ce motif ne sera manifestement pas admis dans toutes les circonstances<sup>2</sup>.

#### ARGUMENTS IN THIS CASE

#### LES ARGUMENTS

11 In the case before me, the plaintiffs have made submissions with respect to establishing province of residence as an analogous ground under subsection 15(1). These submissions follow along three general lines.

11 En l'espèce, les demandeurs ont formulé des observations pour que la province de résidence soit considérée comme un motif analogue aux termes du paragraphe 15(1). Ces observations suivent le triple raisonnement suivant:

1. Plaintiffs' counsel directed this Court to several cases in which geographical location was the basis for striking down legislation under subsection 15(1) of the Charter: see *Bank of Montreal v. Rolseth*

1. L'avocat des demandeurs a attiré l'attention de la Cour sur plusieurs causes dans lesquelles le tribunal s'est appuyé sur l'emplacement géographique pour rendre inopérantes certaines lois en vertu du para-

(1986), 66 A.R. 381 (Q.B.); *Rafael v. Allison* (1987), 84 A.R. 328 (Q.B.) and *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Chan and Wong* (1992), 130 A.R. 67 (Q.B.). *Bank of Montreal v. Rolseth* and *Rafael v. Allison* were decided before the Supreme Court of Canada developed the *Andrews* and *Turpin* approach to the subsection 15(1) analysis, and therefore I have not found these older authorities to be of assistance. Although *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Chan and Wong* was decided more recently, it relies on the older authorities.

2. The plaintiffs also relied on Dale Gibson, *The Law of the Charter: Equality Rights* (Toronto: Carswell, 1990) wherein he explains that an individual's province of residence may be an immutable characteristic in the sense that it may only be changeable at an unacceptable cost. Professor Gibson states at pages 159 and 160:

Because of the powerful deterrents to migration that so frequently exist in the real world, a person's place of residence is for many an "immutable" characteristic in the sense that Justice La Forest appears to have used the expression in *Andrews*. In many cases it is little less so than citizenship.

...

If discrimination based on citizenship is sufficiently "personal" to be prohibited by section 15, as the Supreme Court of Canada unanimously held it to be in *Andrews*, discrimination based on the fact that a person lives in the Yukon or Newfoundland must be equally so.

12 While Professor Gibson makes out an innovative argument, comparing province of residence to citizenship, the Supreme Court has said only that province of residence may be an analogous ground, depending upon the way in which it is used in the law being challenged. A claim that does not raise the question of human dignity and freedom would clearly fail to connect with the observations of McLachlin J. in *Miron* where she identifies the principle underlying the indicia of analogous grounds under subsection 15(1), at page 497:

phe 15(1) de la Charte: voir *Bank of Montreal v. Rolseth* (1986), 66 A.R. 381 (B.R.); *Rafael v. Allison* (1987), 84 A.R. 328 (B.R.); et *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Chan and Wong* (1992), 130 A.R. 67 (B.R.). Les arrêts *Bank of Montreal v. Rolseth* et *Rafael v. Allison* ont été rendus avant que la Cour suprême du Canada élabore son raisonnement dans les arrêts *Andrews* et *Turpin* sur l'analyse qu'il convient de faire au sujet du paragraphe 15(1) et, par conséquent, je ne crois pas que ces anciens arrêts soient utiles. Bien que l'arrêt *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Chan and Wong* soit plus récent, il s'appuie néanmoins aussi sur ces causes.

2. Les demandeurs s'appuient également sur l'ouvrage de Dale Gibson, *The Law of the Charter: Equality Rights* (Toronto: Carswell, 1990) dans lequel l'auteur explique que la province de résidence d'une personne peut être une caractéristique immuable dans le sens qu'elle ne peut être modifiée qu'à un prix inacceptable. Le professeur Gibson déclare ceci aux pages 159 et 160:

[TRADUCTION] En raison des puissants dissuasifs à la migration qui existent fréquemment dans la réalité, le lieu de résidence est pour de nombreuses personnes une caractéristique «immuable» d'après le sens que le juge La Forest semble avoir donné à cette expression dans l'arrêt *Andrews*. Dans bon nombre de cas, il l'est à peine moins que la citoyenneté.

...

Si la discrimination se fondant sur la citoyenneté est une caractéristique suffisamment «personnelle» pour être interdite par l'article 15, comme la Cour suprême du Canada l'a décidé à l'unanimité dans l'arrêt *Andrews*, la discrimination se fondant sur le fait qu'une personne vit au Yukon ou à Terre-Neuve doit l'être également.

12 Bien que le professeur Gibson apporte un argument novateur, c'est-à-dire qu'il compare la province de résidence à la citoyenneté, la Cour suprême a simplement dit que la province de résidence pouvait être un motif analogue, selon la façon dont elle est utilisée dans la loi contestée. Une revendication qui ne soulève pas la question de la dignité et de la liberté d'une personne n'aurait manifestement aucun lien avec les observations du juge McLachlin dans l'arrêt *Miron* où elle identifie le principe qui soutient les indices de motifs analogues qui seraient visés au paragraphe 15(1) à la page 497:

... while discriminatory group markers often involve immutable characteristics, they do not necessarily do so. Religion, an enumerated ground, is not immutable. Nor is citizenship, recognized in *Andrews*; nor province of residence, considered in *Turpin*. All these and more may be indicators of analogous grounds, but the unifying principle is larger: the avoidance of stereotypical reasoning and the creation of legal distinctions which violate the dignity and freedom of the individual, on the basis of some preconceived perception about the attributed characteristics of a group rather than the true capacity, worth or circumstances of the individual.

13 Only if province of residence is used in a manner giving rise to questions of a violation of the dignity and freedom of the individual, may it be akin to discrimination on account of national origin. With respect to the case before me, I find it difficult to think that a challenge involving a provincial disparity in bargained rates of pay would, without some further evidence, raise a question of a violation of human dignity or freedom. The way province of residence is used in respect of the law under challenge (the collective agreement) might raise questions about differentials in bargaining power between persons in the GLT Group in Saskatchewan and persons in the GLT Group elsewhere in Canada. However, it is not, without some further evidence, suggestive of any violation of human dignity and freedom.

3. In keeping with the language of *Miron*, the plaintiffs also submit that, even if one's province of residence is not always a personal characteristic amounting to discrimination, i.e. that it is not an immutable characteristic, province of residence should in this case be considered an analogous ground. As will be seen, this argument is related to the second argument above. The argument here is that the lower rate of pay for employees in the GLT Group in Saskatchewan is arbitrary and results from the application of a stereotype that residents of that province are presumed to have a lower cost of living than residents of other provinces, a presumption that

... bien que des repères de groupe discriminatoires comportent souvent des caractéristiques immuables, ce n'est pas nécessairement toujours le cas. Par exemple, la religion, un motif énuméré, n'est pas un motif immuable, ni d'ailleurs la citoyenneté, reconnue dans l'arrêt *Andrews*, pas plus que la province de résidence, examinée dans l'arrêt *Turpin*. Ces éléments peuvent parmi d'autres constituer des indices de motifs analogues; cependant, le principe unificateur est plus général: il faut éviter les raisonnements stéréotypés et la création de distinctions juridiques qui violent la dignité et la liberté de la personne pour un motif fondé sur une idée préconçue des caractéristiques attribuées à un groupe plutôt que sur les capacités ou les mérites d'un individu ou sur les circonstances qui lui sont propres.

Ce n'est que si la province de résidence est utilisée d'une façon qui peut soulever des questions au sujet de la violation de la dignité et de la liberté d'une personne que ce motif pourra s'apparenter à la discrimination fondée sur l'origine nationale. Revenant au cas en l'espèce, je trouve difficile de conclure qu'une contestation portant sur une disparité provinciale touchant les taux de salaire négociés puisse soulever, en l'absence d'autres éléments de preuve, une question de violation de la dignité ou de la liberté de la personne. La façon dont la province de résidence est utilisée dans la loi qui est contestée (la convention collective) pourrait soulever des questions sur les différences de pouvoir de négociation entre les personnes qui font partie du groupe des manœuvres et des hommes de métier en Saskatchewan et celles qui font partie du même groupe ailleurs au Canada. Toutefois, en l'absence d'autres éléments de preuve, cela ne constitue pas une violation de la dignité et de la liberté de la personne.

3. En reprenant le libellé de l'arrêt *Miron*, les demandeurs font également valoir que, si la province de résidence d'une personne n'est pas toujours une caractéristique personnelle qui puisse équivaloir à de la discrimination, c'est-à-dire qu'elle n'est pas une caractéristique immuable, la province de résidence devrait en l'espèce être considérée comme un motif analogue. Comme nous le verrons, cet argument est lié au deuxième argument ci-dessus. Ce troisième argument indique que le taux de salaire inférieur des employés du groupe des manœuvres et des hommes de métier en Saskatchewan est arbitraire et résulte de l'application d'un stéréotype selon lequel le coût de

13

has not been proven. In the absence of evidence justifying the lower rates of pay, the plaintiffs' argument is that the differential in rates of pay affects the freedom of GLT Group members in Saskatchewan.

14 Notwithstanding that the argument is couched in terms of an arbitrary stereotype, the crux of the plaintiffs' claim is purely economic. There is only a bald assertion in a supporting affidavit that the differential wage rates are arbitrary and not justified on any rational basis. The plaintiffs did not bring forth evidence that their rate of pay was in any way based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability. Nor is there any indication of discrimination based upon the indicia of analogous grounds set out by McLachlin J. in *Miron*. There is no evidence that the GLT Group has suffered persistent disadvantage independent of the provisions of the collective agreement under scrutiny. There is no history of prejudice. There is no evidence of lack of political power or social disadvantage. In short, there is no evidence before me to indicate that the dignity and freedom of the plaintiffs has been violated by the lower rates of pay applicable to the GLT Group in Saskatchewan under the collective agreement.

15 Therefore, I have before me a claim under subsection 15(1) which is based on an economic disparity without any evidence of any further basis for a finding of discrimination. The Supreme Court has taken a clear position with respect to economic interests. As observed by McIntyre J. in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at page 412:

It is also to be observed that the *Charter*, with the possible exception of s. 6(2)(b) (right to earn a livelihood in

la vie dans cette province est présumé inférieur à celui d'autres provinces, présomption qui n'a pas été prouvée. En l'absence d'éléments de preuve justifiant ces taux de salaire inférieurs, les demandeurs font valoir que les différences de salaire portent atteinte à la liberté des membres du groupe des manœuvres et des hommes de métier de la Saskatchewan.

14 Bien que l'argument soit formulé en termes de stéréotype arbitraire, le fondement de la réclamation des demandeurs est purement économique. Il n'y a qu'une seule affirmation gratuite dans un affidavit à l'appui indiquant que les différences salariales sont arbitraires et qu'elles ne sont justifiées par aucun fondement rationnel. Les demandeurs n'ont pas produit d'éléments de preuve indiquant que leur taux salarial était de quelque façon que ce soit fondé sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. Il n'y a pas non plus d'éléments tendant à établir que la discrimination se fonde sur les indices de motifs analogues énoncés par le juge McLachlin dans l'arrêt *Miron*. Il n'y a pas d'éléments de preuve indiquant que le groupe des manœuvres et des hommes de métier a subi des désavantages permanents indépendants des dispositions de la convention collective à l'étude. Il n'y a pas d'antécédent de préjudice. Il n'y a pas de preuve qu'ils sont dépourvus de pouvoir politique ou qu'ils sont socialement défavorisés. Bref, je ne suis saisi d'aucune preuve établissant qu'il a été porté atteinte à la dignité ou à la liberté des demandeurs du fait qu'ils reçoivent un salaire inférieur en Saskatchewan en vertu de la convention collective.

15 Par conséquent, je suis saisi d'une revendication fondée sur le paragraphe 15(1) qui s'appuie sur une disparité économique mais qui n'est étayée d'aucun élément de preuve qui me permette de conclure qu'il y a eu discrimination. La Cour suprême a adopté une position très claire concernant les intérêts économiques. Comme le fait observer le juge McIntyre dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act. (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la page 412:

On constatera aussi que la *Charte*, sauf peut-être l'al. 6(2)(b) (le droit de gagner sa vie dans toute province) et le

any province) and s. 6(4), does not concern itself with economic rights.

par. 6(4), ne s'intéresse pas aux droits économiques.

16 I must conclude, therefore, that the plaintiffs have provided no basis for me to find that province of residence should be included in this case as an analogous ground for a finding of discrimination under subsection 15(1). I arrive at this conclusion also in light of the signal in *Turpin* that the requirements are strenuous for including province of residence as an analogous ground. Even if the Charter did concern itself with economic interests, it is difficult to think that different rates of pay among provinces, which gives rise to an economic question, could justify province of residence being considered as an analogous ground when the opportunity for election of trial by judge alone on a murder charge, which goes to a liberty interest, could not.

Je dois donc conclure que les demandeurs n'ont établi devant moi aucun fondement qui me permette d'affirmer que la province de résidence devrait figurer en l'espèce au rang des motifs analogues afin de conclure qu'il y a eu discrimination aux termes du paragraphe 15(1). J'en arrive à cette conclusion en tenant également compte de l'avertissement qui se dégage de l'arrêt *Turpin* selon lequel les exigences pour inclure la province de résidence comme un motif analogue sont ardues. Même si la Charte s'intéressait aux intérêts économiques, il est difficile de croire que des différences salariales entre les provinces, qui soulèvent une question économique, pourraient justifier que la province de résidence soit considérée comme un motif analogue alors que la possibilité pour une personne accusée de meurtre de choisir d'être jugée par un juge seul, qui touche le droit à la liberté, ne peut l'être.

### CONCLUSION

### CONCLUSION

17 While the possibility remains open to include an individual's province of residence as an analogous ground that may give rise to a finding of discrimination, the case at bar provides me with no basis for such inclusion. I cannot conclude, therefore, that the plaintiffs have a genuine issue for trial. Although the parties have agreed that there is a difference in rates of pay between the GLT Group in Saskatchewan and the GLT Group in other provinces, there is no evidence that this difference amounts to discrimination. Given this conclusion, there is no genuine issue for trial.

17 Bien qu'il soit toujours possible que la province de résidence d'une personne puisse constituer un motif analogue à partir duquel un tribunal pourra juger qu'il y a eu discrimination, il n'y a en l'espèce aucun fondement qui me permette de reconnaître l'existence d'un tel motif. Je ne peux donc conclure que les demandeurs ont une véritable question à faire instruire. Même si les parties ont reconnu qu'il y a une différence dans les taux de salaire entre le groupe des manœuvres et des hommes de métier en Saskatchewan et le même groupe dans d'autres provinces, il n'y a pas d'élément de preuve indiquant que cette différence équivaut à de la discrimination. Au vu de cette conclusion, il n'y a pas de véritable question à instruire.

18 The defendant's motion for summary judgment is allowed. There shall be judgment for the defendant with costs.

18 La requête de la défenderesse en vue d'obtenir un jugement sommaire est accueillie. Le jugement sera rendu en faveur de la défenderesse avec dépens.

<sup>1</sup> Once the plaintiffs satisfy the Court of discrimination under s. 15(1), the burden shifts to the state to show that the discrimination is demonstrably justified and in a free and democratic society under s. 1 of the Charter. This

<sup>1</sup> Une fois que les demandeurs ont établi à la satisfaction de la Cour qu'il y a discrimination au sens de l'art. 15(1), le fardeau de la preuve est reporté sur l'État qui doit établir que la justification de la discrimination

involves demonstrating the rationality and reasonableness of the discrimination. These matters are not addressed here as the defendant has restricted the motion to the question of whether or not there is discrimination under s. 15(1).

<sup>2</sup> In terms of application, difficulties can arise with grounds that are deemed analogous in some circumstances but not in others. These difficulties have been recognized by Beaudoin and Mendes, eds. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 3rd ed., (Toronto: Carswell, 1996). At p. 14-64 and 14-65, they state:

The Court provides no standards for determining why a ground would be analogous in some circumstances and not others, and a case by case determination seems inconsistent with the earlier statement in the same judgment that the determination whether a ground is analogous should be made not in relation to the law under challenge, but in “the context of the place of the group in the entire social, political and legal fabric of our society”. A case by case determination of the relevancy of the ground to the purposes of a particular statute also risks falling back into the “similarly situated” test rejected in *Andrews*. In addition, it comes close to making the status of the ground a question of fact that would have to be argued and proved in every case. We do not mean to suggest that the analogous grounds in the year 2010 might not differ from those in 1995, as social and political conditions change. However, we do suggest that the conclusion that a ground is analogous should form a binding precedent to be reassessed only upon evidence that the purposes of section 15 are no longer served.

peut être démontrée dans le cadre d’une société libre et démocratique, comme le précise l’article premier de la Charte. Pour cela, l’État doit démontrer la rationalité et le caractère raisonnable de la discrimination. Ces points ne sont pas débattus en l’espèce étant donné que la défenderesse a restreint sa requête à la question de savoir s’il y a eu ou non discrimination en vertu de l’art. 15(1).

<sup>2</sup> Au niveau de l’application, des difficultés peuvent se poser lorsque des motifs sont réputés analogues dans certaines circonstances, et non dans d’autres. Ces difficultés ont été reconnues par Beaudoin et Mendes, éd. dans leur ouvrage *Charte canadienne des droits et libertés*, 3<sup>e</sup> éd., (Montréal: Wilson & Lafleur, 1996). À la p. 889, les auteurs indiquent ceci:

[TRADUCTION] La Cour ne fournit aucune norme permettant de déterminer la raison pour laquelle un motif serait analogue dans certaines circonstances et non dans d’autres, et une détermination au cas par cas ne semble pas compatible avec la déclaration antérieure dans le même jugement indiquant que la conclusion relative à la question de savoir si un motif est analogue ou non ne peut pas être tirée seulement dans le contexte de la loi qui est contestée, mais plutôt «en fonction de la place occupée par le groupe dans les contextes social, politique et juridique de notre société». Une décision au cas par cas de la pertinence du motif face aux fins poursuivies par une loi en particulier risque également de nous ramener au critère de la «situation semblable» qui a été rejeté dans l’arrêt *Andrews*. En outre, cette décision équivaudrait presque à ce que le motif devienne une question de fait qui devrait être débattue et prouvée dans chaque cas. Nous ne voulons pas laisser entendre que les motifs analogues en l’an 2010 ne pourront pas différer de ceux qui existent en 1995, compte tenu de l’évolution sociale et politique. Toutefois, nous croyons que la conclusion selon laquelle un motif est analogue devrait constituer un précédent obligatoire ne pouvant être réévalué que sur présentation d’une preuve établissant que les fins poursuivies par l’article 15 ne sont plus respectées.

T-945-95

T-945-95

**Douglas Lloyd Matthews** (*Applicant*)**Douglas Lloyd Matthews** (*requérant*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada** (*Respondent*)**Le Procureur général du Canada** (*intimé*)**INDEXED AS: MATTHEWS v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)****RÉPERTORIÉ: MATTHEWS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1<sup>re</sup> INST.)**

Trial Division, MacKay J.—Halifax, April 10; Ottawa, August 13, 1996.

Section de première instance, juge MacKay—Halifax, 10 avril; Ottawa, 13 août 1996.

*Fisheries — Judicial review of Minister of Fisheries and Oceans' decision not to issue to applicant snow crab fishing licence for first three weeks of 1995 season and to reduce quota during 1995 season — Fisheries Act, s. 7 giving Minister absolute discretion to issue, authorize issuance of fishing licences — Decision intended to penalize applicant for violations of 1994 licence conditions — Act specifically providing variety of penalties to be imposed by court — Implicit Parliament not intending penal powers to be exercised by Minister — Applicant entitled to procedural safeguards envisioned by penal provisions — Declaration Minister's discretion under s. 7 not including authority to impose licence conditions to penalize for violations of Act, Regulations, licence conditions.*

*Pêches — Contrôle judiciaire de la décision du ministre des Pêches et des Océans de ne pas délivrer au requérant un permis de pêche au crabe des neiges pour les trois premières semaines de la saison de 1995 et de réduire son contingent au cours de la saison en question — L'art. 7 de la Loi sur les pêches confère au ministre le pouvoir discrétionnaire absolu de délivrer et d'autoriser la délivrance de permis de pêche — La décision visait à pénaliser le requérant pour avoir enfreint les conditions de son permis de 1994 — La Loi prévoit expressément une variété de peines devant être imposée par la cour — Il est entendu implicitement que le législateur n'entend pas que le ministre exerce un pouvoir pénal — Le requérant a droit aux garanties procédurales envisagées par les dispositions pénales de la Loi — Jugement déclaratoire portant que le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'art. 7 ne comprend pas l'autorité d'imposer des conditions aux permis à l'égard de violations antérieures de la Loi, de ses Règlements ou des conditions des permis.*

This was an application for judicial review of the Minister of Fisheries and Oceans' decision not to issue to the applicant a snow crab fishing licence for the first three weeks of the 1995 season and to reduce his quota by 50% during the 1995 season. In 1994 the applicant violated the conditions of his snow crab fishing licence by not hailing the dockside monitoring program prior to changing designated fishing areas, and by exceeding the total weight allowed on at least three occasions. In January 1995 the P.E.I. area manager of the Department of Fisheries and Oceans requested a decision by the Regional Director-General, on behalf of the Minister, with respect to issuance to the applicant of a restricted licence and a quota reduction for the 1995 season. That request was admittedly made because of the violations of the licence conditions. By letter dated April 12, 1995, which referred to the violations of his 1994 licence, the applicant was advised that his 1995 licence was subject to the above-mentioned sanctions.

Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre des Pêches et des Océans de ne pas délivrer au requérant un permis de pêche au crabe des neiges pour les trois premières semaines de la saison de 1995 et de réduire son contingent de 50 % au cours de la saison de 1995. En 1994, le requérant a enfreint les conditions de son permis de pêche au crabe des neiges en ne prévenant pas les responsables du programme de vérification à quai avant de changer de zone de pêche et en dépassant, à au moins trois occasions, le poids total des prises qui lui était accordé. En janvier 1995, le gestionnaire du ministère des Pêches et des Océans pour la région de l'Île-du-Prince-Édouard a demandé au directeur général régional de rendre une décision pour le ministre, concernant la délivrance au requérant d'un permis limité et la réduction de son contingent pour la saison de 1995. Cette demande était faite en raison des violations des conditions du permis de pêche. Par lettre en date du 12 avril 1995, qui mentionnait les violations de son permis pour 1994, le requérant était avisé que son permis pour 1995 était assujéti aux sanctions susmentionnées.

*Fisheries Act*, section 7 gives the Minister absolute discretion to issue or authorize the issuance of fishing licences.

The issue was whether section 7 gave the Minister jurisdiction to impose a penalty for violations of fishing licence conditions.

*Held*, the application should be allowed.

The purpose of the limitations was clearly to impose a penalty.

Parliament has provided a process for dealing with violations of the Act, the Regulations or licence conditions in *Fisheries Act*, sections 78 to 79.7 and has not authorized the making of regulations that would permit the imposition of penalties by processes other than those set out in the Act. By implication Parliament did not intend that the Minister could exercise penal powers. Those penalties are to be imposed by a court, where procedural safeguards associated with the judicial process are available. The applicant is entitled to the procedural safeguards envisioned by the penal provisions of the Act, if a process of imposing penalties for violations for the Act or Regulations is to be undertaken. The Minister's discretion under section 7 did not include the authority to impose penalties or sanctions for past violations of the Act, Regulations or licence conditions.

The 1995 season having gone by, an order quashing the Minister's decision would provide no effective relief. But since the issue remained a vital one for future seasons, an order should go declaring that the Minister may not impose licence conditions to penalize violations of the Act.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7, 43 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 35, ss. 3, 7; S.C. 1991, c. 1, s. 12), 78 (as am. *idem*, s. 24), 78.1 (as enacted *idem*), 78.2 (as enacted *idem*), 78.3 (as enacted *idem*), 78.4 (as enacted *idem*), 78.5 (as enacted *idem*), 78.6 (as enacted *idem*), 79 (as am. *idem*), 79.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Suppl.), c. 31, s. 97; S.C. 1991, c. 1, s. 24), 79.2 (as enacted *idem*), 79.3 (as enacted *idem*), 79.4 (as enacted *idem*), 79.5 (as enacted *idem*), 79.6 (as enacted *idem*), 79.7 (as enacted *idem*).  
*Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, ss. 22(6),(7).

L'article 7 de la *Loi sur les pêches* confère au ministre le pouvoir discrétionnaire absolu de délivrer ou d'autoriser la délivrance de permis de pêche.

La question litigieuse consistait à savoir si l'article 7 accorde au ministre l'autorité d'imposer une peine pour sanctionner la violation des conditions des permis de pêche.

*Jugement*: la demande doit être accueillie.

Les restrictions avaient clairement pour objet d'imposer une peine.

Le législateur a prévu un processus applicable à la violation de la Loi, de ses Règlements ou des conditions des permis aux articles 78 à 79.7 de la *Loi sur les pêches*, et il n'a pas donné l'autorité de prendre des règlements qui permettraient d'imposer des peines par des processus autres que ceux qui sont exposés dans la Loi. Il est implicite que le législateur n'avait pas l'intention que le ministre exerce des pouvoirs pénaux, qui appartiennent au tribunal, auprès duquel les garanties procédurales associées au processus judiciaire sont disponibles. Le requérant a droit aux garanties procédurales envisagées par les dispositions pénales de la Loi, s'il doit y avoir recours à un mécanisme d'imposition de peines pour violation de la Loi ou de ses règlements. Le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par l'article 7 ne comprend pas l'autorité d'imposer des peines à l'égard de violations antérieures de la Loi, de ses règlements ou des conditions des permis.

La saison de pêche de 1995 étant terminée, une ordonnance annulant la décision du ministre n'offrirait aucune réparation efficace. Mais la question restant d'une importance vitale pour les saisons à venir, une ordonnance devrait être rendue portant que le ministre ne peut pas imposer des conditions aux permis pour sanctionner les infractions à la Loi.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

*Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7, 43 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 35, art. 3, 7; L.C. 1991, ch. 1, art. 12), 78 (mod., *idem*, art. 24), 78.1 (édicte, *idem*), 78.2 (édicte, *idem*), 78.3 (édicte, *idem*), 78.4 (édicte, *idem*), 78.5 (édicte, *idem*), 78.6 (édicte, *idem*), 79 (mod., *idem*), 79.1 (édicte par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 97; L.C. 1991, ch. 1, art. 24), 79.2 (édicte, *idem*), 79.3 (édicte, *idem*), 79.4 (édicte, *idem*), 79.5 (édicte, *idem*), 79.6 (édicte, *idem*), 79.7 (édicte, *idem*).  
*Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, art. 22(6),(7).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## DISTINGUISHED:

*Everett v. Canada (Minister of Fisheries & Oceans)* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 112; 169 N.R. 100 (F.C.A.); *Everett v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)* (1993), 63 F.T.R. 279 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 2; 164 N.R. 361 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of the Minister of Fisheries and Oceans' decision not to issue to the applicant a snow crab fishing licence for the first three weeks of the 1995 season and to reduce his quota during that season. Application allowed.

## COUNSEL:

*J. Allan Shaw* for applicant.  
*Gregory A. MacIntosh* for respondent.

## SOLICITORS:

*J. Allan Shaw*, Alberton, Prince Edward Island, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

- 1 MACKAY J.: This is an application for judicial review of a decision of the Minister of Fisheries and Oceans dated April 12, 1995 determining not to issue the applicant a snow crab fishing licence for the first three weeks of the 1995 season and to reduce his quota by 50% during the 1995 season. The applicant seeks a writ of *certiorari* quashing the decision not to issue him a licence for the first three weeks and reducing his quota allocation.

- 2 The applicant is a fisherman from Prince Edward Island. In 1994 he held a snow crab fishing licence

## JURISPRUDENCE

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Everett c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 112; 169 N.R. 100 (C.A.F.); *Everett c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1993), 63 F.T.R. 279 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447; (1994), 17 Admin. L.R. (2d) 2; 164 N.R. 361 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du ministre des Pêches et des Océans de ne pas délivrer au requérant un permis de pêche au crabe des neiges pour les trois premières semaines de la saison de 1995 et de réduire son contingent au cours de cette saison. La demande est accueillie.

## AVOCATS:

*J. Allan Shaw* pour le requérant.  
*Gregory A. MacIntosh* pour l'intimé.

## PROCUREURS:

*J. Allan Shaw*, Alberton (Île-du-Prince-Édouard) pour le requérant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

1 LE JUGE MACKAY: Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle, le 12 avril 1995, le ministre des Pêches et des Océans a décidé de ne pas délivrer au requérant un permis de pêche au crabe des neiges pour les trois premières semaines de la saison de 1995 et de réduire son contingent de 50 % au cours de la saison 1995. Le requérant cherche à obtenir un bref de *certiorari* annulant la décision de ne pas lui délivrer de permis pour les trois premières semaines et de réduire son contingent.

2 Le requérant est un pêcheur de l'Île-du-Prince-Édouard. En 1994, il était titulaire d'un permis de

in connection with his vessel *Desert Storm* permitting him to fish in designated areas 25 and 26 only. On May 8, 1994 the vessel *Desert Storm* was observed, from a fisheries patrol aircraft, about three quarters of a nautical mile into area 12, an area in which the vessel was not permitted. The applicant's vessel was observed a second time, later that same day, some two nautical miles into area 12. At that time, the applicant's licence contained a condition requiring him to hail the dockside monitoring program at least three hours prior to changing areas, but he failed to do so prior to entering area 12 on both occasions that day.

3 On the second occasion fisheries officials on board a patrol vessel began to pursue the *Desert Storm*, which then proceeded back to its permitted areas. The officials eventually boarded the vessel and the applicant was informed that he had been seen within fishing area 12, to which the applicant replied that he must have drifted into the area while eating dinner. A violation report was completed and fisheries officials then proceeded to area 12 where the *Desert Storm* had been observed. There they discovered a number of freshly baited but untagged snow crab traps. These were without identification but were similar, and had marker buoys similar, to those earlier observed on board the *Desert Storm*.

4 Subsequently, on May 11 and 12, 1994 the applicant unloaded his crab catch from a fishing trip. The weight of that catch was 8,710 lbs., bringing his total catch to that date to 44,541 lbs. That total was in excess of his licence conditions which, at that time, permitted him to land only 44,100 lbs. of snow crab. Thus Mr. Matthews was 441 lbs. over his allowable quota. At that time the applicant was read his rights and informed of the violation of his licence conditions.

5 On May 13, 1994 the applicant was issued further licence conditions permitting him to land an addi-

pêche au crabe des neiges délivré relativement à son bateau, le *Desert Storm*, qui lui permettait de pêcher dans les zones désignées 25 et 26 seulement. Le 8 mai 1994, le bateau *Desert Storm* a été observé, à partir d'un avion patrouilleur, environ trois quarts de mille marin dans la zone 12, dont l'accès n'était pas autorisé au navire. Le bateau du requérant a été observé une seconde fois, plus tard le même jour, environ deux milles marins dans la zone 12. À cette époque, le permis du requérant contenait une condition l'obligeant à prévenir par radio les responsables du programme de vérification à quai au moins trois heures avant de changer de zone, ce qu'il n'a pas fait avant de pénétrer deux fois dans la zone 12 ce jour-là.

3 À la seconde occasion, les agents des pêches à bord d'un patrouilleur ont commencé à poursuivre le *Desert Storm*, qui est alors retourné dans ses zones permises. Les agents sont montés à bord du bateau et ils ont prévenu le requérant qu'on l'avait vu pêcher dans la zone de pêche 12, ce à quoi il a rétorqué qu'il avait dû dériver dans cette zone lorsqu'il prenait son repas. Un rapport d'infraction a été rédigé et les agents des pêches se sont dirigés vers la zone 12, où avait été observé le *Desert Storm*. Ils y ont alors découvert un certain nombre de pièges à crabes des neiges fraîchement appâtés mais non étiquetés. Ils n'affichaient aucune identification, mais les pièges et les bouées repères qu'ils portaient étaient semblables à ceux observés plus tôt à bord du *Desert Storm*.

4 Subséquemment, les 11 et 12 mai 1994, le requérant a déchargé sa prise de crabes provenant d'un voyage de pêche. Cette prise pesait 8 710 livres, portant sa prise totale jusqu'alors à 44 541 livres. Ce total dépassait les conditions de son permis qui, à l'époque, lui donnait le droit de prendre 44 100 livres de crabes des neiges. M. Matthews dépassait donc de 441 livres son contingent admissible. À ce moment, on a lu ses droits au requérant et on l'a avisé qu'il avait enfreint les conditions de son permis.

5 Le 13 mai 1994, on a donné au requérant d'autres conditions applicables à son permis, lui permettant

tional 5,000 lbs. of snow crab. The following day, May 14, 1994, he landed 5,229 lbs. of snow crab, exceeding his additional quota by 229 lbs. A violation report on this incident was completed by fisheries officials.

de pêcher 5 000 livres supplémentaires de crabe des neiges. Le jour suivant, soit le 14 mai 1994, il a pris 5 229 livres de crabe des neiges, dépassant son contingent supplémentaire de 229 livres. Les agents des pêches ont alors rédigé un rapport de violation à cet égard.

6 Thereafter, on May 19, 1994 further licence conditions were issued to the applicant permitting him to land a maximum of 73,490 lbs. of snow crab for the year. On June 1, 1994 he landed 1,232 lbs. of crab, bringing his total catch for the year to 73,728 lbs., 238 lbs. in excess of his allowable quota for the year. Once again a violation report was issued in connection with this infringement.

6 Par la suite, le 19 mai 1994, d'autres conditions de permis ont été données au requérant, lui permettant de prendre au maximum 73 490 livres de crabe des neiges cette année-là. Le premier juin 1994, il a pris 1 232 livres de crabe, portant ainsi sa prise totale pour l'année à 73 728 livres, soit 238 livres de plus que son contingent admissible pour l'année. De nouveau, cette infraction a donné lieu à un rapport de violation.

7 At some time thereafter a prosecution was initiated against the applicant, but those proceedings, apparently in relation to alleged fishing with untagged traps, were not completed before this matter was heard.

7 Par la suite, une poursuite a été engagée contre le requérant, mais cette procédure, apparemment reliée à la pêche avec des pièges non étiquetés, n'a pas été complétée avant l'audition de cette affaire.

8 By letter dated January 9, 1995 the applicant was advised by the Prince Edward Island area manager of the Department of Fisheries and Oceans (DFO) that a request for a decision with respect to issuance of his licence and reduction of the applicant's quota for his 1995 snow crab licence was being forwarded to Mr. Cormier, Regional Director-General, DFO, because of the four violations committed the previous season by the applicant. The letter provided that the applicant might make written representations on the matter to Mr. Cormier.

8 Par lettre datée le 9 janvier 1995, le requérant a été avisé par le gestionnaire de la région de l'Île-du-Prince-Édouard du ministère des Pêches et des Océans (MPO) qu'une demande de décision relative à la délivrance de son permis et à la réduction de son contingent à l'égard de son permis de pêche au crabe des neiges en 1995 était adressée à Cormier, directeur général régional, MPO, en raison des quatre violations que le requérant avait commises au cours de la saison précédente. La lettre prévoyait que le requérant pouvait adresser à Cormier des observations écrites sur la question.

9 The letter to the applicant included a copy of a memorandum, also dated January 9, 1995, from the area manager requesting a decision by the Regional Director-General, for the Minister, regarding a quota reduction and a restricted licence to be issued for the 1995 snow crab season for the applicant, pursuant to section 7 of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 as amended (the Act). In that memorandum the area manager noted that the applicant had violated conditions of his 1994 licence on four occasions, including his failure to hail on moving to area

9 La lettre envoyée au requérant comprenait une copie d'une note de service, aussi datée le 9 janvier 1995, dans laquelle le gestionnaire régional demandait au directeur général régional de rendre une décision pour le ministre, concernant la réduction du contingent du requérant et la délivrance à ce dernier d'un permis limité de pêche au crabe des neiges pour la saison de pêche 1995, conformément à l'article 7 de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14 et ses modifications (la Loi). Dans cette note de service, le gestionnaire régional signalait que le

12 on May 8, 1994, and the three violations of his quota allocations on May 12 and 14, and on June 1, 1994. On behalf of the Department it was stated that there had been serious enforcement concerns in the snow crab fishery based in Prince Edward Island in the past, and "strict controls with licence conditions . . . are there to assist in conservation and protection and ensure an orderly harvest in this valuable fishery".

- 10 The area manager, for the Department, requested that the applicant not be issued a snow crab licence for the first three weeks of the 1995 season and that his allowable quota be reduced by one-half, pursuant to section 7 of the Act. The request was said to be made as a result of the conditions of the applicant's licence being violated on four occasions in 1994, contrary to subsection 22(7) of the *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, (the Regulations). Included with the area manager's memorandum were reports of the applicant's violations reported in 1994. There were also two other undated statements signed by the fisheries officer who had boarded the *Desert Storm* at sea on May 8, 1994 and who reported on the applicant's failure to hail on moving from one area to another that day. The first, a statement headed "Conservation Impact" discusses the purposes and importance of the requirement to hail as a control measure. The second, headed "Due Diligence Defence", makes no reference to any discussions with Mr. Matthews, but negates any claim the applicant might advance about care taken to remain within his permitted fishing areas or to hail if he moved from one area to another. In essence the officer concluded there could be no due diligence defence for being in area 12 without having hailed because the applicant had technical equipment on board, including a cellular telephone and a VHS marine radio, which would permit him to hail the dockside monitoring program, and the reception from such devices was good on that day.

requérant avait violé à quatre reprises les conditions de son permis pour 1994, notamment en ne prévenant pas par radio lorsqu'il s'est rendu dans la zone 12 le 8 mai 1994, et en dépassant à trois reprises son contingent les 12 et 14 mai et le premier juin 1994. On a déclaré au nom du Ministère que les pêcheries de crabe des neiges à l'Île-du-Prince-Édouard avaient déjà, dans le passé, donné lieu à de graves soucis en ce qui concerne l'application de la législation, et [TRADUCTION] «de stricts contrôles des conditions des permis . . . existent pour promouvoir la conservation et la protection et assurer une récolte régulière dans cette pêcherie de grande valeur».

- 10 Le gestionnaire régional a demandé, pour le Ministère, que le requérant n'obtienne pas de permis de pêche au crabe des neiges pour les trois premières semaines de la saison de 1995 et que son contingent admissible soit réduit de moitié, conformément à l'article 7 de la Loi. Le gestionnaire a ajouté que la demande résultait de la violation, à quatre reprises en 1994, des conditions du permis du requérant, contrairement au paragraphe 22(7) du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, (le Règlement). Inclus dans la note de service du gestionnaire régional se trouvaient des rapports des violations du requérant rapportées en 1994. On y trouvait aussi deux autres déclarations non datées signées par l'agent des pêches qui était monté à bord du *Desert Storm* en mer le 8 mai 1994 et qui avait signalé l'omission du requérant de faire un rapport-radio lorsqu'il s'est déplacé d'une zone à une autre ce jour-là. La première déclaration, intitulée [TRADUCTION] «Impact sur la conservation» discute de l'objet et de l'importance de l'obligation de prévenir par radio comme mesure de contrôle. La seconde déclaration, intitulée [TRADUCTION] «Défense de la diligence requise», ne fait aucune mention de discussions avec Matthews, mais repousse toute prétention que pourrait avancer le requérant d'avoir pris soin de rester dans ses zones de pêche permises ou d'avoir prévenu par radio lorsqu'il se déplaçait d'une zone à une autre. Essentiellement, l'agent a conclu que le requérant ne pouvait faire valoir la défense de la diligence requise pour s'être trouvé dans la zone 12 sans avoir prévenu par radio parce qu'il avait à bord un équipement technique, dont un téléphone cellu-

laire et un téléphone maritime VHS, qui lui auraient permis de prévenir les responsables du programme de vérification à quai, et la réception des appareils de ce genre était bonne ce jour-là.

11 The final page of submissions by DFO to the Regional Director-General is entitled "Sanction Recommendation". This refers to the recommendation not to issue the applicant a snow crab licence for the first three weeks of the 1995 season and to reduce his allowable quota by half. It specifies the reasons for the recommendation, that is, four separate violations in 1994, including three quota overruns, showing continual disregard for DFO's harvest levels without evidence of an attempt to correct the situation, and the violation for not hailing which was considered a serious offence. The sanction recommendations were estimated by DFO officers to result in a monetary loss to the applicant in an amount in excess of \$82,600, which is recommended as appropriate on the facts of the case. The applicant estimates the monetary loss as much larger than that sum estimated by the Department.

11 La dernière page des observations du MPO au directeur général régional est intitulée [TRADUCTION] «Recommandation de sanctions». Ce titre vise la recommandation de ne pas délivrer au requérant un permis de pêche au crabe des neiges pour les trois premières semaines de la saison 1995 et de réduire de moitié son contingent admissible. Cette page précise les motifs des recommandations, soit quatre violations distinctes en 1994, dont trois dépassements du contingent admissible, un mépris continuuel à l'égard des niveaux de récolte du MPO sans preuve d'aucun effort pour corriger la situation, et le défaut d'avoir adressé des rapports-radio, violation considérée comme une grave infraction. Les agents du MPO ont estimé que les recommandations de sanctions occasionneraient au requérant une perte financière s'élevant à plus de 82 600 \$, ce qui est recommandé comme étant approprié selon les faits en cause. Le requérant estime que la perte financière subie est bien supérieure à la somme évaluée par le Ministère.

12 It appears from the record that by letter of March 22, 1995, DFO confirmed to counsel for the applicant that an alleged violation for fishing untagged traps was the subject of a prosecution before the courts but that was adjourned at that time, while the sanction request, for four violations of 1994 licence conditions, was being processed "as a straight administrative sanction pursuant to the National Licence Sanction Policy and Procedures". I note the record contains no further reference to or detail about this "national" policy and procedures, though it does contain a one page table of sanction guidelines for the Gulf Region for snow crab and rock crab.

12 Il semble d'après le dossier que le MPO a confirmé, par lettre en date du 22 mars 1995 adressé à l'avocat du requérant, que la violation alléguée pour avoir pêché avec des pièges non étiquetés faisait l'objet d'une poursuite devant les tribunaux mais qu'elle était ajournée à ce moment, tandis que la demande de sanctions à l'égard de quatre violations des conditions du permis de 1994, était traitée [TRADUCTION] «comme une simple sanction administrative conformément à la [TRADUCTION] Politique nationale sur l'application de sanctions sur les permis». Je note que le dossier ne contient aucune autre mention ni détails de cette politique «nationale», bien qu'il contienne un tableau d'une page de lignes directrices applicables aux sanctions pour la région du golfe pour le crabe des neiges et le crabe commun.

13 By letter dated April 12, 1995 the applicant was advised that his 1995 snow crab fishing licence,

13 Par lettre en date du 12 avril 1995, le requérant a été avisé que son permis de pêche au crabe des

issued pursuant to section 7 of the Act, was subject to sanctions. That letter provided, in part, as follows:

**SUBJECT: DECISION CONCERNING OFFENCE**

This is in reference to the violation on four (4) different occasions of the conditions of your 1994 Snow Crab Licence. These violations occurred between May 8 and June 1, 1994, near North Lake, P.E.I.

In making my decision, I have considered the facts and information in all the documents submitted to me on March 28, 1995, particularly the facts reported by Fishery Officers . . . and the representation made by J. Allan Shaw on your behalf. . .

According to the evidence I received, you were in violation of Subsection 22.(7) of the Fishery (General) Regulations, made pursuant to the Fisheries Act, on four (4) different occasions by contravening the conditions of your Snow Crab Licence, issued for Areas 25 and 26. . . .

In accordance with the powers conferred on me by Section 7 of the Fisheries Act, I order that the following penalty be applied to your Snow Crab fishing licence for Areas 25 and 26:

**Your Snow Crab fishing licence will not be issued for the first three weeks of the 1995 fishing season in Areas 25 and 26, and your 1995 Snow Crab quota be reduced by 50%. [Bold face type in original.]**

This decision will be implemented by the Department of Fisheries and Oceans for the 1995 Snow Crab season.

This decision is final and cannot be appealed to the Federal Department of Fisheries and Oceans. However, you do have the right to appeal this decision to the Federal Court of Canada.

14 Section 7 of the Act provides as follows:

7. (1) Subject to subsection (2), the Minister may, in his absolute discretion, wherever the exclusive right of fishing does not already exist by law, issue or authorize to be issued leases and licences for fisheries and fishing, wherever situated or carried on.

(2) Except as otherwise provided in this Act, leases or licences for any term exceeding nine years shall be issued only under the authority of the Governor in Council.

neiges pour 1995, délivré conformément à l'article 7 de la Loi, était sujet à sanctions. La lettre prévoyait en partie ce qui suit:

[TRADUCTION]

**OBJET: DÉCISION RELATIVE À L'INFRACTION**

Ceci concerne la violation, à quatre (4) occasions distinctes, des conditions de votre permis de pêche au crabe des neiges pour 1994. Ces violations se sont produites entre le 8 mai et le premier juin 1994, près de North Lake (Î.-P.-É.).

En rendant ma décision, j'ai examiné les faits et les renseignements contenus dans tous les documents qui m'ont été soumis le 28 mars 1995, particulièrement les faits rapportés par les agents des pêches . . . et les observations faites par J. Allan Shaw pour votre compte . . .

Selon la preuve dont je suis saisi, vous avez violé le paragraphe 22(7) du Règlement de pêche (dispositions générales), pris conformément à la Loi sur les Pêches, à quatre (4) occasions distinctes en contrevenant aux conditions de votre permis de pêche au crabe des neiges, délivré pour les zones 25 et 26 . . .

Conformément aux pouvoirs qui me sont conférés par l'article 7 de la Loi sur les pêches, j'ordonne que la sanction suivante soit imposée à votre permis de pêche au crabe des neiges dans les zones 25 et 26:

**Votre permis de pêche au crabe des neiges ne sera pas délivré pour les trois premières semaines de la saison de pêche 1995 dans les zones 25 et 26, et votre contingent de crabe des neiges pour 1995 sera réduit de 50 %. [En caractère gras dans l'original.]**

Le ministère des Pêches et des Océans appliquera cette décision à l'égard de la saison 1995 de pêche au crabe des neiges.

Cette décision est finale et il ne peut en être interjeté appel auprès du ministère fédéral des Pêches et des Océans. Cependant, vous pouvez en appeler de cette décision auprès de la Cour fédérale du Canada.

L'article 7 de la Loi prévoit ce qui suit:

14

7. (1) En l'absence d'exclusivité du droit de pêche conférée par la loi, le ministre peut, à discrétion, octroyer des baux et permis de pêche ainsi que des licences d'exploitation de pêcheries—ou en permettre l'octroi—, indépendamment du lieu de l'exploitation ou de l'activité de pêche.

(2) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'octroi de baux, permis et licences pour un terme supérieur à neuf ans est subordonné à l'autorisation du gouverneur général en conseil.

I note that no question arises in this case about the exercise of authority under section 7 of the Act by the Regional Director-General on behalf of the Minister, that is, no question arises about the delegation of the Minister's authority under the Act.

Je souligne qu'en l'espèce, aucune question ne se pose quant à l'exercice de l'autorité exercée par le directeur général régional pour le compte du ministre en vertu de l'article 7 de la Loi, c'est-à-dire, aucune question ne se soulève quant à la délégation des pouvoirs conférés au ministre par la Loi.

15 On behalf of the applicant it is submitted that section 7 of the Act does not give the Minister the jurisdiction to impose a penalty for violations of fishing licence conditions. The applicant submits that the Act contains penal sections under which he could have been charged, and indeed certain charges were apparently laid. In the applicant's view, there is no authority for the Minister to utilize section 7 as a mechanism to impose a penalty and that, by doing so, the Minister was attempting to thwart the court processes designed to provide procedural safeguards for a person charged under penalty provisions of the Act. Counsel urges that the administrative process here utilized permits fisheries officers to be investigators, prosecutors and judges in imposing penalties without the traditional safeguards ordinarily available under a judicial process, which Parliament specifically provided under sections 78 to 79.7 of the Act [ss. 78 (as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 24), 78.1 to 78.6 (as enacted *idem*), 79 (as am. *idem*), 79.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 97; S.C. 1991, c. 1, s. 24), 79.2 to 79.7 (as enacted *idem*)], for those accused of violations to be dealt with by prosecutions. The applicant submits the discretion granted by section 7 is either to issue or authorize the issuance of a licence, or not to do so. In the applicant's view, penal provisions of the Act are to be construed in favour of the individual so that regular procedural protections, available in judicial proceedings for the individual, are preserved.

15 On fait valoir au nom du requérant que l'article 7 de la Loi n'autorise pas le ministre à imposer une peine pour la violation des conditions des permis de pêche. Le requérant soutient que la Loi contient des dispositions pénales en application desquelles il aurait pu être accusé, et de fait il semble que certaines accusations aient été portées. Le requérant estime que le ministre n'a pas la compétence nécessaire pour recourir à l'article 7 pour lui imposer une peine et qu'en le faisant, il tentait de faire échec au processus judiciaire conçu pour fournir des garanties procédurales à quiconque est accusé en vertu des dispositions pénales de la Loi. L'avocat du requérant affirme que le processus administratif utilisé ici permet aux agents des pêches de tenir le rôle d'enquêteurs, de procureurs de la poursuite et de juges en imposant des peines sans les garanties traditionnelles ordinairement disponibles en vertu du processus judiciaire, que le législateur a expressément accordées en vertu des articles 78 à 79.7 de la Loi [art. 78 (mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 24), 78.1 à 78.6 (édictés, *idem*), 79 (mod., *idem*), 79.1 (édicté par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 97; L.C. 1991, ch. 1, art. 24), 79.2 à 79.7 (édictés, *idem*)], à ceux qui sont accusés de violations donnant lieu à poursuites. Le requérant soutient que le pouvoir discrétionnaire accordé à l'article 7 consiste soit à délivrer ou à autoriser la délivrance d'un permis, soit à ne pas le faire. Selon le requérant, on doit interpréter les dispositions pénales de la Loi en faveur du particulier de sorte que les protections procédurales ordinaires, dont dispose une personne dans les procédures judiciaires, soient préservées.

16 It is submitted, moreover, on the basis of newspaper articles concerning prosecutions for landing more fish than permitted by quota, that the penalties assessed against other individuals prosecuted in the courts under the Act have been less significant than was here assessed against the applicant. Excesses of

16 On fait valoir en outre, sur le fondement d'articles de journaux concernant les poursuites pour dépassement du contingent de poisson, que les peines imposées aux autres personnes poursuivies devant les tribunaux en vertu de la Loi ont été moins considérables que celles imposées en l'espèce au requérant.

quota much greater than those of the applicant, resulted in lesser costs in fines and forfeited catch, than was here estimated by DFO as the monetary cost to the applicant.

17 For the applicant it is submitted that to establish a requirement for licensing that prior licence conditions be complied with, amounts to enacting a general policy on the part of the Minister and his representatives that is, in essence, a legislative act. Moreover, it is urged the application of a policy in a manner which controls the discretionary judgment of the Minister is a fetter of the Minister's discretion. Here, as noted, there were apparently DFO sanction guidelines for the Gulf Region, for snow crab licence violations, to be applied as conditions of future licences. In addition, the applicant submits that section 22 of the Regulations, which permits the Minister to impose conditions on licences issued, does not give the Minister the discretion to impose sanctions of the sort here applied as conditions of a licence, since those sanctions concern penalties for which the Act otherwise provides procedures.

18 One further concern of the applicant in this case is the timing of the action in regard to his licence. Violations in May and early June 1994 were considered in relation to issuing a licence in the following year, but that process was only instituted by DFO in January 1995 and a decision was not made until mid-April, just before the 1995 season opened. There was then no opportunity to question the decision by judicial review before the season opened, so that the penalty imposed, which was not subject to appeal within DFO, could not be questioned in any effective way before it was applied.

19 For the respondent it is submitted that the decision of the Minister in this case is an administrative

Des dépassements de contingent bien supérieurs à ceux du requérant ont donné lieu à des sommes inférieures, en ce qui concerne les amendes et les prises confisquées, à celles que le MPO a estimées en l'espèce comme représentant la perte pécuniaire subie par le requérant.

17 On fait valoir pour le requérant qu'assujettir la délivrance d'un permis au respect des conditions d'un permis antérieur équivaut, de la part du ministre et de ses représentants, à adopter une politique générale, mesure qui constitue essentiellement un acte législatif. On soutient en outre que l'application d'une politique d'une façon qui contrôle le jugement discrétionnaire du ministre impose des limitations à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. En l'espèce, comme on l'a souligné, il semble que des lignes directrices du MPO applicables aux sanctions pour la région du Golfe aient régi les violations des permis de pêche au crabe des neiges, et qu'elles devaient s'appliquer en qualité de conditions des permis futurs. De plus, le requérant affirme que l'article 22 du Règlement, qui permet au ministre d'imposer des conditions à la délivrance des permis, ne lui donne pas le pouvoir discrétionnaire d'imposer des sanctions de la nature de celles qui sont imposées en l'espèce en qualité de conditions des permis, puisque ces sanctions visent des peines à l'égard desquelles la Loi prévoit pas ailleurs des procédures.

18 Un autre souci du requérant est le moment où les mesures ont été prises par rapport à son permis. Les violations qui ont eu lieu en mai et au début de juin 1994 ont été considérées relativement à la délivrance d'un permis l'année suivante, mais ce processus n'a été enclenché par le MPO qu'en janvier 1995 et une décision n'a été prise qu'à la mi-avril, juste avant l'ouverture de la saison 1995. Il n'y avait alors pas possibilité de contester la décision par voie de contrôle judiciaire avant l'ouverture de la saison, de sorte que la peine imposée, qui n'était pas susceptible d'appel auprès du MPO, ne pouvait être contestée d'aucune façon efficace avant sa mise à exécution.

19 On fait valoir pour le défendeur que la décision du ministre en l'espèce est une décision administrati-

decision. In the respondent's view, section 7 of the Act, by granting to the Minister the right to issue a licence, also grants the authority to refuse the issuance of a licence, as was done at least for part of the season in these circumstances. The respondent submits that the decision regarding whether or not a licence should be issued is not penal in nature. Moreover, it is said, that the discretion of the Minister was not fettered by sanction policies developed in the Department, for here the sanction imposed in terms of lost quota was more severe in some respects than might have been imposed under those policies and at the same time the full range of sanctions possible under those policies was not imposed. The respondent submits that the infractions of the applicant are very serious and that he was given an opportunity to respond to the concerns raised for consideration of the Minister in connection with those infractions.

20 Counsel for the respondent urges that the Minister has absolute discretion in determining whether or not to issue a licence pursuant to section 7. In making the decision in this case it is said that the Regional Director-General, for the Minister, took into account the evidence submitted, including evidence of serious infractions of licence conditions by the applicant, as well as submissions from the applicant. I note the latter "submissions" appear to be a letter from counsel for the applicant which objected to the then proposed sanctions when the applicant was already being prosecuted and no decision had been rendered by the Court, and which requested information on the practices of the Department in regard to quota infractions, which counsel sought to enable preparation of "a proper defence" to the recommendations to restrict the 1995 licence. There appears to have been some confusion over the date of receipt of the letter, described as "submissions", from counsel for the applicant, a letter to which there was no reply with any information requested by counsel. In the circumstances it seems somewhat unfair to consider the letter as though it contained submissions on the merits of the action then proposed by DFO.

ve. Selon le défendeur, l'article 7 de la Loi, en conférant au ministre le droit de délivrer un permis, lui accorde aussi le pouvoir d'en refuser la délivrance, comme il l'a fait pour au moins une partie de la saison dans les circonstances. L'intimé affirme que la décision de délivrer ou non un permis n'est pas de nature pénale. De plus, dit-il, les politiques relatives aux sanctions élaborées par le Ministère n'ont pas fait obstacle au pouvoir discrétionnaire du ministre, car en l'espèce la sanction concrétisée par une réduction de contingent était plus stricte à certains égards que celle qui aurait pu être imposée en vertu de ces politiques et en même temps, il n'y a pas eu recours à tout l'éventail des sanctions possibles prévues par ces politiques. L'intimé soutient que les infractions du requérant sont très graves et qu'il a eu la possibilité de repousser les inquiétudes formulées en vue de leur examen par le ministre relativement aux infractions en cause.

L'avocat de l'intimé affirme que le ministre a le pouvoir discrétionnaire absolu de décider s'il y a lieu ou non de délivrer un permis conformément à l'article 7. Lorsqu'il a pris sa décision en l'espèce pour le ministre, on dit que le directeur général régional a tenu compte de la preuve soumise, dont la preuve de graves infractions, par le requérant, aux conditions de son permis, aussi bien que des observations de ce dernier. Je note que la dernière «observation» semble être une lettre de l'avocat du requérant dans laquelle d'une part, il s'oppose aux sanctions envisagées à l'époque alors que le requérant était déjà poursuivi et que la Cour n'avait rendu aucune décision, et d'autre part, il demande des renseignements sur les pratiques du Ministère au sujet des dépassements de contingent afin de pouvoir préparer [TRADUCTION] «une défense adéquate» aux recommandations de restreindre le permis de son client pour 1995. Il semble y avoir eu quelque confusion au sujet de la date de réception de la lettre, qualifiée d'[TRADUCTION] «observations», de la part de l'avocat du requérant, lettre restée sans réponse à la demande de renseignements de l'avocat. Dans les circonstances, il semble plutôt injuste de considérer la lettre comme si elle contenait des observations sur le bien-fondé des mesures alors proposées par le MPO.

20

21 Aside from any question of procedural fairness, in my view, the Minister here exceeded the jurisdiction granted under section 7 of the Act by refusing to grant the applicant a snow crab fishing licence for the first three weeks and reducing his quota by 50% for the 1995 season when the purpose of those limitations was to impose a penalty for violations of the Act committed by the applicant in 1994. There can be no doubt in this case that the purpose of the limitations was to impose a penalty. In the final paragraph of DFO's Request for Decision directed to the Director-General this purpose is made clear.

This request is a result of his conditions of license being violated on four separate occasions contrary to Section 22(7) of the Fishing (General) Regulations. The quota overruns indicate a continual disregard for set harvest levels and the violation for not hailing to change crab areas symbolize a very difficult and historical enforcement problem in the P.E.I. Snow Crab Fishery. A sanction of this degree is necessary to provide a deterrence factor and thus help to protect this valuable resource . . . .

In the letter of decision dated April 12, 1995, as we have seen, addressed to Mr. Matthews, the Director-General refers to the documents submitted to him by the Department and the representations made on behalf of the applicant and then orders

. . . that the following penalty be applied to your Snow Crab fishing licence for Areas 25 and 26.

**Your 1995 Snow Crab fishing license will not be issued for the first three weeks of the 1995 fishing season in Areas 25 and 26, and your 1995 Snow Crab quota be reduced by 50%.**

22 In light of that stated purpose, in my view, this case is distinguishable from the circumstances in *Everett v. Canada (Minister of Fisheries & Oceans)* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 112 (F.C.A.), upon which the respondent here relies. In that case the Minister had refused to grant the applicant a fishing licence in 1993 because of violations of his licence, said to have occurred in 1990 when his actual land-

Mise à part la question de l'équité dans la procédure, le ministre, à mon sens, a excédé en l'espèce la compétence que lui confère l'article 7 de la Loi en refusant de délivrer au requérant un permis de pêche au crabe des neiges pour les trois premières semaines et en réduisant son contingent de 50 % pour la saison 1995 alors que ces restrictions visaient à sanctionner des violations de la Loi commises par le requérant en 1994. Il ne peut y avoir aucun doute en l'espèce que l'objet des restrictions était d'imposer une peine. Dans le dernier paragraphe de la [TRADUCTION] «Demande de décision» du MPO adressée au directeur général, cet objet est clairement exprimé.

[TRADUCTION] Cette demande est la conséquence de la violation des conditions de son permis à quatre occasions distinctes contrairement au paragraphe 22(7) du Règlement de pêche (dispositions générales). Les dépassements de contingent témoignent d'un mépris continu pour les niveaux de récolte fixés, et l'infraction que constitue le défaut de prévenir du changement de zones de pêche au crabe symbolise le difficile et historique problème de mise à exécution dans les pêcheries de crabe des neiges de l'Î.-P.-É.. Une sanction aussi sévère est nécessaire pour constituer une dissuasion et conséquemment aider à protéger cette précieuse ressource . . . .

Dans la lettre de décision en date du 12 avril 1995, adressée, comme nous l'avons vu, à Matthews, le directeur général fait mention des documents que le Ministère lui a soumis et des observations faites pour le compte du requérant, et il ordonne alors

[TRADUCTION] . . . que la sanction suivante soit imposée à votre permis de pêche au crabe des neiges pour les zones 25 et 26.

**Votre permis de pêche au crabe des neiges ne sera pas délivré pour les trois premières semaines de la saison de pêche 1995 dans les zones 25 et 26, et votre contingent de crabe des neiges pour 1995 sera réduit de 50 %.**

Vu cet objectif déclaré, à mon avis, cette affaire se distingue des circonstances en cause dans l'affaire *Everett c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)* (1994), 25 Admin. L.R. (2d) 112 (C.A.F.), sur laquelle s'appuie l'intimé. Dans cette affaire, le ministre avait refusé d'accorder au requérant un permis de pêche en 1993 en raison de violations de son permis, qui auraient eu lieu en 1990 lorsque l'on

ings, not properly reported, were found to have exceeded his quota by more than 100%. In *Everett*, the issue of whether the Minister had jurisdiction pursuant to section 7 of the Act to refuse to issue a licence in order to impose a penalty was not directly before the Court, at least as I read the decisions of my colleague Mr. Justice Denault, the Motions Judge, at (1993), 63 F.T.R. 279, and of the Court of Appeal, *supra*. In that case [at page 282] the Minister's decision was said to be made in light of the record before him which indicated serious disregard for conservation principles, and for "the reason . . . that misreporting of catches and the exceeding of quotas are very serious conservation and control offenses."

a conclu que ses prises réelles, qui n'avait pas été correctement déclarées, dépassaient son contingent de 100 %. Dans l'affaire *Everett*, la question de savoir si le ministre avait compétence, en vertu de l'article 7 de la Loi, de refuser la délivrance d'un permis en guise de sanction n'était pas directement soumise à la Cour, du moins selon mon interprétation des décisions de mon collègue, le juge Denault, le juge des requêtes, dans (1993), 63 F.T.R. 279, et de la Cour d'appel, précitée. Dans cette affaire [à la page 282], on a dit que la décision du ministre tenait compte du dossier dont il était saisi, qui montrait un grave mépris des règles de conservation, et pour «la raison que les fausses déclarations concernant les prises et le dépassement des quotas constituent des infractions très graves en matière de conservation et de contrôle des ressources».

23 Madam Justice Desjardins, in *Everett*, stated (at page 119) that the proceedings before the Minister, i.e., considering a departmental recommendation that a licence not be issued, were "not penal in character." The Minister was entitled to decide the matter on a balance of probabilities and no evidence was there tendered by the applicant. In that case Mr. Justice MacGuigan pointed out that there was no argument before the Court contesting the DFO report of very substantial overfishing, well in excess of his quota, by the applicant, which the Minister was entitled to take into account in a licensing decision. In this case, however, while it may be argued that the decision on behalf of the Minister was similar in general effect, though somewhat less drastic than that in *Everett*, it is clear from the letter of April 12, 1995, that the decision on behalf of the Minister in this case was intended to be penal in nature.

M<sup>me</sup> le juge Desjardins, J.C.A., dans l'arrêt 23 *Everett*, a déclaré (à la page 119) que l'instruction de l'affaire par le ministre, c'est-à-dire la considération de la recommandation ministérielle de ne pas délivrer de permis, n'était «pas une procédure pénale». Le ministre avait le droit de décider la question selon la prépondérance des probabilités et le requérant n'avait soumis aucune preuve. Dans cette affaire, le juge MacGuigan, J.C.A., a souligné qu'il n'y avait pas contestation auprès de la Cour du rapport du MPO au sujet de pêches beaucoup trop considérables par le requérant, excédant de beaucoup son contingent, rapport dont le ministre pouvait tenir compte dans une décision portant sur la délivrance d'un permis. En l'espèce cependant, bien que l'on puisse faire valoir que la décision rendue au nom du ministre a un effet général identique, mais quelque peu moins draconien, à celui dont il est question dans l'arrêt *Everett*, il ressort clairement de la lettre du 12 avril 1995 que l'on voulait que la décision en l'espèce au nom du ministre ait un caractère pénal.

24 Under the Regulations the Governor in Council has provided for a wide variety of conditions to be imposed by the Minister in granting a licence. Not surprisingly, none of the conditions specifically referred to in section 22 of those Regulations includes reference to the imposition of penalties for past licence violations for the Act itself contains

En vertu du Règlement, le gouverneur en conseil 24 a prévu une grande variété de conditions que le ministre impose en accordant un permis. Ce qui n'est pas étonnant, aucune des conditions mentionnées expressément à l'article 22 de ce Règlement ne fait allusion à l'imposition de sanctions à l'égard de violations passées d'un permis, car la Loi elle-même

provisions for penal procedures. The Regulations do provide that compliance with the Act and Regulations is a condition of every licence (subsection 22(6)) and that no person acting under authority of a licence shall contravene the terms of the licence (subsection 22(7)).

25 The Act provides penalties and processes for dealing with those who contravene the Act or Regulations. The provisions include:

78. Except as otherwise provided in this Act, every person who contravenes this Act or the regulations is guilty of

(a) an offence punishable on summary conviction and liable, for a first offence, to a fine not exceeding one hundred thousand dollars and, for any subsequent offence, to a fine not exceeding one hundred thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding one year, or to both; or

(b) an indictable offence and liable, for a first offence, to a fine not exceeding five hundred thousand dollars and, for any subsequent offence, to a fine not exceeding five hundred thousand dollars or to imprisonment for a term not exceeding two years, or to both.

...

78.6 No person shall be convicted of an offence under this Act if the person establishes that the person

(a) exercised all due diligence to prevent the commission of the offence; or

(b) reasonably and honestly believed in the existence of facts that, if true, would render the person's conduct innocent.

79. Where a person is convicted of an offence under this Act and the court is satisfied that as a result of committing the offence the person acquired monetary benefits or monetary benefits accrued to the person, the court may, notwithstanding the maximum amount of any fine that may otherwise be imposed under this Act, order the person to pay an additional fine in an amount equal to the court's finding of the amount of those monetary benefits.

79.1 Where a person is convicted of an offence under this Act in respect of any matter relating to any operations under a lease or licence issued pursuant to this Act or the regulations, in addition to any punishment imposed, the court may, by order,

(a) cancel the lease or licence or suspend it for any period the court considers appropriate; and

contient des dispositions relatives à des procédures pénales. Le Règlement prévoit cependant que l'observation de la Loi et des règlements est une condition de tout permis (paragraphe 22(6)) et qu'il est interdit à quiconque pratique une activité autorisée en vertu d'un permis de contrevenir aux conditions de ce permis (paragraphe 22(7)).

La Loi prévoit des peines et des processus pour sanctionner ceux qui contreviennent à la Loi ou à ses règlements. Notons parmi ces dispositions: 25

78. Sauf disposition contraire de la présente loi, quiconque contrevient à celle-ci ou à ses règlements commet une infraction et encourt, sur déclaration de culpabilité:

a) par procédure sommaire, une amende maximale de cent mille dollars lors d'une première infraction ou, en cas de récidive, une amende maximale de cent mille dollars et un emprisonnement maximal d'un an, ou l'une de ces peines;

b) par mise en accusation, une amende maximale de cinq cent mille dollars lors d'une première infraction ou, en cas de récidive, une amende maximale de cinq cent mille dollars et un emprisonnement maximal de deux ans, ou l'une de ces peines.

...

78.6 Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à la présente loi s'il établit:

a) soit qu'il a pris les mesures nécessaires pour l'empêcher;

b) soit qu'il croyait raisonnablement et en toute honnêteté à l'existence de faits qui, avérés, l'innocenteraient.

79. Le tribunal saisi d'une poursuite pour infraction à la présente loi peut, s'il est convaincu que le contrevenant a tiré des avantages financiers de la perpétration de celle-ci, lui infliger, indépendamment de l'amende maximale qui peut être infligée en vertu de cette loi, le montant qu'il juge égal à ces avantages, à titre d'amende supplémentaire.

79.1 En cas de déclaration de culpabilité pour une infraction à la présente loi commise dans l'exercice d'activités régies par un bail, une licence ou un permis délivré en vertu de cette loi ou de ses règlements, le tribunal peut, en sus de toute autre peine infligée, par ordonnance:

a) annuler la licence, le permis ou le bail ou les suspendre pour la période qu'il estime indiquée;

(b) prohibit the person to whom the lease or licence was issued from applying for any new lease or licence under this Act during any period the court considers appropriate.

26 In addition, the Act provides for a variety of court orders, of prohibition or for directions, in addition to any penalty imposed upon conviction (section 79.2), for a further offence and penalty if the order of a court is contravened (section 79.6), and for proceeding by way of "ticketable offences" in the case of any violation of regulations under the Act, a process apparently intended to provide a simplified procedure for offences which the Governor in Council may by regulation direct to be dealt with by that process (section 79.7).

27 Under the Act, section 43 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 35, ss. 3, 7; S.C. 1991, c. 1, s. 12] provides a general regulatory authority for the Governor in Council, for carrying out the purposes and provisions of the Act, including the making of regulations for the management and control of sea-coast and inland fisheries; for the conservation and protection of fish; the issue, suspension and cancellation of licences; the terms and conditions under which a licence may be issued, and a variety of other matters. That provision does not specifically authorize the Governor in Council to provide by sanction or penalty for punishment for violation of the terms of a licence. Since that matter is specifically dealt with by Parliament under the Act, and is not specifically included in the regulatory authority vested in the Governor in Council or the Minister, in my opinion it is implicitly excluded from the regulatory powers delegated under the Act.

28 Parliament, by the Act, specifically provided for a variety of penalties, including a prohibition from gaining a new licence, to be imposed by a court, where procedural safeguards associated with the judicial process are available, and it did not authorize the imposition of penalties by another administrative process. In my opinion, it is implicit that Parliament did not intend that penal powers are to be exercised by the Minister. Thus, in exercising

b) interdire au titulaire de présenter une nouvelle demande de licence, de permis ou de bail sous le régime de la présente loi pendant la période qu'il estime indiquée.

De plus, la Loi prévoit diverses ordonnances judiciaires, qu'il s'agisse de prohibitions ou de directives, en plus de toute peine imposée en cas de déclaration de culpabilité (article 79.2), à l'égard d'une autre infraction et une peine s'il y a contravention à une ordonnance de la Cour (article 79.6), et des modes de poursuite par le truchement de «contraventions» à l'égard des infractions désignées par règlement, un processus apparemment destiné à fournir une procédure simplifiée pour sanctionner les infractions dont le gouverneur en conseil peut ordonner, par règlement, qu'elles relèvent du processus en question (article 79.7).

En vertu de la Loi l'article 43 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 35, art. 3, 7; L.C. 1991, ch. 1, art. 12] confère au gouverneur en conseil l'autorité de prendre des règlements d'application de la Loi, notamment concernant la gestion et la surveillance des pêches en eaux côtières et internes, la conservation et la protection du poisson, la délivrance, la suspension et la révocation des permis, les conditions attachées aux permis et une variété d'autres questions. Cette disposition n'autorise pas expressément le gouverneur en conseil à prévoir, par sanction ou peine, une punition pour la violation des conditions d'un permis. Puisque le législateur traite expressément de cette question dans la Loi, et qu'elle n'est pas expressément visée par l'autorité réglementaire conférée au gouverneur en conseil ou au ministre, je suis d'avis qu'elle échappe implicitement aux pouvoirs réglementaires délégués en vertu de la Loi.

Le législateur a expressément prévu dans la Loi une variété de peines, dont l'interdiction d'obtenir un nouveau permis, imposable par un tribunal judiciaire, lorsque les garanties procédurales associées au processus judiciaire sont disponibles, et le législateur n'a pas autorisé l'imposition de peines au moyen d'un autre processus administratif. J'estime qu'il est implicite que le législateur n'avait pas l'intention que le ministre exerce des pouvoirs pénaux. Ainsi

26

27

28

his or her authority to issue or not to issue a licence pursuant to section 7, the Minister may not do so for the purpose of imposing penalties or sanctions for past licence violations. It may be that past compliance with terms of a licence by an applicant can be a relevant factor for the Minister's consideration as an aspect of conservation when deciding whether to issue a licence, as it was in *Everett*, but section 7 (the general licensing authority) may not be exercised for the primary purpose of penalizing an applicant. If the Minister wishes to impose a penalty against a person who has reportedly violated the Act, the Regulations, or the terms of his or her licence, Parliament, by providing the penal provisions of the Act, has directed how that purpose is to be met, by prosecution under the Act.

29 Since, in my opinion, the decision here was clearly intended for the purpose of penalizing the applicant for violating conditions of his 1994 snow crab licence that decision is outside the scope of the Minister's authority pursuant to section 7. That section does not include the power to enforce penalties for offences for which prosecution is otherwise provided under the Act. The applicant is entitled to the procedural safeguards envisioned by the penal provisions of the Act, if a process of imposing penalties for violations of the Act or Regulations is to be undertaken. Reference was made earlier in these reasons to the written comment of the reporting fisheries officer that in the circumstances of this case the applicant could not raise a defence of due diligence. While no reference to this was made in argument, that appears to refer to the possible defence to a prosecution, a defence set out by section 78.6 of the Act, a defence which could not be denied by a fisheries officer if the applicant had been prosecuted under the Act for violation of his licence conditions. By the administrative process here applied, the investigating officer denies the validity of a claim to a statutory defence, without any discussion of the matter with the applicant.

30 For these reasons the application for judicial review is allowed. In the usual case this would lead

donc, en exerçant le pouvoir qu'il a de délivrer ou non des permis en vertu de l'article 7, le ministre ne peut pas agir dans le but d'imposer des peines ou des sanctions à l'égard de violations passées de permis. Il se peut que l'observation antérieure, par le requérant, des conditions d'un permis soit un facteur pertinent dont le ministre tiendra compte comme un des aspects de la conservation lorsqu'il décidera de l'opportunité de la délivrance d'un permis, comme ce fut le cas dans l'affaire *Everett*, mais l'article 7 (l'autorité générale en matière de baux, permis et licences) ne peut être appliqué pour la fin principale d'imposer une peine au requérant. Si le ministre veut imposer une peine à quiconque est censé avoir violé la Loi, ses Règlements, ou les conditions de son permis, le législateur, en prévoyant les dispositions pénales de la Loi, a dicté comment il doit poursuivre cet objectif, soit par voie de poursuite en vertu de la Loi.

Puisque, à mon sens, la décision en l'espèce entendait clairement pénaliser le requérant pour avoir violé les conditions de son permis de 1994 de pêche au crabe des mers, cette décision dépasse l'étendue de l'autorité conférée au ministre par l'article 7. Cet article n'accorde pas le pouvoir d'appliquer des peines sanctionnant les infractions à l'égard desquelles des poursuites sont par ailleurs prévues en vertu de la Loi. Le requérant a droit aux garanties procédurales envisagées par les dispositions pénales de la Loi, s'il doit y avoir recours à un mécanisme d'imposition de peines pour violation de la Loi ou de ses Règlements. On a déjà fait mention dans ces motifs que l'agent des pêches a écrit dans son rapport que dans les circonstances en cause, le requérant ne pouvait opposer la défense de la diligence nécessaire. Bien que l'on n'y ait pas fait allusion dans les plaidoiries, cela semble viser la défense possible à une poursuite, défense exposée à l'article 78.6 de la Loi, laquelle ne peut être écartée par un agent des pêches si le requérant est poursuivi conformément à la Loi pour violation des conditions de son permis de pêche. L'agent enquêteur, par le processus administratif appliqué en l'espèce, nie la validité du recours à une défense prévue par la Loi, sans avoir discuté de la question avec le requérant.

Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire est accueillie. Cela aurait ordinairement pour consé-

29

30

to an order that the decision of the Minister dated April 12, 1995, determining not to issue the applicant a snow crab fishing licence for the first three weeks of the 1995 season and reducing his quota allocation by 50%, be quashed or set aside. In turn that would lead to reconsideration of the applicant's licence application by the Minister. Here any such reconsideration would not provide any effective relief, for a licence for 1995 would be ineffectual even if it were to be issued.

31 Nevertheless, the issue here raised remains a vital one for future seasons. In the circumstances, while declaratory relief was not specifically here sought, that seems to me the appropriate relief in light of my conclusion about the Minister's decision in this case. That conclusion is that, whatever else is included in the discretion of the Minister under section 7 of the Act, that discretion does not include the authority to impose conditions for the purpose of assigning penalties for past violations of the Act, the Regulations or conditions of licences. The order now issued so declares. Parliament has already provided a process for dealing with such violations under sections 78 to 79.7 of the Act and has not authorized the making of regulations that would permit the imposition of penalties by processes other than those set out in the Act.

32 In written submissions on behalf of the respondent it is submitted that the proper respondent in this matter is the Attorney General of Canada, not the Minister of Fisheries and Oceans of Canada, as originally named by the applicant (*Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447 (C.A.)). I accept this submission and the order now issued provides that henceforth the respondent in these proceedings shall be the Attorney General, and the style of cause is so amended.

quence la délivrance de l'ordonnance portant que la décision par laquelle le ministre, le 12 avril 1995, décidait de ne pas délivrer au requérant un permis de pêche au crabe des neiges pour les trois premières semaines de la saison 1995 et de réduire son contingent de 50 %, doit être annulée ou infirmée. En outre, cela entraînerait le réexamen, par le ministre, de la demande de permis du requérant. En l'espèce, un examen de ce genre ne fournirait aucune réparation efficace, car un permis pour 1995 serait vain même s'il devait être délivré.

Néanmoins, la question soulevée en l'espèce conserve une importance vitale à l'égard des saisons à venir. Dans les circonstances, bien qu'un jugement déclaratoire n'a pas été expressément recherché en l'espèce, cela me semble la réparation appropriée étant donné ma conclusion relative à la décision du ministre dans cette affaire. Cette conclusion est que, indépendamment de ce que peut contenir d'autre le pouvoir discrétionnaire du ministre en vertu de l'article 7 de la Loi, ce pouvoir ne comprend pas l'autorité d'imposer des peines à l'égard de violations antérieures de la Loi, de ses Règlements ou des conditions des permis. Ainsi le déclare l'ordonnance rendue aux présentes. Le législateur a déjà prévu un processus applicable à de telles violations aux articles 78 à 79.7 de la Loi, et il n'a pas autorisé l'adoption de règlements qui permettraient l'imposition de peines par des processus autres que ceux qui sont exposés dans la Loi.

On a fait valoir dans des observations écrites faites pour le compte de l'intimé que l'intimé compétent dans cette affaire est le procureur général du Canada, et non le ministre des Pêches et des Océans, originalement désigné par le requérant (*Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447 (C.A.)). J'accueille cette observation et l'ordonnance rendue présentement prévoit que désormais l'intimé dans ces procédures sera le procureur général, et l'intitulé de la cause est modifié en conséquence.

31

32

# DIGESTS

*Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format.*

*A copy of the full text of any Federal Court decision may be ordered from the central registry of the Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

## ACCESS TO INFORMATION

Application for review filed pursuant to Access to Information Act, s. 42(1)(a) to determine legal consequences of deemed refusal to disclose based on ongoing failure to give access to records or parts thereof requested by Information Commissioner of Canada—Respondent failing on number of occasions over seventeen-month period to give notice in writing as to whether or not access to be given to 1204-page document requested by requester or to part thereof—With requester's authorization, Commissioner filing application for review of respondent's deemed refusal in Federal Court on December 22, 1995—Respondent informing requester by notice in writing of its final decision to refuse to give access to final 22 pages of requested record on basis of Act, ss. 13(1)(a),(b), 15(a), 19(1), 21(1)(a), (b)—Act, s. 2(1) stating purpose of Act extension of access to information in records under control of government institution, subject to some necessary, limited, specific exceptions—Cases holding delay in invoking exception as justification for refusal to disclose record or part thereof may be fatal in that institution in question bound by reasons initially set out in notice of refusal, failing any possibility of subsequent alteration following investigation by Commissioner as to merits of exception—Commissioner contending since refusal of disclosure out of time, respondent's right to cite exception in support of said refusal expired—Respondent arguing application inconsistent with spirit of Act since Act failing to prescribe any specific procedure for cases in which applicant cites deemed refusal—Act providing comprehensive procedure for considering requester's complaints concerning merits of exceptions relied on by federal institution—Deemed refusal *per se* not giving Commissioner right to abdicate statutory duty to make investigation, issue report—Respondent submitting deemed refusal resulting from partial failure to disclose within time prescribed by Commissioner rebuttable presumption—Application for review premature, must be dismissed—In circumstances of case, not deemed refusal to disclose based on continuing failure to disclose by institution in question, but final disclosure out of time—Disclosure out of time not necessarily nullifying institution's right to avail itself of

## ACCESS TO INFORMATION—Concluded

exemptions, exceptions provided by Act while Commissioner still has opportunity to consider merits of said exemptions, exceptions and solicit comments of institution—Since respondent's excessive delays gave rise to entire proceeding and since proceeding has raised important new principle, costs awarded to applicant under Act, s. 53(2)—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 2(1), 13(1)(a),(b), 15(a), 19(1), 21(1)(a),(b), 42(1)(a).

CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) V. CANADA (MINISTER OF NATIONAL DEFENCE) (T-2732-95, Dubé J., order dated 23/9/96, 10 pp.)

Application for prohibition or interim interlocutory injunction prohibiting Information Commissioner from publishing or delivering copy of report of findings dated August 16, 1996 to respondent Col. Drapeau and seeking to have affidavits filed confidentially—Applicants stating release of report will nullify application for judicial review of report and cause wrongful and irreparable harm to credibility of access to information process, Department of National Defence and certain individuals—Test of whether prohibition order or injunction should issue set out in *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110: Serious issue, irreparable harm and balance of convenience—No serious issue and no damage to anyone's reputation when Commissioner finds reasonable apprehension of bias—Commissioner performed investigation pursuant to proper complaint under s. 30(1)(f)—No serious issue of lack of jurisdiction—No irreparable harm to applicants—Balance of convenience favours release of report—Application for prohibition or injunction dismissed—Application for confidential treatment of affidavits allowed to limited extent—S. 35(1) of Act providing investigation of complaint to be conducted in private—Access to Information Act, R.S.C., 1985, c. A-1, ss. 30(1)(f), 35(1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. CANADA (INFORMATION COMMISSIONER) (T-1928-96, McKeown J., order dated 20/9/96, 7 pp.)

**ADMINISTRATIVE LAW**

Motion by Human Rights Commission under Federal Court Rules, R. 1611 to intervene in application for judicial review—In response to complaint, Commission requesting naming of Human Rights Tribunal to inquire into complaints—Applicant alleging Commission's decision tainted by bias and several errors of law—Administrative tribunal having standing to make submissions explaining record and defending jurisdiction if tribunal's expertise required to draw Court's attention to specialized knowledge and considerations—However, Commission's scope as intervenor must be limited—Must not be seen to be defending decision—Granting right to intervene adding to integrity of proceedings but participation to be limited to issue of jurisdiction—Motion granted on limited basis—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1611 (as am. by SOR/92-43, s. 19).

BELL CANADA V. COMMUNICATIONS, ENERGY AND PAPERWORKERS UNION OF CANADA (T-1414-96, Denault J., order dated 11/10/96, 5 pp.)

**JUDICIAL REVIEW**

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Appeal Division's decision not having jurisdiction to hear appeal—In 1988 applicant applied for permanent residence in Canada—Application sponsored by father—Not pursuing application until 1992—Father died in 1990—Board member Wiebe holding as undertaking signed by father and wife, sponsorship surviving, visa not nullity, Board having jurisdiction—When parties reconvening to hear merits, Board member Ariemma presiding—Revisiting jurisdictional issue based on new evidence appellant neither natural nor adopted daughter of father's widow—Holding visa invalid, no right of appeal, Appeal Division without jurisdiction—Application allowed—Breach of principles of natural justice—Neither statutory nor common law allowing colleague in same tribunal or court to reverse decision based on new evidence in different matter showing first decision incorrect—Parties should at least have been offered opportunity to explore issue of jurisdiction in light of new facts—Matter returned to Appeal Division to be redetermined by another panel, both on question of jurisdiction, merits.

CONTRERAS V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3216-95, McKeown J., order dated 22/10/96, 7 pp.)

Affidavits filed with notice of motion—Obtaining documents in possession of federal board, commission—Motions by applicants to obtain certain information, documents, also to be permitted to attach to transcript, or to file as exhibit to supplementary affidavit, exchange of correspondence allegedly tending to support argument no real consultation

**ADMINISTRATIVE LAW—Concluded**

on marine navigation services fees, structure thereof; this ground appearing in text of application for judicial review challenging order in council P.C. 1996-764 and Marine Navigation Services Fees Regulations—In course of examination on affidavit of respondents' affiant, applicants requesting production of certain documents not attached to affidavit by affiant—Counsel for respondents objecting to having affiant comply, on ground examination on affidavit in relation to application for judicial review, not examination for discovery in relation to action—Respondents' objection must be sustained—Counsel for applicants submitting purpose of Federal Court Rules, R. 1612 to expand scope of examinations on affidavit—Not context to which rule applies—Objection by counsel for respondents to prevent counsel for applicants from attaching to transcript exchange of correspondence challenging official position adopted by affiant also sustained—Counsel for applicants could identify no rules, decisions that would enable this Court to order incorporation of said documents into transcript—Second motion seeking leave for applicants to file same correspondence as exhibit to affidavit should also be dismissed—R. 1603 provides that applicants must file all affidavits when filing application—Applicants nevertheless did not say why they did not introduce these documents in evidence—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1603, 1612.

CANADIAN SHIPOWNERS ASSN. V. CANADA (T-1530-96, Morneau P., order dated 10/9/96, 5 pp.)

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION****EXCLUSION AND REMOVAL**

Application for stay of deportation order—Applicant granted Convention refugee status in 1991—Decision vacated in May 1994 because of misrepresentations made to Immigration and Refugee Board—Seeks to prevent execution of deportation order because communication dated May 1996 filed by him with United Nations Committee Against Torture not yet processed—Applicant also claiming violation of ss. 7 and 12 Charter rights—Canada acceded to Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984) but no domestic legislation enacted to establish procedures—Under Convention, individual required to exhaust all domestic remedies before UNCAT will consider case—Applicant only exhausting remedies on September 11, 1996—This application commenced on September 12, 1996—Immigration Act accords individuals right to remain in Canada and escape being subject to infringement of security of person if found to be Convention refugees—No similar decision making process in domestic legislation with respect to Convention—R. 108(9) of Convention rules providing UNCAT may request interim measure that country take steps to avoid possible irreparable harm to person claiming to be victim of viol-

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

ation—No request for interim measures received by Canada from UNCAT, risk assessment done by respondent before decision taken to return applicant and no compelling evidence applicant would be subject to torture upon return to India—No serious issue raised by leave application—No evidence of irreparable harm—Application dismissed—Notified in June of potential deportation but no request received by Canada from UNCAT for interim measure—Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UN Doc. A/Res./39/46 (1984).

BHATTI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3277-96, Reed J., order dated 4/10/96, 7 pp.)

Appeal from Trial Division decision ([1995] 3 F.C. 32) dismissing application for judicial review of decision by Immigration and Refugee Board Appeal Division—Jurisdiction of Appeal Division under Immigration Act, s. 70(2) where condition upon which immigrant visa issued no longer met—Once visa issued, it remains valid—Upon withdrawal of sponsorship by applicant's wife, applicant's visa did not *ipso facto* become invalid so as to exclude jurisdiction of Appeal Division to decide applicant's appeal—Appeal dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 70(2)(b) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. HUNDAL (A-406-95, Strayer J.A., judgment dated 20/11/96, 2 pp.)

*Inadmissible Persons*

Application for judicial review of decision of Appeal Division (the Tribunal) of Immigration and Refugee Board refusing to consider appeal from visa officer's decision rejecting application for landing in Canada of Indian citizen—Applicant landed in Canada in April of 1986—Agreed to adopt grandson of deceased brother—In October of 1991, applicant providing undertaking of assistance to sponsoree, as member of family class—Sponsoree's application for landing formally rejected by letter dated June 23, 1994—Tribunal finding no intention to transfer sponsoree from family of birth to family of adoption—Adoption not complying with Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956—Sponsoree found by Tribunal not to be member of family class—In order to qualify as member of family class, sponsoree had to be unmarried son of applicant—To qualify as "son" of applicant, sponsoree, not being natural son of applicant, had to have been adopted by applicant before attaining specific age—Tribunal finding required intent to be lacking, thus adoption not to have been in accordance with

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

laws of country other than Canada—Case law requiring examination of both whether valid adoption in accordance with laws of India and, if so, whether adoption in accordance with laws of India has resulted in creation of parent and child relationship within terms of Immigration Act, Regulations—Tribunal's conclusion requisite intent lacking reasonably open to it—No basis on which to conclude Tribunal erred in reviewable manner in reaching decision—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2—Immigration Regulations, 1978, SOR/78-172.

GILL V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-760-96, Gibson J., order dated 22/10/96, 8 pp.)

**IMMIGRATION PRACTICE**

Application for intervenor status in judicial review of immigration counsellor's decision applicant not satisfying identity documents requirement of Immigration Act, s. 46.04(8)—Federal Court Immigration Rules, 1993 not providing for addition of intervenors in judicial review applications such as this—R. 4(1) making certain provisions of Federal Court Rules applicable in judicial reviews in immigration matters other than judicial reviews of decisions of visa officers, but not R. 1611—R. 4(2) making all of "1600 Rules", including R. 1611 applicable to judicial reviews of decisions of visa officers—Lack of such provision not representing "gap" in Rules, but intentional omission—*David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.) applied—Court cannot rely on Federal Court Rules, R. 5 to import R. 1611, specifically directed to issue of interventions in other judicial review applications, to allow for intervenor in this matter—Proposed intervenor could have filed affidavits of its officers under Federal Court Immigration Rules, 1993, R. 10 and argument adduced thereon—Proposed intervenor attempting to supplement material filed in way not contemplated by Rules, delaying expeditious hearing and disposition of application—Too late to remedy deficiency in original application record—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 5, 1611 (as enacted by SOR/92-43, s. 19)—Federal Court Immigration Rules, 1993, SOR/93-22, RR. 4, 10—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 46.04 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 14; S.C. 1992, c. 49, s. 38).

AHMED V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3342-95, Gibson J., order dated 23/10/96, 8 pp.)

Application for judicial review of decision by Convention Refugee Determination Division (the Tribunal) applicants not Convention refugees—Whether decision made without jurisdiction—Tribunal composed of panel of two members,

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

M. Douglas and M. Wakim—Mr. Douglas ceased to hold office as member of Tribunal on October 3, 1995—Only Mr. Wakim signed reasons on February 16, 1996—Applicants challenging decision as two members heard case but only one made decision—Immigration Act, s. 63 providing procedure where one member ceases to hold office while matter pending—Having proper quorum at all relevant times question of principle, public policy, sound and fair administration of justice—Recourse to s. 63(2) serious matter denying claimant right accorded by Act—Decision made by single member *prima facie* made without jurisdiction—When Act, s. 63(2) properly engaged, complete statement of material circumstances should be put on record—Deemed member and other member must dispose of matter within eight weeks stipulated in s. 63(1)—Statement of material circumstances must relate to member being unable to take part in disposition of matter for reasons other than lapse of eight weeks—Remaining member's recitation of nature of departed member's participation in, agreement with decision not relevant in absence of statement of material circumstances preventing matter being disposed of within eight weeks of deemed member having ceased to hold office—Statement of material circumstances included in reasons signed by Mr. Wakim incomplete, unclear—Latter purportedly acted pursuant to s. 63(2) without properly stating so—Tribunal's decision jurisdictionally deficient—Application allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 63 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 18; S.C. 1992, c. 49, s. 52).

LATIF V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-824-96, Lutfy J., order dated 22/11/96, 10 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### *Citizens*

Amended reasons for judgment—Appellant granted landed immigrant status in 1992 and applying for Canadian citizenship eight months later—Citizenship Act, s. 5(1)(c) requiring applicant to have accumulated at least three years of residence in Canada within four years preceding application—S. 5(4) allowing exercise of discretion by Governor in Council to recommend grant of citizenship notwithstanding non-compliance with other provisions of Act in cases of unusual hardship or to reward services of exceptional value to Canada—Appellant worked for Canadian embassy in country of origin—Represented Canadian business and political interests there—Assisted Canadian business in obtaining many contracts in country—Arranged to have four children come to Canada and be educated—Three now Canadian citizens and fourth in process of applying—Appellant also playing crucial role in establishment of

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Continued

Canadian interests with new political regime—Commitment to Canada strong despite considerable hardship and dangerous political environment—Appellant performing services of exceptional value to Canada within meaning of s. 5(4)—Recommendation Governor in Council exercise discretion to direct Minister to grant citizenship—Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, s. 5(1)(c) (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 44, s. 1), (4).

M.H. (RE) (T-1930-95, T-1929-95, McKeown J., amended reasons for judgment dated 30/9/96, 5 pp.)

#### *Convention Refugees*

Application for judicial review of Immigration and Refugee Board, Convention Refugee Determination Division's decision applicant not refugee—Applicant victim of boyfriend's abuse—Board finding applicant vulnerable because of gender and age but finding no clear and convincing evidence of state's inability to protect her—Applicant had gone to police on several occasions without receiving assistance—Board looked at counseling as adequate method of state protection in circumstances where applicant submitted state, through police, unable to protect her—Application allowed—Matter returned to newly constituted Board to determine if applicant rebutted presumption state normally provides adequate protection—Question certified: With respect to requirement claimant provide clear and convincing evidence state will not protect him, is refugee claimant required to approach agencies beyond police?

CUFFY V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3135-95, McKeown J., order dated 16/10/96, 6 pp.)

Application for judicial review of CRDD decision applicant, citizen of Somalia, not Convention refugee—Left Somalia for Kenya when father and wife killed by USC—Remarried and daughter born—In 1994, applicant's wife and daughter came to Canada and granted Convention refugee status—Applicant arrived in 1995 claiming will be killed if returns to Somalia—Application dismissed—No mention of family unity in Convention refugee definition and not basis upon which Tribunal could have found jurisdiction to apply principle of family unity in favour of applicant—Fact applicant's wife and daughter granted Convention refugee status irrelevant—Absence of reasons distinguishing panel decision in respect of wife and child not representing reviewable error on facts of matter—Tribunal's finding of Internal Flight Alternative sustainable—Nothing to indicate IFA analysis interdependent on its conclusion applicant not at risk of persecution in Somalia on basis of Convention

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

reason—Given conclusion on IFA, whether or not Tribunal erred in differential risk analysis or in fact in adopting concept of differential risk analysis of no consequence.

ADDULLAHI V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3170-95, Gibson J., order dated 4/11/96, 11 pp.)

Judicial review of CRDD's decision applicant not Convention refugee—Applicant, citizen of El Salvador, conscripted into military—Deserted after six months—Again conscripted, punished for desertion, deserted, made way to Canada—Tribunal concluded applicant feared prosecution for violating law of general application—Tribunal concluding penalty for desertion (imprisonment for six months to one year) not so severe as to be persecutory—Also concluding extra-judicial persecution not serious possibility—Tribunal giving greater weight to silence of documentary evidence than to sworn applicant's testimony, expert opinion before Tribunal—Also holding applicant would not be persecuted since second desertion taking place after cessation of civil war when treatment accorded to him in respect of first desertion during wartime not persecutory—Application dismissed—Tribunal neither disregarded entirely nor treated cavalierly expert evidence before it—Acknowledged evidence, briefly analyzed it, gave reasons for preferring to rely on documentary evidence before it—Open to Tribunal to prefer to rely on documentary evidence—No duty to advise applicant of concerns regarding expert testimony as contrasted with documentary evidence, notwithstanding respondent directly represented at hearing and respondent's representative expressing no reservations with regard to quality or probative value of expert evidence—Absence of reference to persecution of military deserters in aftermath of civil war in nation where civil rights abuses previously so notorious and where monitoring and reporting of human rights abuses continuing to be extensive, matter Tribunal entitled to take note of, rely on, to rebut presumption in favour of sworn testimony of applicant—Applicant's testimony dealing primarily with subjective fear, not question of persecution of persons similarly situated.

GOMEZ-CARRILLO V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-242-96, Gibson J., order dated 17/10/96, 7 pp.)

Application for judicial review of decision of Immigration and Refugee Board applicant not Convention refugee within meaning of Immigration Act, s. 2(1)—Applicant citizen of Pakistan, Ahmadi Muslim—Claim to Convention refugee status based on alleged well-founded fear of persecution, if required to return to Pakistan, on basis of religion—Tribunal making no adverse finding with respect to applicant's credibility—Two brief, selective references made by Tribunal to documentary evidence before it—Tribunal made

**CITIZENSHIP AND IMMIGRATION**

—Continued

no reviewable error in analysis—Conclusion that applicant had not successfully established claim to Convention refugee status before it reasonably open to it—No obligation to question applicant on whether he would violate Ordinance XX if returned to Pakistan—No evidence before Tribunal applicant would, if returned to Pakistan, adopt profile that would expose him to reasonable chance of persecution on basis of religion—Application dismissed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 2(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 1; S.C. 1992, c. 49, s. 1).

REHAN V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (A-580-92, Gibson J., order dated 18/10/96, 7 pp.)

Appeal from Trial Division decision certifying question under Immigration Act, s. 83(1)—In reasons, Motions Judge suggesting question should be answered in affirmative and that once certain police officers in democratic state refuse to take action, state automatically incapable of affording protection—Question must be answered in negative—Where state (Israel) has political and judicial institutions capable of protecting its citizens, refusal of certain police officers to take action cannot in itself make state incapable of doing so—Claimant must do more than simply prove went to see some members of police force and efforts unsuccessful—Refugee Division's finding of fact supported by evidence and legal conclusion by case law—Motions Judge substituted opinion on evidence for Refugee Division's, not Motions Judge's role on application for judicial review—Appeal allowed—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 83(1) (as am. by S.C. 1992, c. 49, s. 73).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) V. KADENKO (A-388-95, Décary J.A., judgment dated 15/10/96, 4 pp.)

Appeal from Trial Division decision allowing application for judicial review against Immigration and Refugee Board decision—Board finding respondent refugee but, because of positions he held in Iran, serious reasons for considering guilty of acts contrary to purposes and principles of United Nations and, in light of United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, Art. 1F(c), could not avail himself of protection conferred by Convention—Respondent, member of Iranian police from 1960 to 1980, was in charge of liaison between police forces and SAVAK, internal security organization and brutal, violent instrument of repression—Respondent never member of SAVAK—Board deciding because of role as liaison officer with SAVAK and knowledge of SAVAK's activities could not have failed to have, respondent accomplice to those activities—Motions Judge expressing disagreement with decision—Motions Judge deriving principle from *Gutierrez et al. v. Minister of Employment and Immigration* (1994), 84 F.T.R. 227

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

—Concluded

(F.C.T.D.), that one prerequisite for complicity in commission of international offence, membership in organization committing such offences as continuous and regular part of its operation—Her interpretation of exclusion clause 1F inconsistent with what this Court held in *Ramirez v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 2 F.C. 306 (C.A.); *Moreno v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 298 (C.A.); and *Sivakumar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1994] 1 F.C. 433 (C.A.)—“Personal and knowing participation”, as described in MacGuigan J.A.’s reasons in *Ramirez*, can be direct or indirect and not requiring formal membership in organization engaged in condemned activities—That said, Minister did not have to prove respondent’s guilt—Merely had to show (and burden of proof on him was “less than the balance of probabilities”) that serious reasons for considering respondent guilty—Board’s conclusion based on evidence and reasonable—Appeal allowed—United Nations Convention Relating to the Status of Refugees, July 28, 1951, [1969] Can. T.S. No. 6, Art. 1F(c).

CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. BAZARGAN (A-400-95, Décaré J.A., judgment dated 18/9/96, 6 pp.)

*Permanent Residents*

Application for judicial review of visa officer’s decision dismissing application for permanent residence—Applicant only having 63 units after assessment—70 units required to pass selection process—Applicant also failing to disclose criminal conviction in U.S. for driving under influence of Drugs/Alcohol, dating from 1987—Visa officer declining to exercise positive discretion to recommend application be accepted—Alleging visa officer’s failure to initiate rehabilitation process for applicant’s benefit reviewable error—Application dismissed—Condition precedent to favourable recommendation from visa officer is decision of Governor in Council that applicant “rehabilitated”—Visa officer not obliged to inform applicant of existence of process nor to initiate process for applicant’s benefit—Applicant also not denied procedural fairness due to two-year delay between application and decision—Procedural fairness not denied due to two-year delay in rendering decision in circumstances of case—In any event, all breaches of natural justice will not necessarily render tribunal’s decision void.

LAKHANI v. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-1047-96, Heald D.J., order dated 7/10/96, 9 pp.)

## CROWN

## CONTRACTS

Action for damages for loss of contract, interference with reputation, loss of solvency—In 1989, plaintiff Les Entre-

## CROWN—Continued

prises A.B. Rimouski Inc. obtaining contract to demolish old Cap-Chat commercial dock before March 31, 1990—Because of disagreements between parties during performance of contract, defendant Public Works Canada informed company on May 15, 1990 considered in default in performance of contract and requested surety remedy defects and complete contract—On October 29, 1992, plaintiffs bringing action claiming balance of amount withheld by defendant, and damages—Pursuant to assignments of debts and rights of action, plaintiff Banville continuing proceedings in personal capacity and as assignee of A.B. company—Concerning personal claim, in so far as company different entity from himself, plaintiff Banville could not make claim for loss of contract—Other two heads of claim, interference with reputation and loss of solvency, also ambiguous—Banville’s action brought on October 29, 1992 time barred by Civil Code, art. 2267—Plaintiff’s personal claim dismissed—Claim as assignee of rights of Les Entreprises A.B. Rimouski Inc. also dismissed—Application of Financial Administration Act, ss. 66 to 69—Act provides Crown debt not assignable—Two categories of Crown debts exceptions to rule, may be assigned: amount due or becoming due under contract (s. 68(1)(a)) and debt of prescribed class (s. 68(1)(b))—Case at bar involves “contract”—Right of action chose in action—Distinction should not be made between claim under contract, chose in action—Under Act, s. 68(1)(a), only debt amount due or becoming due under contract assignable—Defendant’s obligation not fixed and settled—Facts showing debt not amount due, becoming due—Not having established entitlement to exception set out in Act, s. 68(1)(a), assignee subject to rule of non-assignability—Debt claimed by A.B. company not assignable to plaintiff Banville—Plaintiff had to satisfy requirements for validity set out in Act, s. 68(2)(a), (c): had to prove assignment absolute and notice of assignment given to Crown as provided in s. 69—Failure to comply with these mandatory requirements of Act fatal—Debt not absolute, assignor having divested itself of only 75% portion of its rights, interests in debts or rights of action described in description clause—Action dismissed—Civil Code of Lower Canada, art. 2267—Financial Administration Act, R.S.C., 1985, c. F-11, ss. 66, 67, 68, 69.

ENTREPRISES A.B. RIMOUSKI INC. v. CANADA (T-2674-92, Denault J., judgment dated 11/10/96, 11 pp.)

Application for preliminary determination of question of law: whether Locally Engaged Staff Employment Regulations, s. 14 permitting plaintiff to receive more severance pay than in fact received and whether his notice period should have been assessed according to German law—After retiring from Armed Forces and while living in Canada, plaintiff hired as locally engaged civilian component employee with defendant at Headquarters, Canadian Forces Europe (HQ-CFE) at Lahr, Germany—Contract for employ-

**CROWN—Concluded**

ment until age 65: October 1997—In January 1993, plaintiff received official written notice of lay-off due to work force adjustment—Plaintiff had option of re-locating to France within 60 days or applying to German authorities to establish residence in Germany—In main action, plaintiff claiming as no cause for termination, entitled to compensation for all wages and value of all benefits until October 1997—Answer to question negative—Regulations distinguishing between “civilian component employees” and “employees”—Therefore, reference to “employee” in s. 14(1) and (2) not including “civilian component employees”—Accordingly, s. 14(1) and (2) do not apply to plaintiff and latter therefore not entitled to receive more severance pay than that received—Plaintiff’s notice period need not have been assessed according to German law—Locally-Engaged Staff Employment Regulations, SOR/79-545, s. 14.

ST. AUBIN D’ANCEY V. CANADA (T-464-94, Cullen J., judgment dated 31/10/96, 7 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****EXCISE TAX ACT**

Application for determination of questions of law—Plaintiff charged before British Columbia Provincial Court, along with one or two other individuals, with 45 counts of making false or deceptive statements, in applying for refunds, including one count of federal sales tax evasion in aggregate amount of \$84,206.85, contrary to Excise Tax Act, ss. 97(2) and 108—Charges dismissed—Provincial Court Judge having found Excise Tax Act, s. 68.2 ambiguous and Act penal in nature, ambiguity resolved in favour of accused—Judge also found not proven beyond reasonable doubt any of accused intentionally made false or deceptive statements or wilfully attempted to evade or defeat federal sales tax—Appeal to B.C. Supreme Court withdrawn—Questions of law: (1) whether issue of plaintiff’s entitlement to receive federal sales tax refunds under Excise Tax Act, s. 68.2 *res judicata*; (2) whether defendant estopped from assessing taxes, overpayments, penalties and/or interest against plaintiff; (3) whether defendant bound by findings and decision of B.C.P.C. Judge on interpretation of Excise Tax Act, s. 68.2 as affects plaintiff; (4) whether defendant bound by findings and decision of B.C.P.C. Judge on interpretation of Excise Tax Act, s. 68.2 as affects plaintiff; (4) whether defendant bound by findings and decision of B.C.P.C. Judge on acquittal of plaintiff on issue of intention to make false or deceptive statements or wilfully attempt to evade or defeat federal sales tax as alleged by Crown; (5) whether defendant’s decision to assess taxes, overpayments, penalties and/or interest against plaintiff ought to be set aside—While *res judicata* or issue estoppel may well apply in case of conviction, it will not apply with

**CUSTOMS AND EXCISE—Continued**

respect to acquittal and especially acquittal grounded on lack of *mens rea*, lack of intent—Application of issue estoppel must conform with requirements set out by S.C.C. in *Angle v. M.N.R.*, [1975] 2 S.C.R. 248—One requirement being: same question decided—Proof or inference of intent or *mens rea* beyond reasonable doubt not common issue: unique to trial of charged offences in Provincial Court—Ambiguity of s. 68.2 could be looked at again differently from P.C. Judge—Furthermore, degree of ambiguity needed to erode proof beyond reasonable doubt surely different from that which would displace balance of probabilities—Minister’s reassessment raising issues not before Provincial Court under Act, ss. 81.1(1), 81.39(1) and 72(6)—Not same fundamental issue: in reassessment, issue whether Hirex legally entitled to rebates; in prosecution, issue whether certain statements “made” or “assented to”, and in tax evasion charge, whether individual accused “wilfully attempted to evade federal sales tax”—Answers: (1) issue not *res judicata*; (2) defendant not so estopped; (3) defendant not bound on interpretation of Act, s. 68.2 as it affects plaintiff, only decisions binding Trial Division those of Federal Court of Appeal and of Supreme Court of Canada; (4) negative, beyond sphere of prosecution, i.e. *autrefois*; (5) negative; (6) statement of defence not to be struck out—Excise Tax Act, R.S.C., 1985, c. E-15, ss. 68.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 34; S.C. 1993, c. 27, s. 2), 72(6) (as am. by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, ss. 27, 34; S.C. 1994, c. 29, s. 8), 81.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 7, s. 38), 81.39 (as enacted *idem*), 97(2) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 15, s. 35; (2nd Supp.), c. 7, s. 44), 108.

HIREX HOLDINGS LTD. V. CANADA (T-2258-92, Muldoon J., order dated 7/10/96, 8 pp.)

Appeals from Crown’s refusal to apply to plaintiffs policy outlined in Memorandum ET302—Plaintiffs distributing products on/in reusable containers—Memorandum ET 302 allowing manufacturers who sold goods under taxable conditions to account for tax on returnable containers when containers shipped out, instead of when purchased or imported—Under Memorandum manufacturers required to request permission from Minister to take deduction of tax paid on those containers on hand at date of changeover—As goods for which containers designed to deliver exempt from sales tax, sales tax could not be accounted for on containers when goods sold—Applications by plaintiffs to avail themselves of optional accounting method filed in late December 1990—Goods and Services Tax (GST), imposing different taxing procedures, effective January 1, 1991—End of Federal Sales Tax (FST)—Confusion between some local or regional Excise offices as to grounds for refusal—Evidence some applications accepted—Plaintiffs’ applications refused because, among other things, legislative provisions on which ET302 based repealed effective January 1, 1991—Appeals dismissed—Policy set out in ET302

**CUSTOMS AND EXCISE—Concluded**

purely administrative—Discretion exercisable by Crown must be exercised equitably and responsibly—Refusal, based on administrative exigencies, requirements, adequately motivated by pending new taxation scheme—That some applications accepted by insufficiently briefed regional offices not sufficient to establish right to treatment under ET302—Underpinnings of ET302 lost when new tax regime coming into force.

NCS INTERNATIONAL INC. V. THE QUEEN (T-2659-92, T-2661-92, Joyal J., judgment dated 16/10/96, 11 pp.)

**ENVIRONMENT**

Motion for *mandamus* ordering Minister of Transport to proceed under Canadian Environmental Assessment Act (CEAA), ss. 5, 11, 14 *et seq.*, with environmental assessment of Aéroports de Montréal (ADM) project of “liberalizing” allocation of scheduled international flights—Applicant members of not-for-profit corporation “Citizens for a quality of life” owners or occupants of properties situated in municipalities of Pointe-Claire and Ville Saint-Laurent within air corridor used by planes taking off from and landing at Dorval airport—Intervenor ADM agency responsible for managing Montréal’s international airports at Dorval and Mirabel—Through ground lease signed July 31, 1992, Her Majesty in right of Canada leased integrated system of Montréal international airport (Dorval and Mirabel) to intervenor for 60 years—On February 20, 1996, ADM publicly announced proposal to “liberalize” allocation of scheduled international flights as of April 1997 with view to letting airline companies elect whether to direct scheduled international flights to Dorval or Mirabel—On May 2, 1996, applicants issued formal notice to Minister of Transport calling on him to initiate environmental assessment process under CEAA, but Minister refused to grant request—Only issue whether Minister required to conduct environmental assessment under CEAA, s. 5(1)(a),(b) or (c)—For Minister to be proponent of ADM project within meaning of Act, must, through silence on ADM project, have in fact proposed it—Meaning of “promoter” employed by Parliament in CEAA limited—Proponent of project person proposing it—Minister neither directly nor indirectly proposed project or any part thereof—Rather, ADM decided to liberalize flights and promote its project—Act, s. 5(1)(a), therefore inapplicable—In regard to s. 5(1)(b), applicants conceded financial assistance could not have been granted for purpose of helping ADM carry out its project since in 1992 project had yet to be conceived and no one had it in mind—For financial assistance to trigger application of s. 5(1)(b), must have been advanced or granted “for purpose of” project sought to be subjected to environmental assessment—Common ground herein financial assistance could not have been granted “for purpose of” project—Application of s. 5(1)(c) also ruled out as neither party involved had ADM

**ENVIRONMENT—Continued**

project in mind when lease signed and as at present no building capable of reconveyance—Act, s. 5, therefore inapplicable—Motion dismissed—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, ss. 5, 11, 14.

GHALI V. CANADA (MINISTER OF TRANSPORT)  
(T-1153-96, Noël J., order dated 24/10/96, 20 pp.)

Appeal from Trial Division’s dismissal of application for judicial review of superintendent of Banff National Park and director of Western Region of Parks Canada’s decision to enter into construction agreement with Sunshine Village Corporation on basis Parks Canada required to subject one component of larger development plan (1992 Goat’s Eye Mountain project) to environmental assessment under EARPGO ((1994), 84 F.T.R. 273)—Also appealing denial of declaration of invalidity with regard to decision of Minister of Environment to approve Sunshine’s long range development proposal and refusal to order Minister responsible for National Parks to subject Sunshine’s long-range development proposal to environmental assessment under EARPGO—Appeal from Trial Division’s dismissal of Sunshine Village Corporation’s application for judicial review challenging appointment of panel to assess development plan on basis plan already approved by responsible Minister—1978 Agreement signed between Sunshine and Parks Canada setting out terms and conditions for development of ski area—EARPGO coming into force in 1984—Parks Canada and Sunshine executing agreement in 1986 termed “1986 Long-Range Development Guidelines”—Proposed amendments to plan withdrawn by Sunshine after Parks Canada concluding serious environmental impacts would result—Modified plan submitted for approval in 1992 to Minister of Environment—August 1992, plan approved in ambiguous terms by Minister and concluded no need for full public consultation process as proposal substantially same as 1978 proposal which had been subject to consultation—February 1993, environmental assessment of Goat’s Eye Mountain plan approved and accepted by Parks Canada in screening decision—Concluded no consultation required as one component of larger plan approved in 1978—*Per Desjardins J.A. (Stone J.A. concurring):* On preliminary issue of standing, appellant Canadian Parks and Wilderness Society granted standing to bring application—Wording of Federal Court Act, s. 18.1 allowing Court discretion to grant standing when particular circumstances of case and type of interest held justify status being granted and there is justiciable issue—No rights acquired under 1981 lease so as to exclude unbuilt components from EARPGO—Panel appointed in 1995 under Environmental Assessment Act validly constituted—Appeal dismissed but no costs awarded as appellant substantially winning party—Much of relief sought by CPAWS overtaken by events—Environmental Assessment Panel Review ordered by successor to 1992 Minister of Environment—Phase I of construction project now completed, therefore issue of authority to enter into

**ENVIRONMENT—Concluded**

contract no longer relevant—Ministerial approving letter of 1992 ambiguous—Preliminary 1992 environmental assessment supporting Ministerial approval, nuanced—Did not determine whether environmental effects “insignificant, mitigable, unknown, significant or unacceptable” in accordance with EARPGO—Also required to compare 1992 amendments to 1992 environmental standards—Not bound by 1978 standards—No doubt subsequent responsible ministers having residual powers to act under Guidelines, s. 13—Therefore review panel appointed in 1995 by subsequent minister validly constituted—Phases II and III of construction project not reached implementation stage—Still “proposals” within meaning of EARPGO—Under transitional provisions of Canadian Environmental Assessment Act, any proposal referred for public review under EARPGO subject to provisions of CEAA—*Per McDonald J.A.* (dissenting): Concurring with majority opinion CPAWS has standing—No residual jurisdiction remaining in subsequent minister to appoint new review panel under EARPGO or CEAA—Minister’s 1992 letter final approval of plan—Wording of letter of approval clearly rejecting need for further public consultation—Ambiguous portion of letter to be interpreted to address “how” and not “whether” to implement plan—Also, both Sunshine and Parks Canada behaving as though received final approval to proceed until intervention by CPAWS—Plan carefully reviewed by Department and studies ongoing since 1978—Sunshine should be able to rely on approvals received and move forward—As plan received final approval, no residual power in subsequent ministers and 1995 review panel invalidly constituted—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1 (as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5)—Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order, SOR/84-467, s. 13—Canadian Environmental Assessment Act, S.C. 1992, c. 37, s. 74(1),(2).

CANADIAN PARKS AND WILDERNESS SOCIETY V. CANADA (SUPERINTENDENT OF BANFF NATIONAL PARK) (A-586-94, Desjardins J.A., McDonald J.A. dissenting, judgment dated 29/8/96, 47 pp.).

**FISHERIES**

Application to quash respondent’s decision issuing crab fishing licence to applicant with decrease of two metric tonnes—Applicant fisherman by profession—On June 18, 1993, employee of respondent contending applicant and two employees, when unloading cargo of crabs, failed to weigh three trays of snow crabs—Applicant alleged to have failed to comply with conditions of fishing licence by concealing part of catch, thereby contravening Fishery (General) Regulations, s. 22(1)(n),(p)—Whether Minister of Fisheries and Oceans empowered under Fisheries Act and Fishery (General) Regulations to impose penalties in relation to fishing licence—Under Act, s. 7, Minister may issue leases

**FISHERIES—Concluded**

at his absolute discretion—Under s. 9, may suspend, cancel leases previously issued, on two conditions: breach of provisions ascertained and no proceedings commenced in this regard—Act, s. 7 allowing leases to be issued or not issued but not authorizing penalties—Imposition of reduction in catch constituting “penalty”—If Minister wants to impose penalty, must proceed in accordance with precise code stipulated by Parliament—Minister not empowered under Act to impose penal sanctions in relation to fishing licences—Application allowed—Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 7, 9—Fishery (General) Regulations, SOR/93-53, s. 22(1)(n),(p).

DUGUAY V. CANADA (DIRECTOR GENERAL, DEPARTMENT OF FISHERIES AND OCEANS) (T-779-94, Dubé J., order dated 4/10/96, 8 pp.).

**HUMAN RIGHTS**

Application for judicial review of Human Rights Tribunal’s dismissal of discrimination complaint—Complainant employed by Canadian Broadcasting Corporation (CBC) as television journalist trainee in Native Career Development Program—Complainant failing to regularly attend training due to attendance at rehabilitation program for alcohol abuse—Complainant never disclosing alcohol dependence to CBC nor exhibiting signs of dependence during working hours—Complainant dismissed—Commission making several procedural requests before Tribunal and being denied all—Court finding no denial of procedural fairness by tribunal in any procedural dispositions—Canadian Human Rights Act (CHRA), s. 55 empowering Court to consider whether applicant has better alternative remedies than provided by Federal Court Act, ss. 18 and 18.1—Convenience of alternative, nature of error and powers of appellate body must be considered—In present case, appeal before review tribunal more convenient and tribunal vested with more powers than judicial review court—Applicant Commission ought to have sought review tribunal remedy—Therefore adequate alternative remedy existing and application ought to be dismissed—Tribunal also not acting beyond jurisdiction in dismissing complaint on ground evidence upon which Commission based decision to bring complaint into time under CHRA, s. 41 not disclosing reasonable basis for denying CBC benefit of limitation period—S. 41(e) according Commission procedural, preliminary authority to override basic limitation period of one year—Authority not absolute and respondent’s right to benefit of limitation period substantive one not to be displaced arbitrarily by Commission—Decision to extend reviewable by tribunal for appropriateness—Tribunal correctly finding CBC’s requirement of regular attendance by trainees *bona fide* occupational requirement (BFOR)—Onus on complainant to show employer knew of vulnerability and continued to discriminate—Complainant never

**HUMAN RIGHTS—Continued**

disclosing previous alcohol dependence—Decision to terminate therefore based on simple failure to attend training—No error in tribunal's findings of fact complainant not alcohol dependent within meaning of CHRA, s. 25 nor that CBC fulfilled duty to accommodate to point of hardship—Findings adequately supported by evidence—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, ss. 25 (as am. by S.C. 1992, c. 22, s. 13), 41(e), 55.

CANADA (HUMAN RIGHTS COMMISSION) V. CANADIAN BROADCASTING CORP. (T-2503-94, Muldoon J., order dated 4/10/96, 37 pp.)

Application for judicial review of CHRC decision—On April 18, 1991, Commission dismissing applicant's complaint alleging Canadian Penitentiary Service discriminated against her on basis of sex by failing to intervene to put end to sexual harassment of applicant and by refusing to continue her employment on ground of mental disability—Decision of Pinard J. dismissing applicant's application for judicial review based on failure to disclose certain comments by Service appealed—Court of Appeal holding Commission had not complied with rules of procedural fairness by failing to allow applicant to respond to comments not brought to her attention—Matter referred back to Commission to be re-examined taking applicant's reply into consideration—Commission once again rendering decision without sending applicant letter of comments or report filed late with Commission by Service—In comments dated September 14, 1994 Service simply reformulating arguments had made earlier—Herein, applicant had opportunity to present all her arguments pertaining to facts relevant to investigation and comments made by Service in relation to those facts—Commission therefore did not fail to comply with rules of procedural fairness by not disclosing Service's final comments to applicant—Furthermore, Commission had no duty to provide reasons for its decision—Parliament imposing on Commission duty to give reasons only sparingly—On two occasions, applicant learned after filing application for judicial review Commission had received from Service comments not disclosed to her—Application dismissed, costs being awarded to applicant.

MERCIER V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-2801-94, Nadon J., order dated 3/9/96, 16 pp.)

Application for judicial review of CHRC decision dismissing applicant's complaint of discrimination against Canadian Armed Forces—Applicant receiving poor performance reports, not recommended for promotion—Commanding officer requesting he undergo psychological assessment—Diagnosed as suffering from compulsive personality disorder and unlikely to be helped by psychotherapy—Applicant involuntarily released under medical provisions—Report from independent psychologist and psychiatrist concluded no evidence of personality disorder of any kind—Applicant filing redress of grievance with Forces and complaint to

**HUMAN RIGHTS—Concluded**

Human Rights Commission claiming discrimination because of perceived mental disability contrary to Canadian Human Rights Act, s. 7—Investigator appointed by Commission and redress of grievance granted by Chief of Defence Staff—Applicant offered re-enrollment, removal of poor performance report from record and compensation for loss of pay and allowances since release, less civilian employment income and unemployment insurance benefits—Applicant refusing offer and requesting re-instatement rather than re-enrollment and records of psychological/psychiatric referrals and assessments be deleted from files—No settlement reached and investigator recommending appointment of conciliator—Conciliator unable to bring about settlement and Commission advising inquiry by Tribunal under s. 49 not warranted—Applicant applying for judicial review of decision—Applicant arguing Commission's function in dismissing complaint ought to be purely administrative but when complaint dismissed after conciliation on basis of reasonableness of settlement offer, Commission exercised quasi-judicial function available only to Tribunal and therefore subject to review by Federal Court—Applicant also arguing Commission's consideration of outcome of redress of grievance procedure faulted as decision based on irrelevant considerations and perverse and capricious because respondent admitted on several occasions complaint of discrimination valid—Applicant arguing Commission penalizing him for refusing to accept settlement by preventing matter from being determined on merits—Framework for disposition of complaints by Commission contained in Act, ss. 40 to 49—Commission not bound to refer matter to Tribunal once conciliation proving unsuccessful—Commission may dismiss complaint under Act, s. 44(3)—In dismissing complaint, Commission must exercise duty of fairness—Record indicating all relevant evidence, including evidence of refused offer to settle, taken into account by Commission—Commission must balance considerations arising from public policy role with need of complainants to have complaints adjudicated—Further, offer of settlement extended to applicant in context of human rights complaint and no indication reasonableness of complaint was sole factor in Commission's decision to dismiss applicant's complaint—Finally, admissions by respondent that applicant had valid complaint relate to redress of grievance and not human rights complaint—Respondent never admitting to discrimination—Application dismissed—Canadian Human Rights Act, R.S.C., 1985, c. H-6, s. 44(3) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 31, s. 64).

GARNHUM V. CANADA (DEPUTY ATTORNEY GENERAL) (T-3024-94, Noël J., order dated 2/10/96, 23 pp.)

**INCOME TAX****EXEMPTIONS**

Appeal from reassessment of plaintiff's 1978 taxation year—Whether reference to "exempt income" in Income

**INCOME TAX—Continued**

Tax Act, s. 21(1) to (4) includes income excluded from computation of taxpayer's income by virtue of Income Tax Application Rules, 1971 (ITAR), s. 28—At relevant time, plaintiff operated open-pit mine near Kamloops, British Columbia—Mine producing principally copper, molybdenum—For income tax purposes, mine commenced commercial production on September 1, 1972—From 1969 to 1973, plaintiff borrowed significant amounts of money for use in mining business—By notice of reassessment dated June 3, 1982, defendant reassessed plaintiff in respect of 1978 taxation year in amount of \$2,610,826.25 for federal tax and \$2,888,179.35 for provincial tax—Plaintiff objecting to reassessment for 1978 federal tax in entirety—Whether plaintiff entitled to capitalize interest expenses and convert them to exploration, prospecting and development expenses—Interest incurred to acquire tax exempt income cannot be deducted under Act, s. 20(1)(c)(i)—Interest may be deducted in computation of income only if criteria in s. 20(1)(c) satisfied—No dispute between parties as to applicability of ITAR, former s. 28 to plaintiff from September 1, 1972 to December 31, 1973—Dispute centring on effect of s. 28 within Act—On basis of statutory interpretation, case law, common sense, expression “shall not be included in computing the income” in ITAR, s. 28 means same as “exempt income” within meaning given to it by Act—ITAR not part of Act, part of separate enactment of Parliament of Canada—Act, s. 81(1)(a) provision that authorizes exclusions from income specified in ITAR—ITAR, s. 28(1) statutory exemption under Act, s. 81(1)(a)—Amount excluded from income by ITAR, s. 28(1) definable as s. 248(1) exempt income by reason of provision in Part I of Act—Reference to “exempt income” in Act, s. 21(1) to (4) includes income that is tax exempt by virtue of ITAR, former s. 28—By exercising elections under s. 21, plaintiff tried to maximize income during exempt period from September 1, 1972 to December 31, 1973, and to minimize income for post exempt period by taking interest, exploration and development expenses incurred and deducted for financial statement purposes in relation to exempt period, and moving them into non-exempt period—Plaintiff's actions neither authorized by legislation nor condoned by case law—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 20, 21(1),(2),(3),(4), 81(1)(a), 248(1)—Income Tax Application Rules, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 63, Part III, s. 28.

LORNEX MINING CORP. LTD. V. CANADA (T-1330-84, Cullen J., judgment dated 15/10/96, 16 pp.)

**INCOME CALCULATION**

Employees' insurance indemnities—Appeal of Tax Court judgment considering as taxable income payments received by plaintiff, employee of brewery and member of union collective agreement, for 1979 and 1982 respectively, on

**INCOME TAX—Continued**

account of illness or injuries—Plaintiff arguing payments not taxable income as not paid on periodic basis as per Income Tax Act, s. 6(1)(f) but part of wages as per s. 6(3) and Brewery acting as trustee in disbursing plaintiff's funds—Plaintiff relying on *Cunningham v. Wheeler*; *Cooper v. Miller*; *Shanks v. McNee*, [1994] 1 S.C.R. 359 where payments made by employer pursuant to collective agreement regarded as paid by employee if latter has foregone higher wages or other benefits in bargaining process—Defendant arguing plaintiff receiving payments by reason of illness from insurer and paid on periodic basis for loss of part of income from employment, pursuant to sickness or accident insurance plan to which employer contributed but employee had not—Appeal dismissed—So long as contract calling for payments on periodic basis character of payments not changed by fact not paid on time—Intent of Parliament under s. 6 to include as taxable income all monies received by taxpayer from employer by reason of employment with certain exceptions—S. 6(1)(f)(i) should be interpreted in manner consistent with intent—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 6(1)(f),(3).

LEONARD V. CANADA (T-651-87, Joyal J., judgment dated 13/9/96, 8 pp.)

Appeal from Trial Judge's finding ((1995), 103 F.T.R. 292) payments made to respondent not “assistance” within meaning of Income Tax Act, ss. 12(1)(x)(iv), 127(11.1) and 127(9)—Government of Alberta providing technology and paying money to respondent pursuant to Coal Research Agreement—Government obtaining equity interest in short term but obliged to sell interest to respondent should project prove commercially successful at price equalling return of payment plus interest—If no commercial value to project, Government entitled to nothing—In language of Act, payments amounted to grant, subsidy, forgivable loan or similar form of assistance—Nor can payments be regarded as having been made by government in acquisition of interest in property under s. 12(1)(x)(viii)—Appeal allowed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 12(1)(x)(iv) (as am. by S.C. 1990, c. 45, s. 39(1)), (viii), 127(11.1), 127(9).

CANADA V. CCLC TECHNOLOGIES INC. (A-801-95, Strayer J.A., judgment dated 19/9/96, 4 pp.)

**Deductions**

Appeal from Tax Court of Canada judgment dismissing plaintiff's appeal from notices of reassessment issued by M.N.R. for 1985, 1986 taxation years—Plaintiff operating General Motors dealership in Drummondville since 1964 (G.M. Ltée)—Pinard Ltée operating Ford dealership, providing services similar to those offered by plaintiff—In 1982, owing to serious financial difficulties, Pinard Ltée

## INCOME TAX—Continued

having no alternative but to get rid of Ford dealership—Prior to June 1984, Pinard Ltée having disposed of all tangible assets, including its building—In 1985, G.M. Ltée and Pinard Ltée and Pinard Ltée amalgamated and plaintiff born therefrom—Plaintiff seeking to deduct from its taxable income, as non-capital losses, losses accumulated by business carried on by Pinard Ltée: \$429,175 for 1985, \$380,174 for 1986—Income Tax Act, s. 111(5) must be interpreted to determine whether business carried on by Pinard Ltée carried on by plaintiff for profit or reasonable expectation of profit throughout 1985, 1986 taxation years—Department of National Revenue not allowing plaintiff to deduct losses in question—T.C.C. Judge dismissing plaintiff's appeal on ground employment by business of key person from another business not in itself constituting continuation of latter business—No commercial activity of Pinard Ltée carried on after October 1984—Only commercial activities during year sales on paper taking place between July and October—Purpose of s. 111(5) not carryover of losses as such but strengthening or survival of declining business—Parliament did not intend to allow one business to purchase another business for nominal sum and deduct enormous losses of business purchased within framework of similar business when purchaser clearly no longer carrying on business it acquired—Employing Mr. Pinard and his son as salesmen at Montplaisir Ltée not sufficient in itself to say that business carried on by Pinard Ltée continued or reactivated—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 111(5)(a) (as am. by S.C. 1984, c. 1, s. 54; 1985, c. 45, s. 57).

GARAGE MONTPLAISIR LTÉE V. CANADA (T-2812-92, Tremblay-Lamer J., judgment dated 17/10/96, 9 pp.)

Appeal from judgment dismissing appeal of Minister's disallowance for taxation years 1980 through 1983 of "soft costs" in relation to Multiple Unit Residential Building (MURB) investment by taxpayer—Trial Judge basing decision on finding conditions precedent to various agreements between taxpayer, developer and others not fulfilled, therefore, agreements ineffective to transfer beneficial ownership to investors—Appeal allowed—No true conditions precedent contained in agreements—Appellant therefore acquiring requisite beneficial interest in property—No basis to respondent's argument developer's non-compliance with Real Estate Act, s. 50(6) rendering agreements void—S. 62 simply making agreement unenforceable against purchaser at suit of developer—Argument because agreements executed under seal, agreement unenforceable against investors equally unfounded—Whether undisclosed principals or beneficiaries of trust, clear investors intended to and did acquire interest through agreement—Appeal allowed—Real Estate Act, R.S.B.C. 1979, c. 356, ss. 50(6) (as am. by S.B.C. 1981, c. 28, s. 9), 62 (as am. *idem*, s. 22).

GREENWAY V. CANADA (A-392-91, Hugessen J.A., judgment dated 18/9/96, 3 pp.)

## INCOME TAX—Continued

Appeal from T.C.C. decision allowing respondent's appeal and vacating assessment dated February 18, 1992 in which Minister assessed respondent under Income Tax Act, s. 159(2),(3) in respect of tax liability of 323466 B.C. Ltd. (466) for latter's taxation year ending May 7, 1988—In September 1988, respondent acquired all shares of 466—On December 28, 1988, caused it to be liquidated, assets distributed—In August 1993, 466 restored to register of companies in British Columbia upon application by appellant, deemed to have continued in existence—In computing income for taxation year ended May 7, 1988, 466 deducted \$1,594,828, share of alleged loss flowing from Grand Bell Partnership—Minister allowing deduction of Grand Bell loss both in initial assessment dated March 9, 1989 and in reassessment dated July 4, 1989—Statute-barred from disallowing deduction of Grand Bell loss—466 both assessed and reassessed in respect of 1988 taxation year—There being no question of fraud or misrepresentation, no further reassessment could be issued to 466 after March 9, 1992—Assessment, once issued and unless varied by competent authority, has effect of fixing liability for tax—Once, as herein, assessment can no longer be varied, vacated on objection or appeal and no further reassessment can be issued, last assessment deemed valid, binding on taxpayer, Minister—Appeal dismissed—Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 159(2) (as am. by S.C. 1985, c. 45, s. 90(1)), (3) (as am. *idem*).

CANADA V. WESBROOK MANAGEMENT LTD. (A-790-95, Hugessen J.A., judgment dated 5/11/96, 7 pp.)

## PRACTICE

Application for judicial review of judgment of Tax Court of Canada—T.C.C. Judge advised issues similar to those before Federal Court of Appeal in *Canada (Attorney General) v. Hoefele*, [1996] 1 F.C. 322—Crown seeking leave to appeal to S.C.C., asking T.C.C. not to hand down judgment in *Moore* until leave application disposed of—Tax Court Judge rendering decision before receiving representations either from Minister or applicant respecting decision in *Hoefele*—Whether or not decision in *Hoefele* inapplicable to facts of case, applicant should have been given opportunity to make representations with respect to *Hoefele* before judgment rendered by T.C.J.—Applicant denied opportunity to present case—Application allowed.

MOORE V. CANADA (A-143-96, McDonald J.A., judgment dated 22/11/96, 3 pp.)

Judicial review of Tax Court Chief Judge's refusal to adjourn hearing of appeals—Appeals in abeyance pending disposition of ninth appeal—When that appeal dropped, Court fixing hearing date—Applicants replacing counsel with counsel from different firm—Court refusing adjournment, although respondent not objecting thereto—Tax Court

**INCOME TAX—Concluded**

of Canada Act, s. 18.2 requiring Court to adjourn appeal hearing where impractical to proceed; permitting Court to adjourn appeal hearing where other parties consent thereto or where appropriate to delay hearing until judgment rendered in another case—Submission hearing date “impractical” based solely on fact counsel retained three days previously—No explanation for untimely change of solicitors—In holding change of solicitor shortly before hearing not “major reason” supporting adjournment, Chief Judge not saying late change of solicitors could never render hearing impractical, but that without some justification, could not be determining factor—Interpretation not wrong—No basis for interfering with exercise of discretion in refusing adjournment—S. 18.2 appears in part of Act dealing with informal procedure—Provisions in that part make it clear appeals involving small amounts intended to be heard, disposed of in quick, orderly fashion—Application dismissed—Tax Court of Canada Act, R.S.C., 1985, c. T-2, s. 18.2 (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 51, s. 5).

PAYNTER V. CANADA (A-754-96, Strayer J.A., judgment dated 22/10/96, 5 pp.)

**INJUNCTIONS**

Interlocutory injunction to restrain defendant Novopharm from marketing generic version of patented drug in same shape, colour—Plaintiff carrying on in Canada business of manufacturing, packaging, marketing brand name pharmaceutical preparations through Searle Canada division—Drug prescribed for patients with hypertension—Word “Isoptin SR tablet” on label—Searle Canada selling Isoptin SR tablets in Canada since 1988—Only markings on Isoptin SR tablets two embossed triangles—Patients identifying Isoptin SR tablets by shape, colour of tablets—Notice published by Novopharm announcing Novopharm SR tablets to be made available to pharmacies, distributors on April 10, 1996 in trade dress substantially identical to Isoptin SR trade dress—By June 1996, defendant booked orders for \$1.1 million of Novopharm SR tablets—Application for interim injunction by Searle Canada heard on April 9, 1996—Injunction granted by order of Noël J. dated April 11, 1996—Appeal to Federal Court of Appeal allowed on May 23, 1996—Defendant commenced to ship Novopharm SR tablets to depots in Quebec and Nova Scotia in June 1996—To be granted interlocutory injunction applicant must establish: 1) serious issue to be tried; 2) irreparable harm; and 3) balance of convenience favouring granting of injunction—In considering marketing of prescription pharmaceutical preparations, action for passing off will be maintained if plaintiff can show: 1) existence of secondary meaning or goodwill in appearance of preparation; 2) deception of physicians, pharmacists or patients prescribing, dispensing or using preparation; and 3) actual or potential damage—Serious issue established by plaintiff—Only evidence with respect to agreement between Genpharm Inc.

**INJUNCTIONS—Concluded**

and Searle Canada contained in paragraphs 53, 54 of affidavit of Mr. Cloutier—Plaintiff failing to discharge evidentiary burden to prove it will suffer irreparable harm in absence of injunction—Cloutier’s statement about sharing of income vague, self-serving, not satisfying plaintiff’s evidentiary burden—Motion for interlocutory injunction dismissed.

MONSANTO CANADA INC. V. NOVOPHARM LTD.  
(T-769-96, McKeown J., order dated 22/11/96, 18 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Application for judicial review of Adjudicator’s decision denying applicant reinstatement to former employment with Atomic Energy of Canada Limited (AECL)—Applicant injured at work—Suffered severe injury to lower back rendering her unable to walk—Granted compensation by Worker’s Compensation Board of Ontario (WCB)—WCB serving parties with notice applicant fit to return to work—Rejecting applicant’s medical evidence of disability—Employer advising applicant employment terminated effective immediately due to refusal to return to work—Applicant filing complaint of unjust dismissal under Canada Labour Code seeking reinstatement to former position, compensation for lost wages and benefits—Adjudicator finding applicant unjustly dismissed, but denying reinstatement to employment—Under cross-examination, it came out that applicant employed as university sessional lecturer during period her Doctor declared her totally incapacitated—Applicant’s lack of candour with respect to employment at UBC fundamental to issue of proper award of compensation for lost wages, benefits—Adjudicator not committing error when taking applicant’s lack of honesty into account in determining award of damages for lost wages, benefits—Adjudicator’s refusal to award interest on compensation award not to be interfered with—Adjudicator’s decision to refuse applicant reinstatement set aside—Not proper to base decision with respect to reinstatement on conduct of parties during course of hearing—Not sufficient for employer to merely provide subjective speculation as to why reinstatement not appropriate—Application allowed—Canada Labour Code, R.S.C., 1985, c. L-2.

SHEIKHOESLAMI V. ATOMIC ENERGY OF CANADA LTD.  
(T-178-96, Rouleau J., order dated 29/11/96, 9 pp.)

**MARITIME LAW****CARRIAGE OF GOODS**

Motions for summary judgment declaring plaintiffs’ action against defendant Fednav International Ltd. not barred by limitation and validly brought in Federal Court of Canada—Plaintiffs submitting brought action in Canada pursuant to bills of lading, clause 4, as amended by letters of exten-

**MARITIME LAW—Concluded**

sion—Bills of lading at issue involving carriage of goods from Belgium to United States—Clause 4, appearing on back of bills, providing any action arising out of goods carried under this Bill of Lading shall be brought in courts of Canada within one year after delivery of goods at port of discharge or date when goods should have been delivered there—In each of files in instant case, plaintiffs seeking extension of time for bringing action prior to expiration of initial one-year period in bills of lading, clause 4—Defendant Fednav granting plaintiffs extension of time for bringing action but specifying actions should be brought not in Federal Court of Canada but in United States, in Chicago or Detroit—Actions brought in Canada—Whether actions validly brought in Federal Court—Carriage of Goods by Water Act, s. 7(1) providing Hague-Visby Rules have force of law in Canada—Whether Rules applicable notwithstanding Paramount Clause appearing in bills of lading—More than one argument in favour of mandatory nature of Rules—Hague-Visby Rules alone apply to each of shipments at issue—Rules, art. III(8) apply to letters of extension, which do not constitute contract separate and distinct from contract of carriage by sea—Bills of lading, clause 4 constituting contractual clause from which letters of extension directly derived—Letters of extension should be considered rider to initial contracts of carriage by sea and integral part of those contracts—To degree that plaintiffs required by letters of extension, clause 4 to pursue remedy in jurisdiction with lower limit of liability than one in force under Hague-Visby Rules, clause void and of no effect under art. III(8)—Plaintiffs' motions allowed—Carriage of Goods by Water Act, S.C. 1993, c. 21, s. 7—Hague-Visby Rules, S.C. 1993, c. 21, Sch. I, art. III(8).

SIDMAR N.V. v. FEDNAV INTERNATIONAL LTD.  
(T-1260-96, T-1378-96, T-1379-96, Tremblay-Lamer J.,  
order dated 11/10/96, 15 pp.)

**PATENTS****INFRINGEMENT**

Appeal from Trial Division decision holding (1) Patent Act, s. 56, permitting use and sale by non-patentee, after issue of patent, of patented article acquired before issue of patent, not having effect of making such use and sale non-infringement of patent within meaning of Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, s. 5(1)(b)(iv), simply protecting non-patentee from liability for infringement and (2) notice of allegation of non-infringement could not be justified under Regulations where clear appellant generic, which filed such notice, had inventory which would last for only part of life of patent—Appeal allowed—Effect of s. 56 to render such activity non-infringement—Party filing notice of allegations based on non-infringement by virtue of s. 56 cannot be denied benefits of Regulations simply because its supply of pre-patent inventory may run out during life of patent—Patent Act, R.S.C., 1985, c. P-4,

**PATENTS—Concluded**

s. 56 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 33, s. 22; S.C. 1993, c. 44, ss. 194, 199(c))—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, s. 5(1)(b)(iv).

ZENECA PHARMA INC. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (A-340-95, Strayer J.A., judgment dated 10/10/96, 4 pp.)

Appeal from dismissal of application for order prohibiting Minister from issuing notice of compliance in respect of medicine Ticlopidine Hydrochloride until after expiration of patent—Syntex filing patent list—Respondent sending notice of allegation pursuant to Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, alleging no infringement—Respondent not disclosing composition of proposed ticlopidine tablets—Motions Judge concluding allegation justified—If respondent not using one of acids listed in claim, no literal infringement—Principles gleaned from F.C.A. cases dealing with s. 6 proceedings, seeking orders prohibiting issuance of notices of compliance since Regulations adopted, summarized—Purpose of Regulations to prevent infringement of patent by person who makes, constructs, uses or sells patented invention—S. 6 proceedings not infringement action—Respondent's obligations under Regulations to faithfully comply with requirements of s. 5(1), (3)—S. 5(3)(a) requiring provision of detailed statement of "legal and factual basis for allegation"—Although Part V.1 procedural rules requiring neither s. 5(1)(b) allegation be supported by any affidavit evidence, nor testing assertion on cross-examination, allegation intended to be accurate—Motions Judge finding respondent asserting as fact no infringement because product not using in its composition any of organic acids specified in patent—According to claim, composition must contain "at least one pharmaceutically acceptable non-volatile acid, which is" one of organic acids then named—As language of claim unambiguous, no aid in interpretation from disclosure required—Only one of those particularized acids to be included in composition referred to in claim—No error in Motions Judge confining analysis, conclusion of non-infringement to text of patent—Recourse to rest of specification unnecessary where words unambiguous—Respondent not required to go further than it did in disclosing facts supporting allegation of non-infringement or that Motions Judge required to make determination beyond one actually made—In keeping with summary nature of proceedings, if facts asserted by respondent justify allegation of non-infringement, in so far as text of relevant claim concerned, then allegation justified—Proceeding summary one not designed to replace action between parties—Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations, SOR/93-133, ss. 5, 6.

HOFFMAN-LA ROCHE LTD. v. CANADA (MINISTER OF NATIONAL HEALTH AND WELFARE) (A-265-96, Stone J.A., judgment dated 21/10/96, 14 pp.)

**PENITENTIARIES**

Application for judicial review of decision rejecting applicant's grievance at second level—Warden of Mission Institution denying applicant, during period of incarceration, access to issues of periodical publication to which subscriber—No written explanation for such action provided to applicant by officials of Institution—Applicant arguing officials' decision to deny him access violated fundamental freedoms under Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b)—Respondent replying Charter rights subject to "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in free and democratic society" pursuant to Charter, s. 1—Commissioner's Directive not having "force of law"—Limitation prescribed in Commissioner's Directive not "prescribed by law"—Corrections and Conditional Release Act, ss. 97, 98 not modifying status of Commissioner's Directives for purpose of Charter, s. 1—No reasonable limit prescribed by law that could be demonstrably justified in free and democratic society cited to applicant to justify actions of Correctional Service of Canada—In failing to do so, respondent erred in law—Application allowed—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 97, 98—Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2(b).

CRAWSHAW V. CANADA (PACIFIC REGIONAL DEPUTY COMMISSIONER OF CORRECTIONS) (T-1947-95, Gibson J., order dated 26/11/96, 6 pp.)

Application for judicial review of acting Warden of Bowden Institution's decision to deprive applicant of computer equipment and programs—Suspicious activity by applicant resulting in seizure of equipment and review of computer contents—Review disclosing illegally obtained software products and unauthorized DOS utilities programs one of which compromised security of institution—Possession or use of personal computer and programs by inmate privilege, not right—Inmate violated clear existing policy of institution put in place to reduce risk of serious security incidents or, in case of copyright violations, to ensure compliance with law—Corrections and Conditional Release Act Regulations, s. 96(1) allowing prohibition of entry into penitentiary or circulation within penitentiary of computer programs which head or staff believes on reasonable grounds would jeopardize penitentiary security—Institutional head having reasonable grounds to suspect security risk—No reviewable error committed—Application dismissed—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620, s. 96(1).

FRY V. CANADA (SOLICITOR GENERAL) (T-2431-95, Richard J., order dated 4/10/96, 4 pp.)

Application for judicial review of decision of respondent Warden of Frontenac Institution refusing approval for utilization of moneys from Inmate Welfare Fund for purpose

**PENITENTIARIES—Concluded**

of paying legal fees in another application for judicial review, under Court File T-2439-95, of decision by respondent Deputy Commissioner for Ontario to implement new telephone system in federal penitentiaries throughout province—Mandate of Inmate Committee within Frontenac Institution to represent best interest, welfare of inmate population and to act as liaison with administration—Inmate Welfare Fund used for sole benefit of Inmate Committee and collectivity of inmates at any given institution—Expenditures from Fund subject to Warden's approval—Warden refusing to approve payment of outstanding account of \$300 to solicitor for applicants and share of retainer for future services from Inmate Welfare Fund—Commissioner's Directive No. 861 issued in May 1989 to set out policy objective, other relevant provisions concerning Inmate Welfare Fund—Whether Directive prohibits utilization of Inmate Welfare Fund at Frontenac Institution for payment of applicants' solicitor's legal fees in proceeding against respondents concerning new telephone system—Fund exists for purpose of contributing to inmates' general welfare within institution—Wording of Directive not necessarily prohibiting funding of legal actions in within application—Directive must be read, implemented within framework of Corrections and Conditional Release Act and Regulations—Request to use Inmate Welfare Fund, moneys collected from inmates themselves, must be considered by Warden within context of Service's obligation to ensure every inmate has reasonable access to legal counsel—Assertion by Commissioner monies from Inmate Welfare Fund cannot be utilized for purpose of legal actions too broad as blanket statement in light of current Regulations—Warden erred in law in relying on Commissioner's interpretation and in refusing approval for utilization of Inmate Welfare Fund to pay legal fees for court challenge concerning new telephone system—Refusal inconsistent with Service's obligation to afford reasonable access to legal counsel in litigation where Court has ordered interlocutory relief on grounds new telephone system might infringe applicants' Charter rights—Application granted—Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20—Corrections and Conditional Release Regulations, SOR/92-620.

BISSONNETTE V. CANADA (COMMISSIONER OF CORRECTIONS) (T-2085-96, Lutfy J., order dated 24/10/96, 11 pp.)

**PRACTICE****DISCOVERY***Examination for Discovery*

Motion to replace unsatisfactory discovery witness—Plaintiffs selecting long-time Crown employee who worked as assistant, then senior, negotiator of Nunavut Comprehensive Land Claim—Defendants' nominee chief federal

**PRACTICE—Continued**

negotiator on contract basis from 1980 until matter resolved in 1993—Now under contract with same status negotiating land claims in B.C.—R. 456(3), requiring Crown to select informed officer to be examined, not limited to first witness—Crown, acting in good faith, may nominate second witness—If witness unsuitable, opposing party may apply for production of more appropriate witness—Present application possibly premature as Crown's new nominee for discovery not tested by discovery process—R. 456(4), allowing applicant to apply for second discovery witness who is properly informed, not applicable until initial discovery witness demonstrably found wanting: *Richter Gedeon Vegyészeti Gyar Rt v. Merck & Co. et al.* (1995), 185 N.R. 88 (F.C.A.)—Whether contractor "officer, servant or employee" of Crown within R. 456(3)—Employer/employee relationship existing where individual employed under contract of employment in nature of contract of service—Factors considered in distinguishing between contract of service and contract for service: control, degree of risk, opportunity to profit from management of task—Settling of aboriginal land claims, treaty rights done within scope of government policies, under control, direction of government through instruction given to negotiators—Defendants' nominee, as negotiator for federal government, employee with contract of service, currently employed as such—Evidence would bind Crown—Can give full discovery of facts, but if proves unsatisfactory, plaintiffs can apply for fresh witness for examination for discovery—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 456(3),(4) (as am. by SOR/90-846, s. 15).

NORTHLANDS BAND V. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (T-703-93, Hargrave P., order dated 13/8/96, 7 pp.)

Motion filed by third party (Bulklark) for leave to attend examination for discovery of plaintiff's representatives—Bulklark submitting examination public event and should be granted leave to attend in accordance with principles adopted in *Mulroney v. Canada (Procureur général)*, Mr. Justice André Rochon, Sup. Ct. Montréal 500-05-012098-958, March 20, 1996—Court therein considering application by press agency to permit its journalists to attend examinations in question, thereby enabling them to inform public—Furthermore, witnesses to be examined had to be formally summoned—These two factors not present in case at bar—No rule or judgment of this Court to effect examinations for discovery held by agreement in law firm's office public in nature—Motion dismissed.

KANEMATSU GMBH V. ACADIA SHIPBROKERS LTD. (T-877-96, Morneau P., order dated 9/7/96, 2 pp.)

*Production of Documents*

In patent infringement action, plaintiff produced 20 heavily expurgated (redacted) documents—Appeal from

**PRACTICE—Continued**

A.S.P.'s order dismissing motion for production of unredacted copies of documents but ordering parties to attempt to reach agreement to inspect documents on counsel's eyes only basis and, should defendant's counsel not agree on irrelevance of redacted portions, ordering plaintiff to produce affidavit indicating general nature of redacted portion of each document—Also, appeal from portion of order concerning venue of motions—Appeal dismissed—R. 448 requiring listing all documents relevant to any matter in issue, not limiting discovery to only those extracts of documents which may be relevant to any matter in issue—Purpose of documentary disclosure to obtain disclosure of all documents—R. 448(5) assuring parties disclosure in affidavit of documents and its production not to be taken as admission of admissibility in action—Allowing redaction contrary to everyone's interest in good administration of justice—Where portion of document relevant, complete unexpurgated document must be made available for inspection, unless parties agree otherwise—No error justifying intervention—Venue—Appeal from A.S.P.'s decision dismissing defendant's motion for order requiring plaintiffs to bring motions in Toronto but directing motions to be heard in most convenient place for counsel and witnesses—Appeal dismissed—Federal Court Rules silent on matter of venue of motions—A.S.P.'s order reasonable solution for parties and good administration of justice, and consistent with previous orders in present action—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 448 (as am. by SOR/90-846, s. 15).

GLAXO GROUP LTD. V. NOVOPHARM LTD. (T-431-94, Lutfy J., order dated 1/11/96, 9 pp.)

Motion for preliminary order for confidentiality order—Applicants seeking to have included in draft confidentiality order new clause to permit disclosure of confidential information to any employee of any party to action—Applicants' alternative position to permit such disclosure to five of its employees, including Dr. Crawford—Respondents wishing to have disclosure completely restricted from such employees—Motion originating in patent action between parties concerning drug known as fluconazole—Order preventing counsel from showing relevant evidence to client to get instructions, while not unknown, should only be granted in very unusual circumstances—Onus on party requesting more restrictive order to establish need for such restriction on ordinary disclosure of materials which may be relevant to issues in case—Whether respondents have discharged onus of establishing circumstances unusual enough to warrant more restrictive order—No question as to trustworthiness of Dr. Crawford regarding matters subject to confidentiality orders—Respondents' commercial business, scientific interests not seriously harmed if Dr. Crawford has access, in usual way, to information subject to confidentiality order—Access essential to applicants' preparation of case—No parallel litigation involving more restrictive confidentiality order—Facts not unusual enough to warrant more restrictive confidentiality order—Onus on respondents to prove more restrictive confidentiality order warranted in such cases heavy one—Request to deny applicants' in-house

**PRACTICE—Continued**

expert access to confidential information at centre of case self-serving—Order for confidentiality order in keeping with draft order attached as Schedule “A” to notice of motion, save and except for clause 3(c) to be deleted and the following substituted: (c) Dr. Crawford and two assistants chosen by him.

PFIZER CANADA INC. v. NOVOPHARM LTD. (T-1501-96, Cullen J., order dated 24/10/96, 9 pp.)

**JUDGMENTS AND ORDERS**

Judicial review of Immigration and Refugee Board, Appeal Division’s decision that although immigration officer’s decision to deny landing to respondent’s alleged spouse as member of family class valid, compassionate or humanitarian considerations warranting granting of special relief under Immigration Act, s. 77—On applications for visitors visa, respondent, priest, indicating married to Surinder Kaur—Now claiming married to Ravinder Kaur, who gave birth to daughter few months after respondent obtaining Canadian citizenship—While upholding decision rejecting sponsored application for landing of Ravinder Kaur on basis respondent not free to marry her by reason of previous marriage, and finding respondent’s lies to be egregious, serious breach of trust, Tribunal referring to Ravinder as “wife”, concluding reunification of “family” constituting compassionate consideration warranting decision in respondent’s favour—At close of hearing, presiding member stating letter of refusal valid but allowing appeal pursuant to s. 77(3)(b)—Then stating letter of refusal not valid and allowing appeal pursuant to s. 77(3)(b)—First statement consistent with decision entered, written reasons—Later statement, purportedly correcting first statement, inconsistent with decision entered, written reasons—“Slip” or “error” in statements of presiding member at close of hearing, not in decision entered, supported by written reasons—That decision entered and written reasons inconsistent with final position of presiding member at close of hearing inconsequential—*Shairp v. M.N.R.*, [1989] 1 F.C. 562 (C.A.) applied—Having concluded rejection of Surinder Kaur’s application for landing valid as not member of family class, Tribunal lacked jurisdiction under s. 77 to consider respondent’s appeal—Immigration Act, R.S.C., 1985, c. I-2, s. 77 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 28, s. 33; S.C. 1995, c. 15, s. 15).

✓ CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) v. SINGH (IMM-408-96, Gibson J., order dated 18/10/96, 6 pp.)

*Enforcement*

Appeal from order dismissing Her Majesty the Queen’s application for interim garnishee order—Having obtained

**PRACTICE—Continued**

judgment against judgment debtor 2203383 Canada Inc., applicant proceeded with garnishment against company’s sole director—Applicant also applied for interim garnishee order against 2854-8816 Québec Inc., of which defaulting garnishee sole shareholder, to attach his shares in said company—In support of application, applicant relied on R. 2300 and Quebec Code of Civil Procedure, arts. 618 and 625—Since in his view applicant’s affidavit did not establish *prima facie* evidence of specific debt, prothonotary refused to issue interim garnishee order—Nothing to indicate applicant knew location of share certificates—Applicant therefore not intending to use method provided for in Code of Civil Procedure, art. 617—Code of Civil Procedure unable to prevail over clear provision of Federal Court Rules—R. 2300 and Code of Civil Procedure, arts. 618 and 625, dealing with same enforcement mechanism, but methods of obtaining writ of garnishment differing in two systems—Method provided by R. 2300 had to prevail—Prothonotary right to apply R. 2300 and deem applicant’s affidavit unsatisfactory—Appeal dismissed—Code of Civil Procedure, R.S.Q., 1977, c. C-25, arts. 617, 618, 625—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 2300.

½2203383 CANADA INC. v. ABDALLAH (ITA-7404-95, Denault J., order dated 6/11/96, 4 pp.)

**PARTIES**

Motion to amend style of cause of originating notice of motion to have Canadian Broadcasting Corporation designated respondent, and Attorney General of Canada and Office of Superintendent of Financial Institutions of Canada designated *mis en cause*—*Mis en cause* should not be designated in context of application for judicial review, because such an approach does not correspond to scheme of Federal Court Rules, RR. 1600 *et seq.* or lessons emerging from *Canada (Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 F.C. 447—RR. 1604, 1611 comprehensively dispose of role drafters of rules intended Attorney General of Canada and federal board, commission or other tribunal to perform within framework of any application for judicial review in which Attorney General not validly either applicant or respondent—In motion, Attorney General of Canada seeking half-way institution between situation of person interested within meaning of Rules but having no intention of pursuing matter and similar person, through motion, requesting intervenor status—All persons interested in argument can appear in proceedings only as intervenors if unable to be applicants or respondents—Any other status for federal board, commission or other tribunal or for Attorney General would necessitate amendment to Rules—Although inclusion of Attorney General as *mis en cause* common practice in Quebec in Superior Court judicial review proceedings, Rules, Part V.1, sets out different system from one existing in Quebec under

**PRACTICE—Continued**

Code of Civil Procedure—R. 5 therefore inapplicable—Motion allowed in part—Canadian Broadcasting Corporation henceforth designated respondent—Office of Superintendent of Financial Institutions of Canada, Attorney General of Canada may act as “intervenor” in case if they so request through motion under R. 1611—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, RR. 1604 (as am. by SOR/92-43, s. 19), 1611 (as am. *idem*).

√ SYNDICAT DES JOURNALISTES DE RADIO-CANADA (CSN) V. CANADA (OFFICE OF THE SUPERINTENDENT OF FINANCIAL INSTITUTIONS) (T-502-96, Morneau P., order dated 27/9/96, 9 pp.)

**PLEADINGS***Motion to Strike*

Motion to strike out originating notice of motion for judicial review as disclosing no reasonable cause of action—Applicant seeking to overturn decision by Minister of Agriculture to recommend amendment to Canadian Wheat Board Act—Applicant first claiming prothonotaries lacking jurisdiction to strike out proceedings as disposition would be final—Also claiming Court not having jurisdiction to strike out originating notice of motion as, on authority of *David Bull Laboratories (Canada) Inc. v. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 F.C. 588 (C.A.) proper way to contest originating notice of motion is to appear and argue at hearing of motion itself—On issue of jurisdiction, Federal Court Act, s. 46(1) allows judges of Federal Court to make rules and orders empowering prothonotary to exercise authority of judicial nature—Applications to strike pleadings under R. 419(1) interlocutory applications of judicial nature and within prothonotary’s power despite final determination of issue—On issue of striking out original notice of motion, court must be particularly scrupulous and situation must be very exceptional—Motion must be bereft of any possibility of success—Decisions, not recommendations by ministers to Governor in Council exercising regulatory power, may be subject to judicial review—As applicant seeks review of Ministerial recommendation to Governor in Council to amend Canadian Wheat Board Regulations, plain and obvious motion will not succeed—On issue of denying leave to amend, on authority of *McMillan v. Canada* (1996), 108 F.T.R. 32 (F.C.T.D.), at p. 39, “there must not be a scintilla of a legitimate cause of action for a claim to be struck out without leave to amend”—New section of Regulations cannot be said to in any way fall outside of power of Governor in Council—Governor in Council may properly resort to obtaining advice from staff and government ministers—Originating Notice of Motion dismissed without leave to amend—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419(1)—Canadian Wheat Board Act, R.S.C., 1985, C-24, s. 46 (as am. by S.C. 1994, c. 4, s. 49)—Federal Court Act,

**PRACTICE—Continued**

R.S.C., 1985, c. F-7, s. 46(1)(h) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 14).

SAWATZKY V. CANADA (MINISTER OF AGRICULTURE) (T-1439-96, Hargrave P., order dated 13/9/96, 8 pp.)

Statement of claim—Motion in earlier action summarily dismissed, after plaintiff making uncalled for, dangerous, out-of-order remark—Subsequently Crown counsel receiving threatening facsimile—Police questioning plaintiff, wife—Statement of claim seeking \$500,000 damages for mental anguish, fear of harm from Crown attorney’s actions—Alleging Crown counsel can cause criminals with whom in constant contact to act on her behalf—Motion allowed—Statement of claim not setting out cause of action within framework of emotional distress—Cause of action arising from acts, statements giving rise to emotional distress only where such acts calculated, intended to cause harm, or result of reckless conduct—Plaintiff not pleading these elements—Liability recognized only where defendant’s conduct exceeds bounds usually tolerated by society or calculated to cause or causing serious damage—Mere anguish or fright not qualifying plaintiff for damages for emotional distress—Cause of action not within ambit of malicious prosecution—Statement of claim not alleging threat to use unlawful force or Crown intentionally created apprehension of eminent harmful or offensive contact, element required for tort of assault—Statement of claim scandalous, frivolous and vexatious—Scandalous pleading improperly casting derogatory light on someone with respect to moral character—Frivolous where of little weight or importance or for which no rational argument based upon evidence or law in support of claim—Vexatious proceeding one that is begun maliciously or without probable cause, or one not leading to any practical result—Statement of claim scandalous as, without any ground, impugns moral character of Crown counsel; frivolous as not presenting rational argument; vexatious as, without cause of action, will not lead to practical result.

STEINER V. CANADA (T-1990-96, Hargrave P., order dated 21/10/96, 7 pp.)

**VARIATION OF TIME**

Application for extension of time to file application for leave to appeal—Applicant must provide evidence tending to excuse all delay and showing existence of facts supporting arguable case for leave—*University of Saskatchewan v. Canadian Union of Public Employees Local Union 1975 et al.*, [1978] 2 S.C.R. 830 distinguished—In present case, no evidence of facts supporting arguable case—Only evidence tending to excuse delay that applicant’s present lawyer not having materials of previous lawyer—Relevant to show efforts made to obtain materials, nature and importance of materials—Should also show how change justified—

**PRACTICE—Concluded**

Affidavit filed in support of motion indicates applicant's counsel's belief in arguable case—Failure to show evidence of facts to support arguable case can result in absolute dismissal—Motion dismissed with leave to reapply.

**YOBENG (TURKSON) V. CANADA (MINISTER OF CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)** (IMM-2344-96, Giles A.S.P., order dated 13/9/96, 3 pp.)

**WITNESSES**

Motion for leave to call witness at hearing of opposant's motion to oppose seizure in execution of immovable property—Applicant, Her Majesty the Queen in right of Canada, carried out seizure in execution of immovable in connection with tax debt owed by judgment debtor—Opposant filed third-party opposition seeking to have seizure annulled on ground owned immovable—R. 319(4) requiring special reason to call witness to testify in relation to issue raised by application—Mere assertion in affidavit certain witnesses might refuse to sign affidavits not sufficient reason and hence not "special reason" within meaning of R. 319(4) and case law—Applicant unable simply to rely on general statements to effect interests of witness she wished to call opposed to hers—That fact not precluding applicant from obtaining otherwise satisfactory affidavit—Any applicant seeking leave for witness to testify must show in detailed affidavit applicant sought to have person co-operate in drafting and sign affidavit but could not obtain such co-operation—Motion dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 319(4).

**VENNES V. VENNES** (ITA-4041-96, Morneau P., order dated 16/10/96, 7 pp.)

**PUBLIC SERVICE****APPEALS**

Judicial review of PSC Appeal Board's dismissal of appeal under Public Service Employment Act, s. 21 against promotions—S. 21 permitting unsuccessful candidates to appeal appointment—Applicant scientist at National Hydrology Research Institute (NHRI), where review committee initially screening candidates for promotion against classification, promotion standard—If passing threshold, promotion documents forwarded to Conservation and Protection Service Promotion Committee (C&P Committee)—If candidate meeting classification standard C&P Committee recommending candidate to Departmental Promotion Committee (DPC) which considers making appointments under s. 10(1)—In 1992 C&P Committee rejecting applicant's application for promotion as not meeting leadership criterion—As no other successful candidates, decision not appealed—In 1993 NHRI review

**PUBLIC SERVICE—Continued**

committee finding application deficient in leadership category and not recommending application to C&P committee—Three other scientists from Atmospheric Environment Service (AES) promoted—Applicant appealed—In dismissing appeal, Board finding nothing improper in NHRI committee reviewing only applicant's leadership skills to see if would warrant any change at C&P level—Also finding 1992 promotion not under appeal, and therefore, without any evidence to contrary, deemed correct—Application dismissed—Board to determine whether promotions made in accordance with merit principle—No jurisdiction to reassess merit—Board must determine NHRI's assessment of merits made reasonably—(1) Board correctly declining to rule on correctness of 1992 C&P decision—S. 21 allows Board only to confirm or revoke appointments—(2) Board correctly holding NHRI committee reasonable in concluding applicant not meeting program leadership subcriterion—No reason to make new evaluation of Dr. Kite's promotion as neither standard nor application changing—Inappropriate at this point to adjudicate fairness of existence of extra threshold (i.e. NHRI committee) for NHRI scientists than for AES scientists when no evidence of system breaching procedural fairness—Board correctly concluding NHRI committee correctly applied standard—While another reviewing body may have come to different conclusion, Board's assessment of NHRI's decision, made on facts, not constituting reviewable error of law—Board's method not error in law—Although promotion should have been made under s. 10(2), requiring delegation from Public Service Commission, Board correctly applying s. 10(1) analysis because promotion made under s. 10(1)—Public Service Employment Act, R.S.C., 1985, c. P-33, ss. 10 (as am. by S.C. 1992, c. 54, s. 10), 21 (as am. *idem*, s. 16).

**KITE V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)** (T-1143-95, Muldoon J., order dated 29/10/96, 11 pp.)

Application for judicial review of Public Service Appeal Board's interlocutory ruling—Respondents unsuccessful candidates in competitions with Revenue Canada and failing Supervisory In-Basket Exercise (SIBE)—Department filing written arguments before Appeal Board requesting protection of confidentiality of SIBE in specific manner—Board ruling confidential materials be kept in separate court file as requested by Department but declined to undertake not to produce documents in whole or in part in Appeal Board decision—Board also ruling documents to be returned shortly after expiry of 30-day appeal period and that members of public be excluded from portion of hearing dealing with SIBE—Respondents and intervenors, however, permitted to remain—Board noted SIBE to be protected as much as possible and undue access to confidential parts of test to be avoided—Specific procedures established for dealing with SIBE over course of hearing—In present case, procedure for disclosure of confidential materials for Appeal Board to determine—Court's role to determine if error in

**PUBLIC SERVICE—Concluded**

law made justifies intervention—Applicant arguing Board failed to apply law in manner balancing conflicting rights and interests of parties regarding disclosure and right to be heard—Given adversarial nature of proceedings, Board must make rulings on matters including confidentiality—Board must be given sufficient latitude to establish practice and procedure—Appeal Board not erring in deciding appellants had right to be present at own appeal—Board did consider public interest issues, including cost of developing test and need to prevent undue access to confidential parts of test—Board imposing number of procedural safeguards with objective of protecting confidentiality of SIBE while preserving respondents' and intervenors' rights to full hearing—Terms of confidentiality order case specific and dependent on issues and legal regime being considered by decision-maker—That terms imposed by Appeal Board unenforceable not rendering them incorrect in law—Application dismissed.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. THOMPSON (T-2545-95, Wetston J., order dated 9/10/96, 10 pp.)

Appeal from Motion Judge's order decision to hold open competition void for being tainted by bad faith and irrelevant considerations—Court's role not to correct "impressions" created by Judge's reasons—Appellant's right of appeal limited by Federal Court Act, s. 27(1) to "disposition"—Reasons themselves may not be appealed—Appeal dismissed with costs—Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 27(1) (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 7).

CANADA (COMMISSIONER OF THE ROYAL CANADIAN MOUNTED POLICE) v. ETHIER (A-339-95, Hugessen J.A., judgment dated 1/10/96, 2 pp.)

**PUBLIC WORKS**

Application for judicial review of Public Works and Government Services Canada (PWGSC) Evaluation Board's decision rejecting applicants' tender proposal and requesting written details of evaluation of tender proposals submitted—Applicants submitting bid for providing office space for federal agencies—After evaluation, applicants advised their bid ranking third of six—Applicants meeting with government officials for review of evaluation process and discovering page regarding significant financial data missing from proposal—Page added and proposals re-evaluated—Applicants' proposal now ranking first but prior rejection of proposal not withdrawn and no information offered on successful proposal—Applicant seeking available "debriefing" on method of evaluating proposal, without success—PWGSC ultimately deciding that none of proposals submitted would be accepted and process cancelled—Doctrine of mootness not basis for declining to resolve matter still in dispute, namely, issue of providing written details of

**PUBLIC WORKS—Concluded**

evaluation of tender proposals, even if project itself now withdrawn from competition—However, order declaring invalid PWGSC's decision rejecting applicants' proposal no longer available under doctrine of mootness—Cancellation of process precludes any practical significance of reviewing decision—Respondents arguing application seeking to review two decisions when R. 1602(4) permitting review of only one decision—Court agreeing with applicant that while application refers to two orders sought, only one matter sought to be reviewed, propriety of PWGSC rejecting tender proposal without supplying evaluation of all tenders—On merits, marks assigned to each criteria for all projects need not be revealed but more explanation of Department's assessment of tender should be provided to ensure integrity in tender process—Applicants in open tendering process entitled to expect information about proposals generally demonstrating fairness—By refusal to provide any information PWGSC failed in responsibility to demonstrate it acted fairly in evaluation of proposals—Order to go PWGSC provide information permitting general comparison of marks assigned to applicants' project proposal with general measure such as range, average or median of marks assigned to all proposals—In all other respects, application dismissed—Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 1602(4) (as am. by SOR/92-43, s. 19).

KHOURY REAL ESTATE SERVICES LTD. v. CANADA (MINISTER OF PUBLIC WORKS AND GOVERNMENT SERVICES) (T-2050-95, MacKay J., order dated 3/10/96, 17 pp.)

**TRADE MARKS****EXPUNGEMENT**

Application to expunge trade marks "Classic" and "Classique" from Register—Applicant arguing marks either clearly descriptive or deceptively misdescriptive of character or quality of wares—Relying on dictionary definitions defining word as "first class", "excellence", "of Ancient Rome"—Also relying on *Standard Stoker Co. Inc. v. Registrar of Trade Marks*, [1947] Ex. C.R. 437 finding word "standard" falls within category of laudatory epithets—Applicant also arguing state of Register irrelevant on evidence trade marks registered for 36 and 10 years respectively and Register showing 300 registrations involving mark "Classic"—Respondent arguing marks brought into question in earlier s. 44 proceedings instituted by applicant and issue of validity or registrability not raised—Arguing mark must describe or misdescribe wares themselves and not just attribute wares might or might not enjoy—Respondent emphasizing heavy burden borne by applicant in expungement proceedings—Respondent also citing registrations where words like "mild", "soft", "thick", "great", "big", "slim", held to be registrable—Also citing *Pepsi Cola*

**TRADE MARKS—Concluded**

*Company of Canada Ltd. v. The Coca-Cola Company of Canada, Ltd.*, [1940] S.C.R. 17 as authority for proposition cancellation of registration would cause grave commercial injustice in cases of long delay and acquiescence—Application dismissed—Seniority achieved by registered marks material to issue of registrability—No issue of registrability raised at time of s. 44 proceedings—Evidence of 300 registrations of “Classic” or “Classique” also relevant—Status of all other registration in serious doubt if applicant successful—Applicant providing selective approach to dictionary definition of marks—Because concept of “classic” originally so loosely drawn word now covers many meanings—Marks used mostly in association with abstractions such as music, literature or other terms denoting attribute or state—Marks sufficiently derivative that not clearly descriptive or deceptively misdescriptive of quality or character of wares—Trade Marks Act, R.S.C., 1985, c. T-10, s. 51.

IMPERIAL TOBACCO LTD. v. ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. (T-2392-95, Joyal J., order dated 13/9/96, 11 pp.)

**UNEMPLOYMENT INSURANCE**

Application for judicial review of decision by Umpire acting under Unemployment Insurance Act—All teachers employed by Catholic school boards in province of Quebec having terms of appointment determined by collective agreement—Under agreement, teachers credited with certain number of sick leaves which, if not used in course of year, cashable on final day of each school year—Money accordingly received subject to allocation in accordance with Unemployment Insurance Regulations, ss. 57, 58—According to Commission, mode of allocation of earnings “payable to a claimant by reason of . . . separation from an employment” that provided for in Regulations, s. 58(9)—According to Umpire, Regulations, s. 58(9) implying some direct causal connection rather than pure coincidence between separation from employment and payment of leaves convertible into cash—Causal connection not existing here as payment owing at conclusion of school year to all teachers, without distinction between those whose contracts of appointment implicitly deemed renewable and those whose contracts terminate at that point—Cause of payment not end of employment contract, but collective agreement, terms and conditions of which fixing time when payment to become payable—If, in some cases, time same as termination of appointments, merely coincidence—Application allowed—Argument adopted by Umpire based on mistaken interpretation of expression “by reason of”—Expression “by reason of” cannot be taken in strict sense of “caused by”, as argument presupposes—Payment made “by reason of” separation from employment within meaning of provision when becomes due, payable at time of termination of employment, when “triggered” by expiration of period of employment—

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Continued**

Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 58(9) (as am. by SOR/89-550, s. 1).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. SAVARIE (A-704-95, Marceau J.A., judgment dated 27/9/96, 6 pp.)

Application for judicial review of Umpire and Board of Referees’ decision respondent not voluntarily leaving employment without just cause within meaning of Unemployment Insurance Act, s. 28(1)—Respondent employed as cashier with Canada Safeway Ltd.—Voluntary buy-out or severance package of \$24,000 offered to her—Respondent left job with Safeway on February 19, 1994, received severance pay of \$24,000 and applied for benefits—Planning to join husband once school year ending in June—Commission denying claim for benefits on ground respondent voluntarily left employment without just cause—Decision reversed by Board of Referees, Umpire—S. 28(1) not permitting respondent to claim benefits once decided to leave employment with Safeway and accept severance package—In absence of separate just cause, claimant barred from receiving benefits under s. 28(1) if leaves job early, at date not within reasonable proximity to date of event representing just cause for voluntarily leaving employment—Respondent placing risk of unemployment on insurance scheme—No guarantee respondent would be moving when left employment with Safeway—Application allowed—Unemployment Insurance Act, R.S.C., 1985, c. U-1, s. 28(1),(4)(b).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. PATTERSON (A-765-95, Robertson J.A., judgment dated 23/10/96, 4 pp.)

Application for judicial review of Umpire’s decision certain payments received by claimant following automobile accident pursuant to Ontario’s no-fault benefits legislation not payments “has received or, on application, is entitled to receive from motor vehicle accident insurance provided under or pursuant to a provincial law in respect of the actual or presumed loss of income from employment due to injury” within meaning of Unemployment Insurance Regulations, s. 57(2)(d)—Application allowed—Respondent living in Ontario, automobile accident taking place in Ontario—Parliament intended to take compensation for lost wages to which claimant entitled under provincial legislation into account in calculating benefits payable under Unemployment Insurance Act—S. 57(2)(d) not concerned with form of government intervention: as long as payment made to claimant under scheme of motor vehicle insurance regulated by provincial government providing for payment of benefits for loss of wages, benefits paid constituting earnings for purposes of that provision, provided other requirements thereof met—Application of *Gall v. Canada*, [1995] 2 F.C. 413 (C.A.), in which Chief Justice pointed out in *obiter* benefits paid under Ontario Regulation, s. 12 paid “in

**UNEMPLOYMENT INSURANCE—Concluded**

respect of the actual or presumed loss of income from employment” within meaning of s. 57(2)(d)—Unemployment Insurance Regulations, C.R.C., c. 1576, s. 57(2)(d).

CANADA (ATTORNEY GENERAL) V. LALONDE  
(A-378-96, Décarý J.A., judgment dated 10/10/96,  
5 pp.)

**VETERANS**

Application for judicial review of Veterans Appeal Board decision maintaining level of applicant’s pension at one-fifth amount to which claiming entitled—Applicant submitting entitled to full pension under Pension Act, arguing otitis, which forced him to leave Royal Canadian Air Force in 1956, related to military service—First Pension Review Board, then Veterans Appeal Board concluding applicant afflicted by his condition prior to enlistment, deciding applicant’s condition 20 percent attributable to military activities, granting pension calculated accordingly—Despite Federal Court of Appeal decision to contrary, Board rehearing matter concluding applicant’s condition existed prior to enlistment—During further review of decision on ground did not comply with terms of Court of Appeal judgment, Board, in decision subject of this application, nevertheless uphold-

**VETERANS—Concluded**

ing previous decision, confirming applicant’s military service not cause of his disability—Application allowed—According to evidence, must be concluded his condition incurred during military service—Three presumptions in applicant’s favour: (1) deemed in good health at time enlisted (s. 21(9)); (2) presumption disability or aggravation thereof directly connected with or arose out of military service if individual, in course of duties, exposed to environmental hazard that might reasonably have caused disease, injury, aggravation thereof (s. 21(3)); (3) Pension Act, s. 108, Veterans Appeal Board Act, s. 10(5) providing in matters involving awarding of military pension, every reasonable inference to be drawn, any doubt resolved in applicant’s favour—Evidence before Board indicating only one cause for applicant’s condition: inclement winter weather to which exposed during training—Appeal Board could not reasonably find cause of applicant’s otitis media, as opposed to its aggravation, not arising out of or not directly connected with military service—Court adding desirable Board exercise discretion in applicant’s favour and grant him additional compensation—Pension Act, R.S.C., 1985, c. P-6, ss. 21(3), (9), 108—Veterans Appeal Board Act, R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 20, s. 10(5).

LECLERC V. CANADA (ATTORNEY GENERAL)  
(T-1068-95, Noël J., order dated 1/11/96, 15 pp.)

# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut demander une copie du texte complet de toute décision de la Cour fédérale au bureau central du greffe à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.*

## ACCÈS À L'INFORMATION

Requête en révision, déposée en vertu de l'art. 42(1)(a) de la Loi sur l'accès à l'information visant à déterminer les conséquences juridiques d'une décision de refus de communication par présomption légale basée sur le défaut continu de communication totale ou partielle de documents réclamés par le Commissaire à l'information du Canada—L'intimé a fait défaut à plusieurs reprises au cours de dix-sept mois de donner son avis écrit de ce qu'il sera donné ou non une communication totale ou partielle du document de 1204 pages demandé par le demandeur—Avec l'autorisation du demandeur, le Commissaire entreprit ce recours en révision de la décision de refus par présomption de l'intimé devant la Cour fédérale le 22 décembre 1995—L'intimé informa le demandeur par avis écrit de sa décision finale de refuser de communiquer les 22 dernières pages du document demandé en vertu des art. 13(1)(a) et (b), 15(a), 19(1) et 21(1)(a) et (b) de la Loi—L'art. 2(1) de la Loi prévoit à titre d'objet l'élargissement de l'accès aux documents de l'administration fédérale sujet à des exceptions indispensables, précises et limitées—La jurisprudence est à l'effet que le retard d'une exception pour justifier son refus de communication totale ou partielle d'un document peut être fatal, dans le sens que l'institution concernée est liée par les motifs initialement exposés dans l'avis de refus, sans qu'il y ait possibilité de modification ultérieure après l'enquête du Commissaire relativement au bien-fondé de l'exception—Le Commissaire prétend que le refus de production étant hors délai, le droit de l'intimé de soulever une exception pour justifier ledit refus est déchu—Selon l'intimé, la présente requête n'est pas conforme à l'esprit de la Loi puisque celle-ci ne prescrit pas une procédure spécifique pour les cas où le requérant invoque une présomption de refus—La Loi prévoit une procédure compréhensive pour considérer les plaintes du demandeur concernant le bien-fondé des exceptions invoquées par une institution fédérale—La seule présomption de refus n'octroie pas au Commissaire le droit d'abdiquer son devoir statutaire de faire enquête et d'émettre son rapport—L'intimé soutient que la présomption de refus qui découle du défaut de communication partielle dans le délai

## ACCÈS À L'INFORMATION—Suite

prescrit par le Commissaire est une présomption réfutable—La requête en révision est prématurée et doit être rejetée—Dans les circonstances de l'espèce il ne s'agit pas d'un refus de communication par présomption basé sur un défaut continu de communication de la part de l'institution visée, mais plutôt d'une communication finale hors délai—Une communication hors délai n'anéantit pas nécessairement le droit de l'institution de se prévaloir des exemptions et exceptions prévues par la Loi alors que le Commissaire a encore l'opportunité de considérer le bien-fondé desdites exemptions et exceptions et de solliciter les commentaires de l'institution—Puisque ce sont les délais excessifs de l'intimé qui ont déclenché toute cette affaire et que le recours a soulevé un principe important et nouveau, les frais et dépens sont accordés au requérant selon l'art. 53(2) de la Loi—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 2(1), 13(1)(a),(b), 15(a), 19(1), 21(1)(a),(b), 42(1)(a).

CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) C. CANADA (MINISTRE DE LA DÉFENSE NATIONALE) (T-2732-95, juge Dubé, ordonnance en date du 23-9-96, 10 p.)

Requête en ordonnance de prohibition ou injonction interlocutoire provisoire pour interdire au Commissaire à l'information de rendre publique ou de faire tenir à l'intimé colonel Drapeau copie de son rapport portant conclusions et recommandation en date du 16 août 1996, et en ordonnance de dépôt confidentiel d'affidavits—Les requérants soutiennent que la divulgation du rapport viderait de toute signification leur recours en contrôle judiciaire contre ce rapport, et compromettrait irrémédiablement la crédibilité du processus d'accès à l'information et du ministère de la Défense nationale, ainsi que la bonne réputation de certains individus—Le critère de l'ordonnance de prohibition ou de l'injonction est défini par l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110: question sérieuse, préjudice irréparable et balance des préjudices éventuels—Il n'y a aucune question sérieuse et il n'y a pas atteinte à la réputation de qui ce soit du fait

**ACCÈS À L'INFORMATION—Fin**

que le Commissaire conclut à l'existence d'une crainte raisonnable de préjugé—Il a effectué son enquête à la suite d'une plainte admissible en application de l'art. 30(1)f)—Aucune question sérieuse d'incompétence—Les requérants ne risquent aucun préjudice irréparable—La balance des préjudices éventuels penche en faveur de la divulgation du rapport—Requête en ordonnance de prohibition ou injonction rejetée—Requête en directives sur la confidentialité de certains documents accueillie partiellement—L'art. 35(1) de la Loi prévoit que les enquêtes sur les plaintes sont secrètes—Loi sur l'accès à l'information, L.R.C. (1985), ch. A-1, art. 30(1)f), 35(1).

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. CANADA (COMMISSAIRE À L'INFORMATION) (T-1928-96, juge McKeown, ordonnance en date du 20-9-96, 7 p.)

**ANCIENS COMBATTANTS**

Anciens combattants—Demande de contrôle judiciaire d'une décision du Tribunal d'appel des anciens combattants maintenant le montant du niveau de pension du requérant au cinquième du montant auquel il prétend avoir droit—Le requérant prétend en vertu de la Loi sur les pensions, avoir droit à pleine pension, alléguant que l'otite dont il souffrait et qui l'avait forcé à quitter les Forces Aériennes Royales Canadiennes en 1956 était reliée à son service militaire—D'abord le conseil de révision des pensions et ensuite le Tribunal d'appel des anciens combattants ont conclu que le requérant était affligé par sa condition avant son enrôlement et ont décidé que la condition du requérant s'expliquait par ses activités militaires dans une proportion de 20 pour cent et lui ont attribué une pension calculée en conséquence—Malgré une décision de la Cour d'appel fédérale à l'effet contraire, le Tribunal qui a réentendu l'affaire a conclu que la condition du requérant existait avant son enrôlement—Lors du réexamen de cette décision au motif qu'elle ne respectait pas les termes du jugement de la Cour d'appel, le Tribunal, dans la décision qui fait l'objet de la présente demande, a néanmoins maintenu sa décision antérieure et confirmé que le service militaire du requérant n'était pas la cause de son invalidité—Demande accueillie—D'après la preuve, il faut conclure que sa condition est survenue pendant son service militaire—Trois présomptions sont favorables au requérant: (1) il est réputé avoir été en bonne santé au moment où il s'est enrôlé (art. 21(9)); (2) son invalidité ou son aggravation sont réputés être directement rattachées ou consécutives au service militaire si l'individu a, de par ses fonctions, été exposé à des risques découlant de l'environnement qui auraient pu raisonnablement causer la maladie ou son aggravation (art. 21(3)); (3) l'art. 108 de la Loi sur les pensions et 10(5) de la Loi sur le Tribunal des anciens combattants prévoient qu'en matière de pension militaire, les conclusions les plus favorables doivent être tirées et toute incertitude tranchée en faveur du requé-

**ANCIENS COMBATTANTS—Fin**

rant—Or, en vertu de la preuve, une seule cause se présentait au Tribunal pour expliquer la condition du requérant, soit les intempéries hivernales auxquelles le requérant avait été exposé pendant son entraînement—Le Tribunal d'appel ne pouvait raisonnablement conclure que la cause de l'otite moyenne du requérant, par opposition à son aggravation, n'était pas consécutive ou directement rattachée à son service militaire—Il est ajouté qu'il serait souhaitable que le Tribunal exerce sa discrétion en faveur du requérant et lui accorde une compensation supplémentaire—Loi sur les pensions, L.R.C. (1985), ch. P-6, art. 21(3),(9), 108—Loi sur le Tribunal des anciens combattants, L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 20, art. 10(5).

LECLERC C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-1068-95, juge Noël, ordonnance en date du 1-11-96, 15 p.)

**ASSURANCE-CHÔMAGE**

Demande de révision judiciaire à l'encontre d'une décision d'un juge-arbitre agissant en vertu des dispositions de la Loi sur l'assurance-chômage—Tous les enseignants à l'emploi des Commissions scolaires catholiques dans la province de Québec ont des conditions d'engagement qui sont déterminées par une convention collective—Sous cette convention, les enseignants se voient crédités d'un certain nombre de congés de maladie qui, s'ils n'ont pas été utilisés au cours de l'année, sont monnayables à la dernière journée de chaque année de travail—La somme reçue à ce titre est sujette à répartition, conformément aux art. 57 et 58 du Règlement sur l'assurance-chômage—Selon la Commission, le mode de répartition est «payable à un prestataire en raison de . . . la cessation de son emploi» tel que prévu à l'art. 58(9) du Règlement—Selon le juge-arbitre, l'art. 58(9) du Règlement implique un lien de causalité direct plutôt qu'une pure coïncidence entre la cessation d'emploi et le paiement des congés monnayables—Ce lien n'existe pas ici puisque le paiement est dû à ce moment où prend fin l'année de travail à tous les enseignants sans distinction entre ceux dont le contrat d'engagement est prévu comme devant se renouveler tacitement et ceux dont le contrat d'engagement se termine là—La cause du paiement n'est pas la fin du contrat de travail, mais la convention collective dont les modalités fixent le moment où le paiement deviendra exigible—Si pour certains, ce moment est le même que celui où prend fin leur engagement, c'est simplement une coïncidence—La demande est accueillie—L'argument adopté par le juge-arbitre repose sur une interprétation erronée de l'expression «en raison de»—L'expression «en raison de» ne saurait être prise dans le sens strict de «causé par» comme le présuppose l'argument—Un paiement est fait «en raison de» la cessation d'emploi au sens du texte lorsqu'il devient dû et exigible au moment où survient la fin de l'emploi, lorsqu'il est «déclenché» par l'écoulement du temps d'emploi—

**ASSURANCE CHÔMAGE—Suite**

Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 58(9) (mod. par DORS/89-550, art. 1).

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. SAVARIE (A-704-95, juge Marceau, J.C.A., jugement en date du 27-9-96, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire soulevant la question de savoir si le juge-arbitre et le conseil arbitral ont tous deux commis une erreur en concluant que l'intimée n'a pas quitté volontairement son emploi sans justification, au sens de l'art. 28(1) de la Loi sur l'assurance-chômage—L'intimée travaillait à titre de caissière pour la société Canada Safeway Ltd. lorsqu'elle s'est vu offrir une indemnité de départ volontaire de 24 000 \$—L'intimée a laissé son emploi à la Safeway le 19 février 1994, a reçu une indemnité de départ de 24 000 \$ et a présenté une demande de prestations—L'intimée envisageait de rejoindre son mari une fois l'année scolaire terminée au mois de juin—La Commission a rejeté la demande de prestations pour le motif que l'intimée avait laissé volontairement son emploi sans justification—En appel, le Conseil et le juge-arbitre ont infirmé cette décision—L'art. 28(1) ne permet pas à l'intimée de réclamer des prestations une fois qu'elle a décidé de laisser son emploi à la Safeway et d'accepter l'indemnité de départ volontaire—Si un demandeur de prestations laisse son emploi plus tôt, c'est-à-dire à une date qui n'est pas raisonnablement proche de la date de l'événement qui constitue une justification pour quitter volontairement un emploi, alors, en l'absence d'une justification distincte, le demandeur de prestations ne peut pas profiter de prestations en vertu de l'art. 28(1)—L'intimée faisait supporter le risque de chômage par le régime d'assurance—À l'époque où elle a quitté son emploi à la société Safeway, rien ne garantissait que de fait elle déménagerait—Demande accueillie—Loi sur l'assurance-chômage, L.R.C. (1985), ch. U-1, art. 28(1),(4)b.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. PATTERSON (A-765-95, juge Robertson, J.C.A., jugement en date du 23-10-96, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire attaquant une décision du juge-arbitre que certaines indemnités, reçues par la prestataire à la suite d'un accident d'automobile en vertu de la législation ontarienne sur le paiement d'indemnités d'assurance sans égard à la responsabilité, ne sont pas des indemnités qu'il «a reçues ou a le droit de recevoir, sur demande, en vertu d'un régime d'assurance-automobile prévu par une loi provinciale pour la perte réelle ou présumée du revenu d'emploi par suite de blessures corporelles» au sens de l'art. 57(2)d) du Règlement sur l'assurance-chômage—Demande accueillie—L'intimé réside en Ontario et c'est en Ontario que l'accident d'automobile s'est produit—On a voulu tenir compte, dans le calcul des prestations payables en vertu de la Loi sur l'assurance-chômage, des indemnités compensatrices de salaire auxquelles un prestataire a droit en vertu

**ASSURANCE CHÔMAGE—Fin**

d'une loi provinciale—L'art. 57(2)d) ne s'intéresse pas à la forme que prend l'intervention de l'état: dès que l'indemnité versée à un prestataire l'a été en vertu d'une assurance-automobile régie par l'état provincial qui prescrit le paiement d'une indemnité au titre de perte de salaire, cette indemnité versée a valeur de rémunération pour les fins de cet article, pourvu que les autres exigences dudit article aient été rencontrées—Application de la décision de *Gall c. Canada*, [1995] 2 C.F. 413 (C.A.), où le juge en chef a fait remarquer, en *obiter*, qu'une indemnité versée aux termes de l'art. 12 du Règlement ontarien l'était «pour la perte réelle ou présumée de revenu d'un emploi» au sens de l'art. 57(2)d)—Règlement sur l'assurance-chômage, C.R.C., ch. 1576, art. 57(2)d).

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. LALONDE (A-378-96, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 10-10-96, 5 p.)

**BREVETS****CONTREFAÇON**

Appel d'une décision de la Section de première instance statuant (1) que l'art. 56 de la Loi sur les brevets, qui autorise une personne non titulaire d'un brevet à utiliser et à vendre, après la délivrance d'un brevet, un article breveté acquis avant la délivrance du brevet, n'enlève pas à cette utilisation et à cette vente le caractère de contrefaçon au sens de l'art. 5(1)b)(iv) du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), mais ne fait que protéger la personne qui n'est pas titulaire contre une responsabilité en matière de contrefaçon et (2) que l'avis d'allégation de non-contrefaçon ne pouvait pas être fondé en vertu du Règlement puisqu'il était évident que l'appelante, la société de fabrication de médicaments génériques qui a déposé cet avis, avait des stocks qui dureraient pendant une partie seulement de la durée du brevet—Appel accueilli—L'art. 56 a pour effet de faire en sorte que ces actes n'entraînent pas la contrefaçon—On ne peut refuser les avantages du Règlement à une partie qui dépose l'avis d'allégation de non-contrefaçon en vertu de l'art. 56 simplement parce que les stocks acquis avant la délivrance du brevet peuvent s'épuiser pendant la durée du brevet—Loi sur les brevets, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 56 (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 33, art. 22; L.C. 1993, ch. 44, art. 194, 199c)—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5(1)b)(iv).

ZENEGA PHARMA INC. C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (A-340-95, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 10-10-96, 4 p.)

Appel interjeté contre le rejet d'une demande d'ordonnance visant à interdire au ministre de délivrer un avis de

**BREVETS—Fin**

conformité à l'égard du médicament chlorhydrate de ticlopidine avant l'expiration de brevets—Syntex a déposé une liste de brevets—L'intimée a envoyé un avis d'allégation de non-contrefaçon, en application du Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)—L'intimée n'a pas révélé la composition des comprimés de ticlopidine proposés—Le juge des requêtes a conclu que l'allégation était justifiée—Si l'intimée n'utilise pas l'un des acides énumérés dans la revendication, il n'y a pas de contrefaçon littérale—Les principes se dégageant des décisions rendues par la C.A.F. depuis l'adoption du Règlement, relativement à la procédure établie à l'art. 6 en vue de l'obtention d'ordonnances interdisant la délivrance d'avis de conformité, ont été résumés—Le Règlement vise à empêcher la contrefaçon de brevets d'invention par l'utilisateur, le fabricant, le constructeur ou le vendeur d'une invention brevetée—Les procédures fondées sur l'art. 6 ne constituent pas une action en contrefaçon—Suivant le Règlement, l'intimée devait se conformer de bonne foi aux exigences de l'art. 5(1) et (3). L'art. 5(3)a) exige la fourniture d'un énoncé détaillé du «droit et des faits sur lesquels elle [l'allégation] se fonde»—Bien que les règles de procédure applicables de la partie V.1 n'exigent pas qu'une allégation fondée sur l'art. 5(1)b) soit justifiée au moyen d'un affidavit ou que cette assertion soit vérifiée en contre-interrogatoire, cette allégation doit être exacte—Le juge des requêtes a estimé que l'intimée avait fourni un élément factuel en affirmant que son produit ne constituerait pas une contrefaçon du brevet parce qu'elle n'utiliserait dans sa composition aucun des acides organiques précisés dans le brevet—Selon la revendication, la composition doit contenir «au moins un acide organique non volatil acceptable en pharmacie, à savoir» l'un des acides organiques énumérés—Comme le texte de la revendication est clair, il n'est pas nécessaire de l'interpréter à l'aide du mémoire descriptif—Un seul des acides spécifiés doit être inclus dans la composition indiquée dans la revendication—Le juge des requêtes n'a pas commis d'erreur en se limitant au texte du brevet lui-même pour faire son analyse et conclure à l'absence de contrefaçon—Le recours au reste du mémoire descriptif est inutile lorsque le sens des mots est clair—L'intimée n'était pas tenue d'aller plus loin qu'elle l'a fait dans la divulgation des faits au soutien de son allégation de non-contrefaçon et le juge des requêtes n'avait pas à faire une analyse plus poussée—Compte tenu de la nature sommaire des instances, si les faits allégués par l'intimée établissent le bien-fondé d'une allégation de non-contrefaçon, en ce qui a trait au texte de la revendication pertinente, alors l'allégation est fondée—Il s'agit d'un recours sommaire qui n'est pas destiné à remplacer une action entre les parties—Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité), DORS/93-133, art. 5, 6.

HOFFMAN-LA ROCHE LTÉE C. CANADA (MINISTRE DE LA SANTÉ NATIONALE ET DU BIEN-ÊTRE SOCIAL) (A-265-96, juge Stone, J.C.A., jugement en date du 21-10-96, 15 p.)

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION****EXCLUSION ET RENVOI**

Demande de sursis d'exécution d'une mesure d'expulsion—Le requérant a obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention en 1991—Décision annulée en mai 1994 en raison de fausses déclarations faites devant la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Le requérant cherche à empêcher l'exécution de la mesure d'expulsion parce que la lettre datée de mai 1996 qu'il a déposée auprès du Comité contre la torture des Nations Unies n'a pas encore été traitée—Le requérant prétend également qu'il y a eu violation des droits qu'il tient des art. 7 et 12 de la Charte—Le Canada a adhéré à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984), mais aucune loi interne n'a été prise pour établir des procédures—Selon la Convention, un individu doit épuiser tous les recours intérieurs avant que le CCTNU n'examine son cas—Le requérant a épuisé les voies de recours seulement le 11 septembre 1996—La présente demande a été déposée le 12 septembre 1996—La Loi sur l'immigration accorde aux individus le droit de demeurer au Canada pour éviter de faire l'objet d'une violation de la sécurité de leur personne, s'il est conclu qu'ils sont des réfugiés au sens de la Convention—Il n'existe aucun processus décisionnel semblable dans la législation intérieure du Canada à l'égard de la Convention—La Règle 108(9) de la Convention prévoit que le CCTNU peut demander, à titre de mesure provisoire, qu'un pays prenne des mesures pour éviter un préjudice irréparable possible à une personne qui prétend être victime d'une violation—Le Canada n'a reçu du CCTNU aucune demande de mesures provisoires, une évaluation du risque a été faite par l'intimé avant que n'ait été prise la décision de renvoyer le requérant et il n'existait aucune preuve convaincante selon laquelle le requérant serait torturé à son retour en Inde—La demande d'autorisation n'a soulevé aucune question sérieuse—Aucune preuve de l'existence d'un préjudice irréparable—Demande rejetée—Le CCTNU a été avisé en juin de l'expulsion éventuelle, mais le Canada n'a reçu de ce comité aucune demande de mesures provisoires—Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, UN Doc.A/Res./39/46 (1984).

BHATTI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3277-96, juge Reed, ordonnance en date du 4-10-96, 8 p.)

Appel de la décision par laquelle la Section de première instance ([1995] 3 C.F. 32) a rejeté la demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Pouvoir de la section d'appel sous le régime de l'art. 70(2) de la Loi sur l'immigration lorsque la condition de délivrance d'un visa d'immigrant n'est plus rempli—Lorsqu'un visa est délivré, il reste valide—Lors du retrait du parrainage par la femme du requérant, le visa du requérant n'est pas du

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

fait même devenu invalide de manière à exclure le pouvoir de la Section d'appel de connaître de l'appel du requérant—Appel rejeté—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 70(2)*b*) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) *C. HUNDAL* (A-406-95, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 20-11-96, 2 p.)

*Personnes non admissibles*

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la Section d'appel (le Tribunal) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié refusant d'entendre l'appel d'une décision d'un agent des visas rejetant la demande de droit d'établissement au Canada d'un citoyen de l'Inde—Le requérant a obtenu le droit d'établissement au Canada en avril 1986—Il a conclu une entente selon laquelle il adopterait le petit-fils de son frère décédé—En octobre 1991, le requérant a pris un engagement d'aide en faveur du parrainé, à titre de personne appartenant à la catégorie de la famille—La demande de droit d'établissement du parrainé a été rejetée officiellement par lettre en date du 23 juin 1994—Le Tribunal a conclu à l'absence d'une intention de transférer le parrainé de la famille dans laquelle il est né à la famille qui l'adopte—L'adoption ne s'est pas faite en conformité de la Hindu Adoptions and Maintenance Act, 1956—Le Tribunal a conclu que le parrainé n'était pas une personne appartenant à la catégorie de la famille—Le parrainé devait être le fils célibataire du requérant pour pouvoir faire partie de la catégorie de la famille—Pour avoir la qualité de «fils» du requérant, le parrainé devait avoir été adopté par ce dernier avant d'avoir atteint l'âge prescrit, étant donné qu'il n'en était pas le fils naturel—Le Tribunal a conclu à l'absence d'une telle intention et, par conséquent, que l'adoption n'a pas été faite conformément aux lois d'un pays autre que le Canada—Le critère élaboré dans la jurisprudence appelle un examen de la question de savoir si on est en présence d'une adoption valide conformément aux lois de l'Inde et, dans l'affirmative, si cette adoption, conforme aux lois de l'Inde, a engendré la création d'un lien de filiation au sens de la Loi sur l'immigration et de son règlement d'application—La conclusion du Tribunal qu'il y avait absence de l'intention requise était une conclusion que le Tribunal pouvait raisonnablement tirer—Il est impossible de conclure qu'en rendant une telle décision, le Tribunal a commis une erreur susceptible de faire l'objet d'un contrôle judiciaire—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2—Règlement sur l'immigration de 1978, DORS/78-172.

GILL C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-760-96, juge Gibson, ordonnance en date du 22-10-96, 9 p.)

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

## PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande présentée par la Midaynta en vue d'obtenir la qualité d'intervenante dans une demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle un conseiller en immigration a conclu que le requérant ne remplissait pas les conditions prévues à l'art. 46.04(8) de la Loi sur l'immigration en ce qui concerne les pièces d'identité—Les Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration sont muettes sur la question des interventions dans le cas de demandes de contrôle judiciaire comme la présente—L'art. 4(1) rend certaines dispositions des Règles de la Cour fédérale, mais pas la Règle 1611, applicables aux demandes de contrôle judiciaire en matière d'immigration, à l'exception de celles qui portent sur les décisions des agents des visas—L'art. 4(2) rend toutes les «Règles 1600 et suivantes», dont la Règle 1611, applicables aux demandes de contrôle judiciaire des décisions rendues par des agents des visas—L'absence d'une telle disposition ne constitue pas une «lacune» des Règles, mais une omission intentionnelle—Application de l'arrêt *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.)—Il n'est pas loisible à la Cour de se fonder sur la Règle 5 des Règles de la Cour fédérale pour appliquer la procédure prévue à la Règle 1611, qui porte expressément sur la question des interventions dans les autres demandes de contrôle judiciaire, de manière à permettre à l'intervenant proposé de participer à l'instance—L'intervenant proposé aurait pu déposer des affidavits de ses administrateurs conformément à l'art. 10 des Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration et faire valoir des moyens sur le fondement de ces affidavits—En essayant d'intervenir, l'intervenant proposé cherche à compléter les pièces qui ont été versées au dossier d'une façon qui n'est pas prévue par les Règles, retardant l'audition et le règlement expéditifs de la demande—Il est trop tard pour combler une lacune du dossier original de demande—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 5, 1611 (édicte par DORS/92-43, art. 19)—Règles de 1993 de la Cour fédérale en matière d'immigration, DORS/93-22, Règles 4, 10—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 46.04 (édicte par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 14; L.C. 1992, ch. 49, art. 38).

AHMED C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3342-95, juge Gibson, ordonnance en date du 23-10-96, 8 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la section du statut de réfugié (le Tribunal) a conclu que les requérants n'étaient pas des réfugiés au sens de la Convention—La question est de savoir si le Tribunal n'était pas compétent pour rendre sa décision—La formation du Tribunal comprenait deux membres, Douglas et Wakim—Douglas a cessé d'exercer sa charge au Tribunal le 3 octobre

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

1995—Wakim seulement a signé les motifs le 16 février  
 1996—Les requérants contestent la décision sur le fondement que deux membres ont entendu l'affaire mais qu'un seul a rendu la décision—L'art. 63 de la Loi sur l'immigration prévoit une procédure dans le cas où un membre cesse d'exercer sa charge pendant qu'une affaire est en instance—Le fait de disposer du quorum prévu chaque fois qu'il le faut est une question de principe, d'intérêt public et d'administration saine et équitable de la justice—Le recours à l'art. 63(2) est une action grave qui nie au demandeur un droit conféré par la Loi—La décision d'un seul membre est à première vue rendue sans compétence—Lorsque l'on fait régulièrement intervenir l'art. 63(2), on doit verser au dossier une déclaration détaillée des circonstances pertinentes—La personne qui cesse d'exercer sa charge et qui conserve sa qualité de membre et l'autre membre doivent statuer sur l'affaire dans le délai de huit semaines prévu à l'art. 63(1)—La déclaration des circonstances pertinentes doit établir que le membre est inhabile à participer à la décision à rendre sur l'affaire pour des motifs autres que l'écoulement d'un délai de huit semaines—Une déclaration du membre restant à propos de la nature de la participation et de l'assentiment de l'ancien membre à la décision n'est pas pertinente en l'absence d'une déclaration des circonstances pertinentes ayant empêché que la décision sur l'affaire soit rendue avant l'expiration du délai de huit semaines suivant la date à laquelle l'ancien membre a cessé d'exercer sa charge—La déclaration des circonstances pertinentes inclue dans les motifs signés par Wakim est incomplète et équivoque—Celui-ci aurait agi conformément à l'art. 63(2) sans le mentionner expressément—La décision du Tribunal était défectueuse du point de vue de la compétence—La demande est accueillie—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 63 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 18; L.C. 1992, ch. 49, art. 52).

LATIF C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-824-96, juge Lutfy, ordonnance en date du 22-11-96, 10 p.)

## STATUT AU CANADA

*Citoyens*

Motifs de jugement modifiés—L'appelant a obtenu le droit d'établissement en 1992 et a demandé la citoyenneté canadienne huit mois plus tard—L'art. 5(1)c) de la Loi sur la citoyenneté exige que le demandeur ait résidé au Canada pendant au moins trois ans dans les quatre ans qui ont précédé la date de sa demande—L'art. 5(4) prévoit que le gouverneur en conseil a le pouvoir discrétionnaire de recommander l'attribution de la citoyenneté à toute personne afin de remédier à une situation particulière et inhabituelle de détresse ou de récompenser des services exceptionnels rendus au Canada—L'appelant a travaillé à l'ambassade du Canada dans son pays d'origine—Il a représenté là-bas les

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

intérêts politiques et commerciaux canadiens—Il a aidé des entreprises canadiennes à obtenir de nombreux contrats dans ce pays—Il a pris les mesures nécessaires pour que ses quatre enfants viennent faire leurs études au Canada—Trois d'entre eux sont devenus citoyens canadiens et le quatrième est en train de le devenir—L'appelant a également joué un rôle essentiel pour obtenir, auprès du nouveau régime politique, la reconnaissance des intérêts canadiens—L'attachement de l'appelant au service du Canada est resté solide malgré des difficultés considérables et le climat politique dangereux—L'appelant a fourni au Canada des services d'une valeur exceptionnelle au sens de l'art. 5(4)—La Cour recommande que le pouvoir discrétionnaire conféré au gouverneur en conseil soit exercé de manière à ordonner au ministre d'accorder la citoyenneté canadienne à l'appelant—Loi sur la citoyenneté, L.R.C. (1985), ch. C-29, art. 5(1)c) (mod. par L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 44, art. 1), (4).

M.H. (RE) (T-1930-95, T-1929-95, juge McKeown, motifs du jugement modifiés en date du 30-9-96, 6 p.)

*Réfugiés au sens de la Convention*

Demande de contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la section du statut de réfugié de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que la requérante n'était pas une réfugiée—La requérante était victime du mauvais traitement infligé par son petit ami—La Commission a conclu que la requérante était vulnérable du fait de son sexe et de son âge, mais elle n'a trouvé aucune preuve claire et convaincante de l'incapacité de l'État de la protéger—La requérante s'était adressée à la police à plusieurs reprises sans avoir reçu d'assistance—La Commission a considéré l'orientation comme méthode suffisante de protection de l'État lorsque la requérante a prétendu que l'État, par l'entremise de la police, ne pouvait la protéger—Demande accueillie—L'affaire est renvoyée à un tribunal de composition différente pour qu'il détermine si la requérante a réfuté la présomption que l'État assure normalement une protection adéquate—Question certifiée: pour ce qui est de la condition qu'un demandeur fournisse la preuve claire et convaincante que l'État ne le protégera pas, un demandeur du statut de réfugié est-il tenu de s'adresser à des organismes en dehors de la police?

CUFFY C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3135-95, juge McKeown, ordonnance en date du 16-10-96, 7 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la SSR a refusé de reconnaître le statut de réfugié au sens de la Convention au requérant, un citoyen de la Somalie—Le requérant a quitté la Somalie pour le Kenya après que son père et sa femme eurent été tués par le CSU—Le requérant s'est remarié et a eu une fille—En 1994, la femme et la fille

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

du requérant sont arrivées au Canada et ont obtenu le statut de réfugiées au sens de la Convention—Le requérant est arrivé au Canada en 1995 en affirmant qu'il craignait d'être tué s'il retournait en Somalie—La notion de l'unité de la famille est absente de la définition de réfugié au sens de la Convention et il n'existe aucune base légale qui aurait pu donner au tribunal la compétence nécessaire pour appliquer le principe de l'unité de la famille en faveur du requérant—Le fait que la femme et la fille du requérant ont obtenu le statut de réfugiées au sens de la Convention n'est pas pertinent—L'absence de motifs expliquant les différences entre la décision en cause et la décision qu'une autre formation a rendue au sujet de la femme et de l'enfant du requérant ne constitue pas une erreur donnant ouverture à un contrôle judiciaire eu égard aux faits de la présente affaire—La conclusion tirée par le tribunal au sujet de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays est tenable—Il n'y a rien qui permette de croire que l'analyse de la possibilité de refuge dans une autre partie du même pays que le tribunal a faite soit liée à sa conclusion que le requérant ne courait aucun risque d'être persécuté en Somalie pour l'un des motifs prévus par la Convention—Vu la conclusion tirée au sujet de la possibilité de refuge, il est sans intérêt de savoir si le tribunal a commis une erreur dans son analyse du risque distinctif ou en adoptant le concept de l'analyse du risque distinctif—La demande est rejetée.

ADDULLAHI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3170-95, juge Gibson, ordonnance en date du 4-11-96, 11 p.)

Contrôle judiciaire de la décision dans laquelle la SSR a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention—Le requérant, citoyen salvadorien, a été enrôlé dans l'armée—Il a déserté après six mois—Il a de nouveau été enrôlé dans l'armée, puni pour désertion, a déserté et s'est rendu au Canada—Le tribunal a conclu que le requérant craignait d'être persécuté pour avoir violé une loi d'application générale—Le tribunal a conclu que la peine pour désertion (emprisonnement de six mois à un an) n'était pas si sévère pour avoir le caractère de persécution—Il a également conclu qu'une persécution extra-judiciaire n'était pas une possibilité sérieuse—Le tribunal a attribué plus de poids au silence de la preuve documentaire qu'au témoignage sous serment du requérant, et à l'avis d'expert devant le tribunal—Il a également conclu que le requérant ne serait pas persécuté du fait de sa seconde désertion qui avait eu lieu après la cessation de la guerre civile lorsque le traitement qu'on lui avait réservé relativement à sa première désertion, en temps de guerre, n'avait pas le caractère de persécution—Demande rejetée—Le tribunal n'a ni écarté entièrement la preuve d'expert dont il disposait, ni adopté une attitude cavalière à l'égard de celle-ci—Il a accusé réception de la preuve, l'a brièvement analysée et a donné les raisons pour lesquelles il préférerait s'appuyer sur la preuve documentaire dont il était saisi—Il était loisible au

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

tribunal de préférer s'appuyer sur la preuve documentaire dont il disposait—Le tribunal n'était nullement tenu d'aviser le requérant de ses préoccupations concernant le témoignage d'expert par contraste avec la preuve documentaire et ce, malgré le fait que l'intimé a directement été représenté à l'audition de l'espèce, et que le représentant de l'intimé n'a exprimé aucun doute sur la qualité ou la valeur probante de la preuve d'expert—L'absence de mention de la persécution de déserteurs militaires dans les suites d'une guerre civile où des violations de droits civils étaient si notoires, et où la surveillance et le compte rendu des violations des droits de la personne continuent d'être considérables est une question dont le tribunal était en droit de prendre note et sur laquelle il peut s'appuyer pour réfuter la présomption en faveur du témoignage sous serment du requérant—Le témoignage du requérant portait principalement sur sa crainte subjective, et non sur la question des personnes se trouvant dans la même situation que lui.

GOMEZ-CARRILLO C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-242-96, juge Gibson, ordonnance en date du 17-10-96, 10 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu que le requérant n'était pas un réfugié au sens de la Convention selon l'art. 2(1) de la Loi sur l'immigration—Le requérant est un citoyen du Pakistan et un musulman ahmadi—Il demande le statut de réfugié parce qu'il soutient craindre avec raison d'être persécuté du fait de sa religion s'il doit retourner au Pakistan—Le Tribunal n'a tiré aucune conclusion défavorable au sujet de la crédibilité du témoignage du requérant—Le Tribunal a cité deux courts extraits sélectifs de la preuve documentaire dont il était saisi—Le Tribunal n'a commis aucune erreur susceptible de révision dans son analyse—Il pouvait raisonnablement conclure que le requérant n'a pas établi le bien-fondé de sa revendication—Le Tribunal n'était nullement tenu d'interroger le requérant sur la question de savoir s'il agirait de façon à transgresser l'ordonnance XX à son retour au Pakistan, le cas échéant—Le Tribunal n'a été saisi d'aucun élément de preuve indiquant que, si le requérant retournait au Pakistan, il adopterait une conduite qui l'exposerait à des risques de persécution du fait de sa religion—Demande rejetée—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. 1-2, art. 2(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 1; L.C. 1992, ch. 49, art. 1).

REHAN C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (A-580-92, juge Gibson, ordonnance en date du 18-10-96, 7 p.)

Appel d'une décision de la Section de première instance qui a certifié une question en vertu de l'art. 83.1 de la Loi sur l'immigration—Dans ses motifs, le juge des requêtes a laissé entendre que cette question devait recevoir une

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Suite

réponse affirmative et que, dès que certains policiers, dans un État démocratique, refusaient d'intervenir, il y avait automatiquement incapacité de l'État de protéger—Cette question ne peut qu'entraîner une réponse négative—Lorsque l'État (en l'espèce Israël) possède des institutions politiques et judiciaires capables de protéger ses citoyens, le refus de certains policiers d'intervenir ne saurait en lui-même rendre l'État incapable de le faire—Le revendicateur doit aller plus loin que de simplement démontrer qu'il s'est adressé à certains membres du corps policier et que ses démarches ont été infructueuses—La conclusion de fait de la section du statut trouvait appui dans la preuve, et celle de droit, dans la jurisprudence—Le juge des requêtes a substitué son opinion sur la preuve à celle de la section du statut, ce qui n'est pas son rôle lorsqu'il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire—Appel accueilli—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 83(1) (mod. par L.C. 1992, ch. 49, art. 73).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. KADENKO (A-388-95, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 15/10/96, 4 p.)

Appel de la décision de la Section de première instance accueillant la demande de contrôle judiciaire contre la décision de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—La Commission a reconnu à l'intimé le statut de réfugié, mais a conclu qu'en raison des fonctions que l'intimé avait occupées en Iran, il existait des raisons sérieuses de penser qu'il s'était rendu coupable d'agissements contraires aux buts et aux principes des Nations Unies et qu'en conséquence, vu l'art. 1F)c) de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, il ne pouvait se prévaloir de la protection accordée par la Convention—L'intimé, membre de la police iranienne entre 1960 et 1980 a occupé le poste de liaison entre les forces policières et la SAVAK, organisme de sécurité interne et instrument de répression brutale et violente—L'intimé n'a jamais été membre de la SAVAK—La Commission a décidé que l'intimé, de par son rôle d'agent de liaison auprès de la SAVAK, et de par la connaissance qu'il ne pouvait pas ne pas avoir des activités de la SAVAK, était complice des activités de celle-ci—Le juge des requêtes s'est dite en désaccord avec cette décision—Elle a tiré de l'affaire *Gutierrez et al. c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1994), 84 F.T.R. 227 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) qu'une des conditions nécessaires à la complicité dans la commission d'un crime de nature internationale était l'appartenance à un groupe qui, dans le cadre de ses activités continues et régulières, commet de telles infractions—Elle a donné de la clause d'exclusion 1F) une interprétation qui n'est pas fidèle à l'enseignement de cette Cour dans les affaires *Ramirez c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1992] 2 C.F. 306 (C.A.); *Moreno c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] 1 C.F. 298 (C.A.); et *Sivakumar c. Canada* (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration),

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin

[1994] 1 C.F. 433 (C.A.)—Une «participation personnelle et consciente» tel que décrit dans les motifs du juge MacGuigan dans *Ramirez*, peut être directe ou indirecte et ne requiert pas l'appartenance formelle au groupe qui s'adonne aux activités condamnées—Cela dit, le ministre n'a pas à prouver la culpabilité de l'intimé—Il n'a qu'à démontrer (et la norme de preuve qu'il doit satisfaire est «moindre que la prépondérance des probabilités») qu'il a des raisons sérieuses de penser que l'intimé est coupable—La conclusion de la Commission s'appuie sur la preuve et est raisonnable—L'appel est accueilli—Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés, le 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, art. 1F)c).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. BAZARGAN (A-400-95, juge Décary, J.C.A., jugement en date du 18-9-96, 7 p.)

*Résidents permanents*

Recours en contrôle judiciaire contre la décision de l'agente des visas qui a rejeté la demande de résidence permanente—Le requérant ne s'est vu attribuer que 63 points d'appréciation après évaluation—Le minimum requis du processus de sélection est de 70 points—Au surplus, le requérant n'a pas révélé qu'il avait été condamné en 1987 aux États-Unis pour conduite d'automobile alors que ses facultés sont affaiblies par les drogues/alcool—L'agente des visas a refusé d'exercer en sa faveur son pouvoir discrétionnaire de recommander l'accueil de sa demande—Le requérant soutient que le défaut par l'agente des visas d'engager le processus de réhabilitation en sa faveur constitue une erreur susceptible de contrôle judiciaire—Demande rejetée—La recommandation favorable de l'agente des visas est subordonnée à la condition préalable de la conclusion tirée par le gouverneur en conseil que le demandeur «s'est réhabilité»—L'agente des visas n'est tenue ni de l'informer de l'existence de ce processus ni d'en prendre l'initiative en sa faveur—Il n'y a pas eu iniquité procédurale du fait que l'agente des visas a mis deux ans à rendre sa décision, puisqu'il y avait des circonstances spéciales—Quoi qu'il en soit, tous les manquements à la justice naturelle n'ont pas nécessairement pour effet d'invalider la décision du tribunal administratif.

LAKHANI C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-1047-96, juge suppléant Heald, ordonnance en date du 7-10-96, 9 p.)

## COURONNE

## CONTRATS

Action en dommages-intérêts pour perte de contrat, atteinte à la réputation et perte de solvabilité—En 1989, la demanderesse Les Entreprises A.B. Rimouski Inc. a obtenu

**COURONNE—Suite**

un contrat de démolition de l'ancien quai commercial de Cap-Chat, qui devait être exécuté avant le 31 mars 1990—À cause de divergences survenues entre les parties en cours d'exécution du contrat, la défenderesse, Travaux Publics Canada, a avisé la compagnie le 15 mai 1990 qu'elle la considérait en défaut d'exécution de contrat et s'est adressé à la caution pour faire corriger les défauts et terminer le contrat—Le 29 octobre 1992, les demandeurs intentent la présente action pour réclamer le solde du montant retenu par la défenderesse et des dommages-intérêts—Par suite de cessions de créances et de droits d'action, le demandeur Banville a continué les procédures à titre personnel et de cessionnaire de la compagnie A.B.—En ce qui concerne la réclamation à titre personnel, dans la mesure où la compagnie est une entité différente de la sienne, le demandeur Banville ne pouvait intenter une réclamation pour perte de contrat—Les deux autres chefs de réclamation, l'atteinte à la réputation et la perte de solvabilité sont aussi ambigus—Lorsque le demandeur Banville a intenté son action le 29 octobre 1992, elle était prescrite aux termes de l'art. 2267 du Code civil—La réclamation du demandeur à titre personnel est rejetée—Il en est de même de sa réclamation à titre de cessionnaire des droits de Les Entreprises A.B. Rimouski Inc.—Application des art. 66 à 69 de la Loi sur la gestion des finances publiques—La Loi énonce qu'une créance de Sa Majesté est incessible—Deux catégories de créances font exception à la règle et peuvent être cédées: celle qui correspond à un montant échu ou à échoir aux termes d'un marché (68(1a)), et celle qui appartient à une catégorie déterminée par règlement (68(1b))—Il s'agit en l'espèce d'un «marché»—Un droit d'action constitue un droit incorporel—Il n'y a pas lieu de distinguer entre une réclamation résultant d'un marché et un droit incorporel—Aux termes de l'art. 68(1a) de la Loi, seule une créance correspondant à un montant échu ou à échoir aux termes d'un marché est cessible—L'obligation ou la responsabilité de la défenderesse n'était pas bien établie—Les faits démontrent que la créance ne correspond pas à un montant échu ou à échoir—Vu que le cessionnaire n'a pas démontré son droit à l'exception prévue à l'art. 68(1a) de la Loi, il est soumis à la règle d'incessibilité—La créance de la compagnie A.B. n'était pas cessible au demandeur Banville—Celui-ci devait remplir les conditions de validité énoncées à l'art. 68(2a) et c) de la Loi: il devait prouver que la cession était absolue et qu'avis en avait été donné conformément à l'art. 69—Le défaut de respecter ces dispositions impératives de la Loi est fatal—La créance n'était pas absolue, la cédante ne s'étant départie que d'une partie équivalant à 75 % de ses droits et intérêts dans les créances ou droits d'action décrits à la clause Désignation—Action rejetée—Code civil du Bas-Canada, art. 2267—Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 66, 67, 68, 69.

ENTREPRISES A.B. RIMOUSKI INC. C. CANADA  
(T-2674-92, juge Denault, jugement en date du  
11-10-96, 11 p.)

**COURONNE—Fin**

Requête en jugement d'une question de droit préalable, savoir si l'art. 14 du Règlement sur l'embauchage à l'étranger donne au demandeur le droit à une indemnité de cessation d'emploi supérieure à ce qu'il a effectivement touché et si sa période de préavis aurait dû être fixée conformément à la loi allemande—Après sa retraite et pendant qu'il vivait au Canada, il a été engagé par la défenderesse à titre d'employé de l'élément civil local au quartier général des Forces canadiennes Europe (QG-FCE) à Lahr, en Allemagne—Le contrat de travail devait s'appliquer jusqu'au jour où il atteindrait l'âge de 65 ans, en octobre 1997—En janvier 1993, le demandeur a reçu un préavis de mise en disponibilité par suite du réaménagement des effectifs—Il avait le choix soit de déménager en France dans les 60 jours soit de demander aux autorités allemandes la permission de résider en Allemagne—Dans l'action principale, il soutient que puisqu'il n'y avait aucun motif de renvoi, il a droit au salaire et à la valeur monétaire de tous les avantages sociaux jusqu'en octobre 1997—La Cour répond par la négative à la question posée—Le Règlement distingue entre «employé de l'élément civil» et «employé»—L'employé visé à l'art. 14(1) et (2) ne s'entend donc pas également des employés de l'élément civil—En conséquence, ces dispositions ne s'appliquent pas au demandeur, lequel, de ce fait, n'a pas droit à une indemnité de cessation d'emploi supérieure à ce qu'il a effectivement touché—Il n'est pas nécessaire de fixer sa période de préavis conformément à la loi allemande—Règlement sur l'embauchage à l'étranger, DORS/79-545, art. 14.

ST. AUBIN D'ANCEY C. CANADA (T-464-94, juge  
Cullen, jugement en date du 31-10-96, 7 p.)

**DOUANES ET ACCISE****LOI SUR LA TAXE D'ACCISE**

Demande visant à faire trancher des questions de droit—La demanderesse et un ou deux individus sont accusés, devant la Cour provinciale de la Colombie-Britannique (C.P.C.-B.), sous quarante-cinq chefs d'accusation d'avoir fait des déclarations fausses ou trompeuses relativement à la demande de remises, dont un chef d'accusation de fraude fiscale fédérale en matière de taxe de vente, pour une somme totale de 84 206,85 \$, contrairement aux art. 97(2) et 108 de la Loi sur la taxe d'accise—Les accusations ont été rejetées—Le juge de la C.P.C.-B. a conclu que l'art. 68.2 de la Loi sur la taxe d'accise étant ambiguë et que la Loi ayant un caractère pénal, il fallait retenir l'interprétation qui favorise l'accusé—Il a jugé également qu'il n'avait pas été prouvé hors de tout doute raisonnable que l'un ou l'autre des accusés avait intentionnellement fait des déclarations fausses ou trompeuses ou délibérément tenté d'éluider la taxe de vente fédérale—L'appel à la Cour suprême de la C.-B. a été retiré—Les questions de droit soulevées sont les suivantes:

**DOUANES ET ACCISE—Suite**

tes: 1) le droit de la demanderesse de recevoir des remises de taxe de vente fédérale en vertu de l'art. 68.2 de la Loi sur la taxe d'accise relève-t-il de l'autorité de la chose jugée? 2) le défendeur est-il irrecevable à établir une cotisation au titre des taxes, des paiements en trop, des pénalités ou des intérêts à l'égard de la demanderesse? 3) le défendeur est-il lié par les conclusions et la décision du juge Page de la C.P.C.-B. quant à l'interprétation de l'art. 68.2 de la Loi sur la taxe d'accise en ce qui touche la demanderesse? 4) le défendeur est-il lié par les conclusions et la décision du juge Page en ce qui concerne l'acquiescement prononcé en faveur de la demanderesse quant à son intention de faire des déclarations fausses ou trompeuses ou d'avoir délibérément tenté d'éluder la taxe de vente fédérale comme le lui reprochait la Couronne? 5) la décision du défendeur d'établir une cotisation au titre des taxes, des paiements en trop, des pénalités ou des intérêts à l'égard de la demanderesse doit-elle être annulée?—Même si l'autorité de la chose jugée s'applique à une déclaration de culpabilité, elle ne s'appliquera pas dans le cas d'un acquiescement et plus particulièrement d'un acquiescement fondé sur l'absence de *mens rea*, soit l'absence d'intention—Le principe de la chose jugée comme fin de non-recevoir doit être appliqué conformément aux exigences énoncées dans l'arrêt *Angle c. M.R.N.*, [1975] 2 R.C.S. 248—L'une des exigences est l'identité de la question décidée—La preuve ou l'inférence de l'intention ou de la *mens rea* hors de tout doute raisonnable n'est pas une question commune; elle est propre au procès sur les infractions reprochées en Cour provinciale—L'ambiguïté de l'art. 68.2 pourrait être considérée différemment du juge de la C.P.—Le degré d'ambiguïté nécessaire pour miner une preuve hors de tout doute raisonnable est assurément différent de celui qui aurait une incidence sur la prépondérance des probabilités—La nouvelle cotisation établie par le ministre soulève des questions dont la Cour provinciale n'était pas saisie aux termes des art. 81.1(1), 81.39(1) et 72(6) de la Loi—Il ne s'agit pas de la même question fondamentale: s'agissant de la nouvelle cotisation, la question était de savoir si Hirex avait légalement le droit de se prévaloir des remises; dans le cadre de la poursuite, il fallait déterminer si certaines déclarations avaient été «faites» ou si on avait «donné son assentiment» à celles-ci et, relativement à l'accusation de fraude fiscale, si chacun des accusés avait «délibérément tenté d'éluder la taxe de vente fédérale»—Voici les réponses: 1) il n'y a pas chose jugée; 2) aucune fin de non-recevoir de cette nature n'entrave les actes du défendeur; 3) le défendeur n'est pas lié par l'interprétation de l'art. 68.2 de la Loi en ce qui touche la demanderesse; les seules décisions liant la Section de première instance sont celles de la Cour d'appel fédérale et de la Cour suprême du Canada; 4) non, au-delà du cadre de la poursuite, c.-à-d. autrefois; 5) non; 6) il n'y a pas lieu de radier la défense—Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. (1985), ch. E-15, art. 68.2 (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 7, art. 34; L.C. 1993, ch. 27, art. 2), 72(6) (mod. par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 7, art. 27, 34; L.C. 1994, ch. 29, art. 8), 81.1 (édicte par L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 7,

**DOUANES ET ACCISE—Fin**

art. 38), 81.39 (édicte *idem*), 97(2) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 15, art. 35; (2<sup>e</sup> suppl.), ch. 7, art. 44), 108.

HIREX HOLDINGS LTD. C. CANADA (T-2258-92, juge Muldoon, ordonnance en date du 7-10-96, 10 p.)

Appels du refus de Sa Majesté d'appliquer aux demanderesse la politique énoncée au Mémoire ET 302—Les demanderesse distribuent des produits dans des contenants réutilisables—Le Mémoire ET 302 permettait aux fabricants qui vendaient des marchandises assujetties à la taxe de rendre compte de la taxe perçue sur les contenants consignés au moment où ceux-ci étaient expédiés, plutôt qu'au moment de leur acquisition ou de leur importation—Selon le Mémoire, les fabricants avaient l'obligation de demander l'autorisation du ministre pour déduire la taxe payée sur les contenants qu'ils avaient en main à la date du changement—Comme les marchandises pour la livraison desquelles les contenants en litige ont été conçus ne sont pas assujetties à la taxe de vente, on ne peut rendre compte de la taxe de vente sur les contenants lorsque les marchandises sont vendues—Les demandes formulées par les demanderesse en vue de se prévaloir de la méthode comptable facultative ont été présentées à la fin du mois de décembre 1990—Le régime de la taxe sur les produits et services (TPS) a pris effet et a instauré des modalités différentes en matière de taxation le 1<sup>er</sup> janvier 1991—Le régime de la taxe de vente fédérale (TVF) a pris fin—Une certaine confusion régnait au sein de quelques bureaux locaux et régionaux de l'accise à propos des motifs de refus—Des éléments de preuve établissent que des demandes ont été acceptées—Celles des demanderesse ont été refusées notamment parce que les dispositions de la Loi sur la taxe d'accise fondant le Mémoire ET 302 ont été abrogées le 1<sup>er</sup> janvier 1991—Appels rejetés—La politique énoncée dans le Mémoire ET 302 est de nature purement administrative—La Couronne doit exercer son pouvoir discrétionnaire de façon équitable et responsable—Le refus, fondé sur des exigences administratives, était suffisamment justifié par l'entrée en vigueur imminente du nouveau régime de taxation—Le fait que certains bureaux régionaux manquant d'information ont accepté des demandes ne suffit pas à fonder le droit d'exiger que les demandes soient examinées suivant le Mémoire ET 302—L'entrée en vigueur du nouveau régime de taxation a empêché tout recours au Mémoire ET 302.

NCS INTERNATIONAL INC. C. LA REINE (T-2659-92, T-2661-92, juge Joyal, jugement en date du 16-10-96, 12 p.)

**DROIT ADMINISTRATIF**

Pratique—Requête introduite, sous le régime de la Règle 1611 des Règles de la Cour fédérale, par la Commission canadienne des droits de la personne (la Commission) pour

**DROIT ADMINISTRATIF—Suite**

se faire reconnaître le droit d'intervenir dans un recours en contrôle judiciaire—En réponse à des plaintes, la Commission a demandé la constitution d'un tribunal des droits de la personne pour instruire le dossier—La requérante soutient que la décision de la Commission est entachée de préjugé et d'erreurs de droit—Un tribunal administratif a qualité pour se faire entendre afin d'expliquer le dossier et de défendre sa compétence, si la Cour juge nécessaire de faire appel à son expertise pour l'éclairer sur des connaissances ou considérations spécialisées—Cependant, le rôle d'intervenant de la Commission doit être limité—Elle ne doit pas donner l'impression qu'elle défend sa décision—Si le fait de lui reconnaître la qualité pour intervenir ajoute à l'intégrité de l'instance, il faut limiter sa participation à la question de la compétence—Requête accueillie avec restriction.

BELL CANADA C. SYNDICAT CANADIEN DES COMMUNICATIONS, DE L'ÉNERGIE ET DU PAPIER (T-1414-96, juge Denault, ordonnance en date du 11-10-96, 5 p.)

**CONTRÔLE JUDICIAIRE**

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a conclu qu'elle n'avait pas compétence pour entendre l'appel—En 1988, la requérante a déposé une demande de résidence permanente au Canada—La demande était parrainée par son père—La requérante n'a pas donné suite à sa demande avant 1992—Le père de la requérante est décédé en 1990—La commissaire Wiebe a conclu que, l'engagement d'aide ayant été signé par le père et sa femme, le parrainage de la demande existait toujours, le visa était valable et la Commission compétente—C'est le commissaire Ariemma qui a présidé l'audition des parties sur le fond—Le commissaire Ariemma a traité à nouveau la question de la compétence à la lumière d'une nouvelle preuve selon laquelle l'appelante n'était pas la fille biologique de la femme de son père et n'avait jamais été adoptée par celle-ci—Il a conclu que le visa n'était pas valable, que l'appelante n'avait pas le droit d'interjeter appel de cette décision et que la Section d'appel n'était pas compétente—Demande accueillie—Il y a eu violation des principes de justice naturelle—Aucune loi ni procédure de common law ne permet à un membre d'un tribunal ou d'une cour de renverser la décision d'un collègue, même à la lumière de nouvelle preuve produite dans une autre affaire et montrant que la première décision rendue était erronée—À tout le moins, on aurait dû permettre aux parties de se pencher sur la question de la compétence, à la lumière des nouveaux faits—L'affaire est renvoyée à la Section d'appel pour qu'une nouvelle formation statue à nouveau sur celle-ci en ce qui concerne la question de la compétence et le bien-fondé de la demande.

CONTRERAS C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-3216-95, juge McKeown, ordonnance en date du 22-10-96, 7 p.)

**DROIT ADMINISTRATIF—Fin**

Affidavits produits avec l'avis de requête—Obtenir des documents qui sont en la possession d'un office fédéral ou d'une commission—Requêtes des requérants afin que certaines informations et documents leur soient fournis et qu'il leur soient permis de joindre aux notes sténographiques ou comme pièce à un affidavit supplémentaire un échange de correspondance qui tendrait à supporter l'absence de véritable consultation sur les prix des services à la navigation maritime et l'approche structurelle les incorporant; motif d'attaque qui se retrouve au texte de la demande de contrôle judiciaire des requérants attaquant le décret du Conseil C.P. 1996-74 ainsi que le Règlement sur les prix des services à la navigation maritime—Au cours des interrogatoires sur affidavit de l'affiant des intimés, les requérants demandaient la production de certains documents qui n'étaient pas joints par l'affiant à son affidavit—Le procureur des intimés s'est objecté à ce que l'affiant s'exécute au motif que cet interrogatoire constituait un interrogatoire sur affidavit dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire et non un interrogatoire au préalable dans le cadre d'une action—L'objection des intimés doit être maintenue—Le procureur des requérants a soutenu que la Règle 1612 des Règles de la Cour fédérale avait pour but d'élargir le cadre des interrogatoires sur affidavit—Tel n'est pas le contexte de cette Règle—L'objection du procureur des intimés visant à empêcher le procureur des requérants à joindre aux notes sténographiques un échange de correspondance qui viendrait attaquer l'aposition officielle prise par l'affiant sera aussi maintenue—Le procureur des requérants n'a pu citer de règles ou d'arrêts qui permettraient à cette Cour d'ordonner l'intégration desdits documents aux notes sténographiques—La deuxième requête, cherchant à autoriser les requérants de déposer ce même échange de correspondance comme pièce à un affidavit devrait aussi être rejetée—La Règle 1603 établit que les requérants doivent lors du dépôt de leur demande déposer l'ensemble de leurs affidavits—Ils sont néanmoins demeurés silencieux sur la question de la raison pour laquelle ces documents n'ont pas été introduit en preuve par les requérants—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1603, 1612.

CANADIAN SHIPOWNERS ASSN. C. CANADA (T-1530-96, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 20-9-96, 5 p.)

**DROIT MARITIME****TRANSPORT DE MARCHANDISES**

Requêtes en jugement sommaire déclarant que l'action des demanderesse contre la défenderesse Fednav International Ltd. n'est pas prescrite et qu'elle a été valablement instituée devant la Cour fédérale du Canada—Les demanderesse prétendent qu'elles ont intenté leur action au Canada conformément à la clause 4 des connaissements, tels que modifiés par les lettres d'extension—Les connaissements en l'espèce traitent du transport de marchandises de Belgique

**DROIT MARITIME—Fin**

à destination des États-Unis—La clause 4 qui figure à l'endos de ces connaissements stipule que toute action découlant du transport de marchandises visé par le présent connaissement doit être intentée devant les tribunaux canadiens dans un délai d'un an à compter de la livraison des marchandises au port de déchargement ou à la date à laquelle les marchandises auraient dû y être livrées—Dans chacun des dossiers en l'espèce, les demanderesse demandèrent une extension du délai pour poursuivre avant l'expiration du délai initial d'un an prévu à la clause 4 des connaissements—La défenderesse Fednav accorda aux demanderesse une extension du délai pour poursuivre mais précisa que les actions devaient être intentées non pas devant la Cour fédérale du Canada mais bien aux États-Unis, à Chicago ou à Détroit—Les actions ont été intentées au Canada et non aux États-Unis—Il s'agit de savoir si elles ont été valablement instituées en Cour fédérale—L'art. 7(1) de la Loi sur le transport des marchandises par eau énonce que les règles de La Haye-Visby ont force de loi au Canada—Ces règles appliquent-elles nonobstant la «Paramount Clause» qui figure dans les connaissements?—Plus d'un argument milite en faveur du caractère contraignant des Règles—Les Règles de La Haye-Visby sont seules applicables à l'égard de chacune des expéditions en question—L'art. III(8) des Règles s'applique aux lettres d'extension qui ne constituent pas un contrat distinct et séparé du contrat de transport maritime—La clause 4 des connaissements constitue une clause contractuelle dont découlent directement les lettres d'extension—Celles-ci doivent être considérées comme un avenant aux contrats de transport maritime initiaux et comme formant partie intégrante de ces contrats—Dans la mesure où la clause 4 des lettres d'extension a pour effet d'obliger les demanderesse à instituer leur recours dans une juridiction où une limite de responsabilité inférieure à celle prévue par les Règles de La Haye-Visby est en vigueur, elle est nulle et sans effet par application de l'art. III(8)—Requêtes des demanderesse accueillies—Loi sur le transport des marchandises par eau, L.C. 1993, ch. 21, art. 7—Règles de La Haye-Visby, L.C. 1993, ch. 21, Ann. I, art. III(8).

SIDMAR N.V. C. FEDNAV INTERNATIONAL LTD.  
(T-1260-96, T-1378-96, T-1379-96, juge Tremblay-Lamer, décision en date du 11-10-96, 15 p.)

**DROITS DE LA PERSONNE**

Demande de contrôle judiciaire du rejet, par le Tribunal des droits de la personne, d'une plainte de discrimination—La plaignante était au service de la Société Radio-Canada (SRC) à titre de stagiaire en journalisme télévisé, dans le cadre du Native Career Development Program—La plaignante, inscrite à un programme de réadaptation pour alcoolodépendance, n'avait pas suivi avec assiduité la formation dispensée—Elle n'avait jamais révélé son alcoolodépendance à la SRC, ni montré de signes de consommation abusive d'alcool durant les heures de travail—La plaignante

**DROITS DE LA PERSONNE—Suite**

a été congédiée—La Commission a présenté plusieurs demandes procédurales devant le Tribunal, qui les a toutes rejetées—La Cour a conclu que dans aucune décision procédurale, le Tribunal n'avait commis un déni d'équité procédurale—L'art. 55 de la Loi canadienne sur les droits de la personne (LCDP) habilite la Cour à considérer si la partie requérante dispose ou non d'autres recours plus appropriés que ceux que prévoient les art. 18 et 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale—La commodité de l'autre recours, la nature de l'erreur et les pouvoirs de la juridiction d'appel sont des facteurs dont il faut tenir compte—En l'espèce, il était plus commode de porter l'appel devant le tribunal d'appel, qui est investi de plus de pouvoirs que la Cour qui procède aux contrôles judiciaires—La Commission requérante aurait dû se prévaloir du processus d'appel prévu par la loi—Il existait donc un autre recours approprié, et la demande devait être rejetée—Le Tribunal n'avait pas plus excédé sa compétence en rejetant la plainte parce que la preuve sur laquelle la Commission avait fondé sa décision de déposer la plainte dans le délai prévu à l'art. 41 de la LCDP ne révélait pas un motif raisonnable de priver la SRC du bénéfice du délai de prescription prévu—L'art. 41e) confère à la Commission le pouvoir préliminaire, procédural, de passer outre au délai de prescription de base d'un an—Ce pouvoir n'est pas absolu, et le droit qu'a la partie intimée au bénéfice du délai de prescription est un droit de fond que la Commission ne peut modifier arbitrairement—La décision de prolonger le délai peut être contrôlée par le Tribunal pour juger si elle est valable—Le Tribunal a conclu avec raison que l'obligation d'assiduité que la SRC imposait aux stagiaires était une exigence professionnelle justifiée (EPJ)—Il incombait à la plaignante de faire la preuve que l'employeur était au courant de sa vulnérabilité et a quand même continué d'agir de manière discriminatoire contre elle—La plaignante n'a jamais montré de signes de consommation abusive d'alcool—La décision de congédier la plaignante reposait donc sur le simple fait qu'elle n'avait pas suivi le programme de formation—Les conclusions du Tribunal selon lesquelles la plaignante ne souffrait pas d'une dépendance envers l'alcool au sens de l'art. 25 de la LCDP ou que la SRC s'était acquittée de l'obligation d'accommodement jusqu'au point de subir une contrainte excessive n'étaient entachées d'aucune erreur—Ces conclusions étaient convenablement étayées par la preuve—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 25 (mod. par L.C. 1992, ch. 22, art. 13), 41e), 55.

CANADA (COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE)  
C. SOCIÉTÉ RADIO-CANADA (T-2503-94, juge Muldoon,  
ordonnance en date du 4-10-96, 45 p.)

Demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision rendue par la Commission canadienne des droits de la personne—Le 18 avril 1991, la Commission a rejeté la plainte de la requérante selon laquelle le Service canadien des pénitenciers aurait commis un acte discriminatoire fondé

**DROITS DE LA PERSONNE—Suite**

sur le sexe, en n'intervenant pas pour faire cesser le harcèlement sexuel dont la requérante faisait l'objet et un autre acte discriminatoire résultant de son refus de la garder à son emploi en raison d'une déficience mentale—La décision du juge Pinard rejetant la demande de contrôle judiciaire de la requérante en raison que certaines observations du Service ne lui avaient pas été communiquées fut portée en appel—La Cour d'appel a conclu que la Commission n'avait pas respecté les règles d'équité procédurale en ne permettant pas à la requérante de répliquer aux observations dont elle n'avait pas eu connaissance—Le dossier fut retourné à la Commission afin qu'elle réexamine le dossier à la lumière de la réplique de la requérante—À une deuxième reprise, la Commission rendit sa décision sans avoir fait parvenir à la requérante une lettre des observations et un rapport déposés tardivement par le Service auprès de la Commission—Dans ses observations en date du 14 septembre 1994 le Service a tout simplement reformulé les arguments qu'il avait fait précédemment—En l'espèce, la requérante a eu l'opportunité de présenter tous ses arguments relativement aux faits pertinents de l'enquête et des observations faites par le Service en rapport avec ces faits pertinents—La Commission n'a donc pas omis de respecter les règles d'équité procédurale en ne divulguant pas à la requérante les dernières observations du Service—De plus, la Commission n'avait aucune obligation de motiver sa décision—Le Parlement n'a imposé à la Commission qu'avec parcimonie le fardeau de motiver ses décisions et cela en des cas bien spécifiques—À deux reprises, la requérante a appris, après avoir déposé une demande de contrôle judiciaire, que la Commission avait reçu des observations du Service qui ne l'avaient pas été communiquées—Demande rejetée, les frais étant adjugés en faveur de la requérante.

MERCIER C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)  
(T-2801-94, juge Nadon, ordonnance en date du 3-9-96,  
16 p.)

Demande de contrôle judiciaire à l'égard d'une décision par laquelle la CCDP a rejeté la plainte de discrimination que le requérant avait déposée contre les Forces armées canadiennes—Son rendement ayant été jugé faible dans les rapports d'appréciation du personnel, le requérant n'a pas été recommandé en vue d'une promotion—Le commandant a demandé au requérant de se soumettre à une évaluation psychologique—D'après le diagnostic, le requérant souffrait d'un problème de personnalité compulsive et aucune psychothérapie ne pourrait vraiment l'aider—Le requérant a été libéré contre sa volonté pour des motifs d'ordre médical—Dans leurs rapports, un psychologue et un psychiatre indépendants ont conclu à l'absence d'éléments de preuve établissant l'existence d'un trouble de la personnalité particulier—Le requérant a déposé un grief auprès des FAC—Il a également déposé auprès de la Commission canadienne des droits de la personne une plainte dans laquelle il a allégué qu'il avait des motifs de croire qu'un

**DROITS DE LA PERSONNE—Suite**

acte discriminatoire fondé sur une déficience (trouble de la personnalité perçu) avait été commis à son endroit, contrairement à l'art. 7 de la Loi canadienne sur les droits de la personne—La Commission a désigné un enquêteur et le grief a été accueilli par le chef d'état-major de la Défense—L'intimé a offert au requérant de le réenrôler, de retirer de son dossier le rapport d'appréciation concernant son faible rendement et d'appuyer sa demande d'indemnité à l'égard du salaire et des allocations qu'il avait perdus depuis sa libération, déduction faite des montants qu'il avait reçus au titre du revenu d'emploi comme civil et des prestations d'assurance-chômage—Le requérant a refusé l'offre de l'intimé et a demandé la réintégration plutôt que la possibilité de se réenrôler ainsi que le retrait de son dossier des demandes d'évaluation et des évaluations psychologiques et psychiatriques dont il avait fait l'objet—Aucun règlement n'a été conclu et l'enquêteur a recommandé qu'un conciliateur soit désigné—Le conciliateur a été incapable d'en arriver à un règlement et la Commission a avisé le requérant qu'une enquête par un tribunal aux termes de l'art. 49 de la Loi n'était pas justifiée—Le requérant a présenté une demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision de la Commission—Le requérant a soutenu que, lorsqu'elle rejette une plainte, la Commission exerce une fonction purement administrative, mais que, en décidant de rejeter après la conciliation la plainte qu'il avait déposée parce que l'offre de règlement était raisonnable, elle a exercé une fonction quasi judiciaire que seul le Tribunal pouvait exercer et qui était donc assujettie à l'examen de la Cour fédérale—Le requérant a ajouté que la Commission n'aurait pas dû tenir compte du résultat du grief et que sa décision était futile et arbitraire et reposait sur des facteurs non pertinents, l'intimé ayant admis à plusieurs reprises que la plainte de discrimination était valable—De plus, le requérant a reproché à la Commission de l'avoir pénalisé parce qu'il avait refusé une offre de règlement, empêchant de ce fait l'examen du bien-fondé de sa plainte—Les règles que la Commission canadienne des droits de la personne applique à l'examen des plaintes sont énoncées aux art. 40 à 49 de la Loi—Lorsque la conciliation échoue, la Commission n'est pas tenue de renvoyer l'affaire à un Tribunal—La Commission peut rejeter la plainte conformément à l'art. 44(3) de la Loi—Lorsqu'elle rejette une plainte, la Commission doit se conformer à son devoir d'équité—Il appert du dossier que la Commission a tenu compte de tous les éléments de preuve pertinents, y compris le fait que l'offre de règlement avait été refusée—La Commission doit atteindre un équilibre entre les facteurs découlant de son rôle lié à l'ordre public et la nécessité pour les plaignants de voir leurs plaintes jugées—De plus, l'offre de règlement a été présentée au requérant dans le contexte de sa plainte relative aux droits de la personne et aucun élément du dossier n'indique que le caractère raisonnable de la plainte du requérant est le seul facteur dont la Commission a tenu compte pour rejeter celle-ci—Enfin, les admissions de l'intimé selon lesquelles la plainte du requérant était valable concernaient le grief qu'il

**DROITS DE LA PERSONNE—Fin**

avait déposé et non sa plainte relative aux droits de la personne—L'intimé n'a jamais admis que l'allégation de discrimination du requérant était bien fondée—La demande est rejetée—Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. (1985), ch. H-6, art. 44(3) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 31, art. 64).

GARNHUM C. CANADA (SOUS-PROVISEUR GÉNÉRAL DU CANADA) (T-3024-94, juge Noël, ordonnance en date du 2-10-96, 22 p.)

**ENVIRONNEMENT**

Requête en *mandamus* visant à ordonner au ministre des Transports, de procéder, conformément aux art. 5, 11, 14 et suivants de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCEE), à l'évaluation environnementale du projet d'Aéroports de Montréal (ADM) de «libéraliser» l'assignation des vols réguliers internationaux—Les requérants membres de la société sans but lucratif «Citoyens pour une qualité de vie» sont propriétaires ou occupants d'immeubles situés dans les municipalités de Pointe-Claire et Ville Saint-Laurent, à l'intérieur du corridor aérien utilisé par les avions desservant l'aéroport de Dorval—L'intervenante ADM est l'organisme chargé d'administrer les aéroports internationaux de Montréal situés à Dorval et à Mirabel—Par bail foncier conclu le 31 juillet 1992, Sa Majesté du Chef du Canada a loué à l'intervenante pour une période de 60 ans le système intégré de l'aéroport international de Montréal (Dorval et Mirabel)—Le 20 février 1996, ADM a annoncé publiquement son projet de «libéraliser», à compter d'avril 1997, l'assignation des vols réguliers internationaux en vue de laisser aux compagnies aériennes le choix de diriger leurs vols internationaux réguliers vers Dorval ou Mirabel—Le 2 mai 1996, les requérants ont mis le ministre des Transports en demeure de déclencher le processus d'évaluation environnementale prévu à la LCEE mais celui-ci a refusé de donner suite à leur demande—La seule question en litige est de savoir si le ministre est tenu de mener une évaluation environnementale en vertu de l'art. 5(1)(a), b) ou c) de la LCEE—Pour que le ministre soit le promoteur du projet de ADM au sens de la Loi, il faudrait qu'il ait, par son silence face au projet de ADM, de fait proposé ledit projet—Le sens du mot «promoteur» qui a été retenu par le législateur dans le cadre de la LCEE est restreint—Le promoteur d'un projet est celui qui le propose—Le ministre n'a pas de près ou de loin proposé le projet, ni en totalité ni en partie—C'est ADM qui a décidé de libéraliser les vols et de mettre son projet de l'avant—L'art. 5(1)(a) de la Loi ne s'applique donc pas—Quant à l'art. 5(1)(b), les requérants reconnaissent que l'aide financière ne peut avoir été concédée dans le but d'aider ADM à mettre son projet en œuvre puisqu'en 1992, le projet n'était pas encore conçu et que personne ne l'avait à l'esprit—Pour qu'une aide financière donne lieu à l'application de l'art. 5(1)(b), elle doit avoir été avancée ou

**ENVIRONNEMENT—Suite**

concédée «en vue» du projet que l'on désire assujettir à une évaluation environnementale—Il est acquis en l'espèce que l'aide financière n'a pu être concédée «en vue» du projet—L'application de l'art. 5(1)(c) est également exclue puisqu'il est admis qu'aucune des parties en cause n'avait en vue le projet de ADM lors de la signature du bail et qu'il n'existe à l'heure actuelle aucun immeuble susceptible de rétrocession—L'art. 5 de la Loi ne peut donc pas s'appliquer—Requête rejetée—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 5, 11, 14.

GHALI C. CANADA (MINISTRE DES TRANSPORTS) (T-1153-96, juge Noël, ordonnance en date du 24-10-96, 20 p.)

Appel formé contre le rejet par la Section de première instance de la demande de contrôle judiciaire de la décision du directeur du parc national Banff et du directeur de la région de l'Ouest de Parcs Canada de conclure un accord de construction avec Sunshine Village Corporation, demande fondée sur le motif que Parcs Canada devait soumettre un élément d'un plan d'aménagement plus vaste (le projet de Goat's Eye Mountain) à une évaluation environnementale conformément au Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (le Décret) ((1994), 84 F.T.R. 273)—L'appel vise également le refus d'invalider la décision du ministre de l'Environnement d'approuver la proposition d'aménagement à long terme présentée par Sunshine et le refus d'ordonner au ministre responsable des Parcs nationaux de soumettre cette proposition à une évaluation environnementale conformément au Décret—Appel est également interjeté contre le rejet par la Section de première instance de la demande de contrôle judiciaire présentée par Sunshine et contestant la formation d'une commission d'évaluation du plan d'aménagement étant donné que le plan avait été approuvé par le ministre responsable—Sunshine et Parcs Canada avaient signé, en 1978, une entente prévoyant les modalités d'aménagement de la région de ski—Le Décret est entré en vigueur en 1984—Parcs Canada et Sunshine ont signé, en 1986, une entente intitulée «Lignes directrices sur l'aménagement à long terme de 1986»—Sunshine a retiré des modifications proposées à son plan par suite de la conclusion de Parcs Canada qu'elles entraîneraient des effets néfastes pour l'environnement—Un plan modifié a été soumis à l'approbation du ministre de l'Environnement en 1992—Au mois d'août 1992, le ministre l'a approuvé en termes ambigus et a conclu qu'il n'était pas nécessaire de suivre le processus de consultation publique complet car la proposition était substantiellement la même que celle de 1978, qui avait fait l'objet d'une consultation—En février 1993, l'évaluation environnementale du plan d'aménagement de Goat's Eye Mountain a été approuvée et acceptée par Parcs Canada dans une décision d'examen préalable—L'organisme a conclu qu'aucune consultation n'était nécessaire, parce qu'il s'agissait d'un élément d'un plan plus

**ENVIRONNEMENT—Suite**

vaste qui avait été approuvé en 1978—Le juge Desjardins, J.C.A. (le juge Stone, J.C.A., y souscrivant): Quant à la question préliminaire de la qualité pour agir, Parcs Canada et la Société en jouissaient—Le libellé de l'art. 18.1 de la Loi sur la Cour fédérale donne à la Cour le pouvoir discrétionnaire de reconnaître la qualité pour agir quand les circonstances particulières de l'espèce et le type d'intérêt qu'a le requérant justifient cette reconnaissance et qu'il y a une question à trancher—Le bail de 1981 n'a conféré aucun droit qui viendrait soustraire les éléments non construits à l'application du Décret—La commission créée en 1995 en vertu de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale a été valablement constituée—L'appel est rejeté, mais aucuns dépens ne sont adjugés car l'appelante a, en définitive, gain de cause—Les événements ont enlevé leur raison d'être à la plupart des mesures qu'elle demandait—Le successeur du ministre en fonction en 1992 a ordonné un examen par une commission d'évaluation environnementale—La phase I du projet étant maintenant achevée, la question du pouvoir de contracter ne se pose plus—La lettre d'approbation signée par le ministre en 1992 est ambiguë—L'évaluation environnementale préliminaire de 1992 appuyant l'approbation du ministre est nuancée—Elle ne déterminait pas si les effets sur l'environnement étaient minimes, pouvaient être atténués ou étaient inconnus, importants ou inacceptables, aux termes du Décret—Il faut analyser les modifications de 1992 en fonction des normes de 1992—L'évaluation n'est pas liée par les normes de 1978—Il ne fait aucune doute que les ministres responsables subséquents avaient le pouvoir résiduel d'agir en vertu de l'art. 13 du Décret—La commission environnementale créée en 1995 est donc valablement constituée—Les phases II et III du projet de construction n'ont pas atteint le stade de la mise en œuvre—Il s'agit encore de propositions au sens du Décret—Les dispositions transitoires de la Loi canadienne sur l'évaluation environnementale prévoient que la Loi s'applique à toute proposition soumise à un examen public sous le régime du Décret—Le juge McDonald, J.C.A., dissident (souscrivant à l'opinion de la majorité sur la question de la qualité de la Société pour agir): les ministres subséquents ne jouissaient pas du pouvoir résiduel de constituer une nouvelle commission en vertu du Décret ou de la LCEE—La lettre de 1992 du ministre constitue une approbation finale du plan—Son libellé indique clairement qu'il rejetait la nécessité d'une autre consultation publique—Les passages ambigus de la lettre doivent être vus comme portant sur la façon de mettre le plan en œuvre et non sur l'opportunité de le faire—De plus, Sunshine et Parcs Canada ont agi comme s'ils avaient obtenus une approbation finale jusqu'à l'intervention de la Société—Le plan avait été soigneusement examiné par le Ministère, et des études étaient effectuées depuis 1978—Sunshine devrait pouvoir faire fond sur les approbations reçues et aller de l'avant—Comme le plan avait obtenu une approbation définitive, les ministres subséquents ne jouissaient d'aucun pouvoir résiduel, et la commission constituée en 1995 n'était pas

**ENVIRONNEMENT—Fin**

légalement établie—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1 (édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5)—Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement, DORS/84-467, art. 13—Loi canadienne sur l'évaluation environnementale, L.C. 1992, ch. 37, art. 74(1),(2).

SOCIÉTÉ POUR LA PROTECTION DES PARCS ET DES SITES NATURELS DU CANADA C. CANADA (DIRECTEUR DU PARC NATIONAL BANFF) (A-586-94, juge Desjardins, juge McDonald dissident, jugement en date du 29-8-96 47 p.)

**FONCTION PUBLIQUE****APPELS**

Contrôle judiciaire à l'égard d'une décision par laquelle le Comité d'appel de la Commission de la fonction publique a rejeté un appel fondé sur l'art. 21 de la Loi sur l'emploi dans la fonction publique à l'encontre de certaines promotions—L'art. 21 de la Loi permet à tout candidat non reçu d'interjeter appel de la nomination—Le requérant est un scientifique du Centre national de recherche en hydrologie (CNRH), dont le comité fait une première sélection des candidats en se fondant sur la norme de classification et d'avancement—Si le candidat franchit cette étape, son dossier est acheminé au comité de l'avancement du Service de la conservation et de la protection (comité C&P)—Si le candidat respecte la norme de classification, le comité C&P le recommande auprès du comité de l'avancement du ministère (CAM), qui procède aux nominations conformément à l'art. 10(1) de la Loi—En 1992, le comité C&P a rejeté la demande de promotion du requérant au motif qu'il ne respectait pas le critère du leadership—Étant donné qu'aucun autre candidat n'a obtenu de promotion, la décision n'a pas été portée en appel—En 1993, le comité d'examen du CNRH a conclu que la demande du requérant ne respectait pas le critère du leadership et ne l'a pas recommandée auprès du comité C&P—Trois autres scientifiques du Service de l'environnement atmosphérique (SEA) ont été promus—Le requérant a interjeté appel de ladite promotion—Rejetant l'appel, le comité d'appel a conclu que le comité du CNRH avait le droit d'examiner uniquement les aptitudes de leadership du requérant pour déterminer si un changement était justifié au niveau du C&P—De plus, le comité d'appel a conclu que la promotion de 1992 n'était pas visée par l'appel et que, par conséquent, en l'absence de preuve indiquant le contraire, elle était réputée bien fondée—La demande est rejetée—Le comité d'appel a pour tâche de déterminer si les promotions ont été accordées selon le principe du mérite—Il n'a pas la compétence voulue pour réévaluer le mérite d'un candidat—Le comité d'appel doit déterminer si le CNRH a évalué le mérite de façon raisonnable—(1) Le comité d'appel a eu raison de refuser de

**FONCTION PUBLIQUE—Suite**

se prononcer sur le bien-fondé de la décision rendue par le C&P en 1992—L'art. 21 de la Loi permet au comité d'appel uniquement de confirmer ou de révoquer des nominations—Le comité d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant que le comité du CNRH avait agi de façon raisonnable lorsqu'il a statué que le requérant ne respectait pas le sous-critère du leadership dans l'application des programmes—Le CNRH n'avait aucune raison de procéder à une toute nouvelle évaluation de la demande de promotion du D' Kite, la norme n'ayant pas été modifiée, ni la demande du requérant—Il n'y a pas lieu, à ce stade, d'examiner l'équité de l'existence d'un palier supplémentaire (le comité du CNRH) pour les scientifiques évalués par le comité C&P, lequel palier n'existait pas dans le cas des scientifiques dont la demande était examinée par le SEA, lorsqu'il n'est pas prouvé que le système allait à l'encontre de l'équité procédurale—Le comité d'appel a eu raison de conclure que le comité du CNRH avait bien appliqué la norme—Un autre organisme de révision en serait peut-être arrivé à une conclusion différente, mais l'évaluation par le comité d'appel de la décision du CNRH, qui est fondée sur les faits, ne constitue pas une erreur de droit susceptible de révision—La méthode du comité d'appel ne constitue pas une erreur de droit—La promotion aurait dû se dérouler selon la procédure de l'art. 10(2) de la Loi, ce qui nécessitait une délégation par la Commission de la fonction publique, mais le comité d'appel a eu raison de procéder à une analyse sous le régime de l'art. 10(1), parce que la demande de promotion a été examinée aux termes de cette disposition—Loi sur l'emploi dans la fonction publique, L.R.C. (1985), ch. P-33, art. 10 (mod. par L.C. 1992, ch. 54, art. 10), 21 (mod., *idem*, art. 16).

KITE C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-1143-95, juge Muldoon, ordonnance en date du 29-10-96, 10 p.)

Recours en contrôle judiciaire contre la décision interlocutoire du comité d'appel de la fonction publique—Les intimés sont les candidats malheureux dans divers concours au sein de Revenu Canada, ayant échoué à l'exercice in-basket de supervision (EIBS)—Le Ministère a présenté des conclusions écrites au comité d'appel pour l'engager à protéger la confidentialité de l'EIBS à certains égards—Le comité d'appel a fait droit à la demande du Ministère que les documents confidentiels soient gardés dans un dossier à part, mais a refusé de s'engager à ne pas les reproduire en tout ou en partie dans sa décision—Il a aussi décidé que les documents seraient restitués juste après l'expiration du délai d'appel de 30 jours, et que le public serait exclu des débats portant sur l'EIBS—Les intimés et les intervenants pourraient cependant y assister—Le comité d'appel note que l'EIBS doit être protégé autant que possible et qu'il faut prévenir l'accès indu à ses éléments confidentiels—Des mesures spécifiques ont été ordonnées pour protéger l'EIBS

**FONCTION PUBLIQUE—Fin**

au cours de l'audience—En l'espèce, il appartient au comité d'appel de décider des modalités de communication des documents confidentiels—Il appartient à la Cour de juger s'il y a eu erreur de droit justifiant son intervention—Le requérant soutient que le comité d'appel n'a pas appliqué les règles de droit de manière à réconcilier les droits et intérêts opposés des parties en matière de communication et le droit de se faire entendre—Étant donné la nature contradictoire de la procédure, le comité d'appel doit trancher certaines questions, y compris les objections relatives à la confidentialité—Il doit jouir d'une certaine latitude dans la définition de ses propres pratique et procédure—Le comité d'appel n'a pas commis une erreur en décidant que les appelants avaient le droit d'être présents à l'audition de leur propre appel—Il a pris en considération la question des intérêts publics en jeu, y compris le coût de mise au point du test et la nécessité de prévenir l'accès indu aux éléments confidentiels de ce test—Il a imposé diverses garanties procédurales en vue de protéger la confidentialité de l'EIBS, tout en préservant le droit des intimés et des intervenants de se faire pleinement entendre—Les dispositions de l'ordonnance de confidentialité varient selon le cas d'espèce; elles sont subordonnées aux points litigieux et au régime légal considérés par l'autorité juridictionnelle—Que les garanties imposées par le comité d'appel ne soient pas exécutables ne signifie pas qu'il y ait eu erreur de droit—Demande rejetée.

CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) C. THOMPSON (T-2545-95, juge Weiston, ordonnance en date du 9-10-96, 10 p.)

Appel formé contre une ordonnance par laquelle le juge des requêtes a statué que la décision de tenir un concours public était nulle pour être entachée de mauvaise foi et de considérations non pertinentes—Le rôle de la Cour n'est pas de corriger des «impressions» que pourrait créer la lecture des motifs du juge—Le droit d'appel de l'appelant est limité par l'art. 27(1) de la Loi sur la Cour fédérale au dispositif du jugement—Les motifs eux-mêmes ne peuvent pas faire l'objet d'un appel—Appel rejeté avec dépens—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 27(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 7).

CANADA (COMMISSAIRE DE LA GENDARMERIE ROYALE DU CANADA) C. ETHIER (A-339-95, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 1-10-96, 2 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU****CALCUL DU REVENU**

Indemnités d'assurance des employés—Appel formé contre un jugement de la Cour de l'impôt considérant

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

comme un revenu imposable des sommes que le demandeur, qui était employé d'une brasserie et régi par une convention collective, avait reçues en 1979 et 1982 respectivement pour cause de maladie ou de blessures—Le demandeur a soutenu que les sommes versées ne constituaient pas un revenu imposable parce qu'elles n'avaient pas été versées périodiquement conformément à l'art. 6(1)f) de la Loi de l'impôt sur le revenu mais à titre de rémunération conformément à l'art. 6(3) et que la brasserie avait agi comme fiduciaire en déboursant les fonds du demandeur—Le demandeur a invoqué les arrêts *Cunningham c. Wheeler*; *Cooper c. Miller Shanks c. McNee*, [1994] 1 R.C.S. 359, où des versements faits par un employeur conformément à la convention collective ont été considérés comme ayant été payés par l'employé si ce dernier avait renoncé à un salaire plus élevé ou à d'autres avantages dans le processus de négociation—La défenderesse a allégué que le demandeur avait reçu d'un assureur des versements en raison d'une maladie, versements qui avaient été effectués périodiquement pour perte de revenu tiré d'un emploi, conformément à un régime d'assurance contre la maladie ou les accidents auquel l'employeur avait contribué mais non l'employé—Appel rejeté—Tant que le contrat concerné exige que les paiements se fassent de façon périodique, le caractère périodique de ces paiements n'est pas modifié du fait qu'ils ne sont pas versés à temps—L'intention du législateur, à l'art. 6 de la Loi, est de désigner comme revenu imposable toutes les sommes que le contribuable a reçues de son employeur en vertu de son emploi, sauf certaines exceptions—L'art. 6(1)f)(i) devrait être interprété d'une façon conforme à cette intention—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 6(1)f), (3).

LEONARD C. CANADA (T-651-87, juge Joyal, jugement en date du 13-9-96, 7 p.)

Appel d'une décision du juge de première instance ((1995), 103 F.T.R. 292) selon laquelle les paiements faits à l'intimée ne constituaient pas une «forme d'aide» au sens des art. 12(1)x)(iv), 127(11.1) et 127(9) de la Loi de l'impôt sur le revenu—Le gouvernement de l'Alberta fournissait de la technologie et versait des fonds à l'intimée en vertu d'une entente concernant la recherche sur le charbon—Le gouvernement a obtenu à court terme une participation, mais il était tenu de vendre cette participation à l'intimée si le projet se révélait commercialement viable pour une contrepartie équivalant au montant de sa contribution majorée des intérêts—Si le projet s'avérait n'avoir aucune valeur commerciale, le gouvernement n'avait droit à rien—Selon le libellé de la Loi, les paiements effectués correspondaient à une prime, un prêt à remboursement conditionnel ou toute autre forme d'aide—Ces paiements ne peuvent pas non plus être considérés comme ayant été faits pour acquérir un droit dans un bien aux termes de l'art. 12(1)x)(viii)—Appel accueilli—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch.

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

63, art. 12(1)x)(iv) (mod. par L.C. 1990, ch. 45, art. 39(1)), (viii), 127(11.1), 127(9).

CANADA C. CCLC TECHNOLOGIES INC. (A-801-95, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 19-9-96, 4 p.)

*Déductions*

Appel d'un jugement de la Cour canadienne de l'impôt qui rejetait l'appel de la demanderesse à l'encontre des avis de nouvelle cotisation émis par le ministre du Revenu national pour les années d'imposition 1985 et 1986—La demanderesse exploite une concession General Motors à Drummondville depuis 1974 (G.M. Ltée)—La société Pinard Ltée exploitait une concession Ford et dispensait des services similaires à ceux offerts par la demanderesse—En 1982, en raison de sérieuses difficultés financières, Pinard Ltée n'eut d'autre choix que de se départir de sa concession Ford—Avant le mois de juin 1984, Pinard Ltée avait disposé de tous ses actifs tangibles, incluant son immeuble—En 1985, G.M. Ltée et Pinard Ltée furent fusionnés et la demanderesse naquit de cette fusion—La demanderesse réclame en déduction de ses revenus imposables à titre de pertes autres qu'en capital, les pertes accumulées par l'entreprise qu'exploitait Pinard Ltée, c'est-à-dire la somme de 429 175 \$ pour l'année 1985 et la somme de 380 174 \$ pour l'année 1986—Il faut interpréter l'art. 111(5) de la Loi de l'impôt sur le revenu pour déterminer si l'entreprise qu'exploitait Pinard Ltée a été exploitée par la demanderesse à profit ou dans une attente raisonnable de profit tout au long des années d'imposition 1985 et 1986—Le ministère du Revenu national a refusé à la demanderesse la déduction des pertes en question—Le juge de la C.C.I. a rejeté l'appel de la demanderesse au motif que le seul emploi par une entreprise d'un homme-clé provenant d'une autre entreprise ne peut signifier la continuation de cette dernière entreprise—Aucune activité commerciale de Pinard Ltée ne s'est poursuivie après octobre 1984—Les seules activités commerciales de l'année furent les ventes sur papier qui eurent lieu de juillet à octobre—Le but de l'art. 111(5) n'est pas en soi le report des pertes mais le renforcement ou la survie d'une entreprise en déclin—Le législateur n'a pas voulu permettre à une entreprise d'acheter à un prix minime une autre entreprise et de déduire les pertes énormes de la première dans une entreprise similaire alors qu'elle n'exploite plus de toute évidence cette première entreprise—L'emploi de M. Pinard et de son fils comme vendeurs chez Montplaisir Ltée n'est pas en soi un fait suffisant pour permettre d'affirmer que l'entreprise qu'exploitait Pinard Ltée a été continuée ou réanimée—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 111(5)a) (mod. par S.C. 1984, ch. 1, art. 54; 1985, ch. 45, art. 57).

GARAGE MONTPLAISIR LTÉE C. CANADA (T-2812-92, juge Tremblay-Lamer, jugement en date du 17-10-96, 9 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

Appel d'un jugement rejetant l'appel concernant le refus du ministre d'accorder pour les années d'imposition 1980 à 1983 certains coûts accessoires ayant trait à un immeuble résidentiel à logements multiples (IRLM) dans lequel le contribuable avait investi—Le juge de première instance a fondé sa décision sur la conclusion selon laquelle les divers contrats conclus entre le contribuable, le promoteur et d'autres personnes étaient assujettis à certaines conditions suspensives qui n'ont pas été respectées et que, de ce fait, il est impossible que le titre de propriété ait été transféré aux investisseurs—Appel accueilli—Il n'y a pas de véritables conditions suspensives dans les contrats en question—L'appelant a donc acquis un intérêt bénéficiaire dans la propriété—Il n'y a pas de fondement à la prétention de l'intimé selon laquelle le fait que le promoteur n'ait pas respecté l'art. 50(6) de la Real Estate Act a pour effet d'annuler les contrats—L'art. 62 a simplement pour effet de rendre le contrat inopposable à l'acquéreur, à l'initiative du promoteur—L'argument selon lequel les différents contrats, ayant été signés sous le sceau des parties, sont inopposables aux investisseurs n'a pas non plus de fondement—Que ce soit à titre d'associés anonymes ou de bénéficiaires d'une fiducie, il est clair que les investisseurs avaient l'intention d'acquérir un intérêt bénéficiaire en passant le contrat, et c'est ce qui s'est effectivement produit—Appel accueilli—Real Estate Act, R.S.B.C. 1979, c. 356, art. 50(6) (mod. par S.B.C. 1981, c. 28, art. 9), 62 (mod., *idem*, art. 22).

GREENWAY C. CANADA (A-392-91, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 18-9-96, 4 p.)

Appel contre le jugement de la C.C.I. qui a fait droit à l'appel de l'intimée et annulé la cotisation établie le 18 février 1992 par le ministre pour lui réclamer le paiement de la dette fiscale de 323466 B.C. Ltd. (466) pour l'année d'imposition de cette dernière, clôturée le 7 mai 1988—En septembre 1988, l'intimée a acquis toutes les actions de 466—Le 28 décembre 1988, elle l'a liquidée et en a réparti les biens—En août 1993, 466 a été rétablie au registre des compagnies en Colombie-Britannique à la demande de l'intimée, ce qui fait qu'elle est réputée avoir toujours été en exploitation—En calculant son revenu imposable pour l'année d'imposition clôturée le 7 mai 1988, 466 a déduit 1 594 828 \$ comme étant sa part d'une perte tenant à la coentreprise Grand Bell—Le ministre a autorisé la déduction de la perte Grand Bell à la fois dans la cotisation initiale du 9 mars 1989 et dans la nouvelle cotisation du 4 juillet 1989—Il ne peut pas la rejeter maintenant en raison de la prescription légale—466 a fait l'objet à la fois d'une cotisation et d'une nouvelle cotisation à l'égard de son année d'imposition 1988—Comme il n'y avait ni fraude ni fausse déclaration, aucune autre cotisation n'a pu être établie contre elle après le 9 mars 1992—Une fois établie, et si elle n'est pas modifiée par l'autorité compétente, la cotisation a pour effet de fixer cette dette fiscale—Du moment que la cotisation ne peut plus être modifiée ou annulée sur opposi-

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

tion ou appel et qu'aucune autre cotisation ne peut être établie, elle est réputée être valide et exécutoire vis-à-vis à la fois du contribuable et du ministre—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 159(2) (mod. par S.C. 1985, ch. 45, art. 90(1)), (3) (mod., *idem*).

CANADA C. WESTBROOK MANAGEMENT LTD. (A-790-95, juge Hugessen, J.C.A., jugement en date du 5-11-96, 7 p.)

**EXEMPTIONS**

Appel interjeté contre la nouvelle cotisation établie à l'égard de l'année d'imposition 1978 de la demanderesse—La question litigieuse consiste à savoir si la mention «revenu exonéré» aux art. 21(1) à (4) de la Loi de l'impôt sur le revenu comprend le revenu exclu du calcul du revenu de la contribuable en vertu de l'art. 28 des Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu (les RAIR)—À l'époque concernée, la demanderesse exploitait une mine à ciel ouvert à Kamloops (C.-B.)—La mine produisait principalement du cuivre et du molybdène—À des fins fiscales, la mine a commencé à produire à l'échelle commerciale le premier septembre 1972—De 1969 à 1973 inclusivement, la demanderesse a emprunté des sommes considérables en vue de son entreprise minière—Par avis de nouvelle cotisation daté du 3 juin 1982, le défendeur a établi une nouvelle cotisation à l'égard de l'année d'imposition 1978 de la demanderesse au montant de 2 610 826,25 \$ à l'égard de l'impôt fédéral et de 2 888 179,35 \$ à l'égard de l'impôt provincial—La demanderesse s'est opposée à la totalité de la nouvelle cotisation établie à l'égard de l'impôt fédéral pour l'année 1978—La demanderesse avait-elle le droit de capitaliser ses frais d'intérêt et de les convertir en frais d'exploration, de prospection et d'aménagement?—On ne peut déduire l'intérêt à payer en raison de l'acquisition d'un revenu exonéré d'impôt conformément à l'art. 20(1)c)(i) de la Loi—L'intérêt ne peut être déduit dans le calcul du revenu que si les critères de l'art. 20(1)c) de la Loi sont respectés—Il n'y a pas désaccord entre les parties quant à l'applicabilité de l'ancien art. 28 des RAIR à la demanderesse du premier septembre 1972 au 31 décembre 1973—Le différend porte sur l'effet de l'art. 28 dans la Loi—Sur le fondement de l'interprétation des lois, de la jurisprudence et du bon sens, l'expression «ne doit pas être inclus dans le calcul du revenu» à l'art. 28 des RAIR a le même sens que les mots «revenu exonéré» au sens que leur donne la Loi—Les RAIR ne font pas partie de la Loi, mais d'un texte législatif distinct du Parlement du Canada—L'art. 81(1)a) de la Loi est une disposition qui autorise les exclusions du revenu précisées dans les RAIR—L'art. 28(1) des RAIR est une exemption statutaire conformément à l'art. 81(1)a) de la Loi—Le montant exclu du revenu par l'art. 28(1) des RAIR est, en raison d'une disposition de la Partie I de la Loi, définissable comme étant un revenu

**IMPÔT SUR LE REVENU—Suite**

exonéré visé à l'art. 248(1)—La mention «revenu exonéré» dans chacun des art. 21(1) à (4) de la Loi comprend le revenu exonéré d'impôt en vertu de l'ancien art. 28 des RAI—En se prévalant des choix prévus à l'art. 21 de la Loi, la demanderesse a cherché à maximiser son revenu durant la période d'exonération allant du premier septembre 1972 au 31 décembre 1973, et à minimiser son revenu pour la période postérieure à celle d'exonération, en prenant l'intérêt payé et les dépenses d'exploration et d'aménagement qu'elle avait subis et déduits à des fins d'états financiers relativement à la période d'exonération, et en les reportant dans sa période non exonérée—Les actions de la demanderesse n'étaient donc ni autorisées par la législation ni admises par la jurisprudence—Appel rejeté—Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, art. 20, 21(1),(2),(3),(4), 81(1)a), 248(1)—Règles de 1971 concernant l'application de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, ch. 63, partie III, art. 28.

LORNEX MINING CORP. LTD. C. CANADA (T-1330-84, juge Cullen, jugement en date du 15-10-96, 16 p.)

**PRATIQUE**

Recours en contrôle judiciaire contre une décision de la Cour canadienne de l'impôt—On a informé le juge de la C.C.I. que des points litigieux semblables étaient pendants devant la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. Hoefele*, [1996] 1 C.F. 322—La Couronne tente d'obtenir l'autorisation de se pourvoir devant la C.S.C., et demande à la C.C.I. de ne pas rendre jugement dans *Moore* jusqu'à ce que la demande d'autorisation soit tranchée—Le juge de la Cour de l'impôt a rendu sa décision, sans avoir reçu les observations ni du ministre ni du requérant au sujet de la décision *Hoefele*—Que la décision *Hoefele* soit applicable ou non aux faits de la cause, le requérant aurait dû avoir la possibilité de se faire entendre au sujet de cette décision avant que le juge de la Cour de l'impôt ne rende jugement—Le requérant s'est vu priver de la possibilité de défendre sa cause—Recours accueilli.

MOORE C. CANADA (A-143-96, juge McDonald, J.C.A., jugement en date du 22-11-96, 3 p.)

Contrôle judiciaire du refus par le juge en chef de la Cour de l'impôt d'ajourner l'audition des appels—Appels pendants en attendant qu'il soit statué sur le neuvième appel—Lorsqu'il y a eu désistement de cet appel, la Cour a fixé la date d'audition—Les requérants ont remplacé leur avocat par un avocat d'un autre cabinet—La Cour a refusé l'ajournement, bien que l'intimé ne s'y soit pas opposé—L'art. 18.2 de la Loi sur la Cour canadienne de l'impôt exige que la Cour ajourne l'audition d'un appel lorsqu'il serait difficilement réalisable d'y procéder; permet à la Cour d'ajourner l'audition d'un appel si les autres parties y

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

consentent ou encore s'il s'avère préférable de retarder l'audition jusqu'à ce que jugement ait été rendu dans une autre affaire—L'argument selon lequel la date d'audition était «difficilement réalisable» repose uniquement sur le fait que les services de l'avocat ont été retenus trois jours auparavant—On n'a nullement expliqué le changement d'avocats inopportun—En statuant que le changement d'avocat peu de temps avant l'audition ne constitue pas «un motif important» justifiant l'ajournement, le juge en chef dit, non pas qu'un changement d'avocats tardif ne pourrait jamais rendre difficilement réalisable l'audition, mais que, sans justification, il ne pourrait être un facteur déterminant—Il ne s'agit pas d'une interprétation erronée—Rien ne justifie une intervention dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire pour refuser l'ajournement—L'art. 18.2 figure dans la partie de la Loi portant sur la procédure informelle—Les dispositions dans cette partie précisent que les appels portant sur de petits montants doivent être entendus, tranchés avec célérité et méthodiquement—Demande rejetée—Loi sur la Cour canadienne de l'impôt, L.R.C. (1985), ch. T-2, art. 18.2 (édité par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 51, art. 5).

PAYNTER C. CANADA (A-754-96, juge Strayer, J.C.A., jugement en date du 22-10-96, 6 p.)

**INJONCTIONS**

Injonction interlocutoire demandée pour empêcher la défenderesse Novopharm de commercialiser un médicament générique ayant la même forme et la même couleur que le médicament breveté—La demanderesse fabrique, emballage et commercialise au Canada des préparations pharmaceutiques de marque nominale par l'intermédiaire de sa division Searle Canada—Le médicament est prescrit aux patients souffrant d'hypertension—Les termes «comprimés Isoptin SR» figurent sur l'étiquette—Searle Canada vend ces comprimés au Canada depuis 1988—Les seules inscriptions sur les comprimés Isoptin SR sont deux triangles en relief—Les patients identifient les comprimés par leur forme et leur couleur—Novopharm a publié un avis annonçant que les comprimés Novopharm SR seraient offerts aux pharmacies et aux distributeurs le 10 avril 1996 et que leur présentation ne serait guère différente de celle des Isoptin SR—En juin 1996, la défenderesse avait obtenu des commandes de comprimés Novopharm SR pour une somme totalisant 1,1 million de dollars—La demande d'injonction provisoire de Searle Canada a été entendue le 9 avril 1996—L'injonction a été accordée par le juge Noël le 11 avril 1996—L'appel formé devant la Cour d'appel fédérale a été accueilli le 23 mai 1996—La défenderesse a commencé à expédier ses comprimés Novopharm SR dans ses entrepôts du Québec et de Nouvelle-Écosse en juin 1996—Pour obtenir une injonction interlocutoire, le demandeur doit démontrer 1) qu'il existe une question sérieuse à trancher; 2) qu'il subira un préjudice irréparable; et 3) que la prépondérance

**INJONCTION—Fin**

des inconvénients justifie la délivrance de l'injonction—Relativement à la commercialisation de médicaments d'ordonnance, une action en *passing off* sera maintenue si le demandeur peut démontrer: 1) la notoriété ou le prestige liés à l'apparence de la préparation; 2) la confusion pour les médecins, les pharmaciens ou les patients qui prescrivent, délivrent ou utilisent la préparation; et 3) un préjudice réel ou potentiel—La demanderesse a établi l'existence d'une question sérieuse à trancher—La seule preuve relative à l'entente intervenue entre Genpharm Inc. et Searle Canada figure aux paragraphes 53 et 54 de l'affidavit de Cloutier—La demanderesse ne s'est pas acquittée de son obligation de prouver qu'elle subira un préjudice irréparable si une injonction n'est pas accordée—La déclaration de Cloutier au sujet du partage des recettes est vague et intéressée, et elle ne permet pas à la demanderesse de s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombe—La requête pour injonction interlocutoire est rejetée.

MONSANTO CANADA INC. C. NOVOPHARM LTD.  
(T-769-96, juge McKeown, ordonnance en date du 22-11-96, 15 p.)

**MARQUES DE COMMERCE****RADIATION**

Demande de radiation des marques de commerce «Classic» et «Classique»—La requérante prétend que les marques donnent une description claire ou une description fautive et trompeuse de la nature ou de la qualité des marchandises décrites—Elle invoque les définitions de dictionnaires, tels «de premier ordre», «excellence», «de la Rome antique»—Elle invoque aussi la décision *Standard Stoker Co. Inc. v. Registrar of Trade Marks*, [1947] R.C.É. 437, où il a été conclu que le mot «*standard*» (norme) appartenait à la catégorie des épithètes élogieuses—Elle soutient de plus que l'état du registre n'est pas pertinent, en réponse à la preuve que les marques de commerce sont enregistrées respectivement depuis environ 36 ans et 10 ans et que le registre contient quelque 300 enregistrements comportant la marque «Classic»—L'intimée fait valoir que les marques ont été contestées dans des procédures fondées sur l'art. 44 instituées antérieurement par la requérante et que la question du caractère enregistrable ou de la validité de l'enregistrement n'a pas été soulevée—La description claire ou fautive ou trompeuse doit porter sur les marchandises elles-mêmes et non pas simplement sur un attribut qu'elles peuvent revêtir ou non—L'intimée insiste beaucoup sur le lourd fardeau dont doit s'acquitter la requérante qui tente de faire radier les marques—Elle invoque également des cas où des mots tels «*mild*», «*soft*», «*thick*», «*great*», «*big*», «*slim*», ont été jugés enregistrables—Elle cite l'arrêt *Pepsi Cola Company of Canada, Ltd. v. The Coca Cola Company of Canada, Ltd.*, [1940] R.C.S. 17 au soutien de

**MARQUES DE COMMERCE—Fin**

la proposition voulant que ce serait commettre une grave injustice commerciale que d'annuler un enregistrement qui subsiste depuis longtemps et fait l'objet d'un acquiescement—Demande rejetée—L'ancienneté acquise par les marques enregistrées n'est pas sans incidence sur la question du caractère enregistrable—Cette question n'a pas été soulevée à l'occasion des procédures fondées sur l'art. 44—La preuve de l'enregistrement de quelque 300 marques «Classic» et «Classique» est également pertinente—Si l'appelante avait gain de cause, tous les autres enregistrements seraient mis en doute—La requérante a eu une approche sélective à l'égard des définitions des marques tirées des dictionnaires—Le concept «classique» a été énoncé de manière si générale que le mot recouvre aujourd'hui une multitude de sens—Les marques ont surtout été employées en liaison avec des notions abstraites telles la musique, la littérature, ou avec l'un ou l'autre des autres termes dénotant quelque attribut ou caractéristique—Elles ont un caractère suffisamment dérivé pour ne pas donner une description claire ni une description fautive et trompeuse de la qualité ou de la nature des marchandises—Loi sur les marques de commerce, L.R.C. (1985), ch. T-10, art. 51.

IMPERIAL TOBACCO LTD. V. ROTHMANS, BENSON & HEDGES INC. (T-2392-95, juge Joyal, ordonnance en date du 13-9-96, 11 p.)

**PÊCHES**

Requête visant à faire annuler la décision de l'intimé qui a émis au requérant un permis de pêche au crabe comportant une diminution de l'ordre de deux tonnes métriques—Le requérant est un pêcheur de profession—Le 18 juin 1993, une employée de l'intimé a prétendu que le requérant et deux de ses employés, alors qu'ils procédaient au déchargement de sa cargaison de crabes, ont omis de faire peser trois pannes de crabe des neiges—On a reproché au requérant de ne pas avoir respecté les conditions de son permis de pêche en dissimulant une partie de ses prises, contrevenant ainsi à l'art. 22(1)(n) et (p) du Règlement de pêche (dispositions générales)—Le ministre des Pêches et Océans était-il habilité par la Loi sur les pêches et le Règlement de pêche à imposer des sanctions relativement à un permis de pêche?—L'art. 7 de la Loi permet au ministre d'octroyer des baux à discrétion—En vertu de l'art. 9, il peut suspendre ou révoquer les baux déjà octroyés mais à deux conditions, à savoir qu'il constate un manquement à leurs dispositions et qu'aucune procédure n'a été engagée à ce sujet—L'art. 7 de la Loi permet d'octroyer ou de ne pas octroyer des baux mais n'autorise pas les sanctions—L'imposition d'une diminution de prise constitue une «sanction»—Si le ministre veut imposer une pénalité, il doit procéder selon le code précis stipulé par le législateur—Il n'était pas habilité par la Loi à imposer des sanctions pénales relativement à un permis de pêche—Requête accueillie—Loi sur les pêches,

**PÊCHES—Fin**

L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 7, 9—Règlement de pêche (dispositions générales), DORS/93-53, art. 22(1)(n),(p).

DUGUAY C. CANADA (DIRECTEUR GÉNÉRAL, MINISTÈRE DES PÊCHES ET OCÉANS) (T-779-94, juge Dubé, ordonnance en date du 4-10-96, 8 p.)

**PÉNITENCIERS**

Demande de contrôle judiciaire de la décision rejetant le grief de deuxième niveau formulé par le requérant—Le directeur de l'établissement de Mission a interdit au requérant de consulter, pendant toute la durée de son incarcération, certains numéros d'une publication périodique à laquelle il s'était abonné—Les dirigeants de l'établissement n'ont pas expliqué au requérant par écrit le motif de cette mesure—Le requérant soutient que la décision des dirigeants lui interdisant de consulter les numéros en question violait les libertés fondamentales que lui garantissait l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés—L'intimé avance que ces droits peuvent être restreints «dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique», conformément à l'article premier de la Charte—Une directive de commissaire n'a pas «force de loi»—Une limite énoncée dans une directive de commissaire ne constitue pas une «règle de droit»—Les art. 97 et 98 de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition ne modifient pas la nature des directives de commissaire, aux fins de l'application de l'article premier de la Charte—Le Service correctionnel du Canada, dans sa correspondance avec le requérant au sujet des mesures qui ont violé les droits fondamentaux de ce dernier, ne lui a cité comme justification aucune règle de droit restreignant ses droits dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique—Lorsqu'il a omis de ce faire, l'intimé a commis une erreur de droit—Demande accueillie—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 97, 98—Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982 ch.11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2b).

CRAWSHAW C. CANADA (SOUS-COMMISSAIRE DU SERVICE CORRECTIONNEL DU CANADA, RÉGION DU PACIFIQUE) (T-1947-95, juge Gibson, ordonnance en date du 26-11-96, 6 p.)

Demande de contrôle judiciaire de la décision du directeur intérimaire de l'établissement de Bowden de priver le requérant de son matériel informatique et de ses programmes—Les activités suspectes du requérant ont mené à la saisie du matériel informatique et à l'examen du contenu de

**PÉNITENCIERS—Suite**

son ordinateur—L'examen a révélé la présence de produits logiciels obtenus illégalement et de programmes utilitaires DOS non autorisés dont un compromettrait la sécurité de l'établissement—La possession ou l'utilisation d'un ordinateur personnel et de ses programmes par un détenu dans sa cellule est un privilège, non un droit—Le détenu a violé une règle claire et existante de l'établissement, mise en place pour réduire le risque d'incidents graves touchant la sécurité ou, dans le cas de violations de droit d'auteur, pour assurer le respect de la loi—L'art. 96(1) du Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition permet l'interdiction d'introduire ou de faire circuler dans le pénitencier des programmes informatiques au sujet desquels le directeur ou le personnel du pénitencier ont des motifs raisonnables de croire qu'ils compromettraient la sécurité du pénitencier—Le directeur du pénitencier avait des motifs raisonnables de croire à l'existence d'un risque pour la sécurité—Aucune erreur assujettie au pouvoir de contrôle n'a été commise—Demande rejetée—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620, art. 96(1).

FRY C. CANADA (SOLLICITEUR GÉNÉRAL) (T-2431-95, juge Richard, ordonnance en date du 4-10-96, 4 p.)

Demande de contrôle judiciaire d'une décision par laquelle le directeur intimé de l'établissement Frontenac a refusé d'approuver l'utilisation des sommes d'argent de la caisse de bienfaisance des détenus pour payer les frais juridiques engagés dans une autre demande de contrôle judiciaire, dans le dossier de la Cour T-2439-95, d'une décision que le sous-commissaire intimé de l'Ontario a prise relativement à l'utilisation d'un nouveau système téléphonique dans les pénitenciers fédéraux de la province—Il existe à l'établissement Frontenac un Comité des détenus dont le mandat consiste à représenter les intérêts et le bien-être de la population carcérale et à servir d'agent de liaison avec l'administration—La caisse de bienfaisance des détenus sert uniquement aux fins du Comité des détenus et de l'ensemble des détenus de chaque établissement—Les dépenses faites à l'aide des fonds de la Caisse sont assujetties à l'approbation du directeur—Le directeur a refusé d'approuver le paiement à l'avocate des requérants, à même la caisse de bienfaisance des détenus, d'un compte en souffrance de 300 \$ et de leur part d'une avance au titre de services ultérieurs—La directive du commissaire n° 861 a été publiée en mai 1989 et énonce l'objectif de la politique et d'autres dispositions pertinentes concernant la caisse de bienfaisance des détenus—La Directive interdit-elle l'utilisation de la caisse de bienfaisance des détenus de l'établissement Frontenac pour payer les frais et honoraires de l'avocate des requérants dans la procédure engagée contre les intimés au sujet du nouveau système téléphonique?—La caisse existe pour contribuer au bien-être collectif des détenus au sein de l'établissement—Le texte de la Directive n'interdit pas nécessairement le financement des actions en justice, notamment dans les

**PÉNITENCIERS—Fin**

circonstances de la présente demande—La Directive doit être lue et appliquée dans le contexte de la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et du règlement connexe—Le directeur doit examiner la demande d'utilisation de la caisse de bienfaisance des détenus (soit les sommes d'argent recueillies auprès des détenus eux-mêmes) dans le contexte de l'obligation du Service de veiller à ce que chaque détenu ait accès, dans des limites raisonnables, à un avocat—Compte tenu du Règlement actuel, la déclaration du commissaire que les sommes d'argent provenant de la caisse de bienfaisance des détenus ne peuvent être utilisées pour les actions en justice est trop large—Le directeur a commis une erreur de droit en se fondant sur l'interprétation du commissaire et en refusant d'approuver l'utilisation de la caisse en question pour payer les frais et honoraires juridiques de la demande de contrôle judiciaire concernant le nouveau système téléphonique—Son refus était incompatible avec l'obligation du Service d'assurer, dans des limites raisonnables, l'accès à un avocat dans un litige où un juge de la Cour a rendu une ordonnance d'injonction interlocutoire au motif que le nouveau système téléphonique pouvait aller à l'encontre des droits que la Charte reconnaît aux requérants—Demande accueillie—Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20—Règlement sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, DORS/92-620.

BISSONNETTE C. CANADA (COMMISSAIRE DU SERVICE CORRECTIONNEL) (T-2085-96, juge Lutfy, ordonnance en date du 24-10-96, 11 p.)

**PRATIQUE**

COMMUNICATION DE DOCUMENTS ET  
INTERROGATOIRE PRÉALABLE

*Interrogatoire préalable*

Requête tendant à faire remplacer un témoin insatisfaisant à l'interrogatoire préalable—Les demandeurs optent pour un fonctionnaire de longue date de la Couronne, qui a été le négociateur adjoint, puis le négociateur principal des revendications territoriales du Nunavut—Le témoin désigné par les défendeurs était le négociateur en chef sous contrat du gouvernement du Canada, de 1980 au règlement de ces mêmes revendications en 1993—Il travaille en ce moment sous contrat, avec le même statut, pour des négociations territoriales en C.-B.—La Règle 456(3), qui fait à la Couronne l'obligation de désigner un employé bien renseigné pour répondre en son nom, n'est pas limitée au témoin initial—La Couronne peut nommer en bonne foi un second témoin—Si celui-ci se révèle insatisfaisant, la partie adverse peut demander la production d'un témoin plus qualifié—La requête en instance est peut-être prématurée, puisque le témoin désigné par la Couronne n'a pas encore été mis à l'épreuve dans le processus d'interrogatoire préalable—La

**PRATIQUE—Suite**

Règle 456(4), qui autorise le requérant à demander la production d'un second témoin convenablement informé pour l'interrogatoire préalable, n'entre en jeu que s'il était prouvé que le témoin initial était insatisfaisant: v. *Richter Gedeon Vegyészeti Gyár Rt c. Merck & Co. et al.* (1995), 185 N.R. 88 (C.A.F.)—Il échet d'examiner si l'entrepreneur est un «gestionnaire, fonctionnaire ou employé» au sens de la Règle 456(3)—Il y a relation d'employeur à employé lorsqu'un individu est employé en vertu d'un contrat de travail sous forme de contrat de prestation de services—Facteurs de distinction entre contrat de travail et contrat d'entreprise: contrôle, degré de risque, perspectives de bénéfices tirés de la gestion de la tâche—Le règlement des revendications territoriales autochtones et des droits issus des traités s'effectue conformément aux politiques gouvernementales et sous le contrôle et la direction du gouvernement, au moyen des instructions données aux négociateurs—Le témoin désigné par les défendeurs, en sa qualité de négociateur pour le gouvernement fédéral, est un employé en vertu d'un contrat de travail; il est actuellement employé à ce titre—Son témoignage engagerait la Couronne—Il peut communiquer tous les faits; mais au cas où il se révélerait un témoin insatisfaisant, les demandeurs pourront demander la production d'un autre témoin pour l'interrogatoire préalable—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 456(3),(4) (mod. par DORS/90-846, art. 15).

BANDE INDIENNE DE NORTHLANDS C. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (T-703-93, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 13-8-96, 7 p.)

Requête déposée par une tierce partie (Bulklark) afin qu'elle soit autorisée à assister à l'interrogatoire au préalable de représentants de la demanderesse—Bulklark soutient que l'interrogatoire est un événement public et qu'il doit être autorisé d'y assister selon les principes adoptés dans la décision *Mulroney c. Canada (Procureur général)*, juge André Rochon, C.S. Montréal, 500-05-012098-958, 20 mars 1996—Dans cette dernière affaire, la Cour traitait d'une demande d'un organisme de presse afin que ses journalistes puissent assister auxdits interrogatoires et ainsi, pouvoir en informer le public—De plus, les témoins à interroger devaient être assignés formellement—Ces deux éléments ne sont pas présents dans le cas sous étude—Il n'y a aucune règle ou jugement de cette Cour qui dispose que les interrogatoires au préalable tenus par entente dans une étude privée ont un caractère public—La requête est rejetée.

KANEMATSU GMBH C. ACADIA SHIPBROKERS LTD. (T-877-96, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 9-7-96, 2 p.)

*Production de documents*

Dans le cadre d'une action en contrefaçon, la demanderesse a déposé vingt documents considérablement expur-

**PRATIQUE—Suite**

gés—Appel de l'ordonnance du protonotaire adjoint rejetant la requête visant la production d'exemplaires non révisés des documents mais enjoignant aux parties de s'efforcer de parvenir à une entente permettant la consultation des documents à l'avocate de la requérante en sa qualité de procureur et prévoyant que si celle-ci estime que les passages révisés sont pertinents, la demanderesse devra soumettre un affidavit précisant la nature générale de chaque passage révisé—Est également interjeté appel de la partie de l'ordonnance concernant le lieu de l'audition des requêtes—Appel rejeté—La Règle 448, qui exige le dépôt d'une liste décrivant tous les documents pertinents quant à une question en litige, ne limite pas la communication aux seuls extraits qui peuvent être pertinents à l'égard d'une question—La procédure de communication documentaire vise à permettre la divulgation de tous les documents—La Règle 448(5) précise que la divulgation d'un document dans un affidavit de documents ne constitue pas une reconnaissance de son admissibilité dans le cadre de l'action—Permettre la révision est contraire à l'intérêt public dans la saine administration de la justice—Si un document est partiellement pertinent, il faut le communiquer et en permettre la consultation dans sa version non révisée, à moins que les parties ne conviennent d'autres modalités—L'ordonnance en cause n'est entachée d'aucune erreur justifiant une intervention—Lieu d'audition—Appel de la décision par laquelle le protonotaire adjoint a rejeté la requête de la défenderesse visant l'obtention d'une ordonnance intimant aux demanderesse de présenter leurs requêtes à Toronto, mais a prescrit que les requêtes soient entendues à l'endroit qui convient le mieux aux avocats et aux témoins—Appel rejeté—Les Règles de la Cour fédérale ne prévoient rien quant au lieu de l'audition des requêtes—L'ordonnance du protonotaire adjoint est une solution qui permet une bonne administration de la justice tout en étant raisonnable pour les parties, et elle est compatible avec les ordonnances déjà rendues dans la présente action—Règles de la cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 448 (mod. par DORS/90-846, art. 15).

GLAXO GROUP LTD. C. NOVOPHARM LTD. (T-431-94, juge Lutfy, ordonnance en date du 1-11-96, 10 p.)

Requête en vue d'obtenir une ordonnance préliminaire de confidentialité—Les requérantes demandent l'inclusion, dans le projet d'ordonnance de confidentialité, d'une nouvelle clause permettant la divulgation de renseignements confidentiels à n'importe quel employé de toute partie à l'action—À défaut, elles voudraient que ces renseignements puissent être divulgués à cinq de leurs employés, dont M. Crawford—Les intimés souhaitent que ces renseignements ne soient aucunement divulgués à ces employés—La requête a pour origine une action opposant les deux parties au sujet d'un brevet relatif à un médicament connu sous le nom de fluconazole—L'ordonnance empêchant un avocat de montrer des éléments de preuve à son client en vue d'en obtenir des instructions, même si elle est connue, ne peut être accordée

**PRATIQUE—Suite**

que dans des circonstances exceptionnelles—La partie qui demande une ordonnance plus restrictive a la charge de prouver qu'il est nécessaire de frapper d'une telle restriction la divulgation normale de renseignements pouvant se rapporter aux questions en litige—Il s'agit de déterminer si les intimés ont établi, comme il leur incombe, que les circonstances de l'affaire sont exceptionnelles au point de justifier une ordonnance ayant un caractère particulièrement restrictif—Aucun doute n'a été soulevé quant à la confiance que l'on peut avoir en M. Crawford relativement aux questions visées par des ordonnances de confidentialité—Les intérêts commerciaux ou scientifiques des intimés ne seront pas gravement compromis si M. Crawford a accès, de la manière habituelle, aux renseignements visés par l'ordonnance de confidentialité—Ce type d'accès est essentiel à la préparation des arguments des requérantes—Il n'existe aucune instance parallèle ayant donné lieu à une ordonnance de confidentialité plus restrictive—Les faits ne présentent pas un caractère exceptionnel tel qu'ils justifieraient une ordonnance de confidentialité plus restrictive—Le fardeau incombant aux intimés d'établir qu'une ordonnance de confidentialité plus restrictive est justifiée n'est pas une mince tâche—Une demande visant à ce que l'expert interne des requérantes se voie refuser l'accès aux renseignements confidentiels qui sont au cœur même du litige est intéressée—Est rendue une ordonnance de confidentialité conforme au projet d'ordonnance joint, en tant qu'annexe «A», à l'avis de requête, l'alinéa 3c) devant toutefois être supprimé et remplacé par le texte qui suit: c) à M. Crawford et à deux assistants désignés par lui.

PFIZER CANADA INC. C. NOVOPHARM LTD. (T-1501-96, juge Cullen, ordonnance en date du 24-10-96, 10 p.)

**JUGEMENTS ET ORDONNANCES**

Demande de contrôle judiciaire d'une décision de la section d'appel de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié selon laquelle il existe des motifs d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale en vertu de l'art. 77 de la Loi sur l'immigration, bien que la décision de l'agent chargé de la demande selon laquelle celui-ci refuse d'accorder le droit d'établissement au Canada à la prétendue épouse de l'intimé à titre de personne appartenant à la catégorie de la famille soit conforme à la loi—L'intimé, un prêtre, a indiqué dans ses demandes de visas de visiteur que Surinder Kaur était son épouse—L'intimé prétend que Ravinder Kaur, qui a donné naissance à une fille quelques mois après qu'il a obtenu sa citoyenneté canadienne, est son épouse—Bien qu'il ait maintenu la décision rejetant la demande parrainée du droit d'établissement de Ravinder Kaur en se fondant sur le fait que l'intimé ne pouvait pas marier cette dernière en raison d'un mariage précédent, et bien qu'il ait trouvé que les mensonges de l'intimé étaient odieux et constituaient un abus de confiance grave, le

## PRATIQUE—Suite

Tribunal a néanmoins mentionné Ravinder Kaur comme s'il s'agissait de la «femme» de l'intimé et a conclu que la réunification de la «famille» de l'intimé au Canada constituait un motif d'ordre humanitaire justifiant une décision favorable à l'intimé—À la fin de l'audition, le président du Tribunal a déclaré que la lettre de refus était valable mais il a accueilli l'appel conformément à l'art. 77(3)b)—Ensuite, il a déclaré que la lettre de refus n'était pas valable et il a accueilli l'appel conformément à l'art. 77(3)b)—La première déclaration est compatible avec la décision rendue et les motifs écrits—La deuxième déclaration dont l'objet, semble-t-il, consiste à rectifier la première, est bien sûr incompatible avec la décision rendue et les motifs écrits—Le «manquement» ou l'«erreur» que présente cette affaire apparaît dans les déclarations que le président du Tribunal a faites à la fin de l'audition mais non dans la décision rendue, laquelle est étayée par les motifs écrits—Le fait que la décision rendue et les motifs écrits contredisent la position finale du président du Tribunal à la fin de l'audition n'a aucune importance—*Shairp c. M.R.N.*, [1989] 1 C.F. 562 (C.A.) appliqué—Étant donné que le Tribunal a conclu que le refus de la demande du droit d'établissement de Surinder Kaur était valable en droit au motif que celle-ci n'était pas une personne appartenant à la catégorie de la famille, le Tribunal n'avait pas la compétence d'examiner l'appel de l'intimé en vertu de l'art. 77—Loi sur l'immigration, L.R.C. (1985), ch. I-2, art. 77 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 28, art. 33; L.C. 1995, ch. 15, art. 15).

CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) C. SINGH (IMM-408-96, juge Gibson, ordonnance en date du 18-10-96, 9 p.)

## Exécution

Appel d'une ordonnance ayant rejeté la requête de Sa Majesté la Reine pour ordonnance provisoire de saisie-arrêt—Ayant obtenu jugement contre la débitrice saisie 2203383 Canada Inc., la requérante a procédé à une saisie-arrêt contre le seul administrateur de cette compagnie—Elle a également requis une ordonnance provisoire de saisie-arrêt contre 2854-8816 Québec Inc. dont le tiers saisi défaillant est l'unique actionnaire, pour saisir-arrêter les actions que celui-ci détient dans ladite compagnie—Au soutien de sa demande, la requérante invoquait la Règle 2300 et les art. 618 et 625 du Code de procédure civile du Québec—Estimant que l'affidavit de la requérante n'établissait pas un commencement de preuve à l'égard d'une dette précise, le protonotaire a refusé d'émettre l'ordonnance provisoire de saisie-arrêt—Rien n'indique que la requérante savait où se trouvaient les certificats d'actions—Elle n'entendait donc pas utiliser le moyen prévu à l'art. 617 du Code de procédure civile—Le Code de procédure civile ne saurait l'emporter sur une disposition claire des Règles de la Cour fédérale—La Règle 2300 et les art. 618 et 625 du Code de

## PRATIQUE—Suite

procédure civile traitent du même mécanisme de contrainte, mais les moyens d'obtenir un bref de saisie-arrêt diffèrent selon les régimes—C'est celui prévu à la Règle 2300 qui doit prévaloir—Le protonotaire a eu raison d'appliquer la Règle 2300 et de juger insuffisant l'affidavit de la requérante—Appel rejeté—Code de procédure civile, L.R.Q. 1977, ch. C-25, art. 617, 618, 625—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 2300.

2203383 CANADA INC. C. ABDALLAH (ITA-7404-95, juge Denault, ordonnance en date du 6-11-96, 4 p.)

## MODIFICATION DES DÉLAIS

Demande de prorogation du délai relatif au dépôt d'une demande d'autorisation d'interjeter appel—La partie requérante doit présenter des éléments de preuve visant à excuser le retard et à établir l'existence de faits constituant le fondement d'une cause défendable aux fins d'une demande d'autorisation—Distinction faite avec l'arrêt *Université de la Saskatchewan c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 1975, et al.*, [1978] 2 R.C.S. 830—Dans la présente affaire, aucune preuve des faits pouvant constituer le fondement d'une cause défendable n'a été présentée—Le seul élément de preuve visant à excuser le retard est l'argument selon lequel l'actuel avocat de la requérante n'avait pas en main les documents de l'avocat précédent—Il importe de savoir quels sont les efforts qui ont été déployés pour obtenir ces documents et de connaître également la nature et l'importance de ceux-ci—Il est également pertinent de démontrer en quoi le changement en question était justifié—Il appert de l'affidavit déposé au soutien de la demande de prorogation que, selon l'avocat de la requérante, une cause valable existe—L'omission de présenter une preuve des faits constituant le fondement d'une cause défendable peut donner lieu à un rejet absolu—La demande de prorogation de délai est rejetée, la requérante étant autorisée à soumettre une nouvelle demande.

OBENG (TURKSON) C. CANADA (MINISTRE DE LA CITOYENNETÉ ET DE L'IMMIGRATION) (IMM-2344-96, protonotaire adjoint Giles, ordonnance en date du 13-9-96, 3 p.)

## PARTIES

Requête visant à modifier l'intitulé de l'avis de requête introductive d'instance afin que la Société Radio-Canada soit désignée comme intimée et que le procureur général du Canada ainsi que le Bureau du Surintendant des institutions financières du Canada y soient désignés à titre de mis en cause—On ne doit pas dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire procéder à la désignation de mis en cause puisque cette façon de faire ne correspond pas à l'économie des Règles 1600 et suivantes des Règles de la Cour fédérale

**PRATIQUE—Suite**

ainsi qu'aux enseignements qui se dégagent de l'arrêt *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 C.F. 447—Les Règles 1604 et 1611 disposent de façon exhaustive du rôle que les rédacteurs des Règles entendaient faire jouer au procureur général du Canada et à l'office fédéral dans le cadre de toute demande de contrôle judiciaire lorsqu'à bon titre le procureur générale n'est pas soit requérant, soit intimé—Ce que cherche le procureur général par sa requête c'est une institution médiane entre la situation d'une personne intéressée au sens des règles mais qui n'entend point suivre l'affaire et une même personne qui, par requête, requiert le statut d'intervenant—L'ensemble des personnes intéressées dans un débat ne peuvent y figurer qu'à titre d'intervenantes si elles ne peuvent être requérantes ou intimées—Tout autre statut pour un office fédéral ou pour le procureur général nécessiterait un amendement aux règles—Malgré que l'inclusion du procureur général à titre de mis en cause était au Québec chose courante en matière de révision judiciaire devant la Cour supérieure, la partie V.1 des règles prévoit un régime différent de celui qui prévaut au Québec sous le Code de procédure civile—La Règle 5 ne peut donc jouer—La requête sera accueillie en partie—La Société Radio-Canada sera dorénavant désignée à titre d'intimée—Le Bureau du Surintendant des institutions financières du Canada et le procureur général du Canada pourront agir à titre «d'intervenants» au dossier s'ils en font la demande par requête suivant la Règle 1611—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règles 1604 (mod. par DORS/92-43, art. 19), 1611 (mod., *idem*).

SYNDICAT DES JOURNALISTES DE RADIO-CANADA (CSN) C. CANADA (BUREAU DU SURINTENDANT DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES) (T-502-96, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 27-9-96, 9 p.)

**PLAIDOIRIES***Requête en radiation*

Requête en radiation d'un avis de requête introductive d'instance en vue d'un contrôle judiciaire, parce qu'il ne révèle aucune cause raisonnable d'action—Le requérant cherche à faire infirmer la décision du ministre de l'Agriculture de recommander une modification de la Loi sur la Commission canadienne du blé—Le requérant prétend d'abord que les protonotaires n'ont pas la compétence d'annuler un acte de procédure car cela constituerait une décision finale—Il prétend également que la Cour n'avait pas la compétence nécessaire pour radier un avis de requête introductive d'instance, car, selon l'arrêt *David Bull Laboratories (Canada) Inc. c. Pharmacia Inc.*, [1995] 1 C.F. 588 (C.A.), le moyen approprié par lequel une partie intimée devrait contester un avis de requête introductive d'instance consiste à comparaître et à faire valoir ses prétentions à l'audition de la requête même—En ce qui concerne la

**PRATIQUE—Suite**

question de la compétence, l'art. 46(1) de la Loi sur la Cour fédérale permet aux juges de cette Cour de prévoir des règles et de rendre des ordonnances autorisant les protonotaires à exercer des pouvoirs de nature judiciaire—Les requêtes en radiation de plaidoiries en vertu de la Règle 419(1) constituent des requêtes interlocutoires de nature judiciaire et relevant de la compétence du protonotaire malgré le caractère définitif de la décision—Quant à la question de la radiation de l'avis de requête introductive d'instance, la Cour doit être particulièrement minutieuse et les circonstances doivent être très exceptionnelles—La requête doit n'avoir aucune chance d'être accueillie—Seules les décisions, et non les recommandations des ministres au gouverneur en conseil, peuvent faire l'objet d'un contrôle judiciaire—Comme le requérant cherche à obtenir le contrôle judiciaire de la recommandation faite par le ministre au gouverneur en conseil en vue de la modification du Règlement sur la Commission canadienne du blé, il est évident que la requête ne sera pas accueillie—Pour ce qui est de la question de refuser l'autorisation de modifier, en se fondant sur *MacMillan c. Canada* (1996), 108 F.T.R. 32 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 39, «pour qu'une déclaration soit radiée sans autorisation de la modifier, il ne doit pas exister la moindre trace d'une cause d'action légitime»—On ne peut pas dire que le nouvel article du Règlement excède de quelque façon que ce soit la compétence conférée au gouverneur en conseil—Le gouverneur en conseil peut régulièrement demander conseil à son personnel et aux ministres du gouvernement—L'avis de requête introductive d'instance est rejeté, sans autorisation de modifier—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 419(1)—Loi sur la Commission canadienne du blé, L.R.C. (1985), ch. C-24, art. 46 (mod. par L.C. 1994, ch. 4, art. 49)—Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. C-7, art. 46(1)*h*) (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 14).

SAWATZKY C. CANADA (MINISTRE DE L'AGRICULTURE) (T-1439-96, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 13-9-96, 11 p.)

Déclaration—Une requête présentée dans une action précédente a été rejetée après que le demandeur eut fait une observation injustifiée, dangereuse et déplacée—Par la suite, l'avocate de la Couronne a reçu des menaces par télécopieur—Les policiers ont interrogé le demandeur et sa femme—Dans sa déclaration, le demandeur réclame 500 000 \$ à titre de dommages-intérêts en raison de l'angoisse et de la crainte de préjudice imputables aux actes de l'avocate de la Couronne—Le demandeur allègue que l'avocate de Sa Majesté peut faire agir en son nom les criminels avec lesquels elle est constamment en contact—La requête est accueillie—La réclamation du demandeur ne révèle pas l'existence d'une cause d'action fondée sur une douleur morale—Il n'y a ouverture à un recours fondé sur des actes ou des déclarations donnant lieu à une douleur morale que lorsque ces actes ou ces déclarations ont été faits

**PRATIQUE—Suite**

dans le but de causer un préjudice ou sont le résultat d'une conduite insouciant—Le demandeur n'a pas plaidé ces éléments—La responsabilité du défendeur n'est reconnue que lorsque ses agissements dépassent les bornes habituellement tolérées par la société ou que lorsqu'il a l'intention de causer un grave préjudice ou qu'il en cause effectivement un—La simple anxiété et la peur ne permettent pas au demandeur de réclamer des dommages-intérêts pour douleur morale—Le recours ne répond pas à la définition de la poursuite abusive—Le demandeur n'allègue pas dans sa déclaration qu'on l'a menacé de recourir illégalement à la force ou que Sa Majesté a intentionnellement fait naître chez lui l'appréhension d'un contact traumatique ou offensant imminent, lesquels sont les éléments constitutifs requis du délit de voies de fait—La déclaration est scandaleuse, futile et vexatoire—Un acte de procédure est scandaleux lorsqu'il ternit l'image d'une personne en attaquant sa moralité—Il est futile lorsqu'il a peu de valeur ou d'importance ou qu'aucun moyen rationnel n'est invoqué à son appui sur le fondement des éléments de preuve ou des règles de droit invoqués au soutien de la demande—Une procédure est vexatoire lorsqu'elle est introduite par malice ou sans motif suffisant ou qu'elle ne saurait déboucher sur un résultat pratique—La déclaration est scandaleuse, étant donné que, sans motifs à l'appui, le demandeur y attaque la moralité de l'avocate de la Couronne; elle est frivole en ce que le demandeur n'y invoque aucun moyen rationnel et elle est vexatoire parce que, comme elle ne révèle l'existence d'aucune cause d'action raisonnable, elle ne saurait conduire à un résultat pratique.

STEINER C. CANADA (T-1990-96, protonotaire Hargrave, ordonnance en date du 21-10-96, 7 p.)

**TÉMOINS**

Requête visant à faire entendre un témoin lors de l'audition d'une requête en opposition à la saisie-exécution immobilière déposée par l'opposant—La requérante, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, a procédé à la saisie-exécution d'un immeuble par suite d'une dette fiscale du débiteur-saisi—L'opposant a déposé une tierce-opposition afin d'obtenir l'annulation de cette saisie au motif qu'il serait propriétaire de cet immeuble—La Règle 319(4) exige une raison spéciale pour qu'un témoin puisse être appelé à témoigner relativement à une question soulevée dans une requête—Le simple fait de soulever dans un affidavit la possibilité que certains témoins refusent de signer des affidavits n'est pas une raison suffisante, donc une «raison spéciale» au sens de la Règle 319(4) et de la jurisprudence—La requérante ne peut simplement s'en remettre à des déclarations générales indiquant que le témoin dont elle demande la comparution a des intérêts opposés aux siens—Ce fait n'est pas de nature à empêcher l'obtention d'un affidavit par ailleurs satisfaisant—Tout requérant qui désire obtenir la permission de faire entendre un témoin doit démontrer par affidavit circonstancié qu'il a cherché à ce

**PRATIQUE—Fin**

que cette personne collabore à la rédaction et signe un affidavit, et qu'il lui a été impossible d'obtenir cette collaboration—Requête rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 319(4).

VENNES C. VENNES (ITA-4041-96, protonotaire Morneau, ordonnance en date du 16-10-96, 7 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Demande de contrôle judiciaire de la décision par laquelle un arbitre a refusé la réintégration de la requérante dans son ancien emploi à Énergie atomique du Canada Limitée (ÉACL)—La requérante a eu un accident au travail—Elle a subi une grave blessure au bas du dos qui l'a rendue incapable de marcher—La Commission des accidents du travail de l'Ontario (CAT) lui a accordé une indemnité—La CAT a signifié aux parties un avis d'aptitude au travail—Elle a rejeté la preuve médicale d'invalidité de la requérante—L'employeur a avisé la requérante que sa cessation d'emploi était effective sur-le-champ à cause de son refus de retourner au travail—La requérante a déposé une plainte de congédiement injuste en vertu du Code canadien du travail, dans laquelle elle demandait la réintégration dans son ancien emploi et un dédommagement pour le salaire et les avantages sociaux perdus—L'arbitre a conclu que la requérante avait été injustement congédiée, mais a refusé d'accorder la réintégration—Il est ressorti du contre-interrogatoire que la requérante a travaillé comme conférencière à l'université au cours de la période où son médecin l'avait déclaré absolument incapable de travailler—Le manque de franchise de la requérante à propos de son emploi à la University of British Columbia a été déterminant pour ce qui est de fixer le montant approprié du dédommagement au titre du salaire et des avantages perdus—L'arbitre n'a pas commis d'erreur en tenant compte de la dissimulation de la requérante pour fixer le montant des dommages-intérêts au titre du salaire et des avantages perdus—Il n'y a pas lieu de modifier la décision de l'arbitre de refuser d'accorder des intérêts sur le dédommagement—La décision de l'arbitre de refuser la réintégration de la requérante est annulée—Il ne convient pas de fonder une décision en matière de réintégration sur la conduite des parties au cours de l'audience—Il ne suffit pas que l'employeur fasse des suppositions subjectives quant à la raison pour laquelle la réintégration est contre-indiquée—Demande accueillie—Code canadien du travail, L.R.C. (1985), ch. L-2.

SHEIKHOESLAMI C. ÉNERGIE ATOMIQUE DU CANADA LTÉE (T-178-96, juge Rouleau, ordonnance en date du 29-11-96, 8 p.)

**TRAVAUX PUBLICS**

Demande de contrôle judiciaire visant le rejet par le comité d'évaluation de Travaux publics et Services gou-

**TRAVAUX PUBLICS—Suite**

vernementaux Canada (TPSGC) de la soumission présentée par les requérantes et exigeant des précisions écrites sur l'évaluation des soumissions reçues—Les requérantes ont répondu à un appel d'offres relatif à la fourniture de locaux à bureaux pour des organismes fédéraux—Après évaluation, les requérantes ont été informées que leur soumission s'était classée troisième sur six—Les requérantes ont rencontré des fonctionnaires pour examiner le processus d'évaluation et ont découvert qu'il manquait à la soumission une page contenant des renseignements financiers importants—La page a été ajoutée et les soumissions ont été réévaluées—La soumission des requérantes a obtenu le premier rang, mais le rejet antérieur n'a pas été annulé et aucun renseignement n'a été donné sur la soumission retenue—Les requérantes ont voulu se prévaloir de la possibilité d'avoir un entretien au sujet de la méthode d'évaluation des soumissions, mais sans succès—TPSGC a finalement décidé de n'accepter aucune soumission et a annulé le processus—La théorie du caractère théorique ne peut fonder le refus de trancher un point toujours en litige, savoir la fourniture de précisions au sujet de l'évaluation des soumissions, même s'il a été mis fin au concours relativement au projet—La théorie s'applique cependant à la demande d'ordonnance visant à déclarer invalide le rejet de la soumission des requérantes, laquelle demande n'est plus recevable—L'annulation du processus enlève tout caractère pratique à l'examen de la décision—Les intimés soutiennent que la demande vise le contrôle judiciaire de deux décisions alors que la Règle 1602(4) ne permet le contrôle que d'une seule—La Cour convient avec

**TRAVAUX PUBLICS—Fin**

les requérantes que même si la demande mentionne deux ordonnances, il n'y a qu'une question à examiner: le bien-fondé du rejet de la soumission par TPSGC sans avoir fourni l'évaluation effectuée à l'égard de toutes les soumissions—Quant au fond, il n'est pas nécessaire que les points attribués pour chacun des éléments et pour chacune des propositions soient divulgués mais il faudrait que l'évaluation des soumissions effectuée par le Ministère fasse l'objet d'une explication plus complète de façon à garantir l'équité du processus d'appel d'offres—Les participants à un processus d'appel d'offres ouvert ont le droit de s'attendre à recevoir des renseignements sur les soumissions en général, montrant que l'évaluation a été équitable—En refusant de fournir toute espèce de renseignements, TPSGC a manqué à sa responsabilité de montrer qu'il a agi équitablement lors de son évaluation des soumissions—La Cour rend une ordonnance enjoignant à TPSGC de fournir aux requérantes des renseignements permettant d'établir une comparaison générale des points attribués à leur projet en fonction de critères comme la fourchette, la moyenne ou la médiane des points attribués à toutes les soumissions—À tous autres égards, la demande est rejetée—Règles de la Cour fédérale, C.R.C., ch. 663, Règle 1602(4) (mod. par DORS/92-43, art. 19).

KHOURY REAL ESTATE SERVICES LTD. C. CANADA (MINISTRE DES TRAVAUX PUBLICS ET SERVICES GOUVERNEMENTAUX) (T-2050-95, juge MacKay, ordonnance en date du 3-10-96, 16 p.)





*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Public Works and Government  
Services Canada — Publishing  
45 Sacré-Coeur Boulevard,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9

*En cas de non-livraison,  
retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Travaux publics et Services  
gouvernementaux Canada — Édition  
45 boulevard Sacré-Coeur,  
Hull, Québec, Canada, K1A 0S9